anayasa mahkemesi

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

51/4 2014

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 51

4. Cilt

2014

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-73-5

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 2787
II - Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 2793
III - Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 2799
IV - Anayasa Maddeleri Dizini 2803

Esas Sayısı : 2013/100
Karar Sayısı : 2014/14
Karar Günü : 29.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara Fikri ve Sınaî Haklar (4) Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 158. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı vekilince, davalı şirketin müvekkili adına faydalı model belgesiyle kayıtlı bulunan gezici reklâm römorklarıyla aynı özellikleri taşıyan römorklar kullandığı belirtilerek, davalının eyleminin tedbiren durdurulması, kullandığı gezici reklâm römorklarına el konulması ve maddi-manevi tazminata hükmedilmesi talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1. Fikri Mülkiyet Hakları (Intellectual Property Rights - Immaterialgüterrecht) gerek tüm dünyada, gerekse Türkiye'de özel yasalarla (5846 s. FSEK, 556 s. Marka KHK, 554 s. Tasarım KHK, 555 s. Coğrafi İşaret KHK, 551 s. Patent KHK vs.) özel koruma altına alınan, diğer mülkiyet hakları gibi icraya, hacze, mirasa, devire ve lisansa (kiralamaya) müsait olan, eşya mülkiyetinin sağladığı kullanma, yararlanma, tasarruf (usus, fructus, abusus) haklarının tamamını sağlayan temsil

ve tecessüm ettiği eşyadan soyut, belirli bir süreyle korunan bir hak türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 27. maddesi de fikri hakları, temel insan hakları arasında saymıştır.

3. Fikri mülkiyet haklarını korumanın temel kaynağı, emek, çaba ve yatırımların korunması ilkesidir. Bu koruma sayesinde, inovatif çalışmalarıyla, toplumdaki var olan sanatı, bilimi, estetiği, teknolojiyi bir üst basamağa taşıyarak, yeni bir sanat ürünü, yeni bir tasarım, yeni bir edebi çalışma, yeni bir buluş yapan kişilerin, bir yandan yeniliğe yapmış oldukları bu katkılardan dolayı emek çaba ve yatırımlarından dolayı ödüllendirilmesi, diğer yandan da gerek bu kişilerin gerekse başka kişilerin aynı şekilde daha yeni, daha ileri inovatif çalışma yapmaya özendirilmeleri amaçlanmaktadır.

4. Fikri mülkiyet yasaları sayesinde, kişilerin yeniliğe olan katkıları tüm dünyada ve ülkemizde yasal bazda koruma altına alınmıştır. Şayet fikri mülkiyet yasalarındaki koruma olmasaydı, ürünlerinin ertesi gün taklit edilebileceğini, emek, yatırım ve çabalarının boşa gideceğini düşünen kurum ve kişiler yeni ve yenilikçi çabalardan uzak dururlardı. Yeniliğe yapılan emek, çaba, fikir ve yatırımların yeterince korunmadığı ülkelerde, markalara yatırım yapılmamakta, yeni bir ürün icat etmek yerine, başka ülkelerden sürekli mal ithal etmek durumunda kalmakta, ek ve yeni istihdam olanaklarından yoksun kalmaktadırlar. Bir ülkenin gerçekten ileri sanayi ülkesi olabilmesi, hammadde yerine işlenmiş teknoloji ürünü (demir yerine bilgisayar, telefon vs.) satılabilmesinin temel koşulu, fikri mülkiyet yasalarının yeniliğe olan çabaları etkin şekilde korumalarına bağlıdır.

5. 27.06.1995 tarih ve 551 sayılı Patent KHK ise, mevcut fikri mülkiyet yasaları içerisinde, yeni bir buluşta bulunan, icat çıkaran kişilerin bu çabalarını korumak için çıkarılmıştır. Ülkemizde, buluş ve icatların korunması fikrinin mazisi 1876 tarihli ihtira Beratı Kanununa kadar gitmektedir. 551 sayılı KHK'nın 1. maddesinde Kanunun amacı; "Buluş yapma faaliyetini özendirmek, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için buluşlara paten veya faydalı model belgesi vererek korur" sözleriyle ifade olunmuştur. KHK'nın 164. maddesi uyarınca, faydalı model belgesi sahiplerine tanınan koruma süresi, başvuru tarihinden itibaren 10 yıldır.

6. 551 sayılı KHK'nın 1-5. maddeleri genel hükümler, 5-153 maddeleri arası "patent", 154-170. maddeleri arası ise "faydalı model" ile ilgili düzenlemeleri

içermektedir. KHK'nın 166. maddesi, faydalı modellerle ilgili hüküm bulunmayan hallerde, patentlerle ilgili düzenlemenin faydalı modeller yönünden de uygulanacağı ifade edilmiştir.

7. Öğretide faydalı modeller "küçük buluş", "küçük patent" olarak adlandırılan, "basit formüllerle ve ilkelere dayanan, bazı gereksinimlere cevap veren teknik çözümler" olarak tanımlanmıştır (Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 2012, s.15, par. no:51). Söz gelimi "tasarruf ampulleri", daha az enerji tükettiği için A, +AA gibi sınıflarla adlandırılan elektrikli ev aletleri faydalı modeller için verilen basit örneklerdir. Ancak söz konusu faydalı modellerinde ülke ekonomilerinde çok önemli yer tuttuğu ve katkı sağladıkları da yadsınamayacak bir gerçektir.

8. 551 sayılı KHK'nin 164. maddesinde yer alan "Patent sahibine tanınan koruma, faydalı model belgesi sahibine de aynen tanınır" ifadesi ve KHK'nin 168. maddesinin yollamasıyla, KHK'nin 136. ve 137. maddeleri uyarınca, faydalı model belgesi sahiplerinin "faydalı model konusu ürünün başkalarınca izinsiz olarak üretilmesi, kısmen veya tamamen taklit edilmesi, ticari amaçla elde bulundurulmasına yönelik tecavüz eylemlerinin durdurulması, tecavüzün devamını önlemek üzere tedbir kararı verilmesini" talep etme hakkı bulunmaktadır.

9. Davaya konu somut olayda; davacı vekili, müvekkili adına tescilli faydalı model belgesinden doğan haklarını takiben, diğer taleplerinin yanında, davalının ihlal eylemlerinin durdurulması ve ihlal konusu "gezici reklam römorkları"na TEDBİREN el konulması talebinde bulunmuştur.

10. Davalı taraf, söz konusu faydalı model belgesine konu buluşun 551 sayılı KHK'nin 156. maddesindeki "tescil edilebilirlik" koşuluna uymadığı gerekçesiyle, cevap dilekçesiyle birlikte "hükümsüzlük" karşı davasını ikame etmiştir. Davacı adına tescil bulunan "gezici reklam römorku" aracının gerçekten tescil edilebilir nitelikte olup olmadığı, işin esasına girilerek mahkememizce usulünce araştırılacaktır.

11. Bununla birlikte, iptali istenilen 551 sayılı KHK'nin 158/2. maddesinde yer alan

"156 ncı madde hükmüne göre, kendisine karşı açılan hükümsüzlük davası sonuçlanıncaya kadar, faydalı model belgesi sahibi, bu belge ile doğan haklarını, üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Bu nedenle açılan davanın ve dava sonucunun sicile kayıt edilmesi ve ilgili bültende yayınlanması, ilgililerin Enstitüye başvurusu

ile gerçekleşir. Faydalı model belgesi sahibinin tazminat talebi ile ilgili hakları saklıdır"

Hükmünün varlığı karşısında, davacının "ihtiyati tedbir" istemi hakkında mahkememizce olumlu bir karar verebilme hakkı ortadan kaldırılmıştır. Zira, hakkında hükümsüzlük davası açılmış faydalı model belgesinden doğan haklara dayanılarak, üçüncü kişilere karşı her türlü talep hakkı hükümsüzlük davası kesinleşinceye kadar ortadan askıda bırakılmıştır. Başkalarına karşı ileri sürülemeyecek bir faydalı model belgesinden dolayı, mahkememizce ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi yasal olarak mümkün değildir.

12. KHK'nin 164. maddesi uyarınca, faydalı model belgesi sahiplerine tanınan koruma süresinin, "başvuru tarihinden itibaren 10 yıl" olduğu gözetildiğinde, faydalı model belgesine karşı keyfi olarak hükümsüzlük davası açıldığında, davacının mülkiyet hakkını (fikri mülkiyet) kullanması neredeyse imkansız hale gelecektir. Zira, açılacak bir hükümsüzlük davasının gerek ilk derece mahkemesi, gerekse Yargıtay aşamasında geçireceği süre göz önüne alındığında, mülkiyet hakkının kullanımı önemli ölçüde zedelenmiş olacaktır. Öte yandan, açılan hükümsüzlük davasının reddine karar verilse bile, gerek aynı kişinin, gerekse onunla irtibatlı bir başka kişinin, yeni bir hükümsüzlük davası açmasını engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu durumda da açılacak ikinci, belki de üçüncü hükümsüzlük davalarının sona ermesi beklenmek zorunda kalınacak, böylelikle zaten 10 yıl olan koruma süresi büsbütün ortadan kalkabilecektir.

13. İhtiyati tedbirlere ilişkin kurallar, gerek HMK'nun 389 vd. da gerekse, bir çok fikri mülkiyet yasalarında özel olarak düzenlenmiş olup, ne HMK'da, ne de diğer fikri mülkiyet yasalarının her hangi birinde, hatta faydalı modellerin birlikte düzenlendiği 551 sayılı KHK'nin patentlerle ilgili hükümlerinde, faydalı modellere ilişkin 158/2. maddesi anlamında benzer bir hüküm bulunmamaktadır.

14. Yasalarımızda hiçbir mülkiyet hakkı türü, hatta alacak hakları yönünden dahi getirilmeyen kısıtlamanın faydalı modeller için getirilmiş olması Anayasamızın 2. maddesindeki devletimizin "insan haklarına (mülkiyet) saygılı, sosyal hukuk devleti" olma niteliklerine, 10. maddedeki "kanun önünde eşitlik" kuralına, mülkiyet hakkının özüne dokunması nedeniyle 35. maddeye, hak arama önünde engel olması ve "adil yargılanma" ilkesine aykırı olması nedeniyle 36. maddesi hükmüne, mahkemelerin hakların korunması hususunda bağımsız ve vicdani kanaatlerine göre karar vermesine engel teşkil ettiği için 138. maddesindeki hükme aykırılık

teşkil ettiği inancında olmamız sebebiyle, 551 sayılı KHK'nin 158/2. maddesindeki hükmün Anayasaya aykırılık sebebiyle iptalini talep etme gereği hasıl olmuştur.

KARAR:

1. Mahkememizin somut uyuşmazlıkta uygulamakla baş başa kaldığı, 551 sayılı Patent KHK'nin 158/2. maddesindeki "156 ncı madde hükmüne göre, kendisine karşı açılan hükümsüzlük davası sonuçlanıncaya kadar, faydalı model belgesi sahibi, bu belge ile doğan haklarını, üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Bu nedenle açılan davanın ve dava sonucunun sicile kayıt edilmesi ve ilgili bültende yayınlanması, ilgililerin Enstitü'ye başvurusu ile gerçekleşir. Faydalı model belgesi sahibinin tazminat talebi ile ilgili hakları saklıdır" hükmünün, Anayasamızın 2, 10, 35, 36. ve 138. maddeleri hükümlerine aykırı olduğu inancıyla, Anayasanın 152. maddesi uyarınca iptal isteminin karara bağlanması için dosyadan bir suretin ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA gönderilmesine,

2. Davacı tarafın ihtiyati tedbir istemi hakkında şimdilik bir karar verilmesine yer olmadığına ve Anaya Mahkemesine yapılan başvurunun sonucunun beklenilmesine ve istemin 5 ay süreyle geri bırakılmasına,

Dosya üzerinden yapılan inceleme sonucu karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralı

551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin itiraz konusu kuralı da içeren 158. maddesi şöyledir:

*"**Hakların Üçüncü Kişilere Karşı İleri Sürülememesi***

***Madde 158-** Faydalı model belgesi konusu buluşun özü, üçüncü kişi veya kişilerin tarifname, resim ve modellerinden, techizatından veya tesisatından bu kişi veya kişilerin izni olmadan alındığı takdirde, bu Kanun Hükmünde Kararname ile faydalı model belgesi verilerek sağlanan koruma, faydalı model belgesi sahibi tarafından bu kişi veya kişilere karşı ileri sürülemez.*

156 ncı madde hükmüne göre kendisine karşı açılan hükümsüzlük davası sonuçlanıncaya kadar, faydalı model belgesi sahibi, bu belge ile

doğan haklarını, üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Bu nedenle açılan davanın ve dava sonucunun sicile kayıt edilmesi ve ilgili bültende yayınlanması, ilgililerin Enstitü'ye başvurusu ile gerçekleşir. Faydalı model belgesi sahibinin tazminat talebi ile ilgili hakları saklıdır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 91. 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, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 12.9.2013 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.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, KHK'nin 158. maddesinin ikinci fıkrasının "*Bu nedenle açılan davanın ve dava sonucunun sicile kayıt edilmesi ve ilgili bültende yayınlanması, ilgililerin Enstitü'ye başvurusu ile gerçekleşir. Faydalı model belgesi sahibinin tazminat talebi ile ilgili hakları saklıdır.*" biçimindeki ikinci ve üçüncü cümlelerinin de iptalini istemiştir.

Bakılmakta olan dava, faydalı model belgesi sahibinin bu belge ile doğan haklarının korunmasına ve söz konusu belgenin hükümsüz sayılmasına ilişkindir. KHK'nin 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde, faydalı model belgesinin hükümsüz sayılmasına yönelik davanın ve sonucunun sicile kayıt edilmesi ve ilgili bültende yayınlanması; üçüncü cümlesinde ise faydalı model belgesi sahibinin hükümsüzlük davası nedeniyle sahip olduğu tazminat hakları düzenlenmekte olup bu hükümlerin bakılan davadaki uyuşmazlığın çözümüne bir etkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, KHK'nin 158. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümleleri davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenlerle, 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 158. maddesinin ikinci fıkrasının;

A- İkinci ve üçüncü cümlelerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümlelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- Birinci cümlesinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Hakan ATASOY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmünde kararname kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148.

maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamına öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimi de girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnamelerin bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle, kanun hükmünde kararnameler ile dayandıkları yetki kanunu arasında çok sıkı bir bağ vardır. Kanun hükmünde kararnamenin yetki kanunu ile olan bağı, kanun hükmünde kararnameyi aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. Kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerin içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Kanun hükmünde kararnameler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Anayasa'da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*"in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince,

Türkiye Büyük Millet Meclisi, "*Bakanlar Kurulu*"na ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

Bu nedenlerle, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 91. maddesi yönünden de incelenmiştir.

B- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralının Anayasa'nın 91. Maddesi Yönünden İncelenmesi

İtiraz konusu kuralla faydalı model belgesi sahibinin, kendisine karşı KHK'nin 156. maddesi hükmüne göre açılan hükümsüzlük davası sonuçlanıncaya kadar, bu belge ile doğan haklarını üçüncü kişilere karşı ileri süremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu; ikinci fıkrasında bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği; üçüncü fıkrasında ise, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Faydalı model belgesi sahibinin bu belge ile doğan haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürmesine ilişkin düzenleme, mülkiyet hakkı kapsamında

bulunduğundan, itiraz konusu kural Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırı görülerek iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 2., 10., 35., 36. ve 138. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 158. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 29.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE 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	

Esas Sayısı : 2013/108
Karar Sayısı : 2014/15
Karar Günü : 29.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Yozgat İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (3) numaralı bendinin ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Gelişme alanı termal turizm merkezi sınırları içerisinde kalan davacıya ait taşınmazın kamulaştırılması amacıyla alınan kamu yararı kararı ile kamulaştırılmasına ilişkin kararın iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı ... vekili Av. … tarafından, Yozgat İli, Sarıkaya İlçesi, Merkez Kaplıca Mahallesinde, tapunun 89 ada, 6 parsel sayılı mülkiyeti davacıya ait taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik 28.11.2012 günlü, 393 sayılı il idare kurulu kamu yararı kararı ile taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin Yozgat İl Özel İdaresi işleminin iptali istemiyle YOZGAT İL ÖZEL İDARESİ'ne karşı açılan davada, davanın konusunun Mahkememizce esastan incelenmesine engel olan 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının 3. bendinin 2. cümlesinin Anayasa hükümlerine aykırı olduğu görüldüğünden, 6216 sayılı Yasanın 40.

maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'nce "somut norm denetimi" yapılmak üzere Anayasaya aykırılık itirazında bulunulması gerektiği sonucuna varılarak gereği görüşüldü:

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 ciddî 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 Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz." hükmüne yer verilmiştir.

UYUŞMAZLIĞIN MADDİ ÇERÇEVESİ:

Yozgat İli, Sarıkaya İlçesi, Merkez Kaplıca Mahallesinde bulunan Roma Hamamı'nın ülke turizmine kazandırılması amacıyla aynı mevkide bulunan, tapunun 89 ada, 6 parsel sayılı mülkiyeti davacıya ait taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik 28.11.2012 günlü, 393 sayılı il idare kurulu kararı ile kamu yararı kararı alındığı, bu karar uyarınca Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğünün 28.12.2012 günlü, 274232 sayılı işlemi ile, kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması için davalı İl Özel İdaresine 5018 sayılı Yasanın 45. maddesi uyarınca yetki devri yapılarak ödenek aktarıldığı, 28.03.2012 tarihinde yapılan uzlaşma görüşmelerinden sonuç elde edilememesi üzerine Sarıkaya Asliye Hukuk Mahkemesinin E:2013/63 sayılı dosyasında kayıtlı bedel tespiti ve tescil davasının açıldığı, bu davada davacıya tebliğ edilen meşruhatlı davetiye üzerine süresi içinde kamu yararı kararı ile kamulaştırma işleminin iptali istemiyle Mahkememizde görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İTİRAZ EDİLEN YASA KURALI:

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının 3. bendinin 2. cümlesinde; "Uyuşmazlıklarda dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır." kuralına yer verilmiştir.

UYGULANACAK YASA KURALI SORUNU:

2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının 3. bendinde; "Diğer gerçek ve tüzelkişiler ile vakıflara ait olup turizm işletmesi belgesine sahip olmayanlar, Bakanlıkça kamulaştırılarak, Hazine adına tapuya tescil ve tescil tarihinden başlayarak en geç 1 ay içinde Bakanlığa tahsis edilir. Uyuşmazlıklarda dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır. Uyuşmazlıkların çözümlenmemiş olması, arazinin turizm amaçlı kullanıma tahsisine engel sayılmaz." kuralına yer verilmiş, anılan kural ile gerçek kişilere ait olup turizm işletme belgesine sahip olmayan taşınmazların Bakanlık tarafından kamulaştırılarak hazine adına tescil ve Bakanlığa tahsis edilmesi kuralına yer verilmiş, Mahkememizce Anayasaya aykırı görülen 2. cümlesinde ise, bu kamulaştırmalara yönelik açılacak davaların yalnızca bedele ilişkin olarak yürütülmesi, kamulaştırma kararına yönelik olarak dava yürütülmemesi ve sonuçlandırılmaması gerektiği kuralına yer verilmiştir.

Söz konusu maddenin ikinci cümlesinde yer alan düzenleme bu haliyle incelendiğinde ilk anda bir usul kuralı gibi görülmektedir. Anılan kural ile turizm amaçlı kamulaştırmalarda dava açılması durumunda, Mahkemenin kamulaştırma kararını irdelemeyip yalnızca bedele ilişkin olarak yargılama yapması ve sonuçlandırması istenilmektedir.

Ancak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında; "Kamulaştırmaya konu taşınmaz malın maliki tarafından 10 uncu madde gereğince mahkemece yapılan tebligat gününden, kendilerine tebligat yapılamayanlara tebligat yerine geçmek üzere mahkemece gazete ile yapılan ilan tarihinden itibaren otuz gün içinde, kamulaştırma işlemine karşı idari yargıda iptal ve maddi hatalara karşı da adli yargıda düzeltim davası açılabilir." kuralına yer verilmiştir. Söz konusu kural incelendiğinde kamulaştırma işlemlerinde "kamu yararı kararı ile kamulaştırma kararlarına" karşı açılacak davaların idari yargı yerleri, "bedele ilişkin uyuşmazlıkların" ise adli yargı yerleri tarafından çözümlenmesi sisteminin benimsendiği görülmektedir.

2634 sayılı Yasanın itiraza konu 8. maddesinin A-3. fıkrasının 2. cümlesinde ifade edilen "Uyuşmazlıklarda dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır." hükmü 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasında getirilen kural ile birlikte incelendiğinde, bu madde çerçevesinde yapılacak kamulaştırma işlemlerinde "kamu yararı kararı ve kamulaştırma kararına" yönelik olarak idari yargı yerlerinde dava açılması ve açılan davaların esasının incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu nedenle doktrinde "yasama kısıntısı" olarak adlandırılan durumun somut olayda gerçekleştiği ve idari bir tasarruf olan kamulaştırma işleminin esasının Mahkememizce incelenmesinin yasa koyucu tarafından engellendiği görülmektedir.

Başka bir anlatımla anılan yasa kuralının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemesi durumunda mahkememizce uyuşmazlığın esası incelenmeksizin davanın reddi yolunda karar verilmesinin gerekeceği açıktır. Bu nedenle söz konusu yasa hükmü, Mahkememiz açısından, somut olayda uygulanacak yasa kuralı olarak değerlendirilmelidir.

ANAYASA'YA AYKIRILIK İTİRAZIMIZIN NEDENLERİ:

Dayanılan Anayasa Kuralları:

1- "Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

2- "Madde 36- Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

3- "Madde 125- İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."

Anayasa'ya Aykırılık Nedenleri:

Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmuş, bunu

geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmüne karşın, turizm merkezi ilan edilen alanlardaki gerçek kişilerin taşınmazlarının kamulaştırılması durumunda, bu kamulaştırma işlemlerine karşı dava açma hakkı tanınmayarak bu işlemlerin yargı denetimi dışında tutulduğu görülmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinde genel olarak hak arama özgürlüğünü, 125. maddesinde ise, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu düzenleyen Anayasa koyucu, aynı maddede yargısal denetime ilişkin istisnaları da kurala bağlamıştır.

Anayasa'da kural olarak, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu kabul edilmekle birlikte, Anayasa'nın bazı maddelerinde belirli idari işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır. Doktrinde "yasama kısıntısı" olarak adlandırılan bu durum, Anayasa koyucunun bu yöndeki tercihini göstermektedir. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ve Yüksek Askerî Şûranın bazı kararları yargı denetimi dışında tutulan işlemlerdendir.

Ancak bu sayılanlar dışında, Anayasada yargı denetimi dışında tutulan herhangi bir işleme yer verilmemiştir. Bu nedenle turizm merkezi ilan edilen yerlerdeki gerçek kişilere ait taşınmazların kamulaştırma işlemleri de Anayasa koyucu tarafından yargı denetimi dışında tutulan idari işlemler arasında bulunmamaktadır. Böyle bakınca Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8/A-3. maddesinin 2. cümlesinin sonuçları itibariyle kamulaştırma işlemini yargı denetimi dışında tutan yasama kısıntısı niteliğinde bir yasal düzenleme olması ve normlar hiyerarşisine aykırı olması nedeniyle söz konusu kural Anayasaya aykırıdır.

Sonuç olarak; itiraza konu kanun hükmünün Anayasanın 2, 36 ve 125. maddelerine aykırı olduğu sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.

İSTEM ve SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının 3. bendinin 2. cümlesi olan; "Uyuşmazlıklarda dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır." hükmünün Anayasa'mızın 2. maddesine, 36. maddesine ve 125. maddesine aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nce iptali gerekeceği düşüncesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, yine başvurumuzun Anayasa Mahkemesi'nce kabul edilmesinden başlayarak anılan 40. madde uyarınca beş ay süre ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararının beklenmesine, kararımıza dava dosyamızın onaylı bir örneğinin eklenmesine, kararımızın bir örneğinin taraflara tebliğine, 13/08/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 8. maddesinin (A) fıkrasının (3) numaralı bendi şöyledir:

*"**Taşınmaz malların turizm amaçlı kullanımı:***

***Madde 8-** A. Kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde Bakanlığın talebi üzerine, imar planları yapılmış ve turizme ayrılmış yerlerdeki taşınmaz mallardan;*

…

(3) Diğer gerçek ve tüzelkişiler ile vakıflara ait olup turizm işletmesi belgesine sahip olmayanlar, Bakanlıkça kamulaştırılarak, Hazine adına tapuya tescil ve tescil tarihinden başlayarak en geç 1 ay içinde Bakanlığa tahsis edilir. ***Uyuşmazlıklarda dava ve takipler kamulaştırma kararına değil, bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır.*** *Uyuşmazlıkların çözümlenmemiş olması, arazinin turizm amaçlı kullanıma tahsisine engel sayılmaz.*

…"

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

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 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:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, Kanun gereğince yapılacak kamulaştırmalarda kamulaştırma kararına karşı dava açma hakkının ortadan kaldırıldığı belirtilerek bu durumun, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. 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. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralda, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde, imar planları yapılarak turizme ayrılan yerlerdeki gerçek ve tüzelkişiler ile vakıflara ait olup turizm işletmesi belgesi bulunmayan taşınmazların kamulaştırılmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların kamulaştırma kararına değil, kamulaştırma bedeline ilişkin yürütülüp sonuçlandırılacağı düzenlenmektedir. Buna göre, Kanun gereğince

yapılacak kamulaştırmalarda, taşınmaz malikleri kamulaştırma kararının hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek iptali istemiyle dava açamayacaktır.

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 temel bir haktır. Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hakkın sadece kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz.

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, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ise bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde

yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Kanunla, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerinde, imar planları yapılarak turizme ayrılan yerlerdeki gerçek ve tüzelkişiler ile vakıflara ait olup turizm işletmesi belgesi bulunmayan taşınmazların, turizmden beklenen ekonomik, sosyal ve kültürel faydanın elde edilmesi amacıyla turizm sektöründe faaliyet gösteren yatırımcılara tahsisi için Kültür ve Turizm Bakanlığına kamulaştırma yapma yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, turizme ayrılan yerlerdeki turizm işletmesi belgesi bulunmayan özel mülkiyete konu taşınmazlar bakımından mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın kamu yararına dönük olduğu ve meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

Ancak, Kanun gereğince yapılacak kamulaştırmalarda kamulaştırma kararına karşı yargı yolunu kapatan itiraz konusu kural, mülkiyet hakkının korunmasına yönelik iptal davası açma imkânını ortadan kaldırarak bu hakkı güvencesiz hâle getirmektedir. Bu niteliği ile itiraz konusu kural, kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozmak suretiyle, hak arama özgürlüğünün ve mülkiyet hakkının ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına neden olmakta ve hakkın özünü zedelemektedir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesine göre, idari işlemlere karşı yargı yolu, Anayasa'da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında kanunlarla sınırlandırılamaz.

Anayasa'da kamulaştırma kararına karşı yargı yolunun kapalı olduğuna yönelik bir hüküm bulunmamasına karşın itiraz konusu kuralla, Kanun gereğince yapılacak kamulaştırmalarda, kamulaştırma kararının yargı denetimi dışında bırakılması, Anayasa'nın 125. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 13., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 13., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (3) numaralı bendinin ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 29.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE 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	

Esas Sayısı : 2013/115
Karar Sayısı : 2014/16
Karar Günü : 29.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 9. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 15.2.2011 günlü, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı şirketin, 6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinin tekraren ihlali nedeniyle aynı Kanun'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca idari para 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:

"1- İTİRAZ KONUSU FIKRA ANAYASA'NIN 2. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin unsurlarından biri "belirlilik" ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden

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

İtiraz konusu fıkrada, ilk ihlalde uyarı cezası verileceği, uyarıdan sonra ihlalin tekrarı halinde ise para cezasına hükmedileceği yer almaktadır. Ancak üçüncü ve devamı ihlaller halinde nasıl bir idari yaptırım uygulanacağının Yasada düzenlenmemesi, "belirlilik" ilkesini zedelemekte olup, "uyarı" kararı alındıktan sonra bu "uyarı" kararı esas alınarak herhangi bir şarta ve süreye bağlı kalınmaksızın tekerrür hükümlerinin uygulanması yaptırıma konu eylem ile yaptırım arasında ölçülülük, elverişlilik, zorunluluk, orantılılık ilkelerinin ihlali sonucunu doğurması ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturması sebebiyle fıkranın iptali gerekmektedir. Kaldı ki; 6112 sayılı Yasa'nın "idari Yaptırımlar" başlıklı 32. maddesinin 5. fıkrasında; "8 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına; ikinci tekrarı halinde ise, yayın lisansının iptaline karar verilir." şeklinde düzenleme yapılmış olup, bahse konu Yasanın 8. maddesinin "a" ve "b" bendinin ihlali halinde uygulanacak olan yaptırım açık, net ve belirli bir şekilde ortaya konulmuş iken; Kanunun anılan maddesinde; 8. maddenin diğer bendlerinin ihlali durumunda uygulanacak yaptırım bakımından eksik bir düzenleme sözkonusudur ki, bu eksik düzenleme ise belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında eksik düzenleme nedeniyle ilgili yasa hükümlerinin iptali yoluna gitmiştir.

Öte yandan; yine itiraza konu fıkrada aynı bendin ihlali sonucunda mı, yoksa herhangi bir ihlal durumunda mı tekerrür hükümlerinin uygulanacağı açık bir şekilde ortaya konmamış olup, bu açıdan da "belirlilik" ilkesini zedelemiş, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşmaktadır.

2- İTİRAZ KONUSU FIKRA ANAYASA'NIN 38. MADDESİNE AYKIRIDIR.

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

"Suç ve cezanın yasallığı" ilkesi; Anayasa'nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı, gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ilişkin olmasını zorunlu kılar. Bu ilkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılması da yeterli olmayıp, kuralların kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir. Yürütmenin yasak eylemlerin neler olduğunu tespit edip önceden kişilere duyurması ve yayınlaması gerekir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.

İtiraza konu fıkrada üçüncü ve devamı ihlaller halinde nasıl bir idari yaptırım uygulanacağı hususunda bir düzenleme olmadığı görülmektedir. Genel ceza normu incelendiğinde cezai hükümler içeren normların açık, hareket unsurunu yalın bir şekilde ortaya koyar ve hangi hareketin karşılığının hangi cezanın gerektirdiğini açıklar nitelikte olması; hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın "açık", "anlaşılır" ve "sınırlarının belli olması" gerekmektedir.

Üçüncü ve devamı ihlallerde ne ceza verileceğinin belli olmadığı, hangi fiile hangi ceza verileceğinin açık ve net bir biçimde ortaya konmadığı, bununla beraber tekerrür hükümlerinin hangi süreyle uygulanması gerektiğinin belirtilmediği, adeta "uyarı" cezası verildikten sonra, çok uzun bir süre geçtikten sonra dahi yapılan ihlallerde de idari para cezası uygulanacağı gibi ucu açık bir anlam ortaya çıktığından, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesinin 2. fıkrasının "Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne

kadar idari para cezası verilir." cümlesinde idari yaptırıma ilişkin kanuni unsur bulunmamaktadır. İdare, kanun koyucunun belirlemediği cezayı uygulamaktadır.

Bu husus açık bir şekilde suç ve cezalara ilişkin esasları anlatan Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olup "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine ters düşmektedir.

SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin o dava sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısını gösteren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektirdiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesinin 2. fıkrasının "...Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verilir..." cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaati ile iptali ve bakılan davalar açısından bu hükmün uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç ve olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptali istenilen fıkranın yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dosyadaki belgelerin onaylı birer örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, davanın Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar bekletilmesine, 11/07/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 32. maddesi şöyledir:

"***MADDE 32-*** *(1) Bu Kanunun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz. Ayrıca, idarî tedbir olarak, ihlale konu programın yayınının beş keze kadar*

durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verilir. İhlalin mahiyeti göz önünde bulundurularak, bu fıkra hükümlerine göre idarî para cezası ile birlikte idarî tedbire karar verilebileceği gibi, sadece idarî para cezasına veya tedbire de karar verilebilir.

(2) 8 inci maddenin birinci fıkrasının diğer bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarında ve bu Kanunun diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcıları uyarılır. ***Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verilir.*** *İdarî para cezası miktarı, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamaz."*

(3) Yükümlülük veya yasak ihlalinin suç oluşturması halinde, bu suç nedeniyle ilgililer hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması şartına bağlı olmaksızın, bu madde hükümlerine göre idarî para cezası veya idarî tedbir kararı verilir.

(4) İdarî tedbir uygulanması sonucu yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve ticarî iletişim yayını içermeksizin, Üst Kurulca temin edilen eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlakî gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı, çevre eğitimi, engelli sorunları, sağlık ve benzeri kamuya yararlı konularda programlar yayınlanır. Yükümlülük veya yasağa aykırılık dolayısıyla idarî tedbir olarak programın yayınının durdurulması kararının verilmesi halinde, yaptırım uygulanmasına sebebiyet veren fiilin işlenmesinden dolayı sorumluluğu olan programın yapımcısı veya varsa sunucusu, yayının durdurulduğu süre zarfında, aynı veya farklı medya hizmet sağlayıcı kuruluşta hiçbir ad altında başka bir program yapamaz veya sunamaz.

(5) 8 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı halinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına; ikinci tekrarı halinde ise, yayın lisansının iptaline karar verilir.

(6) Yayın lisansı verilmesi için bu Kanunda aranan şartlardan birinin kaybedilmesi halinde, ilgili medya hizmet sağlayıcı kuruluşa bu şartı yerine getirmesi

için otuz günlük süre verilir. Verilen süreye rağmen şartı yerine getirmeyen kuruluşun yayınları üç ay süreyle durdurulur. Bu süre zarfında şartın yerine getirilmemesi halinde ise, ilgili kuruluşun yayın lisansı iptal edilerek kanal ve frekans kullanımına son verilir.

(7) Yayın lisansının verilmesi için gerekli şartlara uygunluğunu hile ile elde ettiği tespit edilen kuruluşun yayın lisansı iptal edilir. Yayın lisansı iptal edilmiş olan kuruluştan alınmış olan yayın lisans bedeli ile kanal ve frekans yıllık kullanım bedeli iade edilmez.

(8) Bu Kanun hükümlerine göre idarî para cezasına veya idarî tedbire karar vermeye Üst Kurul yetkilidir.

(9) Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre yargı yoluna başvurulur. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.

(10) Bu madde hükümlerine göre Üst Kurul tarafından verilen uyarı kararları, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun Üst Kurula bildirdiği elektronik posta adresine gönderilmek suretiyle tebliğ edilir. Üst Kurula bildirilen elektronik posta adresinde değişiklik yapılmasına rağmen bu değişiklik Üst Kurula bildirilmediği takdirde, önceki adrese yapılan tebligat yapılmış sayılır.

(11) Bu Kanunda düzenlenmiş olan idarî para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içerisinde ödenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. 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, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI,

Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 24.10.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- 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- Anlam ve Kapsam

Kanun'un 32. maddesinde, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) idari yaptırım uygulama yetkisine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir.

Kanun'un 32. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, 8. maddenin (1) numaralı fıkrasının (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentlerindeki yayın hizmeti ilkelerine aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara, ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde ikisinden beşine kadar idari para cezası verileceği; bu idari para cezası miktarının, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamayacağı; idari tedbir olarak, ihlale konu programın yayınının beş keze kadar durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verileceği; ihlalin mahiyeti göz önünde bulundurularak, bu fıkraya göre idari para cezası ile birlikte idari tedbire karar verilebileceği gibi sadece idari para cezasına veya tedbire de karar verilebileceği belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen fıkra uyarınca verilecek yaptırım kararı, Kanun'da yer alan yayın hizmeti ilkelerinin sayıldığı 8. maddenin (1) numaralı fıkrasının bazı bentlerinin ihlali hâlinde herhangi bir uyarı cezası olmaksızın doğrudan idari para cezası verilmesi ile tedbir olarak yayın durdurma kararı

verilmesi ve bu iki yaptırımın ayrı ayrı veya birlikte uygulanabilmesini içermektedir.

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 32. maddenin (2) numaralı fıkrasında ise Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, yukarıda sayılan bentler dışında kalan bentleri ile (2) ve (3) numaralı fıkralarında ve Kanun'un diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcılarının uyarılacağı, uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verileceği, idarî para cezası miktarının, radyo kuruluşları için bin Türk Lirasından, televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için onbin Türk Lirasından az olamayacağı düzenlenmiştir.

Bu fıkrada düzenlenen uyarma ve idari para cezası Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan ve fıkranın (a), (b), (d), (g), (n), (s) ve (ş) bentleri dışında kalan bentleri ile yine 8. maddenin (2) ve (3) numaralı fıkraları ve Kanun'un diğer maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapılması hâlinde öngörülmektedir. Burada iki aşamalı bir yaptırım usulü düzenlenmektedir. Buna göre, belirtilen ihlalin gerçekleşmesi hâlinde öncelikle uyarma cezası verilmesi öngörülmekte, bu uyarı cezasının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı hâlinde ise idari para cezası verileceği hükme bağlanmaktadır.

Yukarıda yer verilen iki fıkra da idari yaptırıma ilişkin olmakla birlikte aralarında yaptırımın türü ve verilecek idari para cezasının usulüne ilişkin farklılıklar bulunmaktadır. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, bazı yayın ilkelerinin ihlali hâlinde doğrudan idari para cezası ve/veya yayın durdurma cezası öngörülmekte; (2) numaralı fıkrasında ise (1) numaralı fıkrada belirtilen yayın ilkeleri dışında kalan yayın ilkelerinin ihlali düzenlenmekte ve aşamalı bir yaptırım usulü öngörülmektedir. Buna göre, öncelikle uyarı cezası verilecek, ihlalin tekrarı hâlinde ise para cezası verilecektir.

Kanun'un 32. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, yükümlülük veya yasak ihlalinin suç oluşturması hâlinde, bu suç nedeniyle ilgililer hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması şartına bağlı olmaksızın, bu madde

hükümlerine göre idari para cezası veya idari tedbir kararı verileceği belirtildikten sonra (4) numaralı fıkrasında, idari tedbir uygulanması sonucu yayını durdurulan programların yerine, aynı yayın kuşağında ve ticarî iletişim yayını içermeksizin, Üst Kurulca temin edilen eğitim, kültür, trafik, kadın ve çocuk hakları, gençlerin fiziksel ve ahlaki gelişimi, uyuşturucu ve zararlı alışkanlıklarla mücadele, Türk dilinin güzel kullanımı, çevre eğitimi, engelli sorunları, sağlık ve benzeri kamuya yararlı konularda programların yayınlanacağı, yükümlülük veya yasağa aykırılık dolayısıyla idari tedbir olarak programın yayınının durdurulması kararının verilmesi hâlinde ise yaptırım uygulanmasına sebebiyet veren fiilin işlenmesinden dolayı sorumluluğu olan programın yapımcısı veya varsa sunucusunun, yayının durdurulduğu süre zarfında, aynı veya farklı medya hizmet sağlayıcı kuruluşta hiçbir ad altında başka bir program yapamayacağı veya sunamayacağı düzenlenmiştir.

Öte yandan, 32. maddenin (5) numaralı fıkrasında, 8. maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki ilkelere aykırı yayın yapılmasını müteakip verilecek yaptırım kararının tebliğinden itibaren bir yıl içinde aynı ihlalin tekrarı hâlinde, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının on güne kadar durdurulmasına; ikinci tekrarı hâlinde ise yayın lisansının iptaline karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Burada Kanun'un yayın ilkelerinin yer aldığı 8. maddenin (1) numaralı fıkrasının bazı bentlerinin tekraren ihlalinin 32. maddenin (5) numaralı fıkrasında belirli bir süreye bağlandığı ve bir yıl içerisinde tekraren ihlalin birincisinde yayın durdurma cezası, ikincisinde ise yayın lisansının iptali cezasını gerektirdiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle bazı yayın ilkeleri için tekraren ihlalin belirli bir süre şartına bağlanmasına ve cezaların aşamalı olarak artırılmasına rağmen bazı yayın ilkeleri bakımından ise tekraren ihlal yeterli görülmüş ve sadece idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, ilk ihlal durumunda uyarı cezası, ihlalin tekrarı hâlinde ise para cezası verileceğinin belirtilmesine rağmen üçüncü ve devamı ihlal hâllerinde nasıl bir idari yaptırımın uygulanacağının kanunda düzenlenmediği, bu durumun belirlilik ilkesini zedelediği, tekerrür hükümlerinin herhangi bir süre veya şarta bağlı olmaksızın uygulanmasının

eylem ile yaptırım arasında ölçülülük, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerinin ihlali sonucunu doğurduğu, Kanun'un 32. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin ihlali hâlinde uygulanacak yaptırımın açık, net ve belirli olarak düzenlenmesine rağmen itiraz konusu kuralda bu çerçevede bir belirleme yapılmadığı için eksik düzenleme bulunduğu, tekerrür hükümlerinin hangi süreyle uygulanması gerektiğinin belirtilmediği, uzun bir süre sonra yapılan ihlallerde de para cezası uygulanacağı şeklinde ucu açık bir anlam ortaya çıktığı, bu bağlamda idari yaptırıma ilişkin kanunilik unsurunun bulunmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Anayasa'nın 2. 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.

Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "*orantılılık*" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "*ölçülülük ilkesi*" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

Anayasa'nın "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" kenar başlıklı 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.

İtiraz konusu kuralda, bazı yayın hizmeti ilkelerine ve Kanun'un değişik maddelerinde belirlenen ilke, yükümlülük veya yasaklara aykırı yayın yapan medya hizmet sağlayıcılarının uyarılacağı, aykırı yayının tekrarı hâlinde ise *"ihlalin ağırlığı"* ile *"yayının ortamı ve alanının"* dikkate alınarak, alt ve üst sınırları belirlenmiş oranda para cezası verileceği hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla, kuralda, yaptırımın hangi eylemlerin tekrarı hâlinde uygulanacağı, yaptırımın alt ve üst sınırları ile bu sınırlar içinde belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı açıkça belirtilmiş olduğundan, kuralın belirsizliğinden söz edilemez. Belirlilik ilkesi, para cezası tutarının mutlaka kanunda maktu olarak belirtilmesi veya tekrarlanan her ihlal için ayrı bir ceza yaptırımının madde metninde yer alması anlamını da taşımamaktadır. Yaptırıma konu eylem, uygulanacak yaptırım ve yaptırımın saptanmasında gözetilecek ölçütlerin, açık ve anlaşılabilir şekilde kanunda belirtilmesi, hukuk devleti bakımından gerekli ve yeterlidir.

Başvuru kararında üçüncü ve daha sonraki ihlaller için ne gibi bir yaptırım uygulanacağının belirsiz olduğu ileri sürülmekte ise de; madde metninin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, ilk ihlal hâlinde uyarma cezası verilecek daha sonraki bütün ihlaller için ise yine maddede belirtilen alt ve üst sınırlar arasında para cezasına hükmedilecektir. Dolayısıyla kuralda bu açıdan da bir belirsizlik bulunmamaktadır. Kaldı ki, üçüncü ve sonraki ihlallerin her biri için ayrı ayrı ceza tayinini zorunlu kılan bir Anayasa hükmü de bulunmamaktadır.

Kanun'un ve yasama belgelerinin incelenmesinden, idari yaptırımların kademeli olarak düzenlendiği, bazı yayın hizmeti ilkelerinin önemi ve niteliği gereği belirli bir süre içerisinde birden fazla ihlal edilmeleri hâlinde daha ağır yaptırımların öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu bağlamda itiraz konusu kurala bakıldığında, kuralda ihlal edilmesi hâlinde önce uyarma daha sonra ise para cezası verilmesini gerektiren bazı ilke ve yasaklara yer verilmiştir. Ancak bu ilke ve yasakların herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın tekraren ihlali hâlinde sadece para cezası verileceği kurala bağlanmış, bundan başka yayın durdurma veya daha ağır bir ceza olarak yayın lisansının iptali gibi bir ceza verilmesi öngörülmemiştir. Tekraren ihlal hâlinde uygulanacak para cezası miktarı ise madde metninde yer aldığı

gibi bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde biri ile yüzde üçü arasında olacaktır. Başka bir ifadeyle tekraren ihlal için herhangi bir süre şartı öngörülmemiş olsa da bütün tekraren ihlaller için Kanun'da belirlenen alt ve üst sınırlar arasında para cezası verilmesi öngörülmüş olup tekraren ihlalde tekrar para cezası verilebilmesi için belirli bir süre içerisinde tekraren ihlalin gerçekleşmesi gibi bir şartın mutlaka düzenlenmesi gerekmediğinden itiraz konusu kural bakımından bir eksik düzenlemeden söz edilemeyeceği gibi ölçülülük ilkesine aykırı bir durum da bulunmamaktadır.

Diğer yandan, itiraza konu kuralda idari yaptırıma ilişkin kanunilik unsuruna uyulmadığı belirtilerek Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık iddiasında bulunulmakta ise de; maddenin bütününe bakıldığında hangi fiillere hangi yaptırımın uygulanacağının madde metninde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, kanun koyucunun iradesi itiraz konusu kuralda yer alan durumlara aykırı hareket edilmesi hâlinde önce uyarma, sonraki ihlaller için ise sadece belirli oranlarda para cezası verilmesi olup kanun koyucu tarafından tekraren ihlalin herhangi bir süre şartına bağlanmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kuralda "*suç ve cezanın yasallığı*" ilkesine de aykırı bir durum bulunmamakta, hangi yayın hizmeti ilkesinin ihlali hâlinde hangi idari yaptırımın uygulanacağının açık ve net olarak belirlendiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

15.2.2011 günlü, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine yönelik iptal istemi, 29.1.2014 günlü, E.2013/115, K.2014/16 sayılı kararla reddedildiğinden, bu cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 29.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

15.2.2011 günlü, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 29.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE 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	

Esas Sayısı : 2013/126
Karar Sayısı : 2014/17
Karar Günü : 29.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İstanbul 22. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle eklenen geçici 36. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "*…bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla…*" ibarelerinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'na muhalefetten yargılandığı kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmesi üzerine davacının, gözaltında ve tutuklulukta geçirdiği sürenin, 5510 sayılı Kanun'un geçici 36. maddesi kapsamında borçlandırılması talebiyle Sosyal Güvenlik Kurumuna yaptığı başvurunun, Kanun'un yayımı tarihinden itibaren başlayan altı aylık süresi içinde yapılmadığı gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraza konu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Dava, davacının Beşiktaş Sosyal Güvenlik Merkezinin 10/04/2013 tarih B. 13.2.SGK.4.34.10.04-11.3/6.277.092 sayılı işleminin iptaline, 13/05/1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca gözaltında ve tutuklulukta geçen

sürelerinin primlerinin davacının devletten yargılandığı dava için tazminat almadığı gözetilerek hazineden tahsil edilmek suretiyle borçlandırılmasına ilişkin olarak açılmıştır.

Uyuşmazlıkta, 13/05/1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan 6111 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 aylık müracaat süresi içinde davaları sonuçlanan, kovuşturmaya yer olmadığına, beraat ve zamanaşımından düşmeye karar verilmiş olanların müracaatları kabul edilerek bu Yasadan yararlandırılmış ancak 6111 sayılı Yasanın 52. maddesi ile 5510 sayılı Yasaya eklenen geçici 36. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 6 aylık sürede henüz yargılaması devam eden ve bu süreden sonra hakkındaki dava zamanaşımından düşen davacının talebinin reddedilmesi sonucu söz konusu kurum işleminin iptali ile 5510 sayılı Yasa kapsamında davacının borçlandırma talebinin kabulüne ilişkindir.

Bu kapsamda, mahkememizce öncelikle anılan Yasa maddesindeki altı aylık sürenin dosyanın esası hakkında ve uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hüküm olması nedeniyle dikkate alınıp irdelenmesi gerekmektedir.

II- UYGULANACAK YASA KURALI SORUNU:

25.02.2011 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 6111 sayılı Yasanın 52. maddesi uyarınca 5510 sayılı Yasaya eklenen geçici 36. maddesinde "13/5/1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetime el koyduğu 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenlerin, gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri için kendilerinin ya da hak sahiplerinin bu durumlarını belgeleyerek bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla, gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri, talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerinin; bu durumlarından dolayı dava açıp tazminat alanların borcun tebliğ tarihinden itibaren altı ay içerisinde kendilerince veya hak sahiplerince, tazminat almamış olanların ise Hazinece ödenmesi suretiyle borçlandırılır. Bu şekilde borçlanılan süreler Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilir. Ancak, sigortalılık başlangıç tarihinden önceki borçlanılan süreler sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmez.

Yine 5434 sayılı Kanuna tabi çalışmakta iken 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetime el koyduğu 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenlerin, herhangi bir nedenle hizmet sayılmayan gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri, kendileri veya hak sahiplerinin bu durumlarını belgeleyerek bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla, gözaltına alındığı veya tutuklandığı tarihteki emeklilik keseneğine esas aylık derece ve kademesinin talep tarihindeki katsayılar ve emeklilik keseneğine esas aylığın hesabına ait diğer unsurlar ile kesenek ve karşılık oranları esas alınmak suretiyle hesaplanacak borçlanma tutarının altı ay içerisinde kendilerince veya hak sahiplerince ödenmesi halinde hizmet sürelerine eklenir. Borçlanılan süreler 5434 sayılı Kanunun geçici 205 inci maddesine göre yaş tespitinde dikkate alınmaz." hükmüne yer verilmiştir.

Bu çerçevede anılan yasa hükmünde geçen "bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması" hükmü önümüzdeki davanın kabul koşulları açısından mahkememizce "doğrudan" uygulanacak "yasa kuralı" niteliği taşımaktadır.

III- 6111 SAYILI YASANIN 52. MADDESİ İLE 5510 SAYILI YASAYA EKLENEN GEÇİCİ 36. MADDESİNİN 1 VE 2. FIKRALARINDA GEÇEN "BU MADDENİN YAYIMI TARİHİNDEN İTİBAREN 6 AY İÇERİSİNDE TALEPTE BULUNMASI KAYDIYLA" YOLUNDAKİ SÖZCÜKLERİNİN ANAYASA'YA AYKIRILIĞI İTİRAZIMIZIN NEDENLERİ:

A- Dayanılan Anayasa Kuralları:

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

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmüne yer verilmektedir.

B- İtirazımıza Konu Yasa Kuralının Kapsamı, Anlamı ve Sonuçları:

aa- 6111 sayılı yasanın 52. maddesi ile 5510 sayılı yasaya eklenen geçici 36. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında geçen "bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 6 ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla" hükmünün kapsamı:

5510 sayılı Yasanın geçici 36. maddesi ile 1402 sayılı Yasa uyarınca Sıkıyönetim Mahkemelerinin görevine giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan haklarında mahkûmiyet verilmeyen hak sahiplerinin kanunun yayım tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla, yakalanan ve tutuklulukta geçen süreleri 5510 sayılı Yasanın 4 ve 82. maddeleri kapsamında dava açıp tazminat alanların borcun tebliğ tarihinden itibaren altı ay içerisinde kendilerince veya hak sahiplerince, tazminat almamış olanların ise Hazinece ödenmesi suretiyle borçlandırılacağı belirtilmiş ve yine 5434 sayılı Kanuna tabi çalışmakta iken yukarıda belirtilen şekilde gözaltına alınan ya da tutuklanan kişilere ilişkinde 1. fıkrada belirtilen şekilde 5434 sayılı Yasanın 205 ve ilgili maddeleri doğrultusunda işlem yapılacağı belirtilmiştir.

bb- 6111 sayılı Yasanın 52. maddesi ile 5510 sayılı Yasaya eklenen geçici 36. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında geçen "bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 6 ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla "maddesinin Anlamı ve Adli Yargı-İdari Yargı Düzenleri Arasında Görev Ayrımına İlişkin Anayasal Kurallar Bakımından Sonuçları:

Mahkememizce itiraza konu edilen yasa maddesindeki altı aylık sürenin uygulanması halinde yasanın yürürlüğe girdiği tarihte ve belirtilen altı aylık süre içerisinde ceza yargılaması devam eden ve daha sonra sonuçlanan davacı yönünden davanın kabul koşulları açısından doğrudan ve olumsuz sonuç doğuracak şekilde etkili olacağı açıkça ortadadır.

C- 6111 sayılı Yasanın 52. maddesi ile 5510 sayılı Yasaya eklenen geçici 36. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında geçen "bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 6 ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla" maddesinin Anayasa'ya Aykırılık Nedenleri:

Anayasa'nın 2. maddesine göre, "Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Anılan ilkenin bir gereği olarak,

hiçbir organ ya da kurum dayanağını Anayasa ya da yasadan almadığı yetkiyi kullanamayacak ya da yetki veya görevini bir başka organa devredemeyecektir. Anayasa'da Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanırken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralıyla amaçlanan etkili bir yargısal denetimdir. Bu kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

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

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmüne yer verilmektedir.

6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 52. maddesi ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen geçici 36. maddesi ile Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Sosyal ve Hukuk devleti ilkeleri çerçevesinde yasa koyucunun 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenlerin gözaltında ve tutuklulukta haksız bir şekilde geçen süreler nedeniyle uğradıkları maddi ve manevi kayıpların telafi etmek amacıyla yasal düzenleme yaptığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar yasa hükmünde "kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenlerin" şeklinde bir düzenleme yapılmış ise de dosyamıza sunulan örnek uygulamalar ve Gaziosmanpaşa Sigorta Müdürlüğünün 01/12/2011 tarihli yazısında da ayrıntılı olarak belirtildiği şekilde kurum tarafından geçici 36. maddenin "1402 sayılı Yasa kapsamında mahkumiyetle sonuçlanmayan" şeklinde uygulama alanı bulmuştur.

Mahkememizde görülmekte olan davaya konu işlem nedeniyle davacının 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununa muhalefetten dolayı 11 yıl 13 gün gözaltında ve tutuklu kaldığı, İstanbul 1 nolu Sıkıyönetim Mahkemesinde hakkında açılan davanın Sıkıyönetim Mahkemelerinin kaldırılması ile Üsküdar 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2004/393 esas sayılı dosyasına devrolunduğu, her ne kadar davacı hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ise de Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 2012/7907 esas sayılı ilamı ile dava zamanaşımının dolması nedeniyle düşme kararı verildiği anlaşılmaktadır.

5510 sayılı Yasanın geçici 36. maddesinin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle davacı hakkındaki yargılamanın devam ettiği ve yasada belirtilen 6 aylık süre içerisinde başvurmasının imkansız olduğu ortadadır.

Hal böyle olunca, geçici 36. maddenin yürürlüğe girdiği tarihte ceza davası sonuçlanmamış kişiler yönünden söz konusu madde de yer alan "bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 6 ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla" hükmünün Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine açıkça aykırı olduğu, Sosyal ve Hukuk Devleti İlkeleri yönünden de ciddi haksızlıklara ve mağduriyetlere neden olacağı kanaati mahkememizde oluşmakla, davacı vekilinin bu yöndeki itirazı da yerinde görülerek, anılan Yasa maddesindeki bu sözcüklerin Anayasa kurallarına uymadığı düşünülmektedir.

V- İSTEM ve SONUÇ:

Açıklanan nedenlerle, 6111 sayılı Yasanın 52. maddesi ile 5510 sayılı Yasaya eklenen geçici 36. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında geçen "bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 6 ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla" sözcüklerinin Anayasa'mızın 10. maddesine aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nce iptali gerekeceği düşüncesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrası uyarınca itiraz yoluyla incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, yine anılan Yasa maddesinin 5. fıkrası uyarınca başvurumuzun Anayasa Mahkemesi'ne noksansız olarak gidişinden başlayarak beş ay süre ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararının beklenmesine, başvuru kararımız, kararımıza ilişkin tutanağımız ile dava dilekçesi ve eklerinin onaylı örneklerinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine, kararımızın bir örneğinin taraflara tebliğine, 10.10.2013 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren geçici 36. maddesi şöyledir:

"13/5/1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetime el koyduğu 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar

verilenlerin, gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri için kendilerinin ya da hak sahiplerinin bu durumlarını belgeleyerek ***bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla****, gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri, talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerinin; bu durumlarından dolayı dava açıp tazminat alanların borcun tebliğ tarihinden itibaren altı ay içerisinde kendilerince veya hak sahiplerince, tazminat almamış olanların ise Hazinece ödenmesi suretiyle borçlandırılır. Bu şekilde borçlanılan süreler Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında prim ödeme gün sayısı olarak değerlendirilir. Ancak, sigortalılık başlangıç tarihinden önceki borçlanılan süreler sigortalılık başlangıç tarihini geriye götürmez.*

5434 sayılı Kanuna tabi çalışmakta iken 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan veya tutuklananlardan, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetime el koyduğu 12 Eylül 1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilenlerin, herhangi bir nedenle hizmet sayılmayan gözaltında veya tutuklulukta geçen süreleri, kendileri veya hak sahiplerinin bu durumlarını belgeleyerek ***bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla****, gözaltına alındığı veya tutuklandığı tarihteki emeklilik keseneğine esas aylık derece ve kademesinin talep tarihindeki katsayılar ve emeklilik keseneğine esas aylığın hesabına ait diğer unsurlar ile kesenek ve karşılık oranları esas alınmak suretiyle hesaplanacak borçlanma tutarının altı ay içerisinde kendilerince veya hak sahiplerince ödenmesi halinde hizmet sürelerine eklenir. Borçlanılan süreler 5434 sayılı Kanunun geçici 205 inci maddesine göre yaş tespitinde dikkate alınmaz.*

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kendi sigortalılıklarından dolayı sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık bağlanmış olanlar ile birinci ve ikinci fıkra kapsamında sayılan söz konusu süreleri herhangi bir şekilde sigortalılık hizmeti olarak değerlendirilmiş olanlar bu madde uyarınca borçlanamazlar. Sosyal güvenlik kanunlarına göre gelir veya aylık bağlanmayan ya da toptan ödeme yapılmak suretiyle hizmetleri tasfiye edilenlerden borçlanacakları bu süreler ile birlikte emekli veya yaşlılık aylığına veya gelire hak kazanacak olanlara, geçmişe yönelik aylık ve farkı ödenmez. Bu maddenin birinci ve ikinci fıkrası kapsamında borçlandırılan süreler emekli ikramiyesi hesabında dikkate alınmaz.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Kurum yetkilidir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine 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, 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 11.12.2013 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, 5510 sayılı Kanun'a, 6111 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle eklenen geçici 36. maddenin ikinci fıkrasında yer alan *"...bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla..."* ibaresinin de iptali istenilmektedir. Anılan ikinci fıkranın uygulanabilmesi için 1402 sayılı Kanun'a muhalefet nedeniyle gerçekleşen yakalama veya tutuklama esnasında, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na tabi olmayı gerektiren bir görevde bulunulması gerekmektedir. Davacının ise 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce ve aynı zamanda 1402 sayılı Kanun'a muhalefet nedeniyle gözaltına alınarak tutuklandığı sırada, 5434 sayılı Kanun'a tabi bir hizmeti bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 5510 sayılı Kanun'un geçici 36. maddesinin ikinci fıkrası, davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenlerle, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Kanunu'na, 6111 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle eklenen geçici 36. maddenin;

A- İkinci fıkrasında yer alan *"...bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla..."* ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- Birinci fıkrasında yer alan *"...bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla..."* ibaresinin ESASININ İNCELENMESİNE, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Yunus Emre YILMAZOĞLU 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, Kanun'da öngörülen borçlanma imkânından yararlanabilmenin Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı aylık süre içinde başvurulması koşuluna bağlanmasının, sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren bir suç nedeniyle, Kanun'un yayım tarihini izleyen altı aylık süre içinde henüz yargılaması tamamlanmamış olanların bu imkândan yararlanamamalarına neden olduğu, bu durumun ise eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Kanun'un geçici 36. maddesinin itiraz konusu ibarenin de yer aldığı birinci fıkrasıyla, 1402 sayılı Kanun uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan ya da tutuklanan kişilerin, gözaltında veya tutuklulukta geçirdikleri süreleri, Kanun'da öngörülen yöntemle borçlanmalarına imkân sağlanmaktadır.

İlgililerin bu maddede öngörülen borçlanma imkânından yararlanabilmesi için yakalama ya da tutuklamanın, 1402 sayılı Kanun uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren bir suç nedeniyle gerçekleşmiş olması ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin yönetime el koyduğu 12.9.1980 tarihinden itibaren haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmiş bulunması koşulları aranmaktadır. Borçlanma taleplerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin Yargıtay uygulamasında, sadece beraat ve kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlar değil, mahkûmiyetle sonuçlanmamış her türlü karar bu kapsamda değerlendirilmektedir (Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 18.3.2013 günlü, E.2013/359, K.2013/5041 sayılı kararı). Sosyal Güvenlik Kurumunun da geçici 36. maddeye ilişkin uygulaması aynı yöndedir.

Dava konusu kuralla, Kanun'un geçici 36. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen borçlanma imkânından yararlanılabilmesi altı aylık hak düşürücü süreye bağlanmakta ve bu sürenin, Kanun'a, 6111 sayılı Kanun'un 52. maddesi ile eklenen geçici 36. maddenin yürürlüğe girdiği 25.2.2011 tarihinden itibaren başlayacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

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.

Yargıtay ve Sosyal Güvenlik Kurumu uygulamaları da dikkate alındığında, geçici 36. maddenin birinci fıkrasında, sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren bir suç nedeniyle yakalanan ve tutuklananlardan, hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmayanlara, gözaltında ya da tutuklulukta geçen süreleri borçlanma imkânının getirildiği anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu, yasal düzenlemeler yaparken belli hak düşürücü süreler öngörebilir. Bu itibarla, kanun koyucunun, Kanun'un geçici 36. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen borçlanma imkânından yararlanılabilmesini altı aylık hak düşürücü süreyle sınırlamış olmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Geçici 36. madde ile getirilen borçlanma hakkı, uygulamada gelişen yönüyle sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren bir suç nedeniyle yargılanmakla birlikte hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmayan herkese tanınan bir hak niteliğindedir. Ancak, Kanun'un geçici 36. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen borçlanma imkânından yararlanılabilmesi için getirilen altı aylık sürenin başlangıcında Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihin esas alınması, sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren bir suç nedeniyle yargılanıp hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmama bakımından özdeş durumdaki kişiler arasında farklı uygulama yapılmasına neden olmakta ve hakkındaki ceza kovuşturması söz konusu altı aylık sürenin dolduğu tarihten sonra sona erenlerin bu haktan yararlanmaları imkânsız hale gelmektedir. Bir başka ifadeyle, kanunda öngörülen süreden önce "*aynı durumda olup aynı şartları sağlayanlar*" borçlanma hakkından yararlanmaktayken, kendi iradeleri dışında ve yargılamanın daha uzun sürmesi nedeniyle kanunda öngörülen şartları itiraz konu ibare ile öngörülen süreden sonra sağlayanlar bu imkândan yoksun kalmaktadır.

Haktan yararlanabilme yönünden kanunda aranılan diğer şartları taşıdığı hâlde, hakkındaki yargılama henüz kesin hükümle sonuçlanmamış kişilerin başvurmalarına engel teşkil edecek biçimde, altı aylık başvuru süresinin kanunun yürürlük tarihinden itibaren işlemeye başlamasının

öngörülmesi adalete ve hakkaniyete uygun düşmediği gibi eşitlik ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle eklenen geçici 36. maddenin birinci fıkrasında yer alan *"…bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 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 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 mahkemenin, 5510 sayılı Kanunun geçici 36. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında geçen "… bu maddenin yayımı

tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla…" ibarelerinin Anayasaya aykırılığı itirazında bulunması üzerine, Anayasa Mahkemesi ikinci fıkranın davada uygulanacak kural olmadığını belirterek, bu fıkrada geçen ibareye ilişkin başvurunun reddine; ilk fıkrada geçen aynı ibare bakımından ise esasa geçilmesine karar vermiştir.

Geçici 36. madde, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu uyarınca kurulan sıkıyönetim mahkemelerinin görev alanına giren suçlar nedeniyle yakalanan ve tutuklananlardan, 12 Eylül 1980'den sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilenlerin gözaltında veya tutuklulukta geçen sürelerinin borçlanılarak emeklilik sürelerinde değerlendirilmesine imkân sağlamaktadır.

İtirazda bulunan mahkeme, 1402 sayılı Kanuna muhalefetten açılan ceza davasında zamanaşımı sebebiyle hakkındaki davanın düşürülmesine karar verilen davacının, gözaltında ve tutuklulukta geçen sürelerinin borçlandırılmasına ilişkin talebinin idarece reddi üzerine açtığı davada, uygulanacak kural olduğunu ileri sürdüğü geçici 36. maddede yer alan yukarıdaki ibarelerin Anayasaya aykırılığını iddia etmiştir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, geçici 36. madde ile getirilen imkândan faydalanılabilmesi için öngörülen şartlardan biri de, 1402 sayılı Kanun uyarınca yakalanan ve tutuklananlar hakkında 12/9/1980 tarihinden itibaren "kovuşturmaya yer olmadığı" veya "beraat" kararı verilmesidir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda açık bir şekilde tanımlanan bu kararlar "düşme" kararından tamamen farklıdır. 5271 sayılı Kanunda, kovuşturma evresi sonunda verilebilecek diğer kararlar da düzenlenmektedir. Geçici 36. madde benzeri düzenlemelerin kapsamının ve düzenleme ile getirilen imkânlardan yararlanacak olanlara ilişkin şartların belirlenmesinde kanun koyucunun takdir yetkisi bulunduğundan, düzenlemede bu kararların bir bölümüne veya tamamına yer verilmesi mümkündür. Örneğin denetimli serbestlikle ilgili düzenlemede "soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi halinde" demek suretiyle daha geniş kapsamlı bir saymanın tercih edildiği görülmektedir. Bu itibarla, geçici 36. maddede 5271 sayılı Kanunun 223. maddesine göre yargılama sonunda verilebilecek kararlardan sadece "beraat" kararına yer verilmesinin hata veya unutmadan kaynaklandığının veya örnek verme amaçlı olduğunun, dolayısıyla davasının düşmesine karar verilen kişilerin de beraat etmiş gibi

değerlendirilerek geçici 36. madde hükmü kapsamında bulunduklarının kabul edilmesi yerinde değildir.

Anayasaya aykırılık itirazında bulunma yetkisi bakımından ilk derece mahkemesinden farklı bir durumda olmayan Yargıtayın ilgili hukuk dairesinin, 5510 sayılı Kanunda geçen beraat veya kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını geniş yorumlayarak mahkûmiyetle sonuçlanmamış her türlü kararı bu kapsamda değerlendirmesi de Anayasaya aykırılık itirazının incelenmesine esas alınmış ve hakkındaki ceza davası zamanaşımı sebebiyle düşürülen kişinin durumu beraat etmiş gibi kabul edilmiştir. Yasama organının, haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilenlerle sınırlı olarak tanıdığı borçlanma hakkını, haklarındaki dava bunların dışında bir kararla sona eren kişileri de kapsayacak şekilde yorumlamak kuşkusuz yorum yetkisini aşar.

Diğer taraftan, bir kuralın kapsamında yer almayan kişiler tarafından açılan davalarda kişinin kanun kapsamında olmadığı gerekçesiyle red kararı verileceği için kuralın bu anlamda davada uygulanacak hüküm olduğu düşünülebilirse de, bu durumda kişilerin, kapsamında olmadıkları kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılığını iddia edebileceklerinin kabulü gerekir ki Anayasanın 152. ve 6216 sayılı Kanunun 40. maddelerindeki "davada uygulanacak hüküm"den anlaşılması gereken bu olmamalıdır.

Nitekim bu davada da, ikinci fıkrada geçen ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülen ibareye ilişkin başvuru, ilgili kişinin tutuklandığı sırada 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununa tâbi olmayı gerektiren bir görevde bulunmaması sebebiyle itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. İlgilinin her iki fıkranın da kapsamında bulunmamasına rağmen, ikinci fıkranın davada uygulanacak kural olmadığı gerekçesiyle ilk inceleme safhasında esasa geçilmesi reddedilirken, birinci fıkrada geçen ibarenin esasının incelenmesinde isabet bulunmadığını düşünüyorum.

Bu sebeplerle, ilk fıkradaki mezkûr ibarenin de davada uygulanacak kural olmadığı ve buna ilişkin başvurunun da reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle, esasa geçilmesi yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5510 sayılı Kanunun geçici 36. maddesinin ilk fıkrasındaki "… bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla…" ibaresinin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Kararda, geçici 36. madde ile getirilen borçlanma imkânından yararlanılabilmesi için belirlenen altı aylık sürenin başlangıcında Kanunun yürürlüğe girdiği tarihin esas alınması sebebiyle, yargılaması süre dolduktan sonra sona erenlerin bu haktan yararlanmalarının imkânsız hâle geldiği, dolayısıyla Kanunda öngörülen şartları kendi iradeleri dışında ve yargılamanın daha uzun sürmesi nedeniyle öngörülen süreden sonra sağlayanların bu imkândan yoksun kaldıkları belirtilmiştir.

Anılan madde, sıkıyönetim mahkemelerinin görevine giren suçlar nedeniyle yakalanan ve tutuklananlardan, 12/9/1980'den sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilenlerin gözaltında veya tutuklulukta geçen sürelerinin borçlanılarak emeklilik sürelerinde değerlendirilmesine imkân sağlamaktadır.

Primi ödenmemiş geçmiş sürelerin kanunla öngörülen şartlarla sigortalılık süresinden sayılmasına imkân veren hizmet borçlanmaları hukukî niteliği itibariyle malî affa benzemektedir. Bu bakımdan, hizmet borçlanması yasama organının kanunla buna imkân vermesi kaydıyla ve borçlanmanın kapsamı ile şartlarının kanunla belirlenmesi suretiyle mümkün olmaktadır. Bu nitelikleri itibariyle, hizmet borçlanmasından yararlanacak kişilerin talepte bulunmaları için yasama organı tarafından süre sınırlamaları öngörülmektedir.

Anayasada düzenlenen temel hak ve hürriyetler arasında af gibi imkânlardan yararlanma şeklinde bir hak bulunmadığından, hizmet borçlanmaları da kişiler için bir hak değil, yasama organının getirdiği bir lütuf ve atıfettir. Bu itibarla, kanunla belirlenen başvuru süreleri ve hizmet borçlanmasından faydalanma şartları yasama organının takdir yetkisi içinde kalan konulardır. Anayasa Mahkemesi de affın kapsamının belirlenmesi konusunda, "belirtilen konulara ilişkin yasaların uygulanma tarihinin saptanmasında yasakoyucunun Anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla takdir hakkı olduğunun kabulü gerekir" demektedir (18/7/2001 tarihli ve E.2001/4, K.2001/332 sayılı Karar).

Kararda, itiraz konusu kuralın sıkıyönetim mahkemelerinin görevine giren suçlar nedeniyle "yargılanıp hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmama bakımından özdeş durumdaki kişiler arasında farklı uygulama yapılmasına" neden olduğu için adalete ve hakkaniyete uygun düşmediği ve eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilmektedir.

Oysa itiraz konusu ibareyi içeren maddenin yayımlandığı 25/2/2011 tarihinden önce veya bu tarihten itibaren altı ay içinde haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilenler ile başka bir karar verilenlerin yahut henüz karar verilmeyenlerin aynı hukukî durumda oldukları söylenemez. Eşitlik ilkesi hukukî durumları aynı olanlar için söz konusu olduğundan, farklı hukukî durumlarda bulunan bu kişiler arasında ortaya çıkan farklılığın eşitlik ilkesine aykırı olduğundan söz edilemez. Kararda ayrıca itiraz konusu kuralla getirilen imkândan yararlanma şartları bakımından oluşan farklılığın kişilerin kendi iradeleri dışında ortaya çıktığı belirtilmekte ise de, kişilerin hukukî durumları arasındaki farklılıkların iradî olup olmamasının eşitlik ilkesi bakımından bir öneminin bulunmadığı açıktır. Bu sebeple itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Kanunda öngörülen şartları taşımayanların bir süre sonra bu nitelikleri kazanma ihtimalinin bulunması sebebiyle kuralın eşitlik ilkesine aykırı olduğuna hükmetmek, bu tür düzenlemelerin geçici hükümlerle değil, belirli bir süre sınırı veya sürenin başlangıcı için bir tarih belirlemeden sürekli hükümlerle yapılması gerektiği anlamına gelir. Oysa bu düzenlemelerle getirilen imkânların süreklilik kazanmaması, sosyal güvenlik sistemi ve malî disiplin açısından önem taşıdığı gibi geçici düzenlemelerle getirilen imkânlardan faydalanmak isteyenler için belirli bir başvuru süresi öngörülmesi hukukî belirlilik ve güven ilkeleri ile istikrar bakımından da önemlidir. İtiraz konusu kural yukarıda açıklanan sebeplerle eşitlik ilkesine de, adalet ve hakkaniyete de aykırı değildir.

İtiraz konusu kuralın Anayasaya aykırılığı itirazının temelini, geçici 36. maddenin, öngörülen süre içinde haklarında kovuşturmaya yer olmadığı veya beraat kararı verilmeyenleri kapsamaması, başka bir ifadeyle eksik düzenleme oluşturmaktadır.

Kanun koyucunun bir konuyu düzenlerken, benzer durumdaki bazı kişileri düzenleme kapsamına almamasının ve bunlar arasında farklı uygulamalara sebep olabilecek bir düzenleme eksikliği bırakmasının veya

isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesinin iptal nedeni sayılamayacağı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararlarında da (24/11/1987 tarihli ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı Karar; 18/1/1989 tarihli ve E.1988/3, K.1989/4 sayılı Karar) belirtildiği üzere, bu hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Buna göre, özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal isteminde bulunulamayacağı gibi kişiler arasında farklı uygulamaya sebep olduğu ileri sürülen eksik düzenlemenin, hükmün iptali ile değil, diğerlerine de aynı hakkı tanıyan yasama tasarruflarıyla düzeltilmesi Anayasaya uygun olacaktır. Anayasa Mahkemesi, eksik düzenleme sonucunda eşitlik ilkesine aykırılık oluşması hâlinde kuralı Anayasaya aykırı bulmakta ise de, itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm tesis edemeyeceği belirtilmektedir.

İtiraz konusu ibarenin iptali, anılan madde ile getirilen borçlanma imkânının, yasama organının öngördüğü şartları taşımayanlara da tanınması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, düzenlemenin kapsamı kanun koyucunun öngörmediği ölçüde ve yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde genişletilmiş olmaktadır.

Bu sebeplerle, itiraz konusu kurala yönelik iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/130
Karar Sayısı : 2014/18
Karar Günü : 29.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 9. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 25.6.2001 günlü, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinin, 4.4.2012 günlü, 6289 sayılı Kanun'un 31. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen birinci fıkrasının (j) bendinin Anayasa'nın 5., 11., 13. ve 51. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Emniyet Genel Müdürlüğü merkez ve taşra teşkilatında çalışan tüm emniyet hizmetleri sınıfı mensupları ile emniyet teşkilatındaki diğer tüm hizmet sınıflarında çalışan personelin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak üzere kurulan sendikanın yok hükmünde olduğunun tespiti istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sendika kurma hakkını düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 51. maddesi 'Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir… … …' esası ile sendika kurma hakkını temel bir hak olarak kabul etmiştir. Sınırlandırmayı ise istisnai bir düzenleme olarak;

'Sendika kurma hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir...' esası ile kabul etmiştir. Kamu görevlileri için de;

'İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.' düzenlemesi getirilmiş, bu hükme dayalı olarak da, 12.7.2001 tarih, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanunun 15. maddesi sendika kuramayacak meslek guruplarını belirlemiştir. Davacı tarafın dayanağı olan bu düzenleme, bazı meslek guruplarına hiçbir şart altında sendika üyesi olamayacakları esasını getirmiştir. Nitekim Kanunun 15/j maddesi emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personelin de sendika üyesi olamayacağını kabul etmiştir.

Oysa gerek Anayasa'nın 51. maddesi gerek iç hukuk kuralı haline gelen 25.11.1992 tarihli 87 sayılı İLO sözleşmesi ile aynı tarihli 151 sayılı İLO sözleşmesi de sendika kurma hakkını temel bir hak olarak kabul ederken, 87 nolu sözleşmenin 9. maddesi 'Bu sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağı ulusal mevzuatla belirlenir' esasını kabul etmiş, 151 sayılı sözleşmenin 1. maddesi de aynı şekilde 'Bu Sözleşme öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polise ne ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla belirlenecektir.' Demekle, devletlere 'sınırlandırma' yetkisi vermiştirler.

Yani hem Anayasa'nın 51. maddesindeki düzenleme, hem de 87 ve 151 sayılı İLO sözleşmelerindeki düzenlemeler birebir aynı olup, sendika kurma ve üye olma hakkını temel bir hak olarak kabul edilip, iç hukuka göre sınırlandırma esası getirilmiştir. Anayasaya göre ise, bu hakkı milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesini önlemesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebine dayalı olarak sınırlandırılabileceği, bu sınırlandırma yapılırken de Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği gibi hakkın özüne dokunmaksızın yapılması gerektiği açıktır.

Oysa davanın dayanağı olan 4688 sayılı Kanunun 15/j maddesi bir sınırlandırma yapmayıp, hakkın özünü tamamen ortadan kaldırır şekilde emniyet

teşkilatında çalışanlara sendika kurma hakkı vermemiştir. Bu düzenleme Anayasa'nın 11., 13 ve 51. maddelerine aykırı olduğu gibi, devletin amaç ve görevlerini düzenleyen 5. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir. Zira Türkiye Cumhuriyeti devletinin amacı; 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. En basit hali ile, devletin amacı temel hak ve hürriyetleri geliştirmek, önündeki engelleri ortadan kaldırmakken, bir temel hakkı, Emniyet mensupları için tamamen ortadan kaldırmanın Anayasaya aykırı olduğu sabittir.

Sadece emniyet teşkilatında çalıştığı ya da silah taşıdığı için bireylere sendika kurma hakkının hiç tanınmaması çağdaş demokrasiler bakımından izah edilebilecek bir durum değildir. Çağdaş demokrasilerde, emniyet mensupları da, temel hak hürriyetlerinin geldiği düzey itibari ile ekonomik, sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için sendika kurabilmektedirler. Nitekim, başta Avrupa ülkeleri olmak üzere, pek çok ülkede polislere sendika hakkı tanındığı sabittir. Bunun ülke savunması ve güvenliğini aksatmadığı gibi, mesleğin disiplin ve emir-komuta zincirini bozmadığı da ortadır.

Kaldı ki, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da evrensel bir ilkeyle aynı doğrultuda olarak, Anayasa'nın 51. maddesi ile Türk emniyet çalışanlarına da sendika kurma hakkı tanınmış olmasına rağmen, 4688 sayılı Kanunun 15/j maddesi bu hakkı ortadan kaldırmıştır. Oysa, tüm temel haklar için olduğu gibi, sendika kurma hakkı bakımından da, yasaklamak bir yana, sınırlandırırken dahi özgürlükler yönünde tercihte bulunulması asıl olmalıdır. Aksi halin kabulü, bu hakkın niteliği gereği, genelde yasaklanan meslek gurubunu, özel de ise emniyet mensuplarını, meslekleri bakımından "modern köle" haline getirecektir ki, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın lafzı ve ruhuna uymayan bir durum ortaya çıktığı sabittir. Buna göre kanun koyucu, emniyet mensupları için, sendika kurma hakkını tamamen ortadan kaldıramayacak, ancak Anayasa'nın çizmiş olduğu sınırları dikkate alarak, yaptıkları görev ile bağdaşmayan haklar bakımından sınırlandırma getirebilecektir. Yine Anayasadaki "istisna" düzenlemesi de aynı kapsamda kalıp, istisna bir meslek gurubu içindeki çok özel bir takım birimleri kapsam dışında bırakmak gibi değerlendirilmelidir. Ör. MİT mensupları.

Nitekim Haber-sen-Türkiye arasındaki 28602/95 sayı, 21.5.2006 tarihli kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sendika hakkının bir meslek gurubu için tamamen ortadan kaldırılmasını haksız bularak, Türkiye aleyhine karar

vermiştir. Kararın gerekçesinde de; müdahalenin 'demokratik bir toplum için' gerekli olup olmadığının belirlenmesinin asıl olduğunu belirtmiştir. AİHM, ordu ve polis mensupları ile Devlet idaresinde görevli olanların sendikal haklarını kullanmalarına, hukuken öngörülen sınırlamalar konulabileceğini, ancak 11. maddede belirlenen istisnaların dar bir çerçevede yorumlanması gerektiğini, yalnız ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin, sendikalaşma özgürlüğünü sınırlamayı haklı kılabileceğini, böyle bir gereklilik olup olmadığını belirlerken de, devletin sınırlı bir takdir hakkı olduğunu, bu takdir hakkını taraf olduğu sözleşmelere uygun olması gerektiğini belirtmiştir. Böylece AİHM de, sendikalaşmanın tamamen yasaklanamayacağını, sadece demokratik toplum gerekleri dikkate alınarak, zorunluluklara bağlı sınırlandırma yapılabileceği esasını kabul etmiştir.

AİHM'in Belçika Polis Sendikası-Belçika arasındaki 27.10.1975 tarih, 4464/70 sayılı davada da, aynı şekilde polisler tarafından sendika kurulmasının mümkün olduğu esasını kabul ettiği de sabittir.

Netice olarak, sendika kurma hakkı yönünden, kanun koyucuya Anayasa ile 'sınırlandırma' yapması yönünde verilen yetkinin, 4688 sayılı Kanunun 15/j maddesi ile tamamen yasaklama şeklinde kullanılması Anayasa'nın 5., 11., 13 ve 51. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

4688 sayılı Kanunun 15. maddesinin j fıkrasının Anayasa'nın 5., 11., 13 ve 51. maddelerine aykırılık iddiası ile iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, 6216 sayılı Yasanın 40. ve Anayasa'nın 152/3. maddesi gereği Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar (5 ay) davanın geri bırakılmasına, dosyanın onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 15. maddesi şöyledir:

*"**Sendika üyesi olamayacaklar***

***Madde 15-** Bu Kanuna göre kurulan sendikalara;*

a) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri,

b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar,

c) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, (…) belediye başkanları ve yardımcıları,

d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları,

e) Mülkî idare amirleri,

f) Silahlı Kuvvetler mensupları,

g) (İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 10/4/2013 tarihli ve E.: 2013/21, K.: 2013/57 sayılı Kararı ile.)

h) Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları,

ı) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları,

j) Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel,

k) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri,

Üye olamazlar ve sendika kuramazlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 5., 11., 13. ve 51. 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, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 28.11.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ 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, gerek Anayasa'da gerekse 87 ve 151 sayılı ILO sözleşmelerinde tüm çalışanların sendika kurma hakkının güvenceye bağlandığı, Anayasa ve anılan uluslararası sözleşmelerde polise yönelik istisnai hükümler getirilmesine imkân sağlanmış ise de bu durumun, emniyet teşkilatında görev yapan polis ve diğer memurların sendika kurmalarının tamamen yasaklanabileceği anlamına gelmediği, bunların sendika kurmasının yasaklanmasının hakkın özünü ortadan kaldırdığı ve demokratik toplum düzeni yönünden zorunluluk taşımadığı, ayrıca bir çok ülkede polislere sendika kurma hakkının tanındığı ve bu durumun güvenliğin aksamasına ve meslek disiplininin bozulmasına yol açmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 5., 11., 13. ve 51. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

A- Bentte Yer Alan *"Emniyet hizmetleri sınıfı…"* İbaresinin İncelenmesi

İtiraz konusu kuralda yer alan ibareyle, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurması ve sendikalara üye olması yasaklanmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesine göre, emniyet hizmetleri sınıfı, özel kanunlarına göre çarşı ve mahalle bekçisi, polis, komiser muavini, komiser, başkomiser, emniyet müfettişi, polis müfettişi, emniyet amiri, emniyet müdürü ve emniyet müdürü sıfatını kazanmış emniyet mensubu memurları kapsamaktadır.

Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında, *"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz."* denilmek suretiyle işçi ve memur ayrımı yapılmaksızın tüm çalışanların sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

Sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kollektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir.

Sendika kurma hakkı mutlak olmayıp Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanabilir. Öte yandan, anılan maddenin beşinci fıkrasında, *"İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir."* hükmüne yer verilerek ikinci fıkradaki genel sınırlama sebepleri dışında da bazı kamu görevlileri yönünden bu hakkın kapsamının daraltılması veya sınırlandırılması ya da hakkın kullanımının yasaklanması mümkün kılınmıştır.

Ancak, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında belirtilen sebeplerle sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkına yönelik sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. 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.

Emniyet hizmetleri sınıfına mensup olanların sendika kurmasını ve sendikalara üye olmasını yasaklayan itiraz konusu kuralın, sendika kurma hakkına sınırlama getirdiği açıktır. İtiraz konusu kuralda, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurmasının yasaklanmasının, iç güvenlik hizmetlerine hâkim olması gereken disiplin ve hiyerarşik düzenin korunması amacına dayandığı anlaşılmaktadır. Disiplin ve hiyerarşinin korunması ve dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması amacıyla emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurma hakkının sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 51. maddesinde belirtilen özel sınırlama sebeplerine bağlı kalındığı ve sınırlandırmanın meşru bir amaca dayandığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Sendikalar, mensuplarının (çalışanların) hak ve menfaatlerini korumak amacıyla, yine bunların üretimden gelen güçlerine dayanarak faaliyet gösteren örgütlü yapılardır. Bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanlar, örgütlenmek ve sendikalaşmak suretiyle girişimci karşısındaki pazarlık güçlerini artırmakta, gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum elde etmektedirler. Bu bakımdan, sendikalaşmanın sosyal adaletin tesisine hizmet eden önemli bir demokratik araç olduğu söylenebilir.

Bununla beraber, sosyal adaletin tesisi bakımından gerekli görülen sendikalaşma olgusunun, kamu kesiminde var olması gereken disiplin ve hiyerarşik düzeni etkileme potansiyeline sahip olduğu da aşikârdır. Sendikalaşmanın disiplini etkileme potansiyelinin bulunması, işin doğasından kaynaklanmakta olup kural olarak sırf bu gerekçeyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olan sendika kurma hakkının ortadan kaldırılması, demokratik toplum gerekleriyle örtüşmez. Bunun yanında, sıkı bir disiplin ve hiyerarşik

düzen gerektiren kimi mesleklerde disiplinin bozulması, kamu düzenini tehdit edici boyutlara ulaşabileceğinden bu gibi durumlarda, kamusal yarara üstünlük tanınarak ilgili meslekle sınırlı olarak sendikalaşmanın yasaklanması gerekli hâle gelebilir. Diğer bir ifadeyle, demokratik toplum düzeninin sürdürülmesindeki üstün kamusal yarar, sendikacılığın disiplini etkileme potansiyelini, disiplin esasına dayanan meslekler yönünden ihmal edilebilir olmaktan çıkarmakta ve bu mesleklerde sendikacılığın yasaklanmasına haklı bir temel oluşturabilmektedir.

İç güvenlik, sıkı bir hiyerarşik disiplin gerektiren ve icabında şiddet kullanma yetkisi veren, kamu düzeninin tesisi bakımından hayati öneme sahip bir kamu hizmetidir. Bu hizmetin aksaması, kamu düzeni yönünden telafisi güç ve imkânsız zararların doğmasına yol açabilir. Toplumun huzur ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olan emniyet hizmetleri sınıfı mensupları arasındaki hiyerarşi ve disiplinin aşınması, iç güvenlik hizmetinin aksamasına neden olabilecek temel etkenlerden biridir. Demokratik toplum düzeninin varlığını sürdürebilmesinin önkoşulu olan iç güvenlik hizmetlerinin aksamadan ve sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesinin temini bakımından bu hizmetin asli unsuru olan emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurmasının yasaklanması, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında başvurabileceği tedbirler arasındadır.

Nitekim, 25.11.1992 günlü, 3847 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ve ilke olarak tüm çalışanların sendika kurma ve sendikaya üye olma özgürlüklerini güvenceye bağlayan Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 9. maddesiyle, Sözleşme'de öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağının ulusal mevzuatla belirleneceği ifade edilerek silahlı kuvvetler ve kolluk mensuplarının sendika kurma haklarıyla ilgili olarak taraf devletlere takdir yetkisi tanınmıştır.

Bu itibarla, kanun koyucunun, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurmalarının yasaklanmasının gerekli olduğunu değerlendirerek takdirini bu yönde kullanmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralda yer alan *"Emniyet hizmetleri sınıfı…"* ibaresi, Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Zühtü ARSLAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 5. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Bentte Yer Alan *"…ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel"* İbaresinin İncelenmesi

İtiraz konusu kuralda yer alan ibareyle, emniyet teşkilatında çalışan emniyet hizmetleri sınıfı mensupları dışındaki personelin sendika kurması ve sendikalara üye olması yasaklanmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, emniyet teşkilatında çalışan polis dışındaki personelin sendika kurmasının yasaklanması da, iç güvenlik hizmetlerine hâkim olması gereken disiplin ve hiyerarşik düzenin korunması amacına dayanmaktadır. Emniyet teşkilatında çalışan sivil personelin ifa ettiği görevler, silah kullanımını gerektirmeyen kimi teknik ve lojistik hizmetlerden ibarettir. Kamu düzeninin sağlanması bakımından düzenli bir şekilde yerine getirilmesi zaruret taşıyan iç güvenlik hizmetleri, bu hizmetin asli unsuru olan emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının katı bir disiplin ve hiyerarşik düzene bağlı olarak çalışmalarını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle emniyet hizmetleri sınıfı mensupları arasındaki disiplinin aşınmasını engellemek amacıyla, bunların sendika kurmasının yasaklanması demokratik toplum düzeni açısından meşru ve gerekli bir tedbir olarak görülebilir.

Buna karşılık, sendikalaşmanın, iç güvenlik hizmetlerinin asli unsuru olmayan ve kimi teknik ve lojistik hizmetleri yürütmekle sınırlı görev icra eden sivil personelin çalışma disiplini üzerinde yaratacağı etki, bunların sendika kurma hakkından yoksun bırakılmalarını gerekli kılmamaktadır. Zira bu hizmetlerde disiplin zafiyeti nedeniyle meydana gelebilecek aksamalar, telafisi güç ve imkânsız zararların oluşmasına yol açmamaktadır. Öte yandan, iç güvenlik hizmetlerinde doğrudan görev alan emniyet hizmetleri sınıfı mensupları için geçerli olan polis disiplini gerekçesiyle sivil personelin sendika kurma hakkından yoksun bırakılması, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı gibi bunlara yönelik sendika kurma yasağının kamu düzeninin sağlanması amacına ulaşmada elverişli bir araç olduğu da söylenemez.

Bu durumda, emniyet teşkilatı kadrolarında görev yapan sivil personelin sendika kurmalarının yasaklanması, demokratik toplum düzeni açısından meşru ve ölçülü bir müdahale niteliği taşımamaktadır.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadı da bu yönde olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin *"Örgütlenme Hakkı"*nı düzenleyen 11. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi uyarınca, ancak ikna edici ve zorlayıcı gerekçelerin bulunması hâlinde, devletin idare mekanizmasında görev yapan kamu görevlilerinin sendika kurma hakkına meşru kısıtlamaların getirilebileceği belirtilmektedir [Demir ve Baykara/Türkiye (BD) kararı, Başvuru No:34503/97, par.119].

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralda yer alan *"…ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel"* ibaresi, Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasa'nın 5. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

25.6.2001 günlü, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinin, 4.4.2012 günlü, 6289 sayılı Kanun'un 31. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen birinci fıkrasının (j) bendinde yer alan;

A-*"Emniyet hizmetleri sınıfı…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B-*"…ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

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 YAZISI

Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinin 6289 sayılı Kanunla değiştirilen birinci fıkrasının (j) bendinde yer alan "Emniyet hizmetleri sınıfı" ibaresinin Anayasaya aykırılığı savıyla iptali istemi Mahkememiz çoğunluğunca yerinde görülmemiştir.

İptal istemi, emniyet hizmetleri sınıfına mensup polislerin sendika kurma hakkına ilişkin olup, istemin reddi, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Sendika kurma hakkı ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir"* hükmüne dayanmaktadır.

Hakkın sınırlandırılması bakımından Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan *"demokratik toplum düzeninin… gereklerine"* ve *"ölçülülük ilkesine"* aykırı olmamak zorunluluğunun gözetilmesi gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.

Bu yönüyle bakıldığında polis sendikası kurulmasının asayiş hizmetlerinin sağlanmasında, suçun önlenmesinde ve kolluk görevlerinin yerine getirilmesinde kendiliğinden bir zafiyete yol açacağı varsayımı, günlük hayatın gerçeklikleriyle doğrulanmadığı gibi, polis sendikasına izin verilen demokratik ülkelerdeki uygulama sonuçları, polislerce sendika kurulmasının herhangi bir ciddi sakıncasını olmadığını göstermiştir. Öte

yandan, sendika kurulmasına izin verilmesi halinde, ağır şartlar altında görev yapan, çoğu kez karşılaştığı sorunlar karşısında yalnız başına bırakıldığı duygusuna kapılan, bir grup yapısı içerisinde yer aldığı takdirde daha güçlü olacağı psikolojisiyle, kimi zaman suç örgütlerinin veya kamu hizmetiyle bağdaşmayan fiili yapılanmaların etkisinde kalabilen emniyet mensuplarının, adil, tarafsız kamu hizmeti esaslarına bağlı görev yapması yolunda doğabilecek sakıncalar da giderilmiş olacaktır. Devletin kendisine yeterince sahip çıkmadığı ve sorunlarının çözümünde yalnız olduğu duygusuna kapılan emniyet mensupları, disiplin yönünden, açık, şeffaf ve yasal denetim içerisinde sendikalaşan polislere kıyasla daha sakıncalıdır. Bu nedenle, sendika kurulmasının polisin disiplinini bozacağı savına katılmak güçtür. Sendika yasağı kamu düzeninin korunması bakımından zorunlu olmadığı gibi, "demokratik bir toplumda gereklilik" ölçütü ile de bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkı, sınırlama nedenleri bakımından yasa koyucuya takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak, bu takdir yetkisinin, Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin uluslar arası andlaşmalar bağlamında kullanılması zorunludur. Türkiye'nin taraf olduğu Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 8. maddesinde, Sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağının ulusal mevzuatla belirleneceği ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması halinde dahi özlerine dokunulamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, polis sendikası meselesi, hakkın özüne dokunan tamamen yasaklama yoluna gidilmeksizin, ölçülü bir şekilde düzenlenebilir. Bu konuda demokratik ülkelerde iyi örnekler bulunmaktadır. Bu bağlamda, sendikal hakların kullanımı bakımından, astlarına emir verme yetkisine ve dolayısıyla onları etkileme imkanına sahip olan polis amirleri ile rütbesiz polis memurları arasında farklılaşmaya veya görev yerinin özelliklerine göre bazı hakların kullanımında geçici olarak sınırlamaya gidilebilir. Ancak sendika kurma ve salt üye olma yönünden toptan yasak konulması, sendika hakkının tanınıp tanınmamasından değil, sadece "ne ölçüde sınırlanacağından" bahseden ILO Sözleşmesinin ruhuna da aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Demir ve Baykara v.Türkiye* kararında yer alan, örgütlenme hakkına *"ancak ikna edici ve zorlayıcı*

gerekçelerin bulunması halinde meşru kısıtlamaların getirilebileceği" hükmünün de yukarıdaki yaklaşım çerçevesinde yorumlanması gerektiği kanaatindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

25.6.2001 günlü, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinin, 4.4.2012 günlü, 6289 sayılı Kanun'un 31. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen birinci fıkrasının (j) bendinin Anayasa'nın 5., 11., 13. ve 51. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmektedir.

Dava konusu kuralla, emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personelin sendika üyesi olamayacakları ve sendika kuramayacakları düzenlenmektedir.

Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan ve sendika kurma hakkını düzenleyen 51. maddesinin birinci fıkrasında "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz." denilmek suretiyle işçi ve memur ayrımı yapılmaksızın tüm çalışanların sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır. Diğer taraftan aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerle sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkına yönelik müdahalelerin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülük ilkesine aykırı olamayacağı açıktır.

Sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere bir araya gelerek topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirmelerine imkan sağlar. Sendika kurma hakkı çalışanların bireysel

ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte olup, bu niteliği itibariyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Nitekim demokratik ülkelerin uygulamalarına bakıldığında ilke olarak tüm çalışanlara sendika kurma ve üye olma hakkının verildiği ve mutlak bir yasaklama olmadığı görülmektedir.

Türkiye'nin de katılmış olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) 87 ve 151 sözleşmesinde de tüm çalışanlara sendika hakkının tanındığı, ancak bu hakkın ulusal güvenlik, kamu güvenliği gerekleri, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, genel sağlığın ve ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi koşulların bulunması durumunda, kanunla sınırlandırılabileceği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrası karşısında sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı tüm çalışanlar yönünden güvence altına alındığından "Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personelin" sendika kurması ve sendikaya üye olmasını yasaklayan dava konusu kuralın sendika kurma hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Bu müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olmasına bağlıdır. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülük ilkesi amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunmasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da gerektiren bir ilkedir.

Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıfına dahil personelin çalışma şartlarının iyileştirilmesi ve özgürlük haklarının geliştirilmesi gibi bireysel ve ortak menfaatlerinin korunmasına yönelik sendikal faaliyetlerde bulunması demokratik toplum düzeninin gereğidir. Bu durumda **"Emniyet hizmetleri sınıfında"** yer alan personelin sendika kurma ve sendikaya üye olmalarının yasaklanmasına ilişkin düzenleme demokratik toplum düzeni bakımından meşru ve ölçülü bir müdahale niteliği taşımamaktadır.

Açıklanan nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞI OY GEREKÇESİ

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15/j bendi emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dâhil personeli sendika üyesi olamayacak gruplar arasında saymıştır. İkinci gruba dahil personel açısından Mahkememiz sendika yasağını bu 2014/18 sayılı kararıyla kaldırmıştır.

Anayasa'nın 51. maddesinin ilk fıkrası, 'Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir… … …' hükmünü getirerek sendika kurma hakkını temel bir hak olarak kabul etmiştir. Bu hakkın, "…Ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla" sınırlanabileceği de bu maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Mutlak bir hak olmayan sendika hakkı yukarıda belirtilen nedenlere dayalı olarak sınırlandırılabilir ancak bunun Anayasa'nın 13. maddesinde vurgulandığı şekliyle hakkın özüne dokunmaksızın yapılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında belirtilen sebeplerle sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkına yönelik sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Bu maddede temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun şekilde, yasayla sınırlandırılabileceği belirtilmektedir. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından *gerekli* olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir *oran* içinde bulunmamasını ifade etmektedir. Burada kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir orantı aranmaktadır.

Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin (UMSHS) 22. maddesinin ilk fıkrası ile Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin (UESKHS) 8. maddesinin, ilk fıkrasının a bendi, sendika hakkını tanımakta ancak bu hakkın, silahlı kuvvetler ve emniyet mensupları için sınırlandırılabileceği

belirterek, sendikalaşma hakkının kullanımının sınırlarına ilişkin ölçütleri taraf devletlere bırakmaktadır. Her iki Sözleşmedeki bu maddeler, silahlı kuvvetler ve emniyet mensupları için mutlak ve kesin bir sendika yasağı getirmemektedir. BM Genel Kurulunda UESKHS'nin 8. maddesinin, ikinci fıkrasının silahlı kuvvetler, polis ve kamu hizmeti üyelerinin sendika haklarını engellemediği, yalnızca yasal kısıtlamalara imkân verdiği açıklanmıştır.[1]

BM İkiz Sözleşmeleri gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 11. maddesi de sendika hakkını tanımış ancak maddede belirtilen kıstaslar doğrultusunda sınırlanabileceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarının sendika hakkının kısıtlanabileceği de 11/2 fıkrasında belirtilmiştir.

Türkiye'nin onaylayıp, kabul ettiği ve Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukun bir parçası olan 87 ve 151 sayılı ILO Sözleşmeleri de sendika kurma hakkını temel bir hak olarak kabul etmektedir. 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi'nin 9. maddesi ile 151 sayılı Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunması ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin Sözleşmenin 1. maddesinde, Sözleşmelerde öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağının ulusal mevzuatla belirleneceği kabul edilmiştir.

Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ) ve Gözden Geçirilmiş ASŞ'nin 5. maddeleri de sendikalaşma hakkını kabul etmiştir. Her iki Şart'ın 5. maddesi sendika hakkını içerecek şekilde örgütlenme özgürlüğünü düzenlemektedir. Maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri bakımından hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla ya da yönetmeliklerle belirleneceği de ikinci fıkrada belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı (Rec (2001) 10) ile kabul edilen Avrupa Polis Etiği Yönetmeliği'nin 31. maddesinde, polisin, diğer vatandaşlarla aynı medenî ve siyasî haklara sahip olduğu, bu haklara getirilecek sınırlamaların ancak demokratik bir toplumda polisin görevini gereği gibi yapabilmesi amacıyla, hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun olarak getirilebileceği ifade edilmiştir. Aynı Yönetmeliğin 32. maddesinde de polis teşkilatı mensuplarının kamu görevlileri olarak,

1 Gülmez, M. (2005), Sendikal Haklarda Uluslararası Hukuka ve Avrupa Birliğine Uyum Sorunu, Belediye-İş Yayını, AB'ye Sosyal Uyum Süreci Dizisi, No: 1, Ankara, s.116.

sosyal ve ekonomik haklardan sonuna kadar yararlanmaları ve polislerin kendilerini temsil eden kuruluş kurmak veya bu kuruluşlara katılmak hakkına sahip olmaları gerektiğine dikkat çekilmektedir.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ASHK) 21 Mayıs 2002'de, Avrupa Polis Sendikaları Konseyi'nin Portekiz aleyhine yaptığı başvuruyla ilgili verdiği kararda, polislerin sendika kurma hakkının sınırlandırılabileceğini ancak tamamen yasaklanamayacağını, polislerin çalışma koşullarını ve ücretlerini pazarlık etme ve örgütlenme gibi temel sendikal haklardan yararlanmak amacıyla sendika kurma veya kurulmuş sendikalara katılma hakkı olduğunu belirtmiştir.[2] Komite, ASŞ 5. maddesi ve ilgili *travaux préparatoires* hakkında yaptığı Yorum'da, bir devletin polisin örgütlenme özgürlüğünü sınırlandırabileceğini ama 5. maddede sunulan güvencelerden tamamen mahrum bırakamayacağını vurgulamıştır.[3]

Türkiye, ASŞ ve Gözden Geçirilmiş ASŞ'yi imzalamakla birlikte, diğer bazı maddelerin yanı sıra 5. maddeye de çekince koymuştur. Bununla birlikte 12 Kasım 2008 tarihli, *Demir ve Baykara/Türkiye* davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Türkiye'nin onaylamadığı uluslararası anlaşmaların kendisine uygulanamayacağı hususundaki itirazını kabul etmeyerek, Sözleşme hükümlerini, Sözleşmeyle korunan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında tek başvuru çerçevesi olarak değerlendirmediğini belirtmiştir. AİHM'e göre, ilgili uluslararası belgelerin, uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyi üye devletlerinin çoğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde devam etmekte olan bir gelişimi ifade etmesi ve belirli bir alanda modern toplumlarda ortak bir zemin olduğunu göstermesi yeterli olacaktır. Dolayısıyla, AİHM'e göre savunmacı devletin ilgili davanın konusuna ilişkin olarak uygulanabilir olan belgelerin tümünü onaylamış olması gerekmemektedir.[4]

21 Mayıs 2006 tarihli, *Tüm Haber-Sen ve Çınar/Türkiye* kararında AİHM, sendika hakkının bir meslek gurubu için tamamen ortadan kaldırılmasını haksız bularak, Türkiye aleyhine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde de, müdahalenin 'demokratik bir toplum için' gerekli olup olmadığının

2 http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/complaints/CC11Merits_en.pdf, §.25-26, erişim tarihi, 7 Mayıs 2014.
3 http://www.sosyalhaklar.net/2013/bildiriler/ocinneide.pdf, s.128, erişim tarihi, 7 Mayıs 2014.
4 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-89558, §.85-86., erişim tarihi, 7 Mayıs 2014.

belirlenmesinin asıl olduğun ifade edilmiştir.[5] AİHM, ordu ve polis mensupları ile Devlet idaresinde görevli olanların sendikal haklarını kullanmalarına, hukuken öngörülen sınırlamalar konulabileceğini, ancak 11. maddede belirlenen istisnaların dar bir çerçevede yorumlanması gerektiğini, yalnız ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin, sendikalaşma özgürlüğünü sınırlamayı haklı kılabileceğini, böyle bir gereklilik olup olmadığını belirlerken de, devletin sınırlı bir takdir hakkı olduğunu, bu takdir hakkının devletin taraf olduğu sözleşmelere uygun olması gerektiğini vurgulamıştır. Böylece AİHM de, sendikalaşmanın tamamen yasaklanamayacağını, sadece demokratik toplum gerekleri dikkate alınarak, zorunluluklara bağlı sınırlandırma yapılabileceği esasını kabul etmiştir. 27 Ekim 1975 tarihli, *Belçika Ulusal Polis Sendikası/ Belçika* ve 25 Eylül 2012 tarihli *Slovak Cumhuriyeti Polis Sendikası ve Diğerleri/ Slovakya* kararlarında da AİHM polislerin sendika kurma hakkını tartışma konusu yapmamıştır[6]. Polisler için bu hakkın varlığını son derece doğal saymıştır.

Polislerin örgütlenmesi bazı ülkelerde sendikalar, diğerlerinde ise dernekler veya birlikler şeklinde olabilmektedir. Ülkemizde ise polislerin sendika kurmasının yasaklanması yetmezmiş gibi 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun ek 11. maddesiyle polislerin dernek kurması ve derneklere üye olması da yasaklanmıştır. Bu yasakçı düzenlemelerde 12 Eylül öncesi Emniyet Teşkilatı mensupları arasındaki dernek şeklindeki örgütlenmelerin neden olduğu iddia edilen siyasi bölünmenin ve kamplaşmanın emniyet hizmetlerinde yol açtığı aksamaların ve disiplin ve hiyerarşinin bozulmasının etkisinin büyük olduğunu söyleyebiliriz. Bununla birlikte, geçmişin hayaletinin ve günahlarının yaşayanlar ve gelecek kuşaklar üzerine bir kâbus gibi çökerek onların temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını engellemesi de doğru değildir.

Günümüzde demokrasi anlayışının genişlemesinin bir parçası olarak sendika hakkının sırf emniyet teşkilatında çalıştığı ya da silah taşıdığı için kişilerden esirgenmesi kabul edilemez. Demokratik ülkelerde, emniyet mensupları da, ekonomik, sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için sendika kurabilmektedirler. Bu durumun, çoğunluk görüşünün aksine, güvenlik hizmetlerini aksatmadığı gibi, polislik mesleğinin gerektirdiği disiplin ve emir-komuta zincirine zarar vermediği de görülmüştür.

5 http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=003-1597189-1672212, erişim tarihi 7 Mayıs 2014.

6 http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57435, ve http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113335, erişim tarihi 7 Mayıs 2014.

Polisin sendikalaşması sadece bu kişilerin özlük haklarını korumak ve geliştirmekle kalmayarak, polislerin neden olabileceği keyfi uygulamaların ve hukuksuzlukların azaltılmasına da katkı sağlayacaktır. Polisin sendikal haklara sahip olduğunda demokratik ilkelere daha uygun davranışlar gösterdiği yolunda kanıtlarda mevcuttur.[7] Polisin örgütlenmesine izin verildiği Avrupa ülkeleri, ABD, Kanada, Avustralya ve Güney Afrika Cumhuriyeti ve diğer devletlerde genel olarak, bu durumun emniyet hizmetlerinde zafiyet yaratmadığını bilimsel araştırmalar göstermektedir.[8]

Türkiye'de polislerin aşırı ve düzensiz çalışma, amir baskısı ve keyfi yönetim gibi sorunlarla karşılaştıkları sıklıkla dile getirilmektedir. Polisleri temsil edecek örgütlü bir yapının bulunması, bu sorunların dile getirilmesine ve çözülmesine katkı yapacaktır. Bu şekilde görevini yaparken, kafasında çeşitli sorunlarla boğuşan polis güvenlik hizmetlerini daha etkin bir şekilde yerine getirebilecek, bu durumdan devlette, toplumda kazançlı çıkacaktır. Nitekim özellikle toplumsal olaylarda polisler çok uzun süre aralıksız çalışması, sokaklarda, otobüslerde uyuması ve düzenli beslenememesiyle bu tip olaylarda polisin orantısız şiddet içeren güç kullanması arasında bir ilişki olduğundan söz etmek yanlış olmayacaktır.

Polislerin kendilerini ifade edecek demokratik araçların en önemlilerinden biri olan sendika hakkından yoksun bırakılmaları günümüz demokrasi anlayışına tamamen ters düşmektedir. Ağır çalışma koşulları altında görev yapan, karşılaştıkları çeşitli sorunlarla mücadele etmede adeta yalnız kalan, haklarını aramada çaresiz bırakılan polislere sendika kurma hakkının çok görülmesi 21. yüzyıl Türkiye'sine yakışmamaktadır. Uluslararası hukukta polislerin sendika hakkı konusunda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmasından güç alarak, Türkiye'nin polislerin sorunlarını dile getirecek, hak ve çıkarlarını koruyup, geliştirecek örgütlenmeleri yasaklaması demokratik toplum düzeni anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

Demokratik toplum düzeninin en önemli unsurlarından biri olan örgütlenme özgürlüğünün bir yansıması olan sendika hakkı, bireylerin kendi maddi ve manevi çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla bir araya gelmelerine ve dayanışma esasına dayalı hem bireysel hem de toplu olarak kullanılabilen temel insan haklarından biridir. Sendika hakkı sayesinde

7 Adams, Roy J. (2008), "The human right of police to organize and bargain collectively", *Police Practice and Research,* 9(2), s.165.

8 ibid. s.167.

çalışma ilişkilerinde göreceli zayıf durumda bulunanlar kişiler topluluk hâline gelip, örgütlenerek belirledikleri ekonomik, siyasi ve sosyal hedeflere ulaşmaya çalışmaktadır.

Emniyet hizmeti sınıfı mensuplarına sendika hakkını yasaklayan kuralda Anayasa'ya aykırılık görmeyen Çoğunluk kararında, "*Emniyet hizmetleri sınıfına mensup olanların sendika kurmasını ve sendikalara üye olmasını yasaklayan itiraz konusu kuralın, sendika kurma hakkına sınırlama getirdiği açıktır*", denilerek, polislerin sendika kurma hakkının ilgili kural gereğince tamamen yasaklandığı gerçeği göz ardı edilmektedir. Gayet açıktır ki, söz konusu kural, emniyet mensuplarının sendika hakkını sınırlanmamakta, tam tersine, Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerini aykırı bir şekilde tümüyle yok etmektedir. Çoğunluk, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurmasının yasaklanmasının, "*İç güvenlik hizmetlerine hâkim olması gereken disiplin ve hiyerarşik düzenin korunması amacına dayandığı… dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması amacıyla*" sendika kurma hakkının sınırlandırılmasında, Anayasa'nın 51. maddesinde belirtilen özel sınırlama sebeplerine bağlı kalındığı ve sınırlandırmanın meşru bir amaca dayandığı görüşünü savunmaktadır.

İlginç olan nokta, Çoğunluğun, sendikalar sayesinde, "*Bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanların, örgütlenmek ve sendikalaşmak suretiyle…gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum*" elde ettiklerini ve, "*Bu bakımdan, sendikalaşmanın sosyal adaletin tesisine hizmet eden önemli bir demokratik araç*" olduğundan tereddüt taşımamasıdır. Hatta, Çoğunluk daha da ileri giderek, "*Sendikalaşmanın disiplini etkileme potansiyelinin bulunması, işin doğasından kaynaklanmakta olup kural olarak sırf bu gerekçeyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olan sendika kurma hakkının ortadan kaldırılması, demokratik toplum gerekleriyle örtüşmez*", görüşünü rahatlıkla savunabilmektedir. Bu son derece doğru tespitlerden sonra, Çoğunluk, maalesef Türk devlet geleneğinin ve idare zihniyetinin değişmez kutsalı olan kamu kesiminde disiplini sağlama ve hiyerarşik düzeni koruma adına polislerin sendika hakkını kurban etmekten çekinmemiştir: "…*Demokratik toplum düzeninin sürdürülmesindeki üstün kamusal yarar, sendikacılığın disiplini etkileme potansiyelini, disiplin esasına dayanan meslekler yönünden ihmal edilebilir olmaktan çıkarmakta ve bu mesleklerde sendikacılığın yasaklanmasına haklı bir temel oluşturabilmektedir*". Burada Çoğunluk demektedir ki, polislerin sendikalaşması disiplini olumsuz etkileme potansiyeli taşıdığından demokratik toplum düzenine zarar verecektir, bunu önlemek için polis sendikacılığını

yasaklamak doğrudur! Demokratik toplum düzeni için bir meslek grubunun sendikal hakkının, kısıtlanmak bir yana, tamamen yasaklanması, herhalde demokratik toplum düzeninin oluşmasına değil, tam tersine, oluşmamasına bir katkı sayılmalıdır.

Mahkeme Çoğunluğu Anayasayı, uluslararası insan hakları sözleşmelerini, AİHM ve ASHK içtihatlarını ve dünyanın demokratik ülkelerindeki yaygın uygulamaları bir kenara atarak, Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 9. maddesine bir can simidi olarak yaklaşmıştır. Bu madde, daha önce de değinildiği gibi Sözleşme'de öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağının ulusal mevzuatla belirleneceğini ifade ederek, silahlı kuvvetler ve kolluk mensuplarının sendika kurma haklarıyla ilgili olarak taraf devletlere takdir yetkisi tanımaktadır.

Bir kez daha vurgulamak gerekir ki, 4688 sayılı Yasa'nın 15 (j) bendi polisin sendika hakkına sınırlamayarak, polisi tümüyle sendika hakkından yoksun bırakmaktadır. Polislerin sendika hakkını tanımayan bir uluslararası sözleşme yoktur. Uluslararası sözleşmelerin ve hukukun üzerine basa basa söylediği, görev ve yetkilerinin niteliği göz önüne alınarak polis ve ordu mensuplarına sağlanan güvencelerin diğer çalışanlara göre daha sınırlı olduğu ve bu konuda ulusal makamlara ve mevzuata sendikalaşma hakkının ne ölçüde kullanılacağını belirleme imkânı verilmesidir. Bu sınırlandırmalar, polislerin sendika hakkının tamamen yasaklanmasının meşrulaştırılmasına dayanak olamaz.

Yukarıda belirtilen gerekçelerden hareketle, emniyet hizmeti sınıfı mensuplarına sendika yasağı getiren kuralın, Anayasa'nın 13., 51. ve 90. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle, Çoğunluk kararına muhalif kalınmıştır.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi "Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel"in sendikalara üye olamayacakları ve sendika kuramayacakları hükmünü içermektedir. Mahkememiz kuralda yer alan "ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel" ibaresini iptal etmiş, "Emniyet hizmetleri sınıfı" ibaresine yönelik iptal istemini ise reddetmiştir.

Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrası, çalışanların sendika kurma ve bunlara üye olma haklarını güvenceye almakta, ikinci fıkrası ise milli güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi fıkrada sayılan sebeplerle bu hakların sınırlandırılabileceğini belirtmektedir. Aynı maddenin beşinci fıkrası da "*İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir*" hükmünü içermektedir.

İtiraz konusu kuralın, "Emniyet hizmetleri sınıfı" mensupları yönünden mutlak bir yasak getirdiği, bu yönüyle Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasındaki sınırlama nedenlerinden ziyade, beşinci fıkrasında yer alan "hizmetin niteliği" gereği öngörülen "istisna" olarak düzenlendiği söylenebilir. Ancak, bu düzenlemenin geniş anlamda sendika hakkına yönelik bir sınırlama olduğu ve bu nedenle söz konusu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesindeki kriterlere uygun olması gerektiği açıktır. Nitekim, Mahkememiz de denetimini hem 51. madde hem de 13. madde yönünden yapmıştır.

Sendika hakkı, örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak demokratik toplumların vazgeçilmezleri arasındadır. Bu hakkın biri bireylere diğeri de topluma bakan iki yüzü vardır. Sendika hakkı, kişilerin sosyal ve ekonomik menfaatlerini korumak maksadıyla örgütlenmelerini sağlayarak maddi ve manevi varlıklarını geliştirmelerine katkı sunmaktadır. Diğer yandan, bu hak modern demokrasilerin vazgeçilmez unsuru haline gelen sivil toplumun gelişiminde ve pekişmesinde hatırı sayılır bir yere sahiptir. Sendikaların, bireysel ve toplumsal talepleri siyasal alana taşıyan örgütlü yapılar olarak demokratik sistemin işleyişi bakımından çok önemli bir işlev gördükleri bilinmektedir. Demokratik toplum açısından bu derece önemli olan sendika hakkına yönelik müdahalenin de sınırlı ve ölçülü olması gerekir.

Uluslararası sözleşmelerin, silahlı kuvvetler ve kolluk açısından sendikal hakların sınırlandırılması konusunda taraf devletlere takdir yetkisi tanıdıkları doğrudur. Sözgelimi 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 9. maddesi, sendikal güvencelerin silahlı kuvvetlere ve kolluğa ne ölçüde uygulanacağının ulusal yasalarla belirleneceğini, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi de "silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca" sendikal hakların kullanılmasına yönelik "meşru sınırlamalar" getirilebileceğini belirtmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca" sendikal hakların kullanımına yönelik meşru sınırlamaların getirilebileceğini, ancak maddedeki istisnaların son derece "katı" yorumlanması gerektiğini, bu üç grubun örgütlenme özgürlüklerine yönelik sınırlamaların yalnızca inandırıcı ve zorlayıcı gerekçelerin bulunması durumunda kabul edilebileceğini belirtmektedir. AİHM, ayrıca, taraf devletlerin uygulamalarından doğan konsensüsün Sözleşme maddelerinin yorumlanmasında dikkate alınacağı hususunu kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin davalarda da vurgulamaktadır. (*Demir Baykara/Türkiye* (BD), Başvuru No: 34503/97, 12/11/2008, par. 119, 85).

Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin çok büyük bir kısmında, bazı sınırlamalara tabi olmakla birlikte, polislerin sendikal haklara ve mesleki örgütlenme özgürlüğüne sahip oldukları bilinmektedir. Nitekim, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, kamu görevlileri olarak polislerin sosyal ve ekonomik haklardan mümkün olduğu kadar geniş bir şekilde yararlanmaları, özellikle kendilerini temsil edecek örgütleri kurma ve faaliyetlerine katılma hakkına sahip olmaları gerektiğini açıkça ifade etmiştir (*Recommendation Rec (2001)10 of the Committee of Ministers to member states on the European Code of Police Ethics*, 19/9/2001, par. 32).

Polislerin sendikal hakları konusunda bir anlamda "Avrupa konsensüsü" bulunduğundan, Sözleşme'nin 11. maddesinin son cümlesi bakımından yapılacak denetim, kolluk mensuplarının sendikal haklarına yönelik sınırlamaların demokratik toplumda gerekli olup olmadığı noktasında odaklanmaktadır. Nitekim AİHM, şu ana kadar kolluk kuvvetlerinin sendikal haklarının tamamen yasaklanması anlamında bir müdahaleyi incelememiş olmakla birlikte, yapılan görevin ve taşınan sorumluluğun gereği olarak polislerin bu haklarının kullanımına yönelik özel düzenlemeler

yapılabileceğini belirtmiş, bu düzenlemelerin orantılı olup olmadığını denetlemiştir. (Bkz. *Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others/Slovakia*, B.No: 11828/08, 25/9/2012, par.67)

Mahkememiz çoğunluğu, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarına yönelik sendikalaşma yasağını kurum içinde disiplin ve hiyerarşinin korunması, bu suretle demokratik toplum düzeninin sürdürülmesi ve sonuçta üstün kamusal yararın sağlanması amacıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında başvurabileceği tedbirlerden biri olarak değerlendirmiştir. İptali istenen sendikal yasağın, disiplin ve hiyerarşiyi sağlamayı, böylece kamu düzenini korumayı amaçladığı söylenebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir hakkın kullanımının kamu düzenini tehdit etme potansiyeli taşıması o hakkın kullanımını tamamen yasaklamak için gerekçe teşkil edemez. Esasen ifade ve örgütlenme özgürlüğü gibi medeni ve siyasi haklar, nitelikleri gereği şu ya da bu ölçüde kamu düzenini tehdit edebilir. Demokratik toplumlarda devlete düşen görev, kamu düzenini korumak maksadıyla bir hakkın kullanımını tamamen yasaklamak değil, söz konusu hakkın kötüye kullanımını önlemeye yönelik tedbirleri almaktır.

Kamu düzeninin korunması gibi sınırlama sebepleri, çok geniş ve keyfi yorumlandıklarında temel hak ve özgürlüklerin korunması imkansız hale gelebilir. Bu nedenle, özgürlüğün esas sınırlamanın istisna olduğu kabulünden hareketle, bir yandan sınırlama nedenlerinin dar yorumlanması, diğer yandan da bir hakka veya özgürlüğe yapılan müdahalenin bunların bireylere sağladığı yararları tamamen ortadan kaldıracak şekilde ölçüsüz olmaması gerekmektedir.

Diğer kamusal hizmet sektörlerinde olduğu gibi, emniyet mensuplarının da ağır çalışma şartları, yetersiz ücretler ve diğer özlük hakları gibi mesleğe ilişkin önemli sorunları olduğu öteden beri dile getirilmektedir. Emniyet mensuplarının mesleki sorunlarını ve buna ilişkin taleplerini örgütlü bir şekilde ifade etmelerini sağlamaya yönelik düzenlemeler yapmak demokratik devletin yükümlülükleri arasındadır.

Emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının bazı sendikal faaliyetleri, yürütülen hizmetin niteliği gereği personelin rütbeleri ve çalıştıkları birimlerin

özellikleri gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle elbette sınırlandırılabilir. Ne var ki, bu tür sınırlamalar yerine, emniyet hizmetleri sınıfı mensupları bakımından sendika kurma ve bunlara üye olma hakkının tamamen yasaklanmasının ölçülü olduğu söylenemez.

Öte yandan, kolluk kuvvetlerinin dernek kurma özgürlüğü bakımından da neredeyse mutlak bir yasaklamanın olduğu düşünüldüğünde, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sosyal ve mesleki menfaatlerini korumaya ve bunları ifade etmeye yönelik örgütsel imkanlardan bütünüyle yoksun oldukları görülmektedir. Bu nedenle, itiraz konusu kuralla getirilen mutlak yasağın, kamu düzenini korumaya yönelik olsa bile, öngörülen meşru amaçla orantısız olduğu ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 51. ve 13. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

4688 sayılı Kanunun 15. maddesinin birinci fıkrasının, Emniyet teşkilâtı personelinin sendikalara üye olmalarını ve sendika kurmalarını yasaklayan (j) bendinin iptali talebiyle yapılan itiraz başvurusunda, bentte yer alan "Emniyet hizmetleri sınıfı…" ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine; "…ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel" ibaresinin ise, Anayasanın 13. ve 51. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Kararda da belirtildiği üzere, Anayasada ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) sendika hakkı mutlak bir hak olarak düzenlenmemekte ve bu hakkın sınırlanabilmesi öngörülmektedir.

Anayasanın 51. maddesinde, çalışanlar ve işverenlerin sendika kurma ve sendikalara üye olma hakları düzenlenmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, bu hakkın ancak millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi,

genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği; maddenin beşinci fıkrasında da, işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırlarının gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenleneceği hükme bağlanmaktadır.

AİHS'nin bu hakka ilişkin 11. maddesinin ikinci fıkrasında da, bu hakkın millî güvenliğin ve kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle sınırlanabileceği ve 11. maddenin silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarının bu hakları kullanmasına sınırlamalar getirilmesine engel olmadığı belirtilmektedir. Emniyet mensupları bakımından öngörülen bu sınırlamaların sadece emniyet hizmetleri sınıfına dahil personel için geçerli olacağının kabul edilmesi, emniyet teşkilâtının diğer hizmet sınıflarından olan personelinin yerine getirdiği hizmetlerin iç güvenlik hizmetleriyle ilgisinin bulunmadığı kabulüne dayanabilir.

Kararda, iç güvenliğin sıkı bir hiyerarşik disiplin gerektiren ve kamu düzeninin tesisi bakımından hayatî öneme sahip olan bir kamu hizmeti olduğu ve bu hizmetin aksamasının kamu düzeni yönünden telafisi güç ve imkânsız zararlara yol açabileceği gerekçesiyle, "emniyet hizmetleri sınıfı"ndan olanların sendikalara üye olamayacaklarına ilişkin kuralın Anayasaya aykırı olmadığına hükmedilirken, gördükleri hizmet bakımından emniyet hizmetleri sınıfına dahil personelle aralarında sıkı bir bağ bulunan "emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel" ile ilgili hükmün Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesinde yukarıda belirtilen kabulün esas alındığı görülmektedir.

Oysa, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununa göre, ülkenin genel emniyet ve asayiş işlerinin yürütülmesi ile görevli olan emniyet teşkilâtı bu görevi emniyet hizmetleri sınıfına dahil personel ve diğer hizmet sınıflarındaki personel ile yerine getirmektedir. Yapılan kamu hizmetinin niteliği gereği, bu personelin başta disiplin hükümleri olmak üzere özlük konularının bir bölümü de emniyet hizmetleri sınıfına dahil personele benzer şekilde anılan Kanunda ve buna dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuatta düzenlenmektedir.

Diğer hizmet sınıflarına dahil personelin hukukî durumları emniyet hizmetleri sınıfında bulunan personelle aynı olmamakla birlikte, bu personel tarafından sağlanan idarî, teknik, lojistik ve sair destek hizmetlerinin çoğu zaman emniyet hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yürütülen hizmetlerle ayrılamayacak ölçüde iç içe olduğu görülmektedir. Bu itibarla, emniyet teşkilâtında hiyerarşi ve disiplinin, bu teşkilâtta görev yapan her hizmet sınıfındaki personel için önemli ve sıkı olduğu açıktır.

Sonuç olarak, sendikal haklara kısıtlama getirilmesi bakımından Anayasada ve AİHS'de öngörülen sebepler emniyet teşkilâtındaki diğer hizmet sınıflarına dahil personel için de mevcut olduğu gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince ifade edilen ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin bulunduğu da düşünülmektedir.

Bu sebeplerle, itiraz konusu kuraldaki "Emniyet hizmetleri sınıfı…" ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki gerekçelerin, iptal edilen ibare bakımından da geçerli olduğunu ve iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, "… ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel" ibaresinin iptali yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2014/20
Karar Sayısı : 2014/28
Karar Günü : 11.2.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Sinop Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 24.5.2013 günlü, 6487 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının *"Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir."* biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacıya ait aracın, sürücü belgesi olmayan eşi tarafından kullanıldığının tespit edilmesi üzerine davacı hakkında uygulanan idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizde görülmekte olan somut olayda Başvuran … …'ın Sinop Trafik Tescil ve Denetleme Şube Müdürlüğü'nün 01/11/2013 tarih ve GU seri 954890 sıra nolu trafik idari para cezası karar tutanağının hukuka ve Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmesini talep ettiği, Sinop İl Emniyet Müdürlüğü'nün cevabi yazısında; düzenlenen trafik idari para cezası karar tutanağının 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu hükümlerine uygun

olarak tanzim edilmiş olduğu, yapılan itirazın reddi ile idari yaptırım kararının onaylanmasının kamu yararı adına uygun olacağının bildirildiği görülmüştür.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesinin son cümlesi "Sürücü aynı zamanda araç sahibi değil ise, ayrıca tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir" hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 29/11/2012 tarihli, 2012/106 Esas, 2012/190 sayılı kararında oy birliğiyle iptal edilip 06/03/2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak, kanun koyucu 6487 sayılı ve 11/06/2013 yürürlük tarihli yeni bir yasa çıkartılmış ve bu yasada kanun hükmü "Ayrıca aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibinin de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir" şeklinde değiştirilmiştir.

Anayasa ve ceza temel kuralları uyarınca kişilere ceza verilebilmesi için hukuka aykırı eylemin kanunda belirtilmiş olması ve bu eylemin o kişi tarafından gerçekleştirilmiş olmasının kanıtlanması gerekmektedir. İtiraz konusu kuralda araç sahibinin hangi eylemin suç sayıldığı açık bir şekilde gösterilmediği gibi araç sahibi olma ile suç arasındaki illiyet bağının ne suretle oluşturulduğu da belirtilmemiştir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Yüksek Mahkemenin iptal gerekçesinde hukuka ve Anayasa'ya aykırılık tespitleri ayrıntılı olarak ifade edilmiş olup, iş bu iptal gerekçeleri yeniden yasalaşan madde ve ibare açısından da aynen geçerlilik arzetmektedir. Zira ilgili iptal gerekçesinde "Ceza hukukunun şahsiliği prensibine", hangi eylemin hukuka aykırı olduğunun somut olarak belirtilmemiş olması nedeniyle cezaların hukukiliği prensibine ve ayrıca aracın sürücü olmayan kişiye bilerek verip vermediği ve kusurunun bulunup bulunmadığı ispatlanmadan yaptırım uygulanmasının masumiyet karinesi prensibine aykırılık teşkil ettiği açıkça ifade edilmiştir.

Bu itibarla; mezkur maddede "Sürücü belgesiz araç kullanımına izin veren şeklinde yasalaşan değişik ibarenin Anayasa Mahkemesinin iptal edilen önceki yasa kuralına karşı tespit ettiği hukuka aykırılık unsurlarını aynı şekilde taşıdığı izahtan varestedir. İlgili değişik ibare masumiyet karinesi ilkesine aykırı olduğu gibi cezaların şahsiliği ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kararları tüm kurum ve kişiler için bağlayıcı olup, Yüksek Mahkemenin iptal etmiş olduğu bir hükmün başka bir yasa maddesine taşınmış olması veya aynı maddede farklı ibarelerle de olsa yeniden yürürlüğe sokulmuş olması hukuk devleti ve Anayasaya aykırı olduğu gibi iptal kararının

ruhuna ve amacına da uymamaktadır. Anayasamız tarafından güvence altına alınan ceza hukukunun şahsiliği, ceza hukukunun tipikliği ve masumiyet karinesi gibi prensipler Anayasanın 90. maddesi delaletiyle meri olan ve ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında da korunmaktadır.

Netice itibariyle; 6487 sayılı Yasanın 18. maddesi ile 2918 sayılı Yasanın 36. maddesinin son cümlesi olan "Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir" hükmünün Anayasaya, hukukun genel prensiplerine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olması sebebiyle bu hükümle ilgili yukarıdaki 36. maddenin son cümlesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerektiği mahkememizce kanaat getirilmiştir.

Bu nedenle;

1-) 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 2, 38, 90. maddelerine aykırılık teşkil eden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36/son maddesinde belirtilen "Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir" cümlesinin iptali için 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'ne BAŞVURULMASINA,

2-) Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın GERİ BIRAKILMASINA,

3-) Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi için dosya içeriği ve belgelerin onaylı birer suretinin (Anayasa Mahkemesinin 15.09.2009 tarih ve C.01.0.GNS-032-145/1170 sayılı yazısı dikkate alınarak Uyap Döküman Yönetim Sistemi üzerinden) ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

4-) 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152/3. maddesinin amir hükmü gereği dosyanın Anayasa Mahkemesine, gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar verilmesinin beklenmesine, bu süre içinde karar verilmezse davanın yürürlükteki 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 36. maddesi şöyledir:

"***Sürücü belgesi alma zorunluluğu:***

Madde 36- *(Değişik: 24/5/2013 - 6487/18 md.)*

Motorlu araçların, sürücü belgesi sahibi olmayan kişiler tarafından karayollarında sürülmesi ve sürülmesine izin verilmesi yasaktır.

Araçlar, Yönetmelikte sınıfları belirtilen sürücü belgelerine sahip sürücüler ile çok taraflı anlaşmalara göre sürücü belgesi bulunan veya geçerli uluslararası sürücü belgesi olan kişilerce sürülebilir.

Buna göre;

a) Sürücü belgesi olmayanların,

b) Mahkemelerce veya Cumhuriyet savcılıklarınca ya da bu Kanunda belirtilen yetkililerce sürücü belgesi geçici olarak ya da tedbiren geri alınanların,

c) Sürücü belgesi iptal edilenlerin,

araç kullanarak trafiğe çıktıklarının tespiti hâlinde, bu kişilere 1.407 Türk Lirası idari para cezası verilir. ***Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir.***"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 38. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman

Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 11.2.2014 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 yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda araç sahibinin hangi eyleminin suç sayıldığı açık bir şekilde gösterilmediği gibi araç sahibi olma ile suç arasındaki illiyet bağının da ne suretle oluşturulduğunun belirtilmediği, itiraz konusu kuralın, Anayasa Mahkemesinin 29.11.2012 günlü, E.2012/106, K.2012/190 sayılı kararı ile iptal ettiği kurala ilişkin olarak tespit ettiği hukuka aykırılık unsurlarını aynı şekilde taşıdığı gibi cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 38. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 36. maddesinde motorlu araçların, sürücü belgesi sahibi olmayan kişiler tarafından karayollarında sürülmesi yasaklanmış olup sürücü belgesi olmayanların araç kullanarak trafiğe çıktıklarının tespiti hâlinde, bu kişilere 1.407 Türk Lirası idari para cezası verileceği belirtilmektedir. İtiraz konusu kuralda ise aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verileceği öngörülmüştür.

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

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifleştirici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz."*; üçüncü fıkrasında,*"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur."* denilerek suçun ve cezanın kanuniliği esası benimsenmiş; yedinci fıkrasında ise ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilerek herkesin, kendi eyleminden sorumlu tutulacağı, başkalarının suç oluşturan eylemlerinden dolayı cezalandırılamayacağı kabul edilmiştir.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Bu ilkeye göre asli ve feri failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de, *"…fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılamayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuralıdır."* denilmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.

İtiraz konusu kuralda, araç sahibinin hukuka aykırı eyleminin aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin vermek olduğu ve bu eylemin suç sayıldığı açıkça belirtilmiş olup cezaların şahsiliği ilkesine aykırı bir durum söz konusu değildir. Zira, araç sahibi açısından idari para cezası yaptırımına bağlanan eylem, kusur sorumluluğu esası benimsenerek düzenlenmiştir. Kuralda, araç sahibinin sorumluluğunun hukuki nedeni, araç sahibinin iradesi dâhilinde gerçekleşen *"sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin verme"* eylemine dayanmakta, araç sahibinin kusurlu davranışı ile meydana gelen sonuç arasında illiyet bağı kurulmaktadır.

Bu durumda, araç sahibinin, aracının sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin verme şeklinde gerçekleşen davranışının sonucu olarak itiraz konusu kuralda belirtilen idari para cezasının uygulanmasında ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık bulunmadığı gibi hakkında itiraz konusu kural uyarınca idari para cezası uygulanan kişilerin dava açma ve aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesinde kusurunun bulunmadığını ispat ederek hakkında uygulanan idari para cezasının iptal edilmesi imkânı da bulunmaktadır.

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

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 24.5.2013 günlü, 6487 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının *"Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir."* biçimindeki son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 11.2.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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 Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2012/87
Karar Sayısı : 2014/5 (Yürürlüğü Durdurma)
Karar Günü : 27.2.2014

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN, Muharrem İNCE ile birlikte 124 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU : 16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un;

1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresi ile (c), (ç) ve (d) bentlerine,

2- 3. maddesinin (1), (3), (4), (6) ve (7) numaralı fıkralarının,

3- 4., 5. ve 6. maddelerinin,

4- 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (9) numaralı fıkrasının,

5- 8. maddesinin (1), (3) ve (7) numaralı fıkralarının,

6- 9. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının,

7- 12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın,

8- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek madde 5 ve geçici 14. maddenin,

9- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine eklenen dördüncü fıkranın,

10- 19. maddesinin (a) fıkrasıyla, 29.6.2011 günlü, 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendinin,

11- 22. maddesinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 17., 35., 36., 43., 56., 57., 63., 65., 90., 123., 125., 127., 138., 153., 163. ve 166. 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 Abdullah ÇELİK tarafından hazırlanan yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un;

A- 1- 6. maddesinin (9) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi,

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

27.2.2014 günlü, E.2012/87, K.2014/41 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkra ve cümlelerin, uygulanmalarından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

B- 1- 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesine ve (7) numaralı fıkrasına,

2- 6. maddesinin (10) numaralı fıkrasına,

3- 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

yönelik yürürlüğün durdurulması istemlerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

C- 1- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının yedinci ve sekizinci cümlelerine,

2- 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

3- 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu fıkra ve cümlelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

D- 1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresi ile (c), (ç) ve (d) bentlerine,

2- 3. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı cümlelerine,

b- (3) numaralı fıkrasına,

c- (4) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

d- (6) numaralı fıkrasına,

3- 4. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarına,

4- 5. maddesinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarına,

5- 6. maddesinin;

a- (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (11) ve (12) numaralı fıkralarına,

b- (9) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

6- 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (9) numaralı fıkrasına,

7- 8. maddesinin (3) ve (7) numaralı fıkralarına,

8- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

9- 12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkraya,

10- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek 5. madde ile geçici 14. maddeye,

11- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine mevcut üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen dördüncü fıkraya,

12- 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle, 29.6.2011 günlü, 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendine,

22. maddesine,

yönelik iptal istemleri, 27.2.2014 günlü, E.2012/87, K.2014/41 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bentlere, cümlelere ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

27.2.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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 : 2012/87
Karar Sayısı : 2014/41
Karar Günü : 27.2.2014

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN, Muharrem İNCE ile birlikte 124 milletvekili (E.2012/87)

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :

1- Ankara 20. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2013/17)

2- Antalya 8. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2013/27)

DAVA ve İTİRAZLARIN KONUSU : 16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un;

1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "… *Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…*" ibaresi ile (c), (ç) ve (d) bentlerinin,

2- 3. maddesinin (1), (3), (4), (6) ve (7) numaralı fıkralarının,

3- 4., 5. ve 6. maddelerinin,

4- 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (9) numaralı fıkrasının,

5- 8. maddesinin (1), (3) ve (7) numaralı fıkralarının,

6- 9. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının,

7- 12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın,

8- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek 5. madde ve geçici 14. maddenin,

9- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine mevcut üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen dördüncü fıkranın,

10- 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle, 29.6.2011 günlü 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendinin,

11- 22. maddesinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 13., 17., 35., 36., 43., 56., 57., 63., 65., 90., 123., 125., 127., 138., 153., 163. ve 166. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL DAVASI VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ İLE İTİRAZ BAŞVURULARININ GEREKÇELERİ

A- 1) 27.7.2012 günlü iptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

III. GEREKÇE

Öncelikle belirtmek gerekir ki; tüm doğal varlıkların korunması temelinde, mühendislik, mimarlık ve planlama ilkelerine uygun yerleşim alanları ve kentleşme olgusu oluşturulmadan, anayasanın mülkiyet, konut dokunulmazlığı, barınma

hakkı, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri ile eşitlik ilkelerine uygun olarak hazırlanmamış her türlü afet merkezli kanun düzenlemesi, ülkemizi büyük bir çıkmaza sürükleyecektir.

Bir oldu-bittiye getirilemeyecek ve tek yetkili olarak bir Bakanlığın sorumluluğuna bırakılamayacak kadar yaşamsal olan bu konu üzerinde, en az anayasa çalışmaları kadar önemle durulmalı ve yetkili tüm birimlerin katılımıyla bir uzlaşı sağlanmalıdır. Aksi halde üzerinde hukuki, ekonomik, sosyolojik, teknik ve diğer pek çok konuda detaylı çalışma yapılmadan gerçekleştirilecek bir şehirleşme, daha büyük sosyal deprem ve krizlere davetiye çıkaracaktır.

Bu nedenle; 16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun, kentlerin afetlere karşı korumasız olduğu ülkemizde, denetimsiz ve mühendislik hizmeti almamış yapılaşmanın engellenmesini sağlayacak bir düzenleme olmaktan oldukça uzaktır. Çünkü ülkemiz için bu kadar hayati bir konuda, toplumun ilgili kesimlerinin, konu ile ilgili meslek kuruluşlarının görüş ve önerileri alınmamış konu ile ilgili yapılmış çalışmalar, alınan kararlar göz ardı edilmiş ve neticede bilimsel ve hukuki temelden tamamen yoksun bir kanun ortaya çıkmıştır.

Yoksulun barınma hakkını yok sayan, vatandaşın mülkiyet hakkına tecavüzü yasal bir hale getiren, yerel yönetimlerin yasalarından kaynaklanan yetkilerini ortadan kaldıran, vatandaşlar arasında ayrımcı uygulamaların temelini atan, bütün yetkiyi Bakanlıkta toplayan, uygulama sırasında yapılacak yardımları lütuf düzeyine indirgeyen, zeytincilik, orman, askeri yasak bölgeler, turizmi teşvik, kültür ve tabiat varlıklarını koruma, kıyı, mera kanunları gibi doğa-çevre-kültür varlıklarını koruyup geliştirmeyi amaçlayan kanunların, bu kanunun uygulanmasını engelleyici ve bu kanuna aykırı hükümlerini ortadan kaldıran, söz konusu 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun, Anayasaya, pek çok mevcut kanuna ve Uluslararası Sözleşmelere aykırı olduğu gibi uygulamaya geçilmesi halinde telafisi imkansız zararlar doğurabilecek niteliktedir.

1- a) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 2 nci Maddesinin b Fıkrasındaki "Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi halinde" İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun 2. maddesinin b fıkrasındaki Tanımlar başlıklı 2. maddesinin b fıkrasında

"İdare: "Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde Büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde Büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyeleri olarak tanımlanmıştır.

Açıkça anlaşılacağı üzere; 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun 2. maddesinin b fıkrasındaki " Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi halinde" ifadesi Çevre ve Şehircilik Bakanlığına, Büyükşehir Belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerinden istediği ile çalışma, istemediği ile çalışmama gibi keyfi bir yetki vermektedir Başka bir deyişle madde de idare olarak belediyelerden söz edilse de Bakanlık tarafından yetkilendirilmeyen belediyelerin hiçbir yetki ve tasarrufu bulunmamaktadır.

Halbuki Büyükşehir ilçe belediyelerinin, 5216 ve 5393 sayılı Yasalardan gelen yetkileri olup, bu yetkilerin kullanımı Bakanlığın takdirine bağlı olmamalıdır.

Taktir edileceği üzere böylesi açıklıktan yoksun ve keyfi bir düzenleme, öngörülemezlik ve belirsizlik yaratır. Anayasanın 2.nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de, hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. nci maddesi ile bağdaşmaz.

İptali istenen "Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi halinde ifadesi" belirsizlik, keyfilik, toplum menfaati açısından sakıncalar taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli 2006/35 e ve 2007/48 K. Sayılı kararında;

"Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 7. 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, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı 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. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Dolayısıyla İptali istenilen bu ifade yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

Bu belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi ayrıca Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

Bu fıkrada kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede daha önce de belirtildiği üzere Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 127. maddesinin ilk fıkrasında; "Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları

kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir." denilerek yerel yönetimlerin genel bir tanımı yapıldıktan sonra ikinci fıkrasında bu yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla düzenleneceği belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 26.09.1991, E. 1990/38, K. 1991/32, sayılı kararında" Anayasanın idarî vesayetin hangi amaçlarla kullanılacağını kurala bağlamakla yetinmediğini ilke ve yöntemlerinin de yasa ile belli edilmesi koşulunu aradığını belirtmiştir.

Yine aynı kararda "Yasada yerel yönetimlere ait olan yetkilerin geçici olarak alınabileceği belirtilmekle birlikte bunun için bir sınırlama - getirilmediğinden bu yetkilerin merkezî yönetimce çok uzun süre kullanılması olanağı getirilmektedir. Bu durum, yerel yönetimlerin özerkliğine idarî vesayet yetkisinin kullanılması dışında bir müdahale olanağı tanımayan Anayasanın 127. maddesi ile bağdaşmamaktadır. İtiraz konusu düzenlemede bir idarî vesayet ilişkisinin varlığından değil, merkezî yönetimin yerel yönetimlerin plânlama yetkilerine yukarıda özetlenen nedenler dışında ve sınırı belirsiz biçimde gelişigüzel el atmasından söz edilebilir. Böylece, İtiraz konusu kuralın Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesine ve aynı maddenin beşinci fıkrasına aykırı olduğu kanısına varılmıştır."

Bu nedenle iptal konusu idare tanımında, Belediyelerin hangi durumlarda idare tarafından yetkilendirileceğinin yasada belirtilmemesi açıkça anayasanın 127. maddesine de aykırıdır.

b) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 2 nci Maddesinin c Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Madde 2; (c) fıkrası: Tasarı'nın "Tanımlar" başlıklı 2 inci maddesinin (c) fıkrasında "Rezerv Yapı Alanı" tanımlanmaktadır.

Bu maddeye göre rezerv yapı alanı "Bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenen alanları" ifade etmektedir.

Başka bir deyişle bu fıkra ile rezerv yapı alanının Bakanlıkça belirleneceği hükme bağlanmakta ve 648 sayılı KHK'da olduğu gibi yerel yönetimlerin yetkilerini bertaraf etmektedir.

Dolayısıyla bu fıkra Çevre ve Şehircilik Bakanlığına yine olağanüstü bir yetki vermekte, dilerse Bakanlığın resen yeni yerleşim alanı belirleyebileceğini ifade etmektedir.

Seçilmiş yerel yönetimlerin yetki alanına tecavüz eden ve belediyeleri/il özel idarelerini tali konuma iten, Bakanlığa bağlı TOKİ'yi seçilmiş yerel yönetimlerle eş ya da üst karar mekanizması olarak değerlendiren bu yaklaşımın demokrasi ile bağdaşmadığı açıktır.

Yeni yerleşimlerin kurulacağı rezerv yapı alanlarının tespitinde sadece Maliye Bakanlığının görüşü alındığı gibi, nasıl bir kent, nasıl bir Türkiye sorusuna da sadece TOKİ ve Maliye Bakanlığı karar vermektedir. Bu kadar önemli bir konuda, Tarım Bakanlığının, Kültür Bakanlığının, Tabiat ve Kültürü koruma kurullarının, odaların ve üniversitelerin görüşlerinin alınmaması hiçbir mantıkla bağdaşmaz.

Ayrıca fıkradaki "Rezerv yapı alanı" tanımında açıkça, yeni yerleşme alanları olan bu alanların saptanmasında bir analiz ya da afet riskinin azaltılması amacı gözetilerek çevre düzeni ve diğer plan kararlarıyla bütünlüklü bir saptama yapılmayacağı açıkça görülmektedir.

Yine rezerv yapı alanlarının idari olarak nasıl ve kimin tarafından belirleneceğini, bu alanların araştırmalarını kimin üsteleneceği maddede belli değildir.

Anayasanın 7. maddesinde belirtildiği üzere, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Böylesi açıklıktan yoksun ve keyfi bir düzenleme, öngörülemezlik ve belirsizlik yaratır. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın

Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. nci maddesi ile bağdaşmaz.

Bu fıkrada kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede daha önce de belirtildiği üzere Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 127. maddesinin ilk fıkrasında; "Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir." denilerek yerel yönetimlerin genel bir tanımı yapıldıktan sonra ikinci fıkrasında bu yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla düzenleneceği belirtilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 26.09.1991, E. 1990/38, K. 1991/32, sayılı kararında" Anayasanın idarî vesayetin hangi amaçlarla kullanılacağını kurala bağlamakla yetinmediğini ilke ve yöntemlerinin de yasa ile belli edilmesi koşulunu aradığını belirtmiştir.

Bu durumda söz konusu düzenleme Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesine ve aynı maddenin beşinci fıkrasına da açıkça aykırıdır.

c) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 2 nci Maddesinin ç ve d Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Madde 2; (ç) fıkrası: Tasarı'nın "Tanımlar" başlıklı 2 inci maddesinin (ç) fıkrasında "Riskli Alan" tanımlanmaktadır.

ç) Riskli alan; "Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alandır.

d) Riskli yapı: Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı

İlk olarak belirtmek gerekir ki: ç fıkrasındaki riskli alan tanımı çok belirsiz olup, bilimsel kriterlere dayanmayan sadece yetki saptaması yapan bir tanımdır.

d fıkrasındaki riskli yapı tanımında ise ilmi ve teknik verilere dayalı olarak tespit yapılacağı belirtilmişse de bu yapıların doğru seçilebilmesi için kullanılacak bilimsel ve teknik verilerin ne olacağı açık değildir.

Ayrıca d fıkrasında riskli yapıların kimin tarafından belirleneceği, bu yapıların araştırmalarını kimin üsteleneceği de belli değildir.

Yine ç fıkrasında riskli alanların tespitindeki yetki ve sorumluluklar bir takım olasılıklar içeren muğlak ifadelerle belirtilmiştir.

Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. nci maddesi ile bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli 2006/35 e ve 2007/48 K. Sayılı kararında;

"Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 7. 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, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Bu belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi ayrıca Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise

Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, "... toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı ... içinde insan haklarına saygılı ..." olunacağına yer verilerek devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır.

Anayasanın 5 inci maddesinde de, bir yandan "... Türk Milletinin bağımsızlığı" nı, öte yandan da "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 2983 sayılı Yasa ile ilgili kararında, "5 inci maddede yer alan -Türk milletinin bağımsızlığı- ilkesinin siyasal ve ekonomik bağımsızlığı birlikte içerdiği, bu kavramların yalnız başına bir anlam taşımadıkları, birbirlerini tamamlayan kavramlar oldukları" vurgulanmıştır.

İptali istenen bu fıkralarda riskli alan ve riskli yapı konusundaki yasal sınırlar konusundaki belirsizlik, toplumun yararlan ve ülke geleceği açısından sakıncalar taşımaktadır.

Bu fıkrada kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede ayrıca, Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu maddelerine de aykırıdır.

2- a) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Madde 3 (1) Riskli yapıların tespiti, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Bakanlığa veya İdareye bildirilir. Bakanlık, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilir. Verilen süre içinde yaptırılmadığı takdirde, tespitler Bakanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir. Bakanlıkça veya İdarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince onbeş gün içinde itiraz edilebilir. Bu itirazlar, Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim

üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanır. Bakanlık veya İdare tarafından yapılan tespit işleminin masrafı ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğü, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya İdareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir.

Bu maddeye göre; riskli yapıların belirlenmesi işleri, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar tarafından yapılacaktır. Bakanlığın, kurulacak Yapı Denetim Şirketleri, Yeminli Teknik Bürolar, Gayrimenkul Değerlemesi yapan şirketler gibi uzmanlık sahibi firmalar aracılığıyla bu işleri yaptıracağı anlaşılmaktadır. Bir yapının riskli yapı olup olmadığıyla ilgili tespit masrafları yapı malikleri tarafından karşılanacaktır. Malikler yapılarının riskli yapı olduğunu kendileri tespit ettirebileceği gibi, Bakanlık da, riskli yapıların tespitini maliklerden isteyebilecektir. Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini belediyelerden de talep edebilecektir. Yapılan bu tespitlerin sonuçlarına karşı malikler, on beş gün içinde itiraz edebilecektir. Yapılan itirazları, Bakanlığın oluşturacağı teknik heyetler inceleyip karara bağlayacaktır.

Görüldüğü üzere bir yapının riskli yapı statüsüne geçirilebilmesi, bu konuda kurulacak firmaların vereceği raporlarla mümkün olabilecektir. Dolayısıyla bir yapının riskli yapı sayılması halinde, bunun önemli sonuçları ortaya çıkacağından bu raporlar çok önemlidir.

İlk olarak belirtmek gerekir ki; bu maddede Bakanlıkça lisanslandırılmış kurum ve kuruluşlar" ile "teknik heyet"in tanımı olmadığı gibi statüleri de belirsizdir. Ayrıca tespitleri yapmak üzere Bakanlıkça lisanslandırılacak kuruluşların nasıl oluşturulacağı ve niteliği de belli değildir. Yönetmeliğe bırakılan bu oluşumların niteliği ve yetkileri idarenin takdirine bırakılmıştır.

Böylesi açıklıktan yoksun bir düzenleme, öngörülemezlik ve belirsizlik yaratır. Anayasanın 2.nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de, hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. nci maddesi ile bağdaşmaz.

Bu fıkrada kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede daha önce de belirtildiği üzere Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu maddelerine aykırıdır. Ayrıca dbu belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi ayrıca Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli 2006/35 E ve 2007/48 K. Sayılı kararında da belirtildiği üzere; Anayasanın 7. 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, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anılan yasa adalet ilkesi ihmal edilerek hazırlanmış olup riskli yapıların tespiti, taşınmaz devri ve tescili konusunda hak sahipleri ciddi bir şekilde haksızlığa uğratılmaktadır. Örneğin tespit masrafları hak sahiplerine yüklenmekte, riskli olmayan yapılar bile uygulama bütünlüğü bahanesi ile yasa kapsamına alınarak vatandaşlar hak kayıplarına uğratılmaktadır.

Her ne kadar madde de tespitlere 15 gün içinde itiraz hakkı tanınıyor ise de, itiraz halinde itirazları değerlendirecek teknik heyetin Bakanlığın talebi üzerine ilgili öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört, ve Bakanlıkça seçilen bakanlıkta görevli üç kişiden oluşacağının belirtilmesi ve bunların hangi meslek alanlarından ve hangi kriterleri göre seçileceğinin tam olarak belirtilmemesi yine idareye olağanüstü yetkilerin verildiği bir alanın bırakılması anlamına geldiği gibi, ayrıca teknik heyete seçilen üç kişinin yine Bakanlıktan olması da bu heyetin tarafsızlığı konusunda ciddi şüphe uyandırmaktadır.

Halbuki idare karşısında vatandaş haklarının korunabilmesi için, itirazların bağımsız heyetler tarafından ele alınıp değerlendirilmesi hukuk devletinde zaruridir.

Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren devlettir. 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 de göz önünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır.

Maddede her ne kadar Bakanlığın, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek TOKİ'den ve idareden de isteyebileceği belirtilmişse de, hemen ardından verilen süre içinde bu tespitler yapılamadığı takdirde, Bakanlıkça yapılır veya yaptırılır denmekte dolayısıyla riskli yapıların tespiti yetkisinin tek mercide, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nda toplandığını bir kez daha göstermiştir.

Yetkinin genel olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığına verilmesi, yerleşmelerin asıl sorumlusu olan yerel yönetim birimlerinin devre dışı bırakılmasına neden olacaktır. Bakanlığa tanınan yetkiler, belediyeleri kentlerinde yetkisiz bırakacak, halk ile belediye, belediye ile bakanlık karşı karşıya gelecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin, 26.09.1991, E.1990/38, K.1991/32, sayılı kararında" Anayasanın idarî vesayetin hangi amaçlarla kullanılacağını kurala bağlamakla yetinmediğini ilke ve yöntemlerinin de yasa ile belli edilmesi koşulunu aradığını belirtmiştir.

Bu durumda söz konusu düzenleme Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesine ve aynı maddenin beşinci fıkrasına da açıkça aykırıdır.

Yine İçerdiği temel görüş ve ilkeler, diğer hükümlerle eşdeğer olan Anayasanın başlangıç kısmının beşinci paragrafında, "Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatleri .... nin karşısında koruma göremeyeceği ...." ilkesi ile Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde ulusal çıkarların her şeyin üzerinde tutulması gerektiği belirtilmiştir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin, 22.07.2008 tarih E. 2008/39, K. 2008/134, sayılı kararında "Anayasanın 5. maddesiyle devlete "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" ödevi yüklenmekte, 56. maddesiyle de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır…

b) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 3 üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Üçüncü fıkraya göre" Bakanlığın talebi üzerine; 28/12/1960 tarihli ve 189 sayılı Millî Savunma Bakanlığı İskân İhtiyaçları İçin Sarfiyat İcrası ve Bu Bakanlıkça Kullanılan Gayrimenkullerden Lüzumu Kalmayanların Satılmasına Salâhiyet Verilmesi Hakkında Kanun ve 18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu kapsamında bulunan yerler de dâhil olmak üzere, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında olup Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlardan;

a) Kamu idarelerine tahsisli olanlar, ilgili kamu idaresinin görüşü alınarak, 189 ve 2565 sayılı kanunlar kapsamında bulunan yerler için Millî Savunma Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Maliye Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla,

b) Kamu idarelerine tahsisli olmayanlar, ilgili kamu idaresinin görüşü alınarak Maliye Bakanlığınca,

Bakanlığa tahsis edilir veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir.

Bu maddeyle kamu kurum ve kuruluşlarına tahsisli alanlar çok kolay bir şekilde yasa kapsamına alınarak TOKİ'ye ve idareye bedelsiz devredilmektedir. Ancak maddede Bakanlığın/TOKİ'nin bu alanları nasıl kullanacağına dair bir ibare bulunmamaktadır.

Öncelikli olarak belirtmek gerekir ki; belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2 nci maddesi ile bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli E.2006/35 ve K.2007/48 sayılı kararında;

Ancak, hukuk devletinin en temel unsurlarından birisi olan hukuki güvenlik ilkesi bireyleri keyfi yönetimlere ve hukuki sürprizlere karşı korumak ve bireylerin ileride başlarına gelebilecekleri öngörebilmesi ve hareketlerini buna göre ayarlayabilmesi amacıyla hukuk kurallarının açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmasını gerektirir. Hukuki güvenlik ilkesini eşya hukuku alanında somutlaştıran kurum tapuya güven ilkesidir. Tapu sicilinin temel işlevi bir taşınmazla ilgili tüm hakların bu sicile kaydedilerek herkese karşı ileri sürülebilmesi ve sicile kayıtlı olmayan hakların da iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesidir. Bu aynı zamanda mülkiyet hakkının sağladığı güvencenin de bir sonucudur.

"Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 7. 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, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı 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. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. İptali istenilen kural ise yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

Bu belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, "... toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı ... içinde insan haklarına saygılı ..." olunacağına yer verilerek devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır.

Anayasanın 5 inci maddesinde de, bir yandan "... Türk Milletinin bağımsızlığı" nı, öte yandan da "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Böylesi bir düzenlemenin Anayasanın başlangıç kısmının 5 inci paragrafında belirtilen 'ulusal çıkarların üstünlüğü', 'bağımsızlık ve ülke güvenliği' kavramları ve 5 inci maddesinde belirtilen 'toplumun huzuru' kavramları ile bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

Bu fıkrada kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede daha önce de belirtildiği üzere Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu maddelerine aykırıdır.

Yine madde de askeri alanlarda dahil olmak üzere riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında olup hazine mülkiyetindeki alanların tümüyle Bakanlığa tahsis edilmesi düzenlenmiştir. Maddeye göre bu alanların yerel yönetimlere ya da TOKİ'ye devredilebilmesi yine Bakanlığın kararına bırakılmıştır. Böylece kamu mülkiyetinde olan alanlar yapılaşmaya açılmış olacaktır.

Uzun yıllardan bu yana yapılan satışlarla tükenme noktasına gelen kamu mülklerinden kalan son parçaların da satışa konu edilerek talan edilmesinin yolunu açan bu düzenleme, aslen kentsel sosyal ve teknik altyapı alanları için kullanılması gereken bu alanların tümüyle ortadan kalkmasına neden olacaktır. Özellikle askeri alanların kent içinde/merkezinde veya yakınında geniş alanları kapsadığı göz önüne alındığında yüzde 60'ından fazlası plansız ve kaçak yapılaşmış kentlerimizin sosyal ve teknik altyapı alanı ihtiyacının karşılanması için son fırsat da kaçırılmış olacaktır.

Anayasa Mahkemesi 24.09.2008 tarih E. 2008/26, K. 2008/147 K. sayılı kararında "Kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olması, buraların özel mülkiyete konu olamayacağı ve doğasına uygun olarak, genellik, eşitlik ve serbestlik ilkeleri gereği herkesin ortak kullanımına açık bulunmaları gerektiği anlamına gelmektedir. Hukukumuzda kıyılar, sahipsiz doğal nitelikli ve herkese açık bir kamu malı olarak düzenlenmiştir.

Anayasanın 43. maddesi kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu hükmünü içermektedir. Buna göre anayasa koyucu kıyıların toplum için önemini dikkate alarak mülkiyet konusu olmasını yasaklamaktadır." hükmüne yer vermiştir. "Başka bir deyişle, toplum menfaati ve kamu yararı her şeyin üstünde tutulmalıdır.

Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.11.1988 gün ve 1/825-954 sayılı kararında,"Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler, bu nitelikleri itibariyle

yasama organının serbestçe düzenlenmesine açık yerlerden değildirler. Yasama organı çıkaracağı yasalarla, söz konusu taşınmazların bu niteliklerini koruyucu yönde düzenlemede bulunmak zorundadır; zira Anayasa hükümleri yasa koyucunun yetkilerini ve düzenleme alan ve sınırlarını belirleyici hükümleridir". denmiştir.

Diğer yandan yapılan düzenleme, Bakanlık tarafından kentlerde asıl söz sahibi olması gereken yerel yönetimleri devre dışı bırakacak uygulamalara, farklı siyasi partilere mensup belediyeler arasında ayrımcılık yapılmasına da olanak tanımaktadır. Bu düzenlemeyle birlikte pek çok kentin gelişme alanlarında, bazen de gelişme yönünün aksine, kentin nazım planlarıyla çelişen konumlarda, Bakanlığın ve TOKİ'nin "belediyelere rağmen" yapacağı uygulamaları görmek sürpriz olmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle düzenleme anayasanın 43. Maddesine aykırıdır.

c) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 3 üncü Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Madde 3; Dördüncü fıkra: Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar, bu Kanunun amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere maliki olan kamu idarelerinin görüşü alınarak Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir. Bu Kanuna göre uygulamada bulunulan alanlarda yer alan tescil dışı alanlar, tapuda Hazine adına tescil edildikten sonra Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir.

Bu madde ile, hazine dışındaki kamu kurumlarına ait taşınmazların da, üstelik bu alanların riskli alanda olma koşulu dahi aranmadan Bakanlığa tahsis edilmesinin, Bakanlık tarafından yapılaşma amacıyla kullanılmasının ve bu alanların Bakanlık talebiyle TOKİ'ye ya da idareye bedelsiz devrinin önü açılmaktadır.

Başka bir deyişle İlgili madde, tescil dışı alanları tescile konu ederek kamunun ve yurttaşın kadimden beri ortak kullandığı alanları yapılaşmaya açmaktadır.

Bu düzenleme ile kent planlarıyla çelişen uygulamalar ortaya çıkacağı gibi, kamusal hizmetler için ayrılmış olan eğitim, sağlık, sosyal ve kültürel altyapı

alanları üstelik "bu Kanunun amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere" denilerek belirsiz bir biçimde ve çok geniş bir yetki ile satılacaktır.

Yapılan düzenlemede bu devir işlemlerinin "hangi amaçla" ve "hangi koşullarda" yapılacağı belirtilmemiş, oldukça genel bir yetkilendirmeye yer verilmiştir.

Bu düzenleme ile kentin rantı yükselen bölümlerinde yer alan okul, hastane vb. kamu kurumlarına ait alanların Bakanlık, TOKİ ya da idare aracılığıyla talan edilmesinin de önü ardına kadar açılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli 2006/35 e ve 2007/48 K. Sayılı kararında;

"Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 7. 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, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. 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. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. İptali istenilen kural ise yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

İçerdiği temel görüş ve ilkeler, diğer hükümlerle eşdeğer olan Anayasanın başlangıç kısmının beşinci paragrafında, "Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatleri .... nin karşısında koruma göremeyeceği ...." ilkesi ile Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde ulusal çıkarların her şeyin üzerinde tutulması gerektiği belirtilmiştir.

Öte yandan, Anayasanın 2 nci maddesinde, "... toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı ... içinde insan haklarına saygılı ..." olunacağına yer verilerek devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır.

Anayasanın 5 inci maddesinde de, bir yandan "... Türk Milletinin bağımsızlığı" nı, öte yandan da "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

İptali istenen fıkradaki bu belirsizlik, toplumun yararları ve ülke güvenliği açısından sakıncalar taşımaktadır.

Böylesi bir düzenlemenin Anayasanın başlangıç kısmının 5 inci paragrafında belirtilen 'ulusal çıkarların üstünlüğü', 'bağımsızlık ve ülke güvenliği' kavramları ve 5 inci maddesinde belirtilen 'toplumun huzuru' kavramları ile bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

Bu fıkralarda kullanılacak yetkiler, tıpkı Bakanlar Kuruluna verilen yetki gibi, bir asli düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede daha önce de belirtildiği üzere Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu maddelerine açıkça aykırıdır.

d) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 3 üncü Maddesinin Altıncı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

(6) "25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu kapsamında olup riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi için Bakanlıkça ihtiyaç duyulan taşınmazlar, 4342 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (g) bendindeki alanlardan sayılarak, tahsis amaçları aynı maddeye göre değiştirilip tapuda Hazine adına tescil edilir; bu taşınmazlar hakkında bu Kanuna göre uygulamada bulunulur "denilmektedir.

Bu kez bu madde ile hayvancılığı tükenme noktasına gelmiş olan ülkemizin mera alanları hedef alınmıştır. Yasaya göre, mera alanlarından Bakanlık tarafından

ihtiyaç duyulan alanların, sınırsız biçimde, mera vasfının kaldırılması ve yapılaşmaya açılması kolaylaştırılmaktadır.

Bilindiği gibi meralar köylülerin ortak mallarıdır. Bu maddede meraların nasıl kullanılacağı belirtilmediğinden tüm meraların riskli yapılar bahanesi ile Hazine adına tescilleri yapılıp bu kanun kapsamında kullanılabilir.

4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14 üncü maddesi, tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaklardan bu Kanunda gösterilenden başka şekilde yararlanılmayacağına amirdir.

Ancak bu kanuna veya daha önceki kanunlara göre mera, yaylak ve kışlak olarak tahsis edilmiş olan veya kadimden beri bu amaçla kullanılan arazilerden doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan yerler, maddenin (g) bendi uyarınca, tahsis amacı değiştirilebilir ve tescilleri Hazine adına yaptırılır.

Üzerinde yapılaşma olmayan ve bu yönüyle afet açısından herhangi bir risk taşıma olasılığı bulunmayan mera alanlarının devrini ve satışını kolaylaştıran bu düzenleme ile ülkemiz hayvancılığının ve korunması gereken doğal değerlerimizin ağır bir darbe daha almasının, geniş çaplı yeni bir talanın önü hukuken açılmaktadır.

4342 sayılı Kanunda doğal afet bölgeleri için duyulan yerleşim yeri ihtiyacı, bu düzenleme ile "Bakanlıkça ihtiyaç duyulan" gibi muğlak bir takdir yetkisi altında tüm mera varlığını tehdit eder hale getirilmektedir.

Böylesi açıklıktan yoksun bir düzenleme, öngörülemezlik ve belirsizlik yaratır. Anayasanın 2. nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de, hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. nci maddesi ile bağdaşmaz.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir.

Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. İptali istenilen kural ise yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, "... toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı ... içinde insan haklarına saygılı ..." olunacağına yer verilerek devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır.

Anayasanın 5 inci maddesinde de, bir yandan "... Türk Milletinin bağımsızlığı"nı, öte yandan da "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" Devlet'in temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Böylesi bir düzenlemenin Anayasanın başlangıç kısmının 5 inci paragrafında belirtilen 'ulusal çıkarların üstünlüğü', 'bağımsızlık ve ülke güvenliği' kavramları ve 5 inci maddesinde belirtilen 'toplumun huzuru' kavramları ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Ayrıca kamu yararı amacı taşımayan yasaların, amaç öğesi yönünden Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği açıktır.

Bu fıkrada kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede daha önce de belirtildiği üzere Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu maddelerine aykırıdır.

Dolayısıyla ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetki, asli düzenleme yetkisinin devri niteliğindedir. Bu yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verdiğinden Anayasanın 7 nci, 8 inci ve 123 üncü maddelerine; bu yetki kökenini Anayasadan almayacağı için Anayasanın 6 ncı maddesine; yasama erki Anayasaya aykırı biçimde kullanıldığı için 11 inci maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine; belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımadığı ve dolayısıyla hukuki güvenilirlik sağlamadığı için 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

e) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 3 üncü Maddesinin Yedinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Bu fıkrada "Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler de bu Kanun hükümlerine tabi olur" denilmektedir.

Bu maddeyle, riskli olmayan yapılar da kanun kapsamına dahil edilmekte ve yurttaşın mülkiyet hakkı ile mülkiyet dışındaki sınırlı ayni haklarına müdahalenin yasal temeli oluşturulmaktadır.

Bu yetkinin "Bakanlıkça gerekli görülenler" şeklinde müphem bir ifadeye bağlanmış olması da, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Böylesi bir belirsizliğin; öngörülebilirliği ve hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceği, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı Anayasanın başlangıç kısmının 5 inci paragrafında belirtilen 'ulusal çıkarların üstünlüğü', 'bağımsızlık ve ülke güvenliği' kavramları ve 5 inci maddesinde belirtilen 'toplumun huzuru' kavramı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi, hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2 nci maddesi ile bağdaşmaz.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir.

İlke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetki, asli bir düzenleme yetkisi devri niteliğinde olduğundan Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup, Anayasanın 8 inci ve 123 üncü maddelerinde ifade edilmiş olan idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmektedir.

Bu düzenlemeyle de riskli yapıların yanı sıra risk taşımayan yapılarda bakanlığın belirleyeceği sınırların içinde kalmaları durumunda "uygulama bütünlüğü" gerekçesiyle yıkılabilecektir. Yasa hükümlerinin gerektiğinde sağlam yapılara da uygulanabilmesine ilişkin endişe verici bu düzenleme açıkça Anayasaya aykırıdır.

Böylesi bir düzenleme, güvenli, risk taşımayan yapılarda oturan, "benim yapım risk taşımıyor, güvendeyim" düşüncesine sahip olan kişilerin hukuksal güvencelerini, barınma haklarını, konut dokunulmazlığını, belirsizlik taşıyan "uygulama bütünlüğü" kavramı ardına gizlenerek, ortadan kaldırmaktadır.

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

Anayasanın 35. maddesinde ise; "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı 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.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 nolu Protokolün "Mülkiyetin Korunması" başlıklı 1. maddesinde; "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir." şeklindeki hükümle mülkiyet hakkı sözleşmenin koruma şemsiyesi altına alınmış, kapsam ve sınırları belirlenmiştir.

Anayasanın; 2. maddesi, devletin, bir yandan kişi hürriyeti ve güvenliğini esas alırken diğer yandan da bireyleri idarenin eylem ve işlemlerine karşı korumasını, 5. maddesi, "Sosyal Devlet" ilkesinin bir gereği olarak, devletin ülkede yaşayan tüm vatandaşlarının siyasal, ekonomik ve sosyal koşullardan eşit şekilde yararlandırmasını ve bunun için gerekli olan önlemleri almasını, güvence altına almıştır.

Hukukumuzda çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alışverişte bulunmaları, devraldıkları şeylerin ileride kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkının korunmasına yönelik gerek iç hukukumuzda ve gerekse iç hukuk hükmünü haiz taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde somut, çarpıcı düzenlemeler yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 numaralı Protokol ile anılan sözleşmeye, öğrenim hakkı, serbest seçim hakkı ile birlikte mülkiyet hakkı ilave olunmuştur. Kamu özgürlükleri kavramına karşıt olarak "kişi özgürlükleri" kavramı içine yerleştirilen mülkiyet hakkı sözleşmeye göre mutlak olmayıp genel yarar amacına yönelik bazı kısıtlama yahut sınırlamalara konu edilebilecektir.

Sözleşmenin birinci fıkrasının ilk cümlesinin zımnen içerdiği "mülkiyete saygı ilkesi" (genel kural), maddenin açıkça izin verdiği özel müdahale şekilleri dışındaki her türlü müdahaleyi yasaklamak suretiyle, mülkiyet hakkına genel bir koruma sağlamaktadır. Mülkiyet hakkına meşru müdahale amacı olan kamu yararını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çok geniş biçimde yorumlamakla birlikte yasa koyucunun bu yoldaki ekonomik ve sosyal politikayı saptarken, müdahalede "orantılılık" ve "adil denge" ilkelerini gözetmesi, genel menfaatin icapları ile bireyin temel haklarının gerekleri arasında dengeyi sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu olgular esas itibarıyla "hukuk devleti" ilkesinin zorunlu bir sonucudur.

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği; bu sınırlamanın da Anayasanın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeni ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti, bireylerin mülkiyet hakkına saygı göstereceğini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 nolu Protokolünün 1. maddesi gereğince taahhüt etmiştir.

Öte yandan Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek Protokolün 1. maddesinde:"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak ayrık durumlarda ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilmelidir.

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 belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Anayasanın 35. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Kişinin bir şey üzerindeki hakimiyetini ifade eden mülkiyet hakkı, malike dilediği gibi tasarruf olanağı verdiği ve ona özgü olduğundan mutlak haklar arasındadır.

Anayasa Mahkemesinin E 1999/33, K 1999/51 sayılı kararında;

Anayasanın 35. maddesinde, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz", kuralına yer verilmiş, temel hak ve özgürlüklerin sınırını gösteren 13. maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, millî egemenliğin, Cumhuriyetin, millî güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği, temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve öngörüldükleri

amaç dışında kullanılamayacağı, bu maddede yer alan genel sınırlama sebeplerinin temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerli olduğu belirtilmiştir.

3) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 4 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

MADDE 4- (1) Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya İdare, riskli alanlarda, riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda ve rezerv yapı alanlarında bu Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini geçici olarak durdurabilir.

(2) 3 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen taşınmazlar, tahsis ve devir işlemleri sonuçlandırılıncaya kadar Maliye Bakanlığınca satılamaz, kiraya verilemez, tahsis edilemez, ön izne veya irtifak hakkına konu edilemez.

(3) Uygulama sırasında Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından talep edilmesi hâlinde, hak sahiplerinin de görüşü alınarak, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmez ve verilen hizmetler kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulur.

Bu madde sosyal devlet ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamakta yurttaşların barınma ve mülkiyet haklarını yok saymaktadır.

Maddenin birinci fıkrası Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi halinde TOKİ veya İdare, riskli alanlarda, riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda ve rezerv yapı alanlarında uygulama süresince her türlü imar ve yapılaşma faaliyetini durdurabilecektir.

Burada süresi belli olmayan bir durdurma söz konusudur. Bu düzenleme, içerdiği belirsizlikler nedeniyle kentlerde önemli sorunların yaşanmasına neden olabilecek, hukuk devleti ilkesine aykırı bir düzenlemedir.

Böylesi bir belirsizliğin; öngörülebilirliği ve hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceği, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile Anayasanın başlangıç kısmının 5 inci paragrafında belirtilen 'ulusal çıkarların üstünlüğü', 'bağımsızlık ve ülke güvenliği' kavramları ve 5 inci maddesinde belirtilen 'toplumun huzuru' kavramı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi, hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir.

İlke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetki, asli bir düzenleme yetkisi devri niteliğinde olduğundan Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup, Anayasanın 8 inci ve 123 üncü maddelerinde ifade edilmiş olan idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmektedir.

Oysa Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında süresi belli olmayan sınırlamalarla oluşan belirsizliğin, "mülkiyet hakkını kullanılamaz hale getirdiği, Anayasanın 13. Maddesine göre; kamu yararı veya diğer amaçlarla temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların hakkın özüne dokunan, kullanılamaz hale getiren bir nitelikte olmaması gerektiği gerekçesiyle bu yönlü düzenlemeler hakkında iptal kararları vermiştir. (Anayasa Mahkemesinin E 1999/33, K 1999/51 sayılı kararı gibi)

Maddenin üçüncü fıkrası ise, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılar elektrik, su ve doğalgaz hizmetlerinin verilmeyeceği ve verilen hizmetlerin durdurulacağını öngörmektedir Riskli alanlardaki yapılara verilen kamusal hizmetlerin durdurulmasına ilişkin düzenleme, barınma sorunlarının çözümüne ilişkin kararlarla desteklenmediği sürece bu alanlarda yaşayanlar açısından kabul edilemez bir durum olup açıkça insan haklarına ve sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

Ayrıca riskli alanlardaki yapıların tamamında, yapılara elektrik, su ve doğalgaz hizmetlerinin verilmeyeceği, verilen hizmetlerin durdurulacağına ilişkin düzenleme, bu tür yapılarda yaşamak zorunda kalan yoksul kesimler açısından önemli sağlık ve güvenlik sorunlarının ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Bu düzenleme, barınma hakkını güvence altına alacak kararlarla desteklenmediği sürece kabul edilemez bir niteliğe sahiptir.

Ekonomik ve sosyal yönden özel olarak korunması gereken kişilerin barınma hakkını güvence altına almadan bu tür yaptırımların öngörülmesi temel insan haklarına aykırıdır. Ayrıca vatandaşa barınacakları yeni bir yer imkânı yaratmadan, evlerini terk etmeye mecbur bırakmak bölgelerin zorunlu tasfiye sürecini başlatacak olup bu uygulama da açıkça . Anayasanın 2'nci maddesindeki "sosyal devlet" ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin 22.07.2008 tarih E. 2008/39, K. 2008/134 sayılı kararında;

Anayasanın 5. maddesiyle devlete "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" ödevi yüklenmekte, 56. maddesiyle de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır. Devlete verilen bu görevlerin imar mevzuatıyla getirilen düzenlemelerle de yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Anayasanın söz konusu maddelerinde ifadesini bulan ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği yasa koyucunun takdirinde ise de, söz konusu ödevler yerine getirilirken idarenin imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışında tutulması, Anayasanın 5. ve 56. maddeleriyle bağdaşmaz.

İdareye imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmamak suretiyle sınırlara uymama yetkisi veren bir düzenlemenin varlığı halinde, idarenin hukuksal sınırlar içinde kalıp kalmadığının denetlenmesi güçleşir. Bu nedenle ibare Anayasanın 125. maddesine de aykırıdır.

Anayasanın "Konut hakkı" başlığı altındaki 57. maddesinde, "Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler" denmektedir.

Barınma hakkı en temel insan haklarından biridir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi(1948) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (1952) taraf devletler, herkesin, yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma ve yaşam koşullarını sürekli geliştirme hakkına sahip olduğunu kabul ederler. Taraf Devletler bu hususta hür rızaya dayalı

uluslararası işbirliğinin temel önemini kabul ederek, bu hakkın gerçekleşmesini güvence altına almak için uygun tedbirleri almaları gereklidir.

1966 tarihinde onaya açılan ve 1976 tarihinde yürürlüğe giren BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi 11. maddesinde barınma hakkını yeterli bir yaşam düzeyinin bir bileşeni olarak belirtmekte; yani yeterli bir konutta yaşamayan insanların yeterli bir yaşam düzeyine sahip olmadığını onaylamaktadır. Türkiye'nin de 2000 yılında imzalayarak taraf olduğu Sözleşme barınmayı bir hak olarak tanımlamıştır.

Diğer yandan, özellikle belediyelerin devre dışı bırakıldığı, Bakanlık ya da TOKİ tarafından yürütülecek projelerde, bu türden uygulamalar belediyeler ile proje alanında mülkiyet sahibi olan vatandaşlar arasında önemli sorunların yaşanmasına neden olabilecektir.

4- a) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 5 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

MADDE 5- (1) Riskli yapıların yıktırılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi esastır. Anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya malik olmasalar bile kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere veya bu yapılarda işyeri bulunanlara geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilir.

5. madde "tahliye ve yıktırma" başlığı altında her ne kadar bu alanlardaki maliklerle anlaşma yoluna gidilmesinin esas olduğu belirtiliyorsa da, esasen anlaşma yoluna gitmeyenlerin cezalandırılması söz konusudur. Anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine, kiracılarına ve sınırlı ayni hak sahiplerine geçici konut ve işyeri tahsisi veya kira yardımı yapılabileceği düzenlenirken, anlaşmayıp zorla tahliye edilenlere bir yardım söz konusu olmayacaktır.

Ayrıca madde de "anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya kiracılarına geçici konut veya işyeri tahsisi veya kira yardımı yapılabilir" biçimindeki düzenleme, "yapılabilir" gibi belirsizlik içeren muğlak bir ifade içermesi nedeniyle barınma hakkının yitirilmesine neden olabilecek bir içeriğe sahiptir.

Tüm bunlar bir yana kanun olma özelliği bulunan bir metinde, uygulanıp uygulanmayacağı veya hangi kurallar çerçevesinde uygulanacağını belirsizleştiren "yapılabilir" ifadesine yer verilmiş olması yasanın güvenilirliğinin ve uygulanabilirliğinin sorgulanmasına yol açan bir durumdur.

Böylesi bir belirsizliğin; öngörülebilirliği ve hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceği, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı Anayasanın başlangıç kısmının 5 inci paragrafında belirtilen 'ulusal çıkarların üstünlüğü', 'bağımsızlık ve ülke güvenliği' kavramları ve 5 inci maddesinde belirtilen 'toplumun huzuru' kavramı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi, hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2 nci maddesi ile bağdaşmaz.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin, hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir.

İlke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetki, asli bir düzenleme yetkisi devri niteliğinde olduğundan Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup, Anayasanın 8 inci ve 123 üncü maddelerinde ifade edilmiş olan idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmektedir.

Anayasanın;

2. maddesi, devletin, bir yandan kişi hürriyeti ve güvenliğini esas alırken diğer yandan da bireyleri idarenin eylem ve işlemlerine karşı korumasını,

5. maddesi, "Sosyal Devlet" ilkesinin bir gereği olarak, devletin ülkede yaşayan tüm vatandaşlarının siyasal, ekonomik ve sosyal koşullardan eşit şekilde yararlandırmasını ve bunun için gerekli olan önlemleri almasını,

10. maddesi; Devletin vatandaşları arasında eşit muamelede bulunmasını amaçlamaktadır.

Anayasanın "Kişinin hakları ve ödevleri"ne ayrılan ikinci bölümün 17. maddesi "Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" özdeyişle başlamaktadır. Bu kuralın aslında doğa kuralı olduğu, Anayasada yazılı bulunması da yaşamın bu doğa kuralı içerisinde yürüyeceği söylenebilir. O halde, Anayasa koyucunun amacı doğa kuralını açıklamak olmadığını düşünerek, kuralın konulmasındaki gerçek amacın araştırılması gerekir. Danışma Meclisi'nin maddeye ilişkin gerekçesinde "bu madde ile yaşama, maddî ve manevî varlığın bütünlüğünü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için devlet, gerekli tedbirleri alacaktır" denilmektedir. 1961 Anayasası'nın 10. maddesinde bu durum daha açık bir ifade ile dile getirilmiş ve aynen "Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzurunu, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar" hükmüne yer verilmişti. Şu halde 1982 Anayasası'nın 17. maddesini de, gerekçesine göre, 1961 Anayasası hükmü doğrultusunda anlamak gerekecektir. Nitekim, Anayasanın insan sağlığı ile ilgili 56. maddesinde de Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içersinde sürdürmesini sağlamakla görevli tutulmuştur.

Ayrıca iptali istenen bu fıkrada hiçbir bilimsel-maddi ölçüt konulmadan, "yapılabilir" hükmü getirilerek ayrımcı uygulama yapılabilmesinin yasal temeli oluşturulmaktadır.

Bu madde ile vatandaşın hakkı, Bakanlığın insafına bırakılarak lütuf düzeyine indirgenmekte ve aynı durumdaki kişilere farklı muamele uygulama yetkisi yasa ile verilerek Anayasanın eşitlik ilkesi açıkça ihlal edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 18.12.2008 tarih, 2005/33 E., 2008/182 K. sayılı kararında;

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 eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Dolayısıyla bu fıkra ile vatandaşın hakkı, Bakanlığın insafına bırakılarak lütuf düzeyine indirgenmekte ve aynı durumdaki kişilere farklı muamele uygulama yetkisi yasa ile verilerek Anayasanın eşitlik ilkesi açıkça ihlal edilmektedir.

b) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 5 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

(2) Uygulamanın gerektirmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilenler dışında olup riskli yapıyı kullanmakta olan kişilere de birinci fıkra hükümleri uygulanabilir. Bu kişiler ile yapılacak olan anlaşmanın, bunlara yardım yapılmasının ve enkaz bedeli ödenmesinin usul ve esasları Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir.

Bu fıkra ile, malik, kiracı ya da sınırlı ayni hak sahibi sıfatları dışında olupta riskli yapıyı kullanmakta olanlara yönelik bir düzenleme getirmektedir Bu kişiler asıl olarak gecekondu sahipleridir.

Düzenleme bu kişilere, "uygulamanın gerektirmesi halinde" birinci fıkra hükümlerinin uygulanabileceğini ve bu kişiler ile yapılacak anlaşmanın, bunlara yardım yapılmasının ve enkaz bedeli ödenmesinin usul ve esaslarının Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirleneceği hükme bağlanmaktadır.

Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2 nci maddesi ile bağdaşmaz.

Bu fıkrada da "uygulamanın gerektirmesi halinde" gibi müphem bir ifade kullanılarak yürütmeye geniş bir düzenleme yetkisi bırakılmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir.

İlke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetki, asli bir düzenleme yetkisi devri niteliğinde olduğundan Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup, Anayasanın 8 inci ve 123 üncü maddelerinde ifade edilmiş olan idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmektedir.

Kanunun uygulamasından en çok etkilenecek olan dar gelirli kesimler için daha fazla güvence gerekir iken, konut tahsisi veya kira yardımı gibi yardımların dahi uygulanmayabileceğini öngören düzenleme eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, kişilerin adalet duygularında da büyük tahribat yaratacaktır.

Bu durum, Türkiye'nin ekonomik ve sosyolojik yapısı altında yıllardır gecekondularda yaşayan, bu yerleri edinmek ve barınılabilecek duruma getirmek için emek, çaba ve para harcayan yurttaşları tali duruma sokmakta, yardımlardan yararlanabilmeleri Bakanlığın ucu açık takdir yetkisine bırakılmakta, yardım ve enkaz bedeli ödenmesi konusu düzenlemenin dışında bırakılmaktadır.

Bu düzenlemenin, kentsel dönüşümden en çok yararlanması gereken yoksulları dışlayıcı ve ötekileştirici bir içerik taşıdığı açıktır.

Anayasamızda yer alan sosyal devlet; güçsüzleri koruyan, sosyal adaleti sağlamaya çalışan bu amaçla ekonomik ve sosyal alanlarda değişiklikler yapan devlettir. (Anayasa Mahkemesi'nin 30.06.1998 gün ve Esas Sayısı: S1997/18, Karar Sayısı: 1998/42 sayılı kararı). Sosyal devlet anlayışında, devlet bütün vatandaşlarına asgari bir toplumsal ve ekonomik düzey sağlamak ve bunu devam ettirmekle yükümlü kılındığı gibi herkese insan onuruna yaraşan asgarî bir yaşam düzeyi sağlamak da zorundadır. Böyle bir yaşam düzeyini sağlamak içinde en azından konut hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı gibi hakların tanınması ve gerçekleştirilmesi zaruridir.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her

alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasanın 5. maddesinde, "Türk Milletinin bağımsızlığını" ve "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu" sağlamak ve "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri" kaldırmak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Ayrıca iptali istenen bu fıkrada yine hiçbir bilimsel-maddi ölçüt konulmadan, "uygulanabilir" hükmü getirilerek ayrımcı uygulama yapılabilmesinin yasal temeli oluşturulmaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde yer verilen "eşitlik ilkesi" ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır.

Ayrıca söz konusu düzenleme Anayasanın 57 maddesindeki; Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır." Hükmüne de açıkça aykırıdır.

c) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 5 inci Maddesinin Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Bu maddenin üçüncü fıkrasında, yıkım için yapı maliklerine verilen sürede yıkım gerçekleştirilmez ise, yapının tahliye edilerek yıkımın mahallî idareler ve mülki amirler tarafından gerçekleştirileceği, dördüncü fıkrada, bu usullerle yıkım gerçekleştirilmez ise tespit, tahliye ve yıkım işlemlerinin Bakanlıkça bizzat yapılacağı, beşinci fıkrada ise, yıkım masraflarının maliklere ait olduğu ve bunun için tapuya ipotek konulacağı belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere bu düzenlemelerde gönüllülük değil, zor kullanma söz konusudur. Yani malikler anlaşsa da anlaşmasa da yıkım gerçekleştirilmektedir.

Riskli bir yapıda can ve mal güvenliği tehdit altında olacak biçimde yaşamakta ısrar etmek, sıradan ve olağan bir davranış biçimi değildir Bu alandaki ısrarın iki nedeni olabilir; ya yurttaşın mevcut hakkı elinden alınarak hak kaybına uğratılmaktadır ya da uygulama sırasında yurttaşın yaşamını idame ettirebileceği düzenlemeler yapılmamıştır.

İdarenin görevi bu alanlarda zor kullanmak değil, iktisadi, sosyolojik, politik ve kültürel tüm gerekleri yerine getirerek yurttaşın yaşamını iyileştirmek, kısacası kentsel dönüşümü tüm boyutlarıyla birlikte yaşama geçirebilmektir Bunun aksine olan tutumlar, kentsel dönüşümü sadece bir inşaat faaliyeti olarak algılayan yaklaşımlar olup, içinde –neredeyse her zaman- rant kaygısını da birlikte taşır.

Anayasanın "konut hakkı" başlığını taşıyan 57. maddesinde, "Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler" hükmü açıktır.

AYM, 03.11.2011, E. 2010/75, K. 2011/150, RG 14.02.2012, S. 28204: "Devlete Anayasayla verilen bu görevlerin yaşama geçirilmesi bakımından, imar mevzuatıyla getirilen düzenlemelerin bütünlüğü büyük önem taşımaktadır. Anayasanın 5., 56. ve 57. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin hukuksal düzenlemelerle yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Bu görevlerin hukuk içinde yerine getirilmesi, belli bir plan ve program çerçevesinde gözetim ve denetim ile gerçekleşebilir. Anayasada 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 yerleşme ve güvenli yapılaşmanın da gireceği kuşkusuzdur.

Sosyal devlet anlayışında, devlet bütün vatandaşlarına asgari bir toplumsal ve ekonomik düzey sağlamak ve bunu devam ettirmekle yükümlü kılındığı gibi herkese insan onuruna yaraşan asgarî bir yaşam düzeyi sağlamak da zorundadır.

Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzurunu, sosyal adalet ve hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar" hükmüne yer verilmiştir.

Bu maddede "riskli yapıların yıktırılması için bu yapıların maliklerine 60 günden az olmamak üzere süre verileceği, bu süre içinde yapı yıkılmadığı taktirde

bu kez idare tarafından yıktırılacağı ve yıkma bedelini tapudaki arsa hissesi üzerine ipotek borcu olarak kaydettirileceği belirtilmiştir.

Mülk sahiplerine, binalarını yıkmak için tanınan bu 60 günlük süre çok kısadır. Halbuki yıkım işlemini şehircilik açısından çözümün esas bir parçası olarak görmek yerine onları usulünce güçlendirerek, milli ekonomiye kazandırmak olanağının verilmesi hem ülke hem de toplum menfaatleri açısından çok daha yerinde olacaktır.

Ayrıca altyapı maliyetlerinin konutları yıktırılanlara ödettirilmesi, yoksul kesimlerin borç miktarını büyütecek, Anayasanın 2. maddesindeki Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet ilkeleri ile çelişen bir düzenlemedir.

Yasada yapılan "gerekli görüldüğünde Bakanlar Kurulu kararı ile sosyal donatı ve altyapı harcamaları uygulama maliyetine dahil edilmeyebilir" biçimindeki istisna düzenlemesi, genel olarak sosyal donatı ve altyapı harcamalarının maliyete ekleneceğini göstermektedir. Böylesi bir düzenleme, evleri yıktırılan yoksul kesimlerin daha büyük miktarlarda borçlandırılmasına neden olacaktır.

Madde AİHM'nin mülkiyet konulu kararlarına aykırıdır. AİHM kararlarında yerleşik olan karar şudur. "Mülkiyet hakkı sınırsız değildir. Mülkiyet hakkının sınırlanması kamu düzeni/kamu yararı uğruna ancak yasa ile olabilir. Ancak bu kamu yararı, ya da kamu düzeni tespitinde de Devletler sınırsız taktir hakkına sahip değildirler. Mülkiyet hakkını kamu yararı ya da kamu düzeni uğruna sınırlayan yasa öncelikle ulaşılabilir ve anlaşılabilir olmalıdır.

5) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 6 ncı Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Uygulama işlemleri başlıklı bu maddenin,

Birinci fıkrasında; arsa haline gelen taşınmaz maliklerinin payları, tapu işlemlerinin nasıl yapılacağı hususları açıklanmaktadır. Buna göre yeniden bina yapılmasına veya satışına karar vermek için paydaşların üçte ikisinin kararı gerekmektedir. Anlaşmaya katılmayanların paylarının diğer paydaşlara açık artırma yoluyla satılacağı, bu sağlanamadığı takdirde bu payların rayiç bedeli ödenerek Bakanlığa tahsis edileceği, Bakanlıkça uygun görülenlerin de TOKİ'ye veya idareye devredileceği düzenlenmiştir.

Bu fıkrada "Bakanlıkça uygun görülenler" gibi yine yürütmeye geniş bir yetkinin verildiği müphem bir ifadeye yer verilmiştir.

Böylesi bir belirsizliğin; öngörülebilirliği ve hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceği, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı Anayasanın başlangıç kısmının 5 inci paragrafında belirtilen 'ulusal çıkarların üstünlüğü', 'bağımsızlık ve ülke güvenliği' kavramları ve 5 inci maddesinde belirtilen 'toplumun huzuru' kavramı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasanın 7. 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, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

İkinci fıkrada, binası yıkılan malikler kendilerine yapılan tebligatı takip eden 30 gün içinde anlaşma sağlayamazlarsa (3/2 çoğunluk kararı ile) acele kamulaştırma ile taşınmazları alınacaktır. Özetle mülkiyet hakkı yok sayılmaktadır.

Burada da vatandaş iradesini dışlayan, mülkiyet hakkını yok sayan bir düzenleme getirilmiş durumdadır.

Yurttaşı ve haklarını yok sayan bir kentsel dönüşüm, toplumsal barışa hizmet etmez.

Kamulaştırma Kanununun 27. maddesinde acele kamulaştırmanın uygulanacağı haller, "yurt savunması ihtiyacına veya aceleciliğine veya özel kanunlarla öngörülen olağanüstü durumlar" gibi tahdidi olarak belirtilmiştir. Oysaki anılan maddede yürütmenin acele kamulaştırma yapmasını gerektirecek herhangi bir durum söz konusu değildir.

Anayasanın 2. maddesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem

ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan bir devlettir.

Yasalarda yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklere uyumlu olması ve adaletli kurallar içermesi gerekir.

Kişilerin, devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.

Anayasanın 35. maddesinde, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilerek, mülkiyet hakkı Anayasal bir kurum olarak güvence altına alınmıştır. Temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı 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.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.

Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne, ruhuna ve demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Üçüncü fıkrada, son bir yıl içinde taşınmazda ikamet edenlere, kredi veya konut sertifikası (ne kastedildiği tam olarak anlaşılamamaktadır) verilebileceği düzenlenmiştir. Yine bu fıkrada da ayrımcı uygulamalara yol açabilecek ifadeler kullanılmıştır. Bu yazım, Bakanlığa, ucu açık bir takdir yetkisi vermekte ve yapılabilecek ayrımcı uygulamalar için zemin yaratmakta olup anayasanın eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Dördüncü fıkrada, yapılan konutların bedellerinin "gerekli görüldüğünde", illerdeki mevcut ekonomik durum ve uygulama alanında yaşayan kişilerin malvarlığı veya geliri göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu kararıyla yapım maliyetinin altında tespit edilebileceği düzenlenmektedir. Somut bir ölçüye dayanmayan, belirsiz ifadeler içeren bu düzenleme ile keyfi uygulamaların önü açılmaktadır.. Bu düzenlemeleri hukuk devleti ve sosyal devlet anlayışıyla bağdaştırmak mümkün değildir.

Bakanlar Kurulu kararı ile sosyal donatı ve altyapı harcamaları uygulama maliyetine dahil edilmeyebilir" biçimindeki istisna düzenlemesi ise genel olarak sosyal donatı ve altyapı harcamalarının maliyete ekleneceğini göstermektedir.

Böylesi bir uygulama, riskli yapı olduğu için evleri yıktırılan geniş kesimlerin daha büyük miktarlarda borçlandırılması anlamına gelmekte olup bu düzenlemede açıkça Anayasanın Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet ilkeleri ile çelişen bir düzenlemedir.

Burada da, somut bir ölçüt konulmadan, Bakanlar Kurulu keyfiyetinde fiyat farklılaştırmasına zemin yaratılmaktadır Ayrımcı sonuçlar yaratabilecek bu yazım yerine, bölgeler arası ve bölge içi gelişmişlik farkları somut biçimde ifade edilmeli, Bakanlar Kurulu keyfiyetine bırakılmamalıdır.

Böylesi bir uygulama, riskli yapı olduğu için evleri yıktırılan geniş kesimlerin daha büyük miktarlarda borçlandırılmaları anlamına gelmektedir.

Üçüncü ve dördüncü fıkralardaki belirsizlik yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 7. 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, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı 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. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Bu belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi ayrıca Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

Yine Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi hukuksal eşitliği öngörmektedir, eşitlik ilkesinin amacı aynı konumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını bağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

Bu ilke ile aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.(Anayasa Mahkemesinin 24/09/2008 tarih 158/150 sayılı kararı)

Beşinci fıkrada, Bakanlığa verilen yetkiler sıralanmıştır. Kanunun işleyişini sağlayabilmek için Bakanlık, bu alanlarda her tür plan, proje, arsa düzenleme, toplulaştırma, taşınmazları satın alma, satma, trampa, özel sektörle anlaşarak inşaat yapma, yaptırma, arsa paylarını belirleme, ayırma, birleştirme, sınırlı ayni hak tesis etme yetkileriyle donatılmıştır.

Burada, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı lehine bir yetki temerküzü söz konusu olup, seçilmiş yerel yönetimlerin yetkilerinin önemli bir bölümü by pass edilmektedir.

Halkın seçtiği yerel yöneticiler ve yönetimler dışlanarak, halk yararına bir kentsel dönüşüm sağlamak mümkün değildir.

Yasa ile yetkinin genel olarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığına verilmesi, yerleşmelerin asıl sorumlusu olan yerel yönetim birimlerinin devre dışı bırakılmasına neden olacaktır. Bakanlığa tanınan yetkiler, belediyeleri kentlerinde yetkisiz bırakacak, halk ile Belediye, Belediye ile Bakanlık karşı karşıya gelecektir.

Altıncı fıkrada, Bakanlığa bu alanlarda plan yaparken özel standart belirleme yetkisi de verilmektedir. Bu, riskli yapıların bulunduğu alanlar ile rezerv yapı alanı olarak belirlenen bölgelerde, İmar Kanunu ve yönetmeliklerle belirlenen uyulması zorunlu teknik ve sosyal altyapı standartlarına uyulmayabileceği anlamına gelmektedir. Yani bu alanlarda daha az yeşil alan ya da daha az okul alanı ayrılmış olan planlar yapılabilecektir. Bu da kanun eliyle planlı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlali demektir.

Planlama kararlarına yönelik "özel" standart belirleme yetkisi, sosyal ve teknik altyapı standartlarının düşürülmesinin önünü açan, yenilenen alanların yaşanabilir alanlar olmaktan uzaklaşmasına neden olabilecek bir düzenlemedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 22.07.2008 tarih E. 2008/39, K. 2008/134, sayılı kararında;

Bu yapısıyla, itiraz konusu kuralla Bakanlığa imar mevzuatındaki kısıtlamalar ile plân ve parselasyon işlemlerindeki askı, ilân ve itirazlara dair sürelere ilişkin hükümlere tâbi olmaksızın düzenleme yetkisi verilmesi hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

Anayasanın 5. maddesiyle devlete "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" ödevi yüklenmekte, 56. maddesiyle de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır. Devlete verilen bu görevlerin imar mevzuatıyla getirilen düzenlemelerle de yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Anayasanın söz konusu maddelerinde ifadesini bulan ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği yasa koyucunun takdirinde ise de, söz konusu ödevler yerine getirilirken idarenin imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışında tutulması, Anayasanın 5. ve 56. maddeleriyle bağdaşmaz.

İdareye imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmamak suretiyle sınırlara uymama yetkisi veren bir düzenlemenin varlığı halinde, idarenin hukuksal sınırlar içinde kalıp kalmadığının denetlenmesi güçleşir. Bu nedenle ibare Anayasanın 125. maddesine de aykırıdır.

İtiraz konusu kuralda yer alan " ... imar mevzuatındaki kısıtlamalar ile plân ve parselasyon işlemlerindeki askı, ilân ve itirazlara dair sürelere ilişkin hükümlere tâbi olmaksızın, ..." bölümü Anayasanın 2., 5., 56. ve 125. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

Yedinci fıkrada dönüştürmeye tabi tutulan taşınmazların değer tespitleri ile dönüşüm ile oluşacak taşınmazların değerlemelerinin Bakanlık, TOKİ veya idarece yapılacağı ya da yaptırılacağı hükme bağlanmıştır.

Burada da "veya" bağlacı sonrasında yer verilen yerel yönetimlerin alandan dışlandığı görülmektedir Bu durum, yukarıda da değinildiği üzere, halkın güvendiği ve seçtiği yerel yönetimlerin, yurttaş için en önemli alan olan değerleme işlemlerinden dışlanması, bunun yanında arzu edilen yerel yönetim birimleri ile çalışılarak ayrımcı uygulamaların geliştirilebilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 26.09.1991, E. 1990/38, K. 1991/32, sayılı kararında" Anayasanın idarî vesayetin hangi amaçlarla kullanılacağını kurala bağlamakla yetinmediğini ilke ve yöntemlerinin de yasa ile belli edilmesi koşulunu aradığını belirtmiştir.

Yine aynı kararda "Yasada yerel yönetimlere ait olan yetkilerin geçici olarak alınabileceği belirtilmekle birlikte bunun için bir sınırlama - getirilmediğinden bu yetkilerin merkezî yönetimce çok uzun süre kullanılması olanağı getirilmektedir. Bu durum, yerel yönetimlerin özerkliğine idarî vesayet yetkisinin kullanılması dışında bir müdahale olanağı tanımayan Anayasanın 127. maddesi ile bağdaşmamaktadır. İtiraz konusu düzenlemede bir idarî vesayet ilişkisinin varlığından değil, merkezî yönetimin yerel yönetimlerin plânlama yetkilerine yukarıda özetlenen nedenler dışında ve sınırı belirsiz biçimde gelişigüzel el atmasından söz edilebilir. Böylece, İtiraz konusu kuralın Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan yerel yönetimlerin görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesine ve aynı maddenin beşinci fıkrasına aykırı olduğu kanısına varılmıştır".

Bu belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi ayrıca Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise

Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

Dokuzuncu fıkrada, Kanun kapsamında tesis edilecek idari işlemlere karşı otuz gün içinde dava açılabileceği, bu davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği ifade edilmektedir. İdari dava açma süresi olan altmış günlük süre kısaltılarak otuz günle sınırlandırılmıştır. İdare karşısında eşit güçte olmayan yurttaşın dava açma süresinin daha da kısaltılması hak arama hürriyetini sınırlandıran bir durumdur.

Öte yandan madde gerekçesinde, Kanun'un yaşama hakkı ile doğrudan alakalı olduğu açıklanarak, Anayasanın 125 inci maddesinin altıncı fıkrasında "Kanun, olağanüstü hallerde, … kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir" düzenlemesinin yer aldığı, can ve mal emniyetini korumayı temel amaç edinen bu Kanuna göre tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda da yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayan hükmün, Anayasaya uygun olduğu ileri sürülmektedir. Ancak Anayasanın bu hükmü olağanüstü halleri tarif etmektedir. Oysa bu yasanın uygulamasını gerektiren durum bu maddede tanımlanan olağanüstü hallerden sayılamaz. Kaldı ki, dönüşüm uygulamalarının en az 10 yıl süresince devam edeceği düşünüldüğünde Anayasanın bu hükmüne dayandırılmasının anlamsızlığı anlaşılmaktadır.

Türkiye'de idari yargı sisteminin zaten oldukça yavaş işlediği ortada iken, mülkiyet hakkını tanımayan bu Yasa kapsamında bir de yürütmenin durdurulması kararı alınması olanağının ortadan kaldırılması, hukuk devleti ilkesine taban tabana zıttır.

İdari Yargılama Usulü Kanununun 7. maddesinde altmış gün olarak düzenlenen dava açma süresi de, bu madde ile kısaltılmıştır.

Bu maddeye göre idari işlemlere karşı, tebliğ süresinden itibaren otuz gün içerisinde İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilecek ancak daha da önemlisi bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyecektir.

Yani İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesi, kanun kapsamındaki işler ve fiiller bakımından uygulanmayacaktır.

İYUK 27. maddeye göre; "Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler."

Söz konusu kanunda ise Danıştay ve İdari Mahkemelerin bu yetkisi, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkındaki kanun kapsamında yapılan işler bakımından kaldırılarak Anayasanın hak arama hürriyetine ilişkin maddesi ihlal edilmiştir.

Türkiye'de idari yargı sisteminin yavaş işleyişi herkesçe malum iken, yurttaşın mülkiyet hakkını adeta tanımayan bu yasa kapsamında bir de ara karar niteliğindeki yürütmenin durdurulması kararı alınması olanağının ortadan kaldırılması, hukuk devleti ilkesi ile hiçbir şekilde bağdaşmaz.

Yürütmeyi durdurma kararının hangi koşullarda verileceği İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 27'nci maddesinde düzenlenmiştir ve her olayın özelliğine göre hâkim tarafından karar verilir. Bu konuda idarenin önceden bir yasa maddesi düzenlemesi, yargının yetki alanına müdahale anlamını taşır, bu da Anayasaya açıkça aykırıdır.

Yasanın 6'ncı maddesinin dokuzuncu fıkrası ile kanun kapsamında yapılan uygulamalara karşı yargıya başvurma hakkının 60 günden 30 güne indirilmesi, ve bu davalarda yürütmeyi durdurma kararı verilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler, Anayasanın Hak Arama Hürriyetine ilişkin 36. maddesine de açıkça aykırıdır.

Anayasanın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Önemi nedeniyle hak arama özgürlüğü, yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır.

Anayasa Mahkemesinin 03.04.2007 tarih E. 2005/52, K. 2007/35, sayılı kararına göre;

Bu durumda İmar Yasası'nda ilanlar için öngörülen askı süresinin imar planlarının ve değişikliklerinin aleni olmasına dayandığı ve idarelere yapılacak itirazlar için getirildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu kural imar plan ve değişikliklerini veya bunlara ilişkin onama işlemlerini askı sürelerine tabi kılmamakla, yargı yolunu ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştırdığı açıktır.

Bu nedenlerle, altıncı fıkranın dava konusu birinci tümcesinin, "...askı sürelerine tabi olmaksızın..." ibaresi, Anayasanın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun 6. maddesi kendi içinde de çelişkiler taşımaktadır. Şöyle ki;

6. Maddenin birinci fıkrasında "Yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hâsılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir." denilmekte iken aynı maddenin ikinci fıkrasında "Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir." hükmünün yer aldığı,

Yine yasanın 6. maddesinin dokuzuncu fıkrasında ise "Bu maddeye göre yapılan devir işlemleri ile kamulaştırmaya dair ihtilâflar hakkındaki dava ve takipler sadece bedele ilişkin olarak, riskli alan ve riskli yapı tespitleri ile yıktırma iş ve işlemleri hakkındakiler ise sadece bina ve enkaz bedeline ilişkin olarak yürütülür ve sonuçlandırılır." hükmünün yer aldığı görülmektedir.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde yasanın kamuoyuna yansıtıldığı gibi gönüllülük ve anlaşma esasına dayanmadığı görülmektedir.

Bu durum idarenin denetim yollarından biri olan yargısal denetimin önünü kapatmakta ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesi ile belirlenen "Hukuk Devleti" ilkesine aykırılık yaratmaktadır. Zira hukuk devleti, kendi yarattığı hukuk değerleriyle kendini sınırlandıran ve kişilere hukuk güvenliği sağlayan devlettir.

Dolayısıyla bu yasa kişilere hukuk güvenliği sağlamamaktadır.

6) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 7 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının b Bendinin Ayrıca Dokuzuncu Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

7. maddede, "Dönüşüm gelirleri"nin neler olduğu sayılmaktadır. Buna göre en büyük pay, 2-B orman alanlarından elde edilecek gelir (%90) olarak belirlenmiştir. 2-B gelirleri yanında, çevre vergisi olarak bilinen vergi ve idari para cezalarının %50'si, İller Bankası'nın yıllık safi kar tutarının %49'u, Bakanlığın el koyduğu taşınmazlarda imar uygulamasına tabi tutulanların satışından elde edilecek gelirler, dönüşüm projelerinden elde edilecek kredilerin geri ödemeleri ve gecikme zamları, faizler, genel bütçeden ayrılan paylar ve sair gelirlerden oluşmaktadır. Bu çok büyük bütçeden Bakanlık, TOKİ'ye ve idareye kaynak aktarabilecektir.

Yasanın 7'nci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde yapılan düzenleme ile Orman Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre orman dışına çıkarılan yerlerin satışından elde edilen gelirlerin bir bölümünün kullanılmasına ilişkin düzenleme, Anayasaya aykırı orman alanı talanının riskli yapılar gerekçe yapılarak meşrulaştırılması anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez ögeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle bir ülkenin en önemli doğal yaşam alanı olan ormanların korunması için yasa koyucunun bu esası göz ardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtması zorunludur.

Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasanın 90 ıncı maddesindeki hüküm gereğince Anayasanın da üstünde olan, milletlerarası olan ve hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak anlaşmalara da aykırıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, çevrenin genel olarak korunmasına yönelik özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, AİHM'si günümüzde çevrenin korunması konusundaki duyarlılığın arttığını birçok kararlarında kabul etmektedir. Doğanın ve ormanların ve daha genel olarak çevrenin korunması, kamuoyu ve idari makamlarca sürekli desteklenmekte ve savunulmaktadır. Çevrenin korunması konularında devletler tarafından yapılan düzenlemelerde, ekonomik zorunluluklar ve mülkiyet hakkı gibi temel hakların önceliğinin bulunmadığı, yine AİHM'nin kararlarında vurgulanmaktadır.

Yapılan düzenlemede, gelirlerin yüzde doksanını geçmemek üzere Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek bir miktardan söz edilse de alt sınır koyulmamış, net bir tanımlama yapılmamıştır. Satışlardan elde edilecek gelirlerin ne kadarının riskli yapıların yenilenmesi için kullanılacağına ilişkin somut bir değere yer verilmemiş olması, bu gelirlerin gerçek anlamda kentlerde var olan riskli alanların ve yapıların yenilenmesi için kullanılıp kullanılmayacağı konusunda şüphe yaratmaktadır.

Böylesi açıklıktan yoksun bir düzenleme, öngörülemezlik ve belirsizlik yaratır. Anayasanın 2.nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de, hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar ise "hukuk devleti" ilkesi ve dolayısıyla Anayasanın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. nci maddesi ile bağdaşmaz.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir.

Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. İptali istenilen kural ise yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, "... toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı ... içinde insan haklarına saygılı ..." olunacağına yer verilerek devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır.

Anayasanın 5 inci maddesinde de, bir yandan "... Türk Milletinin bağımsızlığı" nı, öte yandan da "... kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak" Devlet'in temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Böylesi bir düzenlemenin Anayasanın başlangıç kısmının 5 inci paragrafında belirtilen 'ulusal çıkarların üstünlüğü', 'bağımsızlık ve ülke güvenliği' kavramları

ve 5 inci maddesinde belirtilen 'toplumun huzuru' kavramları ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Ayrıca kamu yararı amacı taşımayan yasaların, amaç öğesi yönünden Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği açıktır.

Bu fıkrada kullanılacak yetkiler, asli bir düzenleme yetkisi niteliği taşıdığından böyle bir yetkilendirmede daha önce de belirtildiği üzere Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 123 uncu maddelerine aykırıdır.

Dolayısıyla ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetki, asli düzenleme yetkisinin devri niteliğindedir. Bu yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verdiğinden Anayasanın 7 nci, 8 inci ve 123 üncü maddelerine; bu yetki kökenini Anayasadan almayacağı için Anayasanın 6 ncı maddesine; yasama erki Anayasaya aykırı biçimde kullanıldığı için 11 inci maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine; belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımadığı ve dolayısıyla hukuki güvenilirlik sağlamadığı için 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

7- a) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 8 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

8. maddenin birinci fıkrası ile kanun kapsamında yapılacak her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 21-b maddesi kapsamına alındığı görülmektedir.

4734 sayılı Kanunun 21-b maddesine göre "b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması." halinde pazarlık usulüyle ihale yapılabilmektedir. Bu ihale usulünde ilan zorunlu değildir, en az üç istekli davet edilir ve teklifleri alınarak ihale sonuçlandırılır.

Bütçesi oldukça büyük bir uygulama çerçevesinde, ülke genelinde yapılacak yenileme ve dönüşüm çalışmalarındaki alımların ve yapım işlerinin ihalelerinin katılımı ve rekabeti arttıracak biçimde ilan edilerek yapılması yerine, Bakanlık,

TOKİ ya da yerel yönetimler tarafından sübjektif değerlendirmelere dayalı firma seçimleri ile yapılması eşitlik ve şeffaflığın gözetilmeyeceği anlamına gelmektedir.

Bu düzenleme de Anayasanın 5, 10, 65, 163 ve 166. maddelerine açıkça aykırıdır.

b) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 8 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Mad.8; f.3 Riskli yapıların tespiti, tahliyesi ve yıktırma iş ve işlemleri ile değerleme işlemlerini engelleyenler hakkında, işlenen fiil ve hâlin durumuna göre 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Riskli yapıların tespiti, bu yapıların tahliyesi ve yıktırılması iş ve işlemlerine dair görevlerinin gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında, tabi oldukları ceza ve disiplin hükümleri uygulanır.

Bu maddeye göre; riskli yapı olarak tespit edilen yapıların tespit, tahliye ve yıkımı vb. işlemlerini engelleyenler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca işlem yapılması öngörülmüştür.

Kentsel dönüşüm adı altında vatandaşın hakkını koruma alanında ortaya koyacağı tutumları baştan suç sayan ve tehditkar bir tutum geliştiren bu düzenlemenin hukuken kabulü mümkün değildir.

Yapılan düzenleme ile en temel insan haklarından biri olan barınma hakkının savunulması ve dayatılan anlaşmaya karşı çıkılması cezalandırılmaktadır. Böylesi bir düzenleme hiçbir hukuk devletinde olmaz.

Ancak bu maddede riskli denilen yapıların tespit, tahliye ve yıkımını engelleyenler hakkında Türk Ceza Kanunu uyarınca işlem yapılacağı belirtilmiş olmasına rağmen, suç tipi tanımlanmadığı gibi bir yaptırımda öngörülmemiştir.

Dolayısıyla ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetki, asli düzenleme yetkisinin devri niteliğindedir. Bu yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verdiğinden Anayasanın 7 nci, 8 inci ve

123 üncü maddelerine; bu yetki kökenini Anayasadan almayacağı için Anayasanın 6 ncı maddesine; yasama erki Anayasaya aykırı biçimde kullanıldığı için 11 inci maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine; belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımadığı ve dolayısıyla hukuki güvenilirlik sağlamadığı için 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

Bugüne kadar kentsel dönüşüm alanlarından halkın zorla dışlanması uygulamalarına karşı örneklerini gördüğümüz "barınma hakkı" direnişlerinin, zor kullanarak ve cezalandırma tehditleriyle engellenmesi hak arama hürriyetinin en bariz ihlalidir.

Anayasanın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılanmanın ön koşulunu oluşturur.

c) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 8 inci Maddesinin Yedinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

(7) Riskli yapıların tespit edilmesine veya ettirilmesine dair usul ve esaslar, risklilik kriterleri, riskli yapıların tespitinde ve itirazların değerlendirilmesinde görev alacak teknik heyet ve diğer komisyonlar ile bu Kanunun uygulanmasına dair diğer usul ve esaslar, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikler ile düzenlenir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere, yasada belirtilmesi gereken söz konusu hususlara yasada yer verilmemesi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırlan belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçeklemesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına ve dolayısıyla Anayasanın 2. maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 11.04.2007 tarihli 2006/35 e ve 2007/48 K. Sayılı kararında;

"Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 7. 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, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasada yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı 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. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme için sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Dolayısıyla İptali istenilen bu ifade yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

Bu belirsizlik Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğu gibi ayrıca Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

8) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 9 uncu Maddesinin Birinci ve İkinci Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

MADDE 9- (1) "Bu Kanun uyarınca yapılacak olan planlar, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dâhil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara tabi değildir. Bu Kanuna tabi riskli yapılar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanunun uygulanıyor olması bu Kanunun uygulanmasına engel teşkil etmez"

Yasanın "Uygulanmayacak mevzuat" başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasında bu kanun uyarınca yapılacak planların İmar Kanunu ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden diğer kanunlardaki kısıtlamalara tabi olmadığı düzenlenmiş ve ülkemizin sahip olduğu önemli doğal ve kültürel zenginlikleri koruma altına alan yasal kurallardan sınırsız biçimde vazgeçilmiştir.

İmar Kanunu ve ilgili mevzuatta plan yapımına ilişkin getirilen hükümler sağlıklı yaşam çevrelerinin oluşturulması amacıyla belirlenmiş standartlar ve kurallardır. Plan yoluyla sağlıklı bir yaşam çevresi oluşturmanın ön koşulu olan kurallardan vazgeçilmesi, Anayasanın 56. maddesinin "Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, …" hükmüne aykırıdır.

Yapılan bu düzenlemede yer verilen kısıtlamalar, sağlıklı bir yaşam çevresinin oluşturulması amacıyla belirlenmiş standartlar ve kurallardır. Plan yoluyla sağlıklı bir yaşam çevresi oluşturmanın ön koşulu olan kurallardan vazgeçilmesi, Anayasanın 56. maddesinde yer verilen "Konut Hakkı" ile ilgili "Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, …" biçimindeki düzenlemeye de aykırıdır.

Yine birinci fıkrada, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda ve ilgili diğer mevzuatta var olan kısıtlamalara ve askı ilan sürelerine uyulmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu alanlar için hazırlanacak planların askı ilan sürelerine dahil olmayacağına ilişkin düzenleme, halkın bilgilenme, katılım ve itiraz haklarını elinden almaya yönelik bir içeriğe sahip olup, Anayasanın 2, 36 ve 125'inci maddelerine açıkça aykırılık oluşturacaktır.

Bu konuyla ilgili olarak AYM, 09.06.2011, E. 2008/87, K. 2011/95, sayılı kararında Dava dilekçesinde, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılan ya da yaptırılan ve Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanan imar plânı ve parselasyon plânlarına ilişkin işlemlerin İmar Kanunu'nun 9. maddesinde belirtilen askı

sürelerine tâbi olmaktan çıkarılmasının ilgililerin bu işlemlere süresinde itiraz imkânlarını fiilen ortadan kaldırarak yargı yolunu ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştırması ve ayrıca benzeri nitelikteki yasal düzenlemelere yönelik Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinin gözetilmemesi nedeniyle Anayasanın 2., 36., 125. ve 153. maddelerine aykırı olduğu; itiraz başvurusunda ise Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanan plânların ilan ve askıdan muaf olarak yürürlüğe girmesinin bu plânlar bakımından ayrıcalıklı statü oluşturduğunu ve bunlardan etkilenenlerin dava haklarını kullanmaları bakımından ortaya çıkan farklı durum nedeniyle kuralın Anayasanın 5. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Ve Anayasa Mahkemesi kararında "Birinci cümlenin yukarıda belirtilen"ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." ibaresinin iptaline ilişkin gerekçelerle incelenen ibare Anayasanın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir. hükmüne varılmıştır.

AYM, 22.07.2008, E. 2008/39, K. 2008/134, RG 18.11.2008, S. 27058: "İtiraz konusu kuralda yer alan " ... imar mevzuatındaki kısıtlamalar ile plân ve parselasyon işlemlerindeki askı, ilân ve itirazlara dair sürelere ilişkin hükümlere tâbi olmaksızın, ..." bölümü Anayasanın 2., 5. 56. ve 125. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir."hükmüne yer verilmiştir.

AYM, 03.04.2007, E. 2005/52, K. 2007/35, RG 18.03.2008, S. 26820 Bu nedenlerle, altıncı fıkranın dava konusu birinci tümcesinin, "...askı sürelerine tabi olmaksızın..." ibaresi, Anayasanın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Bu madde ile Zeytincilik, Orman, Askeri Yasak Bölgeler, Turizmi Teşvik, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma, Kıyı, Mera, Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu gibi toplam 12 kanunun, bu kanunun uygulanmasını engelleyici hükümleri uygulanmaz denmek suretiyle her türlü alan yapılaşmaya açılmış, bu Kanun uyarınca yapılacak olan plânlar,3 194 sayılı İmar Kanununda ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dahil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara ve askı ilân sürelerine tâbi değildir denmek suretiyle ise keyfi imar uygulamaları yapmanın önü açılmıştır.

Başka bir deyişle bu düzenleme ile ülkemizin tüm kıyılarında, tarım alanlarında, zeytinlik alanlarında, meralarında, orman alanlarında ve hatta sit alanlarında yaygın bir talanın başlamasının yasal zeminini hazırlanmıştır.

Bu kanunun uygulanması sırasında, riskli alanlar ve riskli yapılar konusunda kamusal nitelikli hiçbir koruma olanağı kalmamaktadır. Bakanlık, TOKİ ve belediyeler, riskli alanlar ve riskli yapıların yıkılması ve yeniden yapılması konusunda hemen hemen hiçbir kısıtlamaya tabi olmayacaktır.

Görünen o ki, anayasal mülkiyet hakkı ve Anayasa ile koruma altına alınan birçok kamusal hak ve yarar, bu yasa yapılırken dikkate alınmamıştır.

İkinci fıkrada ise, en son komisyonda eklenen Boğaziçi Kanunu ile birlikte doğal, kültürel zenginlikleri korumayı amaçlayan toplam 12 kanunun bu kanunu engelleyici hükümlerinin ve diğer kanunların bu kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Yapılan düzenleme ile bugüne kadar oluşturulan doğal ve kültürel çevrenin korunmasına ilişkin tüm mevzuat yok sayılmakta, kıyılar, tarım toprakları, zeytinlikler, meralar, ormanlar gözden çıkarılmakta, doğal, kentsel ve arkeolojik sit alanlarında dilediğince tasarrufta bulunma imkanı tanınmaktadır.

9) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 12 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Bu madde 2942 sayılı Kanun'da yer alan bilirkişilik sistemini değiştirmektedir Halen yasayla kurulmuş, yöneticileri seçimle işbaşına gelen, kamu kurumu niteliğindeki Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği üyeleri tarafından yürütülen bilirkişilik hizmetleri, tanımı gereği tarafsız ve yansız bir şekilde çalışmaktadır.

Bu yapıda zaman zaman görülen eksiklikleri gidermek yerine sistemi tarafsızlığı şüpheli bir hale gelecek şekilde değiştirmeye yönelik bir yaklaşımın, adil sonuçlar üretmeyeceği açıktır.

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

Yargı bağımsızlığının amacı adaletin sağlanmasına hizmet etmek üzere tarafsızlığın sağlanmasıdır .Yargının varlık nedeni, kanunların uygulanmasından dolayı ortaya çıkan anlaşmazlıkları gidermek ve bireyin haklarını devlet karşısında korumaktır.. Diğer yandan, bireyin hak ve özgürlüklerinin hukuksal düzlemde korunması adil ve tarafsız bir yargı sisteminin varlığına bağlıdır. Valiyi dahi yargıya dahi eden dolayısıyla tarafsızlığından şüphe duyulan bir bilirkişilik sistemi yargı bağımsızlığını ciddi biçimde zedeler.

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

Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılanmanın ön koşulunu oluşturur. Ancak bu sistem içinde güven duyulmayan bir bilirkişilik sistemi insanların adalete olan inançlarının zedelenmesine, yargının tarafsızlığının lekelenmesine neden olacaktır.

Bu madde ile ile Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinde değişiklik yapılmış ve bu maddeye göre her yıl Odalar tarafından hazırlanarak Valiliklere bildirilen bilirkişi sayısı, illerin nüfuslarına göre 25 ile 350 arasında değişerek arttırılmıştır.

Ancak bununla birlikte maddenin sonuna eklenen bir fıkra ile gayrimenkul değerleme uzmanlarının listesi de SPK tarafından valiliklere gönderilecek ve kamulaştırma değer tespitleri bilirkişi sıfatıyla gayrimenkul değerleme uzmanlarına yaptırılacaktır. Yani bu alan, mimar ve mühendisler dışında, işletme, iktisat, maliye gibi sosyal bilimlerde eğitim almış değerleme uzmanlarına açılmış olmaktadır.

10) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 14 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

MADDE 14- 3194 sayılı Kanuna aşağıdaki maddeler eklenmiştir.

"EK MADDE 5- 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu ve bu Kanuna göre çıkarılacak yönetmeliklerden imar uygulamalarına ilişkin olanlar, bu Kanun ile bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulan yönetmelikler ve beldenin şartları da gözetilerek, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından onaylandıktan sonra Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girer."

"GEÇİCİ MADDE 14- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce belediyelerce imar uygulamalarına ilişkin olarak çıkarılmış olan yönetmelikler, ek 5 inci maddedeki esaslar çerçevesinde bu maddenin yayımı tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde hazırlanarak anılan maddedeki usule göre yürürlüğe konulacak yönetmeliklerle değiştirilir. Aksi takdirde, anılan yönetmelikler bir yıllık sürenin bittiği tarih itibarıyla yürürlükten kalkar."

Bu madde ile 5393 sayılı Kanun kapsamında Belediyelerin imarla ilgili Yönetmeliklerinin ancak Çevre ve Şehircilik Bakanlığı onayından sonra Resmi Gazete'de yayımlanabileceğini, daha önceki yönetmeliklerin bir yıl içinde bu usule göre yürürlüğe girecek olanlarla değiştirilmedikleri takdirde yürürlükten kalkacaklarını düzenlemektedir.

Çok ağır bir vesayet düzeni yaratan bu düzenlemenin "uygulamaya standart getirmek" amacı ile açıklanamayacağı ortadadır Bakanlık belirli standartlar getirerek yönetmeliklerin buna uygun yapılmasını isteyebilir.Uygun olmadığını düşündükleri konusunda yargıya başvurarak iptallerini sağlayabilir. Ancak doğrudan onay mekanizmasının demokrasiyle bağdaşmayacağı açıktır.

Başka bir deyişle; bu madde ile 16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun uygulanmasını engelleyebilecek tüm yasal düzenlemeler bertaraf edilmektedir.

Bu konuyla ilgili yapılmış tüm yasal düzenlemeler sağlıklı bir yaşam çevresinin oluşturulması amacıyla belirlenmiş standartlar ve kurallardır. Plan yoluyla sağlıklı bir yaşam çevresi oluşturmanın ön koşulu olan kurallardan vazgeçilmesi, Anayasanın 56. maddesinde yer verilen "Konut Hakkı" ile ilgili "Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, …" biçimindeki düzenlemeye de aykırıdır.

Bu düzenlemede Anayasanın 2, 36 ve 125'inci maddelerine açıkça aykırılık oluşturacaktır.

11) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 16 ncı Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

MADDE 16- 5366 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin dokuzuncu fıkrasından ve 4 üncü maddesinin mevcut üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

f. 2 Bu Kanun kapsamında açılacak kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmaz malın tesciline ilişkin davalarda görev alacak bilirkişiler, 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi olarak faaliyet gösteren değerleme uzmanları arasından seçilir. Bu uzmanlar, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından oluşturulan değerleme standartlarını esas alarak raporlarını düzenler."

Bu madde ile kamulaştırma davalarında bilirkişilik yapan mimar ve mühendislere bilirkişilik yolu kapatılmış, Sermaye piyasasına hizmet sunan değerleme şirketlerinin kamulaştırma davalarında bilirkişilik yapmalarına öncelik tanınmıştır.

Değerleme şirketlerinde çalışan değerleme uzmanlarının çoğunlukla işletme, hukuk, iktisat gibi sosyal bilimlerde 4 yıllık eğitim almış kişiler olduğu dikkate alındığında mühendis ve mimarlara bu alanın kapatılmasını anlamak olanaklı değildir. Yargılama aşamasına dahi idareyi katarak hakimin takdir hakkını elinden alan, adil yargılanma ilkesini ihlal eden bir anlayışın hakim olduğu bu düzenlemede kamulaştırma bedellerinin objektif tespit edileceğini düşünmek pek mümkün değildir.

Bu düzenlemede Anayasanın 2, 36 ve 125'inci maddelerine açıkça aykırılık oluşturacaktır.

12) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 19 uncu Maddesinin n Fıkrası ile Yine Aynı Yasanın 22 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Mad.19; fıkra n: 23/9/1980 tarihli ve 2302 sayılı Atatürk'ün Doğumunun 100 üncü Yılının Kutlanması ve "Atatürk Kültür Merkezi Kurulması" Hakkında Kanunun 3 üncü maddesi ile belirlenen Atatürk Kültür Merkezi alanını iyileştirme, güzelleştirme, yenileme ve ihya etmek amacıyla; Kültür ve Turizm Bakanlığının da görüşü alınarak, bu alan için her tür ve ölçekte etüt, harita, plan, parselasyon planı ile yapı projelerini yapmak, yaptırmak, onaylamak, kamulaştırma ve ruhsatlandırma işlemleri ile diğer iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak."

MADDE 22- 2302 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş; 11/8/1983 tarihli ve 2876 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanununun 104 üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

"MADDE 3- Atatürk Kültür Merkezi Ankara'da kurulur. Atatürk Kültür Merkezi alanı; Ankara İmar Planında bu amaca ayrılmış olan ve ekli krokide gösterilen yerlerdir. Bu alan içerisinde Millî Mücadele tarihinin, Türk Halk Kültürünü ve sanatlarını tanıtan yerler ve çeşitli müzeler, çeşitli sahneler ve toplantı salonları, sergi alanları, arşiv ve kitaplıklar, atölyeler ve benzeri yerlerden meydana gelen Atatürk Kültür Merkezi bulunur."

Yasanın 19'inci maddesinin n fıkrası ve 22'inci maddesi ile 2302 Sayılı "Atatürk'ün Doğumunun 100'üncü Yılının Kutlanması Ve Atatürk Kültür Merkezi Kurulması Hakkında Kanun"un 3'üncü maddesi yürürlükten kaldırılarak, bu alana ilişkin alınmış tüm koruma kararları ortadan kaldırılmakta, tasarruf yetkisi Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na verilmektedir.

Anılan Yasanın 22. maddesiyle 2302 sayılı Kanunun 3'üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilerek;

"Bu alan içerisinde; Milli Mücadele tarihini, Türk Halk Kültürünü ve sanatlarını tanıtan yerler ve çeşitli müzeler, çeşitli sahneler ve toplantı salonları, sergi alanları, arşiv ve kitaplıklar, atölyeler ve benzeri yerlerden meydana gelen Atatürk Kültür Merkezi ile Milli Komitece saptanacak tesis ve alanlar bulunur. Bunların dışında Atatürk Kültür Merkezi alanına hiçbir yapı yapılamaz" denilmiştir.

Bu maddenin yürürlüğe girmesi durumunda Ankara'nın ender açık alanlarından birinin daha yok edilmesinin önünün açılmış olacağı gibi, korumasız da bırakılmış olacaktır.

Ayrıca kanunun amacı ile hiçbir ilgisi bulunmayan Ankara'nın önemli bir alanını yapılaşmaya açan bu düzenlemenin mekan ve duruma özel bir düzenleme olduğunun ve yasanın afet risklerinin azaltılması amacıyla yapılmadığının bariz bir göstergesidir.

Anayasanın 63. maddesinin birinci fıkrasında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevi Devlete verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu

varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği esası getirilmiştir.

Ayrıca mad:3 de yer alan "benzeri yerler" ifadesi yine yürütmeye asli bir düzenleme yetkisi vermektedir.

Dolayısıyla ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetki, asli düzenleme yetkisinin devri niteliğindedir. Bu yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verdiğinden Anayasanın 7 nci, 8 inci ve 123 üncü maddelerine; bu yetki kökenini Anayasadan almayacağı için Anayasanın 6 ncı maddesine; yasama erki Anayasaya aykırı biçimde kullanıldığı için 11 inci maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine; belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımadığı ve dolayısıyla hukuki güvenilirlik sağlamadığı için 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

Sonuç itibariyle,

6306 sayılı yasa, ülkemiz açısından bir "yol ayrımı" niteliğini hâizdir. Ülkemizde kentleşme konusunda izlenmekte olan ikiyüzlü politikalar, bir yandan riskli yapı ilân edilen yapıların yıkıldığı, diğer yandan yeni riskli yapıların üretildiği, afet riski gerekçe gösterilerek bütün kentlerimizin bir rant alanı haline dönüştürüldüğü bir sürece doğru hızla yol almaktadır.

Görünen odur ki, bugüne kadar afet ve kentsel dönüşüm konusunda yapılmış olan bütün bilimsel çalışmalar, depremle ilgili alınması gereken gerçek tedbirler ve ilgili alanlarda yaşanan insanların talepleri, rant hırsı ile gözardı edilmiştir. 6306 sayılı kanun ile kamunun elinde kalan son araziler, ormanlar, kültür arazileri, mera, kıyı ve koruma alanlarının dahi elden çıkartılması kuvvetle muhtemeldir. Kanunda, kentlerimizin son derece önemli bir sorunu olan "afet"e yönelik neredeyse hiç bir hüküm yer almazken, keyfî uygulamaların önünü açan, insanların hak arama yönündeki hukukî kanallarını tamamen ortadan kaldıran kimi hükümler yer almıştır.

6306 sayılı Kanun ile planlama kararlarına yönelik özel standartlar belirleme yetkisi, sosyal ve teknik altyapı standartlarının düşürülmesinin önünü açan, yenilenen alanların yaşanabilir alanlar olmaktan uzaklaşmasına neden olan

bir düzenlemedir. Ayrıca, kentsel, arkeolojik ve tarihî sit alanlarında yapılacak tesbitlerde hangi bilimsel kriterler çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiğini amaçlayan bütün mevzuat hükümleri ve ilke kararları ile çelişmektedir. Kanun, yeraltı ve yerüstü kültür varlıklarını gözardı etmekte, sahip olunan kültürel birikimin yok edilmesine yardımcı olmaktadır. Kezâ, Kanunda öne çıkarılan deprem riski gerekçesi adı altında yapılacak yıkımlarla şehirlerin tarih sürecinde oluşan mekânsal dokularının yok edilmesi söz konusudur.

6306 sayılı Kanun ile birlikte, devletin üzerinde şekillenmesi gereken "toplumsal adalet ve eşitlik zemini" afete mâruz kalmıştır. Yukarıda açıklandığı veçhile, Anayasanın 56.ncı maddesinde yer verilen "Konut hakkı"nı gözardı eden Kanun, yerinde dönüşüm, kiracıların durumu, geçici barınma sorunu, kaynak temini, toplumsal adalet ve eşitliğe uygun finansman modelleri ve bütün paydaşların dâhil olduğu uygulama ortaklıklarının kurulmasına yönelik, ülkemizin gerçek ihtiyacı olan hukukî boşluğu doldurmaktan ve bu anlamda "şehirlerin afetlere karşı dirençli hale getirilmesi hedefi"nden tamamen uzakta olduğu âşikârdır.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun, kentlerin afetlere karşı korumasız olduğu ülkemizde, denetimsiz ve mühendislik hizmeti almamış yapılaşmanın engellenmesini sağlayacak bir düzenleme olmaktan oldukça uzaktır. Çünkü ülkemiz için bu kadar hayati bir konuda, toplumun ilgili kesimlerinin, konu ile ilgili meslek kuruluşlarının görüş ve önerileri alınmamış konu ile ilgili yapılmış çalışmalar, alınan kararlar göz ardı edilmiş ve neticede bilimsel ve hukuki temelden tamamen yoksun bir kanun ortaya çıkmıştır.

Tüm ülkenin imar ve kentleşme politikasını baştan aşağı değiştirecek sadece fiziksel dönüşüme değil aynı zamanda sosyolojik bir dönüşüme de yol açacak böyle önemli bir yasa hazırlanırken, konunun birinci derecen muhatabı olan yerel yönetimlerin, meslek kuruluşlarının, üniversitelerin görüşünün alınmaması büyük bir eksikliktir. Bir oldu-bittiye getirilemeyecek ve tek yetkili olarak bir Bakanlığın sorumluluğuna bırakılamayacak kadar yaşamsal olan bu konu üzerinde, en az anayasa çalışmaları kadar önemle durulmalı ve yetkili tüm birimlerin katılımıyla bir uzlaşı sağlanmalıdır. Aksi halde üzerinde hukuki, ekonomik, sosyolojik, teknik ve diğer pek çok konuda detaylı çalışma yapılmadan gerçekleştirilecek bir şehirleşme, daha büyük sosyal deprem ve krizlere davetiye çıkaracaktır.

Yoksulun barınma hakkını yok sayan, vatandaşın mülkiyet hakkına tecavüzü yasal bir hale getiren, yerel yönetimlerin yasalarından kaynaklanan yetkilerini ortadan kaldıran, vatandaşlar arasında ayrımcı uygulamaların temelini atan, bütün yetkiyi Bakanlıkta toplayan, uygulama sırasında yapılacak yardımları lütuf düzeyine indirgeyen, zeytincilik, orman, askeri yasak bölgeler, turizmi teşvik, kültür ve tabiat varlıklarını koruma, kıyı, mera kanunları gibi doğa-çevre-kültür varlıklarını koruyup geliştirmeyi amaçlayan kanunların, bu kanunun uygulanmasını engelleyici ve bu kanuna aykırı hükümlerini ortadan kaldıran, söz konusu 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun, anayasanın mülkiyet, konut dokunulmazlığı, barınma hakkı, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri ile eşitlik ilkelerine pek çok mevcut kanuna ve Uluslararası Sözleşmelere aykırı olduğu gibi uygulamaya geçilmesi halinde telafisi imkansız zararlar doğurabilecek niteliktedir.

16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun iptali istenen maddelerin uygulanması halinde, ülkemizin imar ve kentleşme politikasının 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 kuralların yürürlüklerinin durdurulması istenilmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un;

1- a) 2 nci maddesinin b fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine,

b) 2 nci maddesinin c fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine,

c) 2 nci maddesinin ç ve d fıkraları Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine,

2- a) 3 üncü maddesinin birinci fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine,

b) 3 üncü maddesinin üçüncü fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 43 üncü ve 123 üncü maddelerine,

c) 3 üncü maddesinin dördüncü fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine,

d) 3 üncü maddesinin altıncı fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine,

e) 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 13 üncü, 35 inci, 90 ıncı ve 123 üncü maddelerine,

3) 4 üncü maddesi Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 13 üncü, 35 inci, 56 ncı, 57 nci, 123 üncü ve 125 inci maddelerine,

4- a) 5 inci maddesinin birinci fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 10 uncu, 11 inci, 17 nci, 56 ncı, 57 nci ve 123 üncü maddelerine,

b) 5 inci maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 10 uncu, 11 inci, 56 ncı, 57 nci ve 123 üncü maddelerine,

c) 5 inci maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları Anayasanın 2 nci, 5 inci, 17 nci, 56 ncı ve 57 nci maddelerine,

5) 6 ncı maddesi Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 inci, 8 inci, 10 uncu, 11 inci, 13 üncü, 36 ncı, 56 ncı, 57 nci, 123 üncü, 125 inci ve 127 inci maddelerine,

6) 7 nci maddesinin birinci fıkrasının b bendi ayrıca aynı maddenin dokuzuncu fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 90 ıncı ve 123 üncü maddelerine,

7- a) 8 inci maddesinin birinci fıkrası Anayasanın 5 inci, 10 uncu, 65 inci, 163 üncü ve 166 ncı maddelerine,

b) 8 inci maddesinin üçüncü fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 36 ncı ve 123 üncü maddelerine,

c) 8 inci maddesinin yedinci fıkrası Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 36 ncı ve 123 üncü maddelerine,

8) 9 uncu maddesinin birinci ve ikinci fıkraları Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 36 ncı, 125 inci ve 153 üncü maddelerine,

9) 12 nci maddesi Anayasanın 2 nci, 36 ncı ve 125 inci maddelerine,

10) 14 üncü maddesinin Anayasanın 2 nci, 36 ncı ve 125 inci maddelerine,

11) 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 36 ncı ve 125 inci maddelerine,

12) 19 uncu maddesinin n fıkrası ile yine aynı yasanın 22 nci maddesi Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 63 üncü ve 123 üncü maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

2) 15.10.2012 günlü ek dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

II. GEREKÇELER

…

5) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 6 ncı Maddesinin;

a) (10) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6306 sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 6 ncı maddesinin (10) numaralı fıkrasında, "Bu Kanun uyarınca yapılan iş ve işlemlere ilişkin olarak adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligat, muhataplarına yapılmış sayılır." denilerek 11.2.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununda öngörülen tebligat usulüne istisna getirilmektedir.

7201 sayılı Tebligat Kanunun 1 nci maddesinde, kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligatın, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılacağı; 10 ncu maddesinin birinci fıkrasında, tebligatın, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılacağı; ikinci fıkrasında, bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebligat yapılamaması halinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim adresinin bilinen en son adresi olarak kabul edileceği ve tebligatın buraya yapılacağı; 28 nci maddesinin birinci fıkrasında, adresi meçhul olanlara tebligatın ilanen yapılacağı; ikinci fıkrasında, 7201 sayılı Kanundaki usullere göre tebligat yapılamayan veya işyeri de bulunmayan kimsenin adresinin meçhul sayılacağı; üçüncü fıkrasında, adresin meçhul olması halinde durumun tebliğ memuru tarafından mahalle veya köy muhtarına şerh verdirilmek suretiyle tespit edileceği; bununla birlikte tebliği çıkaran mercinin, muhatabın adresini resmî veya özel müessese ve dairelerden gerekli gördüklerine soracağı ve zabıta vasıtasıyla tahkik ve tespit ettireceği; dördüncü fıkrasında, yabancı ülkelerde oturanlara ilanen tebligat yapılmasını gerektiren ahvalde tebliği çıkaran mercinin, tebliğ olunacak evrak ile ilan suretlerini yabancı memlekette bulunan kimsenin malum adresine ayrıca iadeli taahhütlü mektupla göndereceği ve posta makbuzunu dosyasına koyacağı kurallarına yer verilmiştir.

Bu kurallara göre, tebligat öncelikle tebliğ yapılacak kişinin bilinen en son adresine yapılacaktır. Bununla birlikte, tebligatın yapılmasını isteyenin veya tebligatı çıkartan makamın bildirdiği adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması ya da söz konusu adrese tebligat yapılamaması durumunda, muhatabın 5490 sayılı Kanuna göre adres kayıt sistemindeki adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilerek, tebligat bu adrese yapılacaktır. Muhatabın 5490 sayılı Kanuna göre oluşturulan adres kayıt sisteminde adresinin bulunmaması veya bulunmakla beraber tebligatın yapılamaması durumunda ise, anılan Kanunun 28 nci maddesinde zorunlu tutulan aşamalardan sonra adresinin "meçhul" olduğunun anlaşılması üzerine tebligat ilanen yapılacak; yabancı ülkelerde oturanlara ilanen tebligat yapılması gerektiğinde ise, yabancı ülkede bulunana kimsenin malum adresine tebliğ olunacak evrak ile ilan suretleri iadeli taahhütlü mektupla ayrıca gönderilecektir.

6306 sayılı Kanunun kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının tamamı 7201 sayılı Kanunun 1 nci maddesinin kapsamında bulunur ve 6306 sayılı Kanunla, "mülkiyet" gibi Anayasal güvence altında olan temel bir hakka ilişkin düzenlemeler yapılırken; 6 ncı maddesinin (10) numaralı fıkrasıyla, "adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligat"ın muhataplarına yapılmış sayılacağı öngörülerek; 7201 sayılı Kanunun 10 ncu maddesinin birinci fıkrasındaki, "Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır." hükmü ile 28 nci maddesindeki ilanen tebligata ilişkin kuralların uygulanması ortadan kaldırılmaktadır.

Adrese dayalı nüfus kayıt sistemi, 25.4.2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 49, 50 ve 51 nci maddelerinde düzenlenmiştir.

5490 sayılı Kanunun 49 ncu maddesinin (1) numaralı fıkrasında, adres bilgilerini oluşturma yükümlülüğü il özel idareleri ile belediyelere; ulusal veri tabanının tutulması görevi ise Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğüne verilmiştir. Kanunun "Bildirim yükümlülüğü" başlıklı 50 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında, yerleşim yeri adreslerinin tutulmasında kişilerin yazılı beyanının esas alınacağı; (4) numaralı fıkrasında, çocukların ve kısıtlıların adreslerinin veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması halinde, çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin olan kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlar tarafından bildirileceği; (5) numaralı fıkrasında, huzur evi, yetiştirme yurdu, cezaevi, öğrenci yurdu gibi yerlerde kalanların adreslerinin bildirimlerinin ilgili kurum yetkililerince, bildirim yapamayacak durumda olan kimsesizlerin bildirimlerinin ise muhtarlar tarafından yapılacağı; (6) numaralı fıkrasında, vesayet altındakilerin yerleşim yeri adreslerinin, bağlı bulundukları vesayet makamınca bildirileceği kurallarına yer verilirken; "Bildirim süresi ve güncelliği" başlıklı 51 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise, "50 nci maddede sayılan adres beyanı ile yükümlü kişi ve kurumlar yerleşim yeri adreslerine ilişkin değişiklikleri yirmi iş günü içinde ilçe nüfus müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdür." denilmiştir.

Bu bağlamda, 5490 sayılı Kanunun 49, 50 ve 51 nci maddelerinde düzenlenen "adrese dayalı nüfus kayıt sistemi", "mülkiyet" gibi Anayasal bir hakkın kullanımını konu alan düzenlemelerde tek başına kullanılabilecek kesinlik ve güvenirlik taşımaktan uzaktır.

50 nci maddede sayılanlardan bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyenler olabileceği gibi 51 nci madde bağlamında adres değişikliğini bildirmeyenler de

bulunabilir ve bunların da ötesinde kişilerin değişik yerlerde konutları olup, yılın belirli aylarını yazlık ve kışlıklarının bulunduğu yerlerde geçirebilir ya da özellikle şehirlerde yaşayanlar yılın belirli aylarında köylerinde, köy ve kasabalarda yaşayanlar mevsimlik işçi olarak ailecek başka yerlerde yaşabilirler.

Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere 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 hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Evrensel hukuk ilkeleri ya da hukukun genel ilkeleri denildiğinde, hakkın kötüye kullanılmaması, iyi niyet, sözleşmeye bağlılık, ayrımcılık yapılmaması, ölçülülük, kazanılmış hakları saygı, haklı beklentilerin korunması, yasaların geriye yürümezliği, hukuk güvenliği, adalet, eşitlik, yasallık, belirlilik ve öngörülebilirlik gibi evrensel düzeyde kabul gören hukukun üstün kuralları anlaşılmaktadır.

Anayasal güvence altında bulunan "mülkiyet" hakkını konu alan düzenlemelerde, idarenin yaptığı ya da yapmayı planladığı düzenlemelerin mülk sahiplerine tebligatını, bu hususta özel yasa olan 7201 sayılı Yasadaki kurallara istisna oluşturan şekildeki düzenleme, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olmanın yanında kişilerin hukuki güvenliklerini de oratdan kaldırdığından Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 35 nci maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu ve bu hakların ancak, kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği kuralı getirilirken; 13 ncü maddesinde ise, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Mülkiyet hakkını konu alan iş, işlem ve faaliyetlerin muhataplarına tebligatının bu alandaki özel Yasaya istisna oluşturacak şekilde düzenlenmesinde

kamu yararı olduğu ileri sürülemeyeceği gibi, mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldıran ve elverişlilik, gereklilik ve orantılılık gibi üç alt bileşeni olan ölçülülük ilkesiyle de bağdaşmayan bir mahiyet taşıdığı açıktır.

Bu itibarla iptali istenen düzenleme, Anayasanın 13 ncü ve 35 nci maddelerine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6306 sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 6 ncı maddesinin (10) numaralı fıkrasındaki, "Bu Kanun uyarınca yapılan iş ve işlemlere ilişkin olarak adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligat, muhataplarına yapılmış sayılır." hükmü Anayasanın 2 nci, 13 ncü ve 35 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) (11) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6306 sayılı Kanunun 1 nci maddesinde, Kanunun amacı, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde yapılacak iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek şeklinde ortaya konulurken; "Tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinin (c) bendinde, "rezerv yapı alanı" kategorisine de yer verilerek, yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya idarenin talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenen alanın "rezerv yapı alanı" olduğu belirtilmiş; 3 ncü maddesinin (3) numaralı fıkrasında, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında olup Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlardan; (b) bendinde, kamu idarelerine tahsisli olmayanların, ilgili kamu idaresinin görüşü alınarak Maliye Bakanlığınca, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına tahsis edileceği veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebileceği belirtilmiştir.

6306 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinin (11) numaralı fıkrası ile ise, 6306 sayılı Kanun hükümlerine göre Maliye Bakanlığınca Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılan veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye veya İdareye devredilen taşınmazlar üzerinde bu Kanun kapsamındaki uygulamalara bağlı olarak meydana gelen yeni taşınmazların; Bakanlığın, TOKİ'nin veya İdarenin isteği üzerine, kendileri ile anlaşma sağlanan gerçek kişiler veya mirasçıları ile tüzel kişiler adına tapuya tescil olunacağı kuralı getirilmiştir.

Bu bağlamda, 6306 sayılı Kanunun 3 ncü maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre, Maliye Bakanlığınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığına tahsis edilebilecek veya Çevre ve Şehircilik Bakanlığının talebi üzerine TOKİ'ye veya İdareye bedelsiz olarak devredilebilecek taşınmazlar, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında bulunan Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar olacağına göre, söz konusu taşınmazlar üzerinde 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak uygulamalara bağlı olarak meydana gelen taşınmazlar da Hazinenin veya Çevre ve Şehircilik Bakanlığının veya TOKİ'nin ya da İdarenin mülkiyetinde veya tasarrufunda olmak durumundadır. Dolayısıyla söz konusu taşınmazlar, söz konusu kurumlar tarafından elden çıkarılacak ise, ihaleyle satılmak durumunda olup; gerçek ve tüzel kişilerle anlaşma sağlanmaya ya da anlaşma sağlanan gerçek kişiler veya mirasçıları ya da tüzel kişiler adına tapuya tescil olunmaya konu oluşturmazlar.

Bu durumda, hukuki düzenlemeler arasında çelişki oluşturacak ve belirsizlik yaratacak şekilde düzenleme yapmanın hangi kamu amacına yöneldiğini açıklamak imkansızdır. Kamu yararına sonuç doğurmayacak, kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmayan, adalet anlayışına aykırı, makul olmayan ve hukuki belirsizlik yaratan düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Öte yandan, Hazinenin özel mülkiyetindeki alanların, mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devrini öngören söz konusu düzenleme, Anayasanın 35 nci maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkına açık bir tecavüz oluşturduğundan, Anayasanın 35 nci maddesiyle de bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6306 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (11) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci ve 35 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

c) (12) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6306 sayılı Kanun ile Çevre ve şehircilik Bakanlığına, riskli alanlar ile rezerv yapı alanlarında Anayasal koruma altında olan mülkiyet hakkıyla ilgili konularda, yıkma, sökme, yeniden yapma; belirlenen uygulama alanlarında cins değişikliği ile tevhid ve ifraz işlemlerinde bulunma; payların satışı, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usullerle yeniden değerlendirme; payları satma, satın alma, mirasçılık belgesi çıkartma, kayyım tayin ettirme, tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapma, kredi ve konut sertifikası verme; taşınmazları satın alma,

ön alım hakkını kullanma, bağımsız bölümler de dâhil olmak üzere taşınmazları trampa etme, taşınmaz mülkiyetini veya imar haklarını başka bir alana aktarma; taşınmaz mülkiyetini anlaşma sağlanmak kaydı ile menkul değere dönüştürme; kamu ve özel sektör işbirliğine dayanan usuller uygulama, kat veya hasılat karşılığı usulleri de dâhil olmak üzere inşaat yapma veya yaptırma, arsa paylarını belirleme; 634 sayılı Kanundaki esaslara göre taşınmazları paylaştırma, payları ayırma veya birleştirme; 4721 sayılı Kanun uyarınca taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak tesis etme gibi yetkiler yanında yerel yönetimlerin yetkisinde bulunan alanlarda her tür harita, plan, proje, arazi ve arsa düzenleme işlemleri ile toplulaştırma yapma yetkileri verilmiştir.

6306 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (12) numaralı fıkrası ile, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına, 6306 sayılı Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak TOKİ'ye veya İdareye yetki devretme ve bu iş ve işlemlerden hangilerinin TOKİ veya İdare tarafından yapılacağını belirleme yetkisi verilmektedir.

Anayasanın 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kuralına yer verilirken; 123 ncü maddesinde ise idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Yürütme organının veya idarenin yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için yasada temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir.

Yasa koyucunun, gerekli kuralları koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye genel ifadelerle esasları ve sınırları belirsiz düzenleme ve uygulama yetkisi vermesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğundan ve yürütme yetki ve görevi de Anayasa ve kanunlara uygun yürütülmesi gerekeceğinden, Anayasanın 7 nci ve 8 nci maddelerine ek olarak 6 ncı maddesine de aykırı olur. Öte yandan, İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde yasayla düzenlenmesini gerekli kıldığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 123 ncü maddesiyle de bağdaşmaz.

Yukarıda açıklandığı üzere 6306 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (12) numaralı fıkrası, Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 nci ve 123 ncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 16.05.2012 Tarihli ve 6306 Sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un 7 nci Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6306 sayılı Kanunla Çevre ve Şehircilik Bakanlığına sadece "riskli alan"lar ile "riski yapı"larda dönüşüm yapma yetkisi değil, bunlara ek olarak yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere "rezerv yapı alanı" oluşturma ve buraları yapılaşmaya açarak yeni yapı yapma/yaptırma yetkisi verilmektedir.

6306 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin (9) numaralı fıkrası ile ise, 6306 sayılı Kanun uyarınca yapılacak olan işlem, sözleşme, devir ve tesciller ile uygulamalar; noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan harçlar, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden; kullandırılan krediler sebebiyle lehe alınacak paralar ise banka ve sigorta muameleleri vergisinden müstesna tutulmaktadır.

Anayasanın 10 ncu maddesinin son fıkrasında, Devlet organları ile idare makamlarının bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda oldukları kuralına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı üzere, Anayasa ile eylemli değil, hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir. Ancak, durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunlulukların kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Ancak, söz konusu istisna hükmü, sadece haklı gerekçeye dayanan dönüşüm alanlarını değil; "rezerv yapı alan"larında yapılacak uygulamaları da kapsamakta ve dolayısıyla rezerv yapı alanı dışında kalan ve "olağan imar alanları"nda yapılacak olan yapılar ve bunları yaptıracak ya da yapacak ve yapıldıktan sonra satın alacak kişiler aleyhine eşitsizlik yaratmaktadır.

Yeni yerleşim alanı olarak kullanılacak "rezerv yapı alanı" ile bu alanlar dışında bulunmakla birlikte "imar alanı" içinde bulunan yerler arasında haklı nedene dayanan hiçbir fark bulunmadığı halde, rezerv yapı alanlarının her türlü ve vergilerden istisan tutulmasının Anayasanın 10 ncu maddesindeki "yasa önünde eşitlik" ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.

Bu itibarla, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun 7 nci maddesinin (9) numaralı fıkrası Anayasanın 10 ncu maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

(…)

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen hükümler Anayasaya aykırıdır. Öte yandan toplumun barınma hakkı ile mülkiyet hakkını konu alan iptali istenen düzenlemelerin, bu haliyle uygulanması durumunda, Anayasal korunma altında olan mülkiyet hakkının maliklerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarının doğmasına yol açacaktır.

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

16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı "Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun"un;

1- a) 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "… Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi halinde …" ibaresi, Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine,

(…)

5) 6 ncı maddesinin;

a) (10) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci, 13 ncü ve 35 nci maddelerine;

b) (11) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci ve 35 nci maddelerine;

c) (12) numaralı fıkrası, Anayasanın 6 ncı, 7 nci, 8 nci ve 123 ncü maddelerine;

6) 7 nci maddesinin (9) numaralı fıkrası, Anayasanın 10 ncu maddesine;

(…)

aykırı olduklarından iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

B- E.2013/17 sayılı itiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"…

Öncelikle Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi gereğince itiraz yoluna başvurulan kuralın "uygulanacak kural olup olmadığı" tartışılmalıdır. Davanın mahiyeti 2942 sayılı Kanun kapsamında yapılan kamulaştırmada bedel tespit ve tescil davası olup, bahsi geçen Kanun hükümleri gereğince keşif yapılması dolayısıyla bilirkişi seçilmesi zorunlu olduğundan itiraz yoluna başvurulan hüküm uygulanacak kural niteliğindedir.

Davanın mahiyeti gereği keşif yapılırken bilirkişilerin seçilmesi zorunludur. Önceden olduğu gibi, listeler Valiliklerce belirlenecektir. Ancak yapılan değişiklik ile bilirkişiyi seçme usulü değiştirilmiştir. Yeni usule göre tarafların listede yer alan bilirkişiler üzerinde anlaşmaları gerektiği, anlaşamadıkları taktirde hakimin kararı ile tayin edilen gün ve saatte, Valilikçe, tarafların huzurunda ve gelmeyenin gıyabında kura yolu ile seçileceği düzenlenmiş bulunmaktadır. Valiliğin yapacağı kura seçimi işlemi idari bir işlem olup, özellikle Anayasa'nın 125. maddesine göre İdari Yargının denetimine tabi iken bu kuraya ilişkin itirazların davanın görüldüğü Mahkemece karara bağlanacağı hususu açıkça Anayasaya aykırılık teşkil eder.

Ayrıca yargı yetkisini kullanan Asliye Hukuk Mahkemeleri kamulaştırma davasında keşif yapması zorunlu olduğuna göre bilirkişileri seçmek durumundadır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266 ve devamı maddelerinde bilirkişi seçme görev ve yetkisi Mahkemelere bırakılmasına rağmen yeni düzenleme ile idarenin bir organı olan Valiliğe bilirkişi seçimi yetkisi verilmesi yine açıkça Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Yargılama devam ederken yargılama dışında idarenin bir organı olan Valiliğin bilirkişi seçimine müdahil olması yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ve bu Anayasa'nın temel ilkesi niteliğindeki Kuvvetler Ayrılığı Prensibine aykırılık oluşturur. Valiliğin yaptığı işlemin idari bir işlem olmasına rağmen buna itirazın davaya bakan mahkemece karara bağlanacağı düzenlemesi de Anayasa'nın 125 maddesinde düzenlemesini bulan idarenin eylem ve işlemlerinin idari yargı denetimine tabi olması ilkesini de zedeler niteliktedir. Esasen bu maddenin uygulanmasında ciddi zorlukların da olacağı aşikardır. Keşif yapacak Mahkeme, bilirkişi seçimi için Valilik ile yazışacak, Valilik belirlenen günde kura çekecek, kuraya ilişkin bir itiraz olması halinde mahkeme bu itirazı karara bağlayacak ve sonra keşif yapacaktır. Bu prosedürün de uygulamada işletilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmelidir.

Tüm bu sebeplerle; 16/05/2012 tarih, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 12. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 15. maddesinin değiştirilmesi Anayasanın başlangıç hükümlerine, kuvvetler ayrılığı ilkesine Anayasa'nın 8, 9 ve 125. maddelerine açıkça aykırı olduğu görüldüğünden itiraz yoluna başvurmak gerekmiştir.

KARAR:

16/05/2012 tarih, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 12. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 15. maddesinin değiştirilmesi Anayasanın başlangıç hükümlerine, kuvvetler ayrılığı ilkesine Anayasa'nın 8, 9 ve 125. maddelerine açıkça aykırı olduğu görüldüğünden itiraz yoluna başvurulmasına,

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi gereğince dosya kapsamında bulunan belgelerin tasdikli birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine,

Anayasa Mahkemesine müracaat edilmekle 5 ay süreyle Anayasa Mahkemesi karar sonucunun beklenmesine 16/01/2013 tarihli duruşmada karar verildi."

C- E.2013/27 sayılı itiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"…

2709 sayılı T.C. Anayasasının 152. maddesinde "bir davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini ANAYASAYA AYKIRI 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 görmez ise bu iddia temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere 5 ay içinde kararını verir ve açıklar bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa mahkemesinin karan esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının resmi gazetede yayınlanmasından sonra 10 yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiası ile tekrar başvuruda bulunamaz." hükmü yer almaktadır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkındaki Kanunun 28. maddesinde " Bir davaya bakmakta olan mahkeme;

1- O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse bu yoldaki gerekçeli karan veya,

2- Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan karan, dosya muhtevasını, mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir. Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği gelen evrakı kaleme havale eder ve keyfiyeti ilgili mahkemeye bir yazı ile bildirir. Evrakın kayda girişinden itibaren 10 gün içinde noksanlıkları olup olmadığı incelenir. Anayasa mahkemesince yapılan bu incelemede, eksikleri olduğu anlaşılan işlerin geri çevrilmesine, mahkemenin yetkisiz olduğu tespit edilen başvurmaların da reddine karar verilir. Anayasa Mahkemesi

işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere 5 ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandım. Ancak Anayasa Mahkemesinin karan esas hakkında karar kesinleşinceye kadar gelir ise mahkeme buna uymak zorundadır. Mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmemesi halinde bu iddia temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının yayınlanmasından sonra 10 yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiası ile tekrar Anayasa Mahkemesine başvurulamaz hükmü yer almaktadır.

Mahkememizde görülmekte olan Kamulaştırma nedeniyle bedel tespiti ve tescili davası sırasında 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun değişik 15. maddesinin uygulanılarak keşif yapılması şarttır. Zira, dava dilekçesinde davacı taraf taşınmazın irtifak kamulaştırma bedelinin tespitim talep etmiştir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 10 ve 11. maddesine göre bilirkişilerden rapor alınarak taşınmaz değeri belirlenecektir. Kamulaştırma Yasasının 16/05/2012 tarihinde kabul edilen ve 31/05/2012 tarih 28309 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6306 sayılı afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi hakkında kanunun 12. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 15. maddesi değiştirilmiştir. Söz konusu 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 15. maddesi değişiklikten önce şu şekildedir.

Türk Mühendis ve Mimar odaları birliğine bağlı ihtisas odalarının her biri üyelerinin oturdukları yeri göz önünde bulundurarak her il için 5 ila 15, il merkezleri için il, ilçeler için ilçe idare kurullarınca bu bölgelerde oturan taşınmaz mal sahipleri arasından 15 bilirkişi, her yıl ocak ayının ilk haftasında seçilecek isim ve adreslerini bildiren listeler valiliklere verilir.

Bu listeler valilikçe onandıktan sonra odalardan gelenler il merkezi ile ilçelerdeki Asliye Hukuk Mahkemelerine; takınmaz mal sahipleri listelerinden her biri de seçildikleri yerin Asliye Hukuk Mahkemelerine gönderilir. Süresi bitenler tekrar seçilebilir. Bilirkişi kurulu; kamulaştırmaya konu olan yerin cins ve niteliğine göre ikisi odalar listesinden, biri de taşınmaz mal sahipleri listesinden seçilmek suretiyle üç kişiden oluşur. Kamulaştırılan taşınmaz malın üstün niteliği gözönüne alınarak bilirkişinin ikisi de aynı uzmanlık kolundan seçilebilir. Kamulaştırmayı yapan idarede görevli olanlar ve kıymet taktiri komisyonunda kıymet taktiri işinde bulunanlar ile, kamulaştırılan taşınmaz malın sahipleri ve bunların usûl

ve füruğu, karı-koca, 3.derece dahil kan ve sihri hısımları ve mal sahipleri ile menfaat ortaklığı olanlar bilirkişi seçilemezler. İhtisas odalarının liste veremediği veya verilen listelerden fiili ve hukuki sebeplerle bilirkişi seçiminin imkansız olduğu illerde kamulaştırılan taşınmaz malın cins ve özelliğine göre Bayındırlık, Tarım ve Orman daireleri ile diğer resmi kurum ve dairelerden alınacak fen adamları ile bilirkişi kurulu tamamlanır. Bunların da bulunmadığı veya fiili veya hukuku sebeplerle bilirkişi seçimlerine imkan olmadığı taktirde komşu illerin oda listelerinden yoksa yukarıda belirtilen resmi daire ve kurumlardan alınacak fen adamları ile kurul tamamlanır. Mahkemelere gönderilen listelerde yazılı olanlar ve yukarıdaki fıkrada gösterilen kimseler arasından taraflar bilirkişi seçmekte birleşemedikleri taktirde bilirkişiler hakim tarafından resen seçilir. Bilirkişi kurulu taşınmaz malın kıymetini 11 ve 12. maddeler hükümlerine göre tayin ve taktir ederek gerekçeli raporunu en kısa zamanda mahkemeye verir. Bilirkişi kurulu kıymet taktir komisyonunca tespit edilen kıymette bir değişiklik yapmış ise bunun nedenlerini raporunda belirtir. Hakim bilirkişi kurulu tarafından taktir olunan bedelde açık bir isabetsizlik bulduğu veya kıymet taktiri komisyonu tarafından tayin edilen kıymet ile bilirkişi kurulunun belirlediği kıymet arasında önemli bir oransızlık gördüğü taktirde aym usullerle yeni bilirkişi kurulu oluşturarak kıymet taktiri yaptırır. Hakim, bilirkişilere yemin ettirir. Kıymet taktirinde kamulaştırmayı yapan daire 13. madde gereğince tebligatı kamulaştırma kararının tamamlanmasından itibaren bir yıl içinde usulüne göre yaptırmamış ise kamulaştırma kararının hak sahibine tebliğ olunduğu, tebligat yapılmadan dava açılmış ise davanın açıldığı gün esas tutulur. Maliklerinin zilyetlerinin veya diğer ilgililerin tespiti mümkün olmadığı ve sahipsiz görüldüğü taktirde taşınmaz malların ilerde ortaya çıkacak maliki zilyedi, veya diğer alakalıları tarafından talep edilecek kamulaştırma bedellerinde veya bu kamulaştırmaların bedellerine vaki olacak itirazlardan taşınmaz malın kamulaştırma tarihindeki kıymeti esas tutulur." denilmiştir.

6306 sayılı Yasanın 12. maddesi ile değiştirilen ve 31/05/2012 tarih 28309 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanıp yürürlüğe giren kamulaştırma yasasının 15. maddesinde " Türk Mühendis ve Mimar Odaları birliğine bağlı meslek odalarının her biri tarafından üyelerinin oturdukları yer göz önünde bulundurularak illerden nüfusu beş yüz binin altında olanlar için yirmibeş ila elli, nüfusu beşyüz bin ile bir milyon arasında olanlar için elli ila yüz, nüfusu bir milyon ile üç milyon arasında olanlar için yüz ila yüz elli, nüfusu üç milyonun üzerinde olanlar için yüzelli ila üçyüzelli bilirkişi ve ayrıca il merkezleri için II İdare Kurulları ilçeler için İlçe İdare kurulları tarafından bu bölgede oturan ve mühendis veya mimar olan taşınmaz mal sahipleri veya kiracılar arasından nüfusa göre belirlenen bilirkişi

sayılarının en az üçte biri kadar bilirkişi her yıl Ocak ayının ilk haftasında seçilerek isim ve adreslerini belirten listeler valiliklere verilir. Bilirkişi olarak görev yapacakların nitelikleri ve çalışma esasları Türk Mühendis ve Mimar Odaları birliğinin görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığının birlikte hazırlayacakları bir yönetmelikle belirlenir.

Valilikçe onanan listelerden odalar tarafından seçilenler il merkezi ve ilçelerdeki Asliye Hukuk Mahkemelerine, İdari kurulları tarafından seçilenlerde seçildikleri yerin Asliye Hukuk Mahkemelerine bildirilir.

Süresi bitenler tekrar seçilebilir.

Bilirkişi kurulu kamulaştırmaya konu olan yerin cins ve niteliğine göre üçü odalar listesinden ikisi de idare kurulu listesinden seçilmek suretiyle beş kişiden oluşur.

Kamulaştırılan taşınmaz malın üstün niteliği gözönüne alınarak bilirkişilerden üçü aynı uzmanlık kolundan seçilebilir.

Kamulaştırmayı yapan idarede görevli olanlar kamulaştırılan taşınmaz malın sahipleri ve bunların usûl ve furuğu, karı-koca, üçüncü derece dahil kan ve sihri hısımları ve mal sahipleri ile menfaat ortaklığı olanlar bilirkişi seçilemezler.

İhtisas odalarının liste veremediği veya verilen listelerden fiili veya hukuki sebeplerle bilirkişi seçiminin imkansız olduğu il ve ilçelerde kamulaştırılan taşınmaz malın cins ve özelliğine göre Bayındırlık ve İskan, Tarım ve Köy işleri ve Orman Bakanlıklarının taşra birimleri ile diğer resmi daire ve kurumlardan alınacak fen adamları ile bilirkişi kurulları tamamlanır. Bunların da bulunmadığı veya fiili ve hukuki sebeplerle bilirkişi seçimlerine imkan olmadığı taktirde komşu illerin oda listelerinden yoksa bu fıkrada belirtilen resmi daire ve kurumlardan alınacak fen adamları ile kurul tamamlanır.

(Değişik 8. fıkra: 16/05/2012- 6306/12 madde) Taraflar mahkemelere bildirilen listelerde yazılı olanla ve yukarıdaki fıkrada belirtilen kimseler arasından bilirkişi seçmekte anlaşamadıkları taktirde bilirkişiler hakimin kararı ile tayin edilen gün ve saatte valilikçe tarafların huzurunda ve gelmeyenin gıyabında kura yoluyla seçilir. Valilik kuranın adil olarak yapılabilmesi için gerekli tedbirleri alır. Kuraya ilişkin itirazlar davanın görüldüğü mahkemece karara bağlanır.

Hakim bilirkişilere yemin ettirir.

Bilirkişi kurulu taşınmaz malın değerini 11. ve 12. maddeler hükümlerine göre tayin ve taktir ederek gerekçeli raporunu 15 gün içinde mahkemeye verir.

Bilirkişilerce yapılan değer tespitinde idarece belgelenip mahkemeye verildiği gün esas tutulur.

(Ek Fıkra 16/05/2012-6306/12 madde) Sermaye piyasası kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerleme kuruluşlarının isim ve adreslerini belirten listeler her yıl Ocak ayı içinde 2. fıkradaki mahkemelere bildirilmek üzere Sermaye Piyasası Kurulunca Valiliklere gönderilir. Yeterli sayıda değerleme uzmanı bulunan yerlerde 10. maddede öngörülen değer tespitleri bilirkişi sıfatıyla öncelikle Sermaye Piyasası Kurulundan lisanslı değerleme uzmanlarına taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış olan uzmanlara yaptırılır." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Anayasa mahkemesince iptali istenilen ve itiraza konu edilen yasa maddesi:

Az yukarıda belirtilen 2942 sayılı Kamulaştırma Yasasının 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 12. maddesi ile değiştirilen 15. maddesinin 8. fıkrası hükmüdür.

T.C. Anayasasının 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevi, 9. maddesinde ise yargı yetkisi belirlenmiş, yargı yetkisinin Türk Milleti Adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağının, yürütme yetkisinin ise Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasaya ve Kanunlara uygun olarak kullanılacağının ve yerine getirileceğinin bildirildiği, bu hali ile T.C Anayasasının kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsediği, Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrası 1. cümlesinde ise, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğunun düzenlendiği, T.C. Anayasasının başlangıç hükümlerinde de kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edildiğinin kabul edildiği, yine T.C. Anayasasının 3. bölümünde yargı başlığı altında 138. maddesinin 1. fıkrasında, hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdana kanaatlerine göre hüküm verecekleri, 2. fıkrasında, hiçbir organ, makam, mercii veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz dendiği, bu maddeler hükümlerine göre 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 15. maddesini değiştiren 6306 sayılı Yasanın 12. maddesi Anayasaya aykırıdır.

GEREKÇE

Mahkeme dosyası içerisinde az yukarıda da belirtildiği gibi Kamulaştırma Yasasının 10. ve 11. maddelerine uygun olarak bilirkişilerle keşif yapıldıktan sonra, bilirkişi raporu alınıp, değer belirleneceği için iptali istenilen 6306 Sayılı yasanın 12. maddesi ile değiştirilen 2942 sayılı Yasanın 15/8. madde hükmü mahkememiz dosyasında uygulanacaktır. Bu açıdan Anayasanın 152 ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 28. maddesi gereğince itiraz yoluna başvurulan kuralın uygulanacak kural olması gerektiği şartı somut olayda bulunmaktadır. İtiraz yoluna başvurulan kural uygulandığı taktirde bilirkişiyi seçme usulü tarafların anlaşamamaları halinde valiliğin yapacağı kura işlemi ile olacaktır. Valiliğin yapacağı kura işlemi idari bir işlemdir. Bu durum T.C. Anayasasının başlangıç hükümlerinde yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesi ile ve Anayasanın 8 ve 9. maddesi hükümlerine aykırılık teşkil eder. Ayrıca, yargılama devam ederken, yargılama dışında idarenin bir organı olan valiliğin bilirkişi seçimine müdahil olması yargı yetkisinin idare tarafından kullanılması anlamına gelir ve bu da Anayasanın 138/1. maddesine aykırılık teşkil eder. Keza valilik makamı önünde çekilecek kura sonucu belirlenecek bilirkişi heyeti ile keşif yapılacağı için bu durumda Anayasanın 138/2. maddesine aykırı bir durum oluşturacaktır. Valiliğin yaptığı işlemin idari bir işlem olmasına rağmen buna itirazın davaya bakan mahkemece karara bağlanacağı düzenlemesi de Anayasanın 125. maddesinde düzenlemesini bulan idarenin eylem ve işlemlerinin idari yargı denetimine tabi olma ilkesini zedeler niteliktedir. Her ne kadar bu dosyada taraflardan birisi valilik makamı değil ise de, valilik makamının kamulaştırma yoluna gitmesi halinde (İl Özel İdarelerinin yapacağı kamulaştırma işlemlerinde) taraflardan birisinin bilirkişi seçiminde diğerine göre üstün hale getirilmesi Anayasanın 10. maddesinde gösterilen kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Tüm bu sebeplerle 16/05/2012 tarih 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanunun 12. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 15. maddesinin değiştirilmesi Anayasanın 8, 9, 10, 125 ve 138/1,2 maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden itiraz yoluna başvurmak gerekmiştir.

SONUÇ VE İSTEM :

16/05/2012 Tarih 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunun 12. maddesi ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 15/8. Maddesinin değiştirilmesinin Anayasanın başlangıç hükümlerine, kuvvetler ayrılığı

ilkesine, Anayasanın 8, 9, 10, 125 ve 138/1, 2 maddelerine açıkça aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesi arz olunur."

II- YASA METİNLERİ

A- Dava ve İtiraz Konusu Yasa Kuralları

Kanun'un:

1- Dava konusu kuralları da içeren 2. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Bakanlık: Çevre ve Şehircilik Bakanlığını,

b) İdare: Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve ***Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde*** *büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini,*

c) Rezerv yapı alanı: Bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ'nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça belirlenen alanları,

ç) Riskli alan: Zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan, Bakanlık veya İdare tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü de alınarak belirlenen ve Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan alanı,

d) Riskli yapı: Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı,

e) TOKİ: Toplu Konut İdaresi Başkanlığını,

ifade eder."

2- Dava konusu kuralları da içeren 3. maddesi şöyledir:

"(1) Riskli yapıların tespiti, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Bakanlığa veya İdareye bildirilir. Bakanlık, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilir. Verilen süre içinde yaptırılmadığı takdirde, tespitler Bakanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir. Bakanlıkça veya İdarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince onbeş gün içinde itiraz edilebilir. Bu itirazlar, Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanır. Bakanlık veya İdare tarafından yapılan tespit işleminin masrafı ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğü, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya İdareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir.

(2) Riskli yapılar, tapu kütüğünün beyanlar hanesinde belirtilmek üzere, tespit tarihinden itibaren en geç on iş günü içinde Bakanlık veya İdare tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu kütüğüne işlenen belirtmeler hakkında, ilgili tapu müdürlüğünce ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verilir.

(3) Bakanlığın talebi üzerine; 28/12/1960 tarihli ve 189 sayılı Millî Savunma Bakanlığı İskân İhtiyaçları İçin Sarfiyat İcrası ve Bu Bakanlıkça Kullanılan Gayrimenkullerden Lüzumu Kalmıyanların Satılmasına Salâhiyet Verilmesi Hakkında Kanun ve 18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu kapsamında bulunan yerler de dâhil olmak üzere, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında olup Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlardan;

a) Kamu idarelerine tahsisli olanlar, ilgili kamu idaresinin görüşü alınarak, 189 ve 2565 sayılı kanunlar kapsamında bulunan yerler için Millî Savunma Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Maliye Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla,

b) Kamu idarelerine tahsisli olmayanlar, ilgili kamu idaresinin görüşü alınarak Maliye Bakanlığınca,

Bakanlığa tahsis edilir veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir.

(4) Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar, bu Kanunun amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere maliki olan kamu idarelerinin görüşü alınarak Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir. Bu Kanuna göre uygulamada bulunulan alanlarda yer alan tescil dışı alanlar, tapuda Hazine adına tescil edildikten sonra Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir.

(5) Tahsis ve devir tarihinden itibaren üç yıl içinde ve gerekli görülen hâllerde Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca uzatılan süre içinde maksadına uygun olarak kullanılmadığı Bakanlıkça tespit edilen taşınmazlar, bedelsiz olarak ve resen tapuda Hazine adına tescil edilir veya önceki maliki olan kamu idaresine devredilir.

(6) 25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu kapsamında olup riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi için Bakanlıkça ihtiyaç duyulan taşınmazlar, 4342 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (g) bendindeki alanlardan sayılarak, tahsis amaçları aynı maddeye göre değiştirilip tapuda Hazine adına tescil edilir; bu taşınmazlar hakkında bu Kanuna göre uygulamada bulunulur.

(7) Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler de bu Kanun hükümlerine tabi olur."

3- Dava konusu 4. maddesi şöyledir:

"(1) Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya İdare, riskli alanlarda, riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda ve rezerv yapı

alanlarında bu Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini geçici olarak durdurabilir.

(2) 3 üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen taşınmazlar, tahsis ve devir işlemleri sonuçlandırılıncaya kadar Maliye Bakanlığınca satılamaz, kiraya verilemez, tahsis edilemez, ön izne veya irtifak hakkına konu edilemez.

(3) Uygulama sırasında Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından talep edilmesi hâlinde, hak sahiplerinin de görüşü alınarak, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmez ve verilen hizmetler kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulur."

4- Dava konusu 5. maddesi şöyledir:

"(1) Riskli yapıların yıktırılmasında ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda, öncelikli olarak malikler ile anlaşma yoluna gidilmesi esastır. Anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya malik olmasalar bile kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere veya bu yapılarda işyeri bulunanlara geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilir.

(2) Uygulamanın gerektirmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilenler dışında olup riskli yapıyı kullanmakta olan kişilere de birinci fıkra hükümleri uygulanabilir. Bu kişiler ile yapılacak olan anlaşmanın, bunlara yardım yapılmasının ve enkaz bedeli ödenmesinin usul ve esasları Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir.

(3) Uygulamaya başlanmadan önce, riskli yapıların yıktırılması için, bu yapıların maliklerine altmış günden az olmamak üzere süre verilir. Bu süre içinde yapı, malik tarafından yıktırılmadığı takdirde, yapının idari makamlarca yıktırılacağı belirtilerek ve tekrar süre verilerek tebligatta bulunulur. Verilen bu süre içinde de maliklerince yıktırma yoluna gidilmediği takdirde, bu yapıların insandan ve eşyadan tahliyesi ve yıktırma işlemleri, yıktırma masrafı ile gereken diğer yardım ve krediler öncelikle dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmak üzere, mahallî idarelerin de iştiraki ile mülki amirler tarafından yapılır veya yaptırılır.

(4) Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtilen usullere göre süresinde yıktırılmadığı tespit edilen riskli yapıların yıktırılması, Bakanlıkça yazılı olarak İdareye bildirilir. Buna rağmen yıktırılmadığı tespit edilen yapılar, Bakanlıkça yıkılır veya yıktırılır. Uygulamanın gerektirmesi hâlinde Bakanlık, yukarıdaki fıkralarda belirtilen tespit, tahliye ve yıktırma iş ve işlemlerini bizzat da yapabilir.

(5) Bakanlık veya İdare tarafından yapılan yıktırmanın masrafları, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğü, yıkılan binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya İdareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir."

5- Dava konusu 6. maddesi şöyledir:

"(1) Üzerindeki bina yıkılarak arsa hâline gelen taşınmazlarda daha önce kurulmuş olan kat irtifakı veya kat mülkiyeti, ilgililerin muvafakatleri aranmaksızın Bakanlığın talebi üzerine ilgili tapu müdürlüğünce resen terkin edilerek, önceki vasfı ile değerlemede bulunularak veya malik ile yapılan anlaşmanın şartları tapu kütüğünde belirtilerek malikleri adına payları oranında tescil edilir. Bu taşınmazların sicilinde bulunan taşınmazın niteliği, ayni ve şahsi haklar ile temlik hakkını kısıtlayan veya yasaklayan her türlü şerh, hisseler üzerinde devam eder. Bu şekilde belirlenen uygulama alanında cins değişikliği, tevhit ve ifraz işlemleri Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından resen yapılır veya yaptırılır. Bu parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesi esastır. Bu çerçevede, parsellerin tevhit edilmesine, münferit veya birleştirilerek veya imar adası bazında uygulama yapılmasına, yeniden bina yaptırılmasına, payların satışına, kat karşılığı veya hasılat paylaşımı ve diğer usuller ile yeniden değerlendirilmesine sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verilir. Bu karara katılmayanların bağımsız bölümlerine ilişkin arsa payları, Bakanlıkça rayiç değeri tespit ettirilerek bu değerden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılır. Bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, bu paylar, Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edilir ve yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılır veya Bakanlıkça uygun görülenler TOKİ'ye veya İdareye

devredilir. Bu durumda, paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılır.

(2) Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir. Bu Kanun uyarınca yapılacak olan kamulaştırmalar, 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılır ve ilk taksit ödemesi, mezkûr fıkraya göre belirlenen tutarların beşte biri oranında yapılır. Tapuda mülkiyet hanesi açık olan taşınmazlar ile mirasçısı belirli olmayan, kayyım tayin edilmiş, ihtilaflı veya üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmiş olan taşınmazların kamulaştırma işlemleri aynı madde hükümlerine tabidir. Bakanlık, TOKİ veya İdare; kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesi için mirasçılık belgesi çıkartmaya, kayyım tayin ettirmeye veya tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapmaya yetkilidir. Tapuda kayıtlı malikin ölmüş olması hâlinde Bakanlık, TOKİ veya İdare, kamulaştırma işlemi için mirasçılık belgesi çıkartabileceği gibi, gerekiyorsa tapu sicilinde idari müracaat veya dava yolu ile kayıt düzeltme de isteyebilir. Kamulaştırma için anlaşma sağlanması hâlinde, Bakanlık, TOKİ veya İdare ile ilgililer arasında taşınmazın tescil veya terkinine ilişkin ferağ ve muvafakati de ihtiva eden sözleşme ve uzlaşma tutanağı tanzim edilir ve ilgili tapu müdürlüğüne gönderilerek kamulaştırmanın resen tapu siciline işlenmesi sağlanır.

(3) Anlaşma ile tahliye edilen, yıktırılan veya kamulaştırılan yapıların maliklerine ve malik olmasalar bile bu yapılarda kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak en az bir yıldır ikamet ettiği veya bunlarda işyeri bulunduğu tespit edilenlere konut, işyeri, arsa veya dönüşüm projeleri özel hesabından kredi veya mülkiyet ya da sınırlı ayni hak sağlayan ve usul ve esasları Bakanlıkça belirlenen konut sertifikası verilebilir. Bunlardan konutunu ve işyerini kendi imkânları ile yapmak veya edinmek isteyenlere de kredi verilebilir. 20/7/1966 tarihli ve 775 sayılı Gecekondu Kanununa göre yoksul veya dar gelirli olarak kabul edilenlere verilecek olan konut veya işyerleri; Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından, 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunda belirtilen usul ve esaslar uyarınca borçlandırma suretiyle de verilebilir.

(4) Riskli alanlarda, rezerv yapı alanlarında ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlar üzerinde yapımı gerçekleştirilen konutların bedelleri, gerekli görüldüğünde, proje uygulamalarının yapıldığı illerdeki mevcut ekonomik durum, tabii afetin ortaya çıkardığı durumlar, konut rayiç ve enkaz bedelleri ile uygulama alanındaki kişilerin mal varlığı ve geliri göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu kararı ile yapım maliyetlerinin altında tespit edilebilir ve sosyal donatı ve altyapı harcamaları uygulama maliyetine dâhil edilmeyebilir.

(5) Bakanlık;

a) Riskli yapılara, rezerv yapı alanlarına ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlara ilişkin her tür harita, plan, proje, arazi ve arsa düzenleme işlemleri ile toplulaştırma yapmaya,

b) Bu alanlarda bulunan taşınmazları satın almaya, ön alım hakkını kullanmaya, bağımsız bölümler de dâhil olmak üzere taşınmazları trampaya, taşınmaz mülkiyetini veya imar haklarını başka bir alana aktarmaya,

c) Aynı alanlara ilişkin taşınmaz mülkiyetini anlaşma sağlanmak kaydı ile menkul değere dönüştürmeye,

ç) Kamu ve özel sektör işbirliğine dayanan usuller uygulamaya, kat veya hasılat karşılığı usulleri de dâhil olmak üzere inşaat yapmaya veya yaptırmaya, arsa paylarını belirlemeye,

d) 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunundaki esaslara göre paylaştırmaya, payları ayırmaya veya birleştirmeye, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu uyarınca sınırlı ayni hak tesis etmeye,

yetkilidir. (ç) bendinde belirtilen uygulamalar, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi idareler ile iş birliği içinde veya gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri ile özel hukuka tabi anlaşmalar çerçevesinde de yapılabilir.

(6) Bakanlık, riskli alanlardaki ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda faydalanılmak üzere; özel kanunlar ile öngörülen alanlara ilişkin olanlar da dâhil, her tür ve ölçekteki planlama işlemlerine esas teşkil

edecek standartları belirlemeye ve gerek görülmesi hâlinde bu standartları plan kararları ile tayin etmeye veya özel standartlar ihtiva eden planlar yapmaya, onaylamaya ve kent tasarımları hazırlamaya yetkilidir.

(7) Bu Kanun çerçevesinde dönüştürmeye tabi tutulan taşınmazların, üzerindeki köhnemiş yapılar da dâhil olmak üzere, muhdesatı ile birlikte değer tespiti işlemleri ve dönüşüm ile oluşacak taşınmazların değerlemeleri Bakanlık, TOKİ veya İdarece yapılır veya yaptırılır.

(8) Riskli alan ve rezerv yapı alanı dışında olup da bu Kanunun öngördüğü amaçlar bakımından güçlendirilebileceği teknik olarak tespit edilen yapılar için, Bakanlar Kurulunca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde Bakanlıkça dönüşüm projeleri özel hesabından güçlendirme kredisi verilebilir.

(9) Bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca dava açılabilir. Bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.

(10) Bu Kanun uyarınca yapılan iş ve işlemlere ilişkin olarak adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligat, muhataplarına yapılmış sayılır.

(11) Bu Kanun hükümlerine göre Maliye Bakanlığınca Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılan veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye veya İdareye devredilen taşınmazlar üzerinde bu Kanun kapsamındaki uygulamalara bağlı olarak meydana gelen yeni taşınmazlar Bakanlığın, TOKİ'nin veya İdarenin isteği üzerine, kendileri ile anlaşma sağlanan gerçek kişiler veya mirasçıları ile tüzel kişiler adına tapuya tescil olunur.

(12) Bakanlık, bu Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak TOKİ'ye veya İdareye yetki devrine ve bu iş ve işlemlerden hangilerinin TOKİ veya İdare tarafından yapılacağını belirlemeye yetkilidir."

6- Dava konusu kuralları da içeren 7. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunda öngörülen amaçlar için kullanılmak üzere aşağıda sayılan gelirler, dönüşüm gelirleri olarak ilgili yıl genel bütçesinin (B) işaretli cetvelinde özel gelir olarak öngörülür ve gelir gerçekleşmesine bağlı olarak gelir kaydedilir:

a) 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu gereğince, çevre katkı payı ve idari para cezası olarak tahsil edilerek genel bütçeye gelir kaydedilecek tutarın yüzde ellisi.

b) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendine göre Hazine adına orman dışına çıkarılan yerlerin satışından elde edilen gelirlerin yüzde doksanını geçmemek üzere Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen orana tekabül eden tutar.

c) İller Bankası Anonim Şirketinin Hazine gelirleri ve faiz gelirleri dışındaki banka faaliyetleri ile 26/1/2011 tarihli ve 6107 sayılı İller Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapacağı faaliyetlerden elde edeceği kârın yüzde ellisi.

(2) İlgili yıl genel bütçesinin (B) işaretli cetvelinde özel gelir olarak tahmin edilen dönüşüm gelirleri karşılığı tutar, Bakanlık bütçesinde özel ödenek olarak öngörülür. Ödenek tutarını aşan gelir gerçekleşmeleri karşılığında ödenek eklemeye Çevre ve Şehircilik Bakanı yetkilidir. Özel gelir ve ödenek kaydedilen tutarlardan yılı içinde harcanmayan kısımları ertesi yıl bütçelerine devren gelir ve ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir.

(3) Gerektiğinde dönüşüm faaliyetlerinde kullanılmak üzere Bakanlık bütçesinde özel ödenek dışındaki mevcut veya yeni açılacak tertiplere, genel bütçenin diğer tertiplerinden ödenek aktarmaya Maliye Bakanı yetkilidir. Bu tertiplerde yılı içinde kullanılmayan tutarlar, ertesi yıla devredilemez.

(4) Bu madde kapsamındaki ödenekler, Bakanlığın merkez muhasebe birimi adına açılacak dönüşüm projeleri özel hesabına aktarılmak suretiyle kullanılır. Bakanlığın dönüşüm faaliyetlerine ilişkin giderleri, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına dair hükümlerine bağlı kalınmaksızın çalıştırılacak sözleşmeli personel giderleri de dâhil olmak üzere, dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanır. Bu madde

kapsamındaki ödenekler ile dönüşüm projeleri özel hesabından yapılacak kullanımlar yılı yatırım programı ile ilişkilendirilmez.

(5) Bu Kanunda öngörülen amaçlar için kullanılmak üzere;

a) Bu Kanunda öngörülen uygulamalar sonucunda elde edilecek her türlü gelir ve hasılat,

b) Bakanlığa tahsis veya devredilen taşınmazlardan imar uygulamasına tabi tutulması sonucunda tapuda Hazine adına tescil edilenlerin satışından elde edilecek gelirler,

c) Dönüşüm projeleri özel hesabından kullandırılan krediler kapsamında ilgili kişi veya kuruluşlarca yapılan geri ödemeler ile bu kapsamda tahsil edilen gecikme zamları,

ç) Her türlü şartlı veya şartsız bağış ve yardımlar ile sair gelirler,

dönüşüm projeleri özel hesabına gelir olarak kaydedilir. Birinci fıkranın (c) bendinde belirtilen tutar, hesap dönemini takip eden yılın mayıs ayı sonuna kadar Bakanlığın merkez muhasebe birimine aktarılır. Bu Kanun kapsamındaki uygulamalara yönelik olarak Bakanlık tarafından sağlanacak kredilerin vadesi geçtiği hâlde geri ödenmeyen kısımları, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre vergi dairelerince takip ve tahsil edilir.

(6) Bu Kanun kapsamında sağlanması öngörülen krediler ile dönüşüm faaliyetleri kapsamında yapılacak konutlara ilişkin, hak sahiplerince bankalardan kullanılacak kredilere dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanmak üzere faiz desteği verilebilir. Bu işlemlere ve verilecek desteğe ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir.

(7) Bakanlık, dönüşüm projeleri özel hesabı gelirlerinin elde edilmesi, tahsili ve takibi ile bu hesaba bütçeden aktarılan tutarların dönüşüm faaliyetleri kapsamında yürütülecek hibe veya borç verme programlarında kullanımı, her türlü yapım, mal ve hizmet alımına ilişkin taahhütlere girişilmesi, giderleştirilmesi, muhasebeleştirilmesi, denetimi ve özel hesabın işleyişine ilişkin diğer usul ve esasları, Maliye Bakanlığının uygun görüşünü alarak belirlemeye yetkilidir.

(8) Bu Kanun kapsamında uygulamada bulunacak olan belediyeler, yatırıma ilişkin yıllık bütçelerinin yüzde beşi ile 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 80 inci maddesi uyarınca tahsil edilen harç gelirlerinin yüzde ellisini, bu Kanunda öngörülen uygulamalara ayırmak zorundadır.

(9) Bu Kanun uyarınca yapılacak olan işlem, sözleşme, devir ve tesciller ile uygulamalar, noter harcı, tapu harcı, belediyelerce alınan harçlar, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden; kullandırılan krediler sebebiyle lehe alınacak paralar ise banka ve sigorta muameleleri vergisinden müstesnadır.

(10) Gerçek kişilerce ve özel hukuk tüzel kişilerince uygulamada bulunulan riskli alanlardaki yapıların mevcut alanları için daha önce belediyelerce alınan harç ve ücretlere ilave olarak, sadece kullanım maksadı değişiklikleri ile yapı alanındaki artışlar için hesaplanan harç ve ücret farkları alınır.

(11) Bu Kanunda belirtilen iş, işlem ve hizmetlere tahsis edilmiş olan taşınır ve taşınmazlar ile her türlü hak ve alacaklar, para ve para hükmündeki kıymetli evrak, kamu yararı amacına tahsis edilmiş sayılır ve bunlar hakkında haciz ve tedbir uygulanamaz.

(12) Bakanlık, bu Kanun kapsamındaki uygulamalarda kullanılmak üzere dönüşüm projeleri özel hesabından TOKİ, İdare ve İller Bankası Anonim Şirketine kaynak aktarabilir. İller Bankası Anonim Şirketine aktarılan kaynak, Bankanın gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin Dönüşüm Projeleri Özel Hesabının işleyişine ilişkin usul ve esaslar çerçevesinde kullanılır.

(13) Bu maddede öngörülen gelirler, bu Kanunun amaçları dışında kullanılamaz."

7- Dava konusu kuralları da içeren 8. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanun uyarınca kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden sayılır.

(2) Bakanlık, TOKİ ve İdare; danışmanlık, yazılım, araştırma, her tür ve ölçekte harita, etüt, proje, kadastro, kamulaştırma, mikro bölgeleme, risk yönetimi

ve sakınım planı çalışmalarını, her tür ve ölçekte plan yapımı ve imar uygulaması işlerini ve dönüşüm uygulamalarını, 4734 sayılı Kanun kapsamındaki idareler ile akdedecekleri protokoller çerçevesinde 4734 sayılı Kanuna tabi olmaksızın ortak hizmet uygulamaları suretiyle de gerçekleştirebilirler.

(3) Riskli yapıların tespiti, tahliyesi ve yıktırma iş ve işlemleri ile değerleme işlemlerini engelleyenler hakkında, işlenen fiil ve hâlin durumuna göre 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili hükümleri uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur. Riskli yapıların tespiti, bu yapıların tahliyesi ve yıktırılması iş ve işlemlerine dair görevlerinin gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında, tabi oldukları ceza ve disiplin hükümleri uygulanır.

(4) Bakanlık, TOKİ ve İdare; bu Kanun kapsamındaki uygulamalarda, uygulama süresini aşmamak kaydı ile 657 sayılı Kanun ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına dair hükümlerine bağlı kalmaksızın, özel bilgi ve ihtisas gerektiren konularda sözleşmeli personel çalıştırabilir. Bu suretle çalıştırılacakların unvanı, sayısı, ücretleri ile diğer hususlar Bakanlar Kurulunca belirlenir.

(5) Bu Kanun kapsamındaki işler ile ilgili olarak valilikler, belediyeler ve diğer kamu kurumları personelinden Bakanlık emrinde geçici olarak görevlendirilenler hakkında 657 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan süre sınırlaması uygulanmaz.

(6) Bu Kanun uyarınca yapılacak anlaşmaların usul ve esasları Bakanlıkça belirlenir.

(7) Riskli yapıların tespit edilmesine veya ettirilmesine dair usul ve esaslar, risklilik kriterleri, riskli yapıların tespitinde ve itirazların değerlendirilmesinde görev alacak teknik heyet ve diğer komisyonlar ile bu Kanunun uygulanmasına dair diğer usul ve esaslar, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikler ile düzenlenir.

(8) Riskli yapı tespitlerine karşı yapılacak itirazları inceleyip karara bağlayacak teknik heyetlerde üniversiteler tarafından görevlendirileceklere, fiilen görev yaptıkları her gün için, (4.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunacak tutarda huzur hakkı ödenir. Bir ayda fiilen görev yapılan gün sayısının beşi aşması hâlinde, aşan günler için huzur hakkı ödenmez.

(9) Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu ile ulusal, bölgesel ve yerel yayın yapan özel televizyon kuruluşları ve radyolar, ayda en az doksan dakika afet, afet risklerinin azaltılması ve kentsel dönüşüm konularında uyarıcı ve eğitici mahiyette yayınlar yapmak zorundadır. Bu yayınlar, asgari otuz dakikası 17:00-22:00 saatleri arasında olmak üzere, 08:00-22:00 saatleri arasında yapılır ve yayınların kopyaları her ay düzenli olarak Radyo ve Televizyon Üst Kuruluna teslim edilir. Bu saatler dışında yapılan yayınlar, aylık doksan dakikalık süreye dâhil edilmez. Bu programlar, Bakanlık, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile ilgili diğer kamu kurum ve kuruluşları ile bilimsel kuruluşlar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sivil toplum kuruluşları tarafından hazırlanır veya hazırlatılır. Hazırlanan programların, Bakanlığın olumlu görüşü alındıktan sonra Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından radyo ve televizyonlarda yayınlanması sağlanır. Bu fıkra kapsamında yapılan yayınlar için herhangi bir bedel ödenmez. Bu yayınların ve sürelerinin denetimi Radyo ve Televizyon Üst Kurulunca yapılır."

8- Dava konusu kuralları da içeren 9. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanun uyarınca yapılacak olan planlar, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda ve imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dâhil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara tabi değildir. Bu Kanuna tabi riskli yapılar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanunun uygulanıyor olması bu Kanunun uygulanmasına engel teşkil etmez.

(2) Bu Kanun kapsamındaki alanlarda bu Kanunun öngördüğü uygulamaların zaruri kılması hâlinde, bu uygulamaların gerektirdiği iş ve işlemler hakkında;

a) 26/1/1939 tarihli ve 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanunun,

b) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun,

c) Afete maruz bölgeye ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun,

ç) 28/12/1960 tarihli ve 189 sayılı Millî Savunma Bakanlığı İskân İhtiyaçları İçin Sarfiyat İcrası ve Bu Bakanlıkça Kullanılan Gayrimenkullerden Lüzumu Kalmıyanların Satılmasına Salâhiyet Verilmesi Hakkında Kanunun,

d) 18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununun,

e) 12/3/1982 tarihli ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun,

f) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun,

g) 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununun,

ğ) 25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanununun,

h) 16/6/2005 tarihli ve 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanunun,

ı) 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun,

i) Geri Görünüm ve Etkilenme Bölgeleri Bakımından 18/11/1983 Tarihli ve 2960 sayılı Boğaziçi Kanununun,

bu Kanunun uygulanmasını engelleyici hükümleri ve diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz. Ancak, bu Kanunun öngördüğü uygulamalar sırasında, bahsedilen kanunların amaçları ayrıca gözetilir. Uygulamalar için 6831 sayılı Kanuna tabi alanların kullanılması zaruri olduğu takdirde, başka yerlerde en az bu alanlar kadar alanın ağaçlandırılması, 3573 sayılı Kanuna tabi alanların kullanılması zaruri olduğu takdirde de, başka yerlerde en az bu alanlar kadar alanın zeytinlik alan hâline getirilmesi mecburidir.

(3) 2863 sayılı Kanun ve 5366 sayılı Kanun kapsamındaki alanlarda uygulamada bulunulması hâlinde alanın sit statüsü de gözetilerek Kültür ve Turizm Bakanlığının görüşü alınır."

9- 12. maddesiyle, değiştirilen ve eklenen dava konusu kuralları da içeren 2942 sayılı Kanun'un 15. maddesi şöyledir:

*"**Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğine bağlı meslek odalarının her biri tarafından, üyelerinin oturdukları yer göz önünde bulundurularak; illerden nüfusu beşyüzbinin altında olanlar için yirmibeş ila elli, nüfusu beşyüzbin ile birmilyon arasında olanlar için elli ila yüz, nüfusu birmilyon ile üçmilyon arasında olanlar için yüz ila yüzelli, nüfusu üçmilyonun üzerinde olanlar için yüzelli ila üçyüzelli bilirkişi ve ayrıca il merkezleri için il idare kurulları ve ilçeler için ilçe idare kurulları tarafından, bu bölgelerde oturan ve mühendis veya mimar olan taşınmaz mal sahipleri veya kiracılar arasından nüfusa göre belirlenen bilirkişi sayılarının en az üçte biri kadar bilirkişi, her yıl ocak ayının ilk haftasında seçilerek isim ve adreslerini belirten listeler valiliklere verilir.** Bilirkişi olarak görev yapacakların nitelikleri ve çalışma esasları, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğinin görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığının birlikte hazırlayacakları bir yönetmelikle belirlenir.*

Valilikçe onanan listelerden, odalar tarafından seçilenler il merkezi ve ilçelerdeki asliye hukuk mahkemelerine, idare kurulları tarafından seçilenler de seçildikleri yerin asliye hukuk mahkemelerine bildirilir.

Süresi bitenler tekrar seçilebilir.

Bilirkişi kurulu; kamulaştırmaya konu olan yerin cins ve niteliğine göre, üçü odalar listesinden, ikisi de idare kurulu listesinden seçilmek suretiyle beş kişiden oluşur.

Kamulaştırılan taşınmaz malın üstün niteliği gözönüne alınarak, bilirkişilerden üçü aynı uzmanlık kolundan seçilebilir.

Kamulaştırmayı yapan idarede görevli olanlar, kamulaştırılan taşınmaz malın sahipleri ve bunların usul ve füruu, karı-koca, üçüncü derece dahil, kan ve sıhri hısımları ve mal sahipleri ile menfaat ortaklığı olanlar bilirkişi seçilemezler.

İhtisas odalarının liste veremediği veya verilen listelerden fiili ve hukuki sebeplerle bilirkişi seçiminin imkansız olduğu il ve ilçelerde, kamulaştırılan taşınmaz malın cins ve özelliğine göre, Bayındırlık ve İskan, Tarım ve Köyişleri ve Orman

Bakanlıklarının taşra birimleri ile diğer resmi daire ve kurumlardan alınacak fen adamları ile bilirkişi kurulu tamamlanır. Bunların da bulunmadığı veya fiili veya hukuki sebeplerle bilirkişi seçimlerine imkan olmadığı takdirde, komşu illerin oda listelerinden, yoksa bu fıkrada belirtilen resmi daire ve kurumlardan alınacak fen adamları ile kurul tamamlanır.

Taraflar, mahkemelere bildirilen listelerde yazılı olanlar ve yukarıdaki fıkrada belirtilen kimseler arasından bilirkişi seçmekte anlaşamadıkları takdirde; bilirkişiler, hâkimin kararı ile tayin edilen gün ve saatte, valilikçe, tarafların huzurunda ve gelmeyenin gıyabında kura yolu ile seçilir. Valilik, kuranın adil olarak yapılabilmesi için gerekli tedbirleri alır. Kuraya ilişkin itirazlar, davanın görüldüğü mahkemece karara bağlanır.

Hakim, bilirkişilere yemin ettirir.

Bilirkişi kurulu, taşınmaz malın değerini 11 ve 12 nci maddeler hükümlerine göre tayin ve takdir ederek, gerekçeli raporunu onbeş gün içinde mahkemeye verir.

Bilirkişilerce yapılan değer tespitinde, idarece belgelerin mahkemeye verildiği gün esas tutulur.

Sermaye Piyasası Kuruluna kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerleme kuruluşlarının isim ve adreslerini belirten listeler, her yıl ocak ayı içinde, ikinci fıkradaki mahkemelere bildirilmek üzere Sermaye Piyasası Kurulunca valiliklere gönderilir. Yeterli sayıda değerleme uzmanı bulunan yerlerde, 10 uncu maddede öngörülen değer tespitleri, bilirkişi sıfatıyla öncelikle Sermaye Piyasası Kurulundan lisanslı değerleme uzmanlarına, taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış olan uzmanlara yaptırılır."

10- 14. maddesiyle, 3194 sayılı Kanun'a eklenen dava konusu ek 5. madde ile geçici 14. madde şöyledir:

"***EK MADDE 5- 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu ve bu Kanuna göre çıkarılacak yönetmeliklerden imar uygulamalarına ilişkin olanlar, bu Kanun ile bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulan yönetmelikler ve beldenin şartları da gözetilerek, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından onaylandıktan sonra Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girer.***"

"GEÇİCİ MADDE 14- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce belediyelerce imar uygulamalarına ilişkin olarak çıkarılmış olan yönetmelikler, ek 5 inci maddedeki esaslar çerçevesinde bu maddenin yayımı tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde hazırlanarak anılan maddedeki usule göre yürürlüğe konulacak yönetmeliklerle değiştirilir. Aksi takdirde, anılan yönetmelikler bir yıllık sürenin bittiği tarih itibarıyla yürürlükten kalkar."

11- 16. maddesiyle eklenen dava konusu kuralı da içeren 5366 sayılı Kanun'un 4. maddesi şöyledir:

"İl özel idaresi ve belediye, yenileme alanı ilan edilen yerlerdeki taşınmazlar üzerinde, her türlü yapılaşma, kullanım ve işletme konularında proje tamamlanıncaya kadar geçici kısıtlamalar uygulayabilir.

Kamu hizmeti için ayrılan alanlar hariç olmak üzere, yenileme alanı sınırları içinde toplu yapı olarak sınırları imar ve parselasyon plânlarında belirlenmek kaydıyla, yapılı veya yapısız imar parsellerine belediye veya il özel idaresi ve diğer ilgili kurullar tarafından tasdik edilen mimarî projelere uygun olarak 23/6/1965 tarihli ve 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun toplu yapıya ilişkin hükümlerine göre toplu yapı olarak tek bir kat mülkiyeti tesis edilebilir. Belediyeler ve il özel idareleri; bu alanlar içindeki parsel maliklerinin sosyal altyapı ve tesisleri, ortak kullanım yerleri, sosyal tesis ve hizmetlere ilişkin alanları kullanma ve yararlanma şartları ile masraflarına katılma usullerine ilişkin işletme projeleri hazırlayarak tapu sicilinin beyanlar hanesinde belirtmelerini isteyebileceği gibi, hazırlanmış olan restorasyon ve restitüsyon projelerine uygun olarak irtifak hakkı tesisi veya parselasyon plânları yapılmak suretiyle 634 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde belirtilen belgelerin toplu yapı ilişkisini gösterir şekilde hazırlanıp 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri uyarınca ilan edilmesinden ve kesinleşmesinden sonra kat mülkiyeti ve kat irtifakını re'sen tapu siciline tescil ettirmeye yetkilidir.

Yenileme alanlarında bulunan yapıların boşaltılması, yıkımı ve kamulaştırılmasında anlaşma yolu esastır. Anlaşma sağlanamayan hallerde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar ilgili il özel idaresi ve belediye tarafından kamulaştırılabilir. Bu Kanun uyarınca yapılacak kamulaştırmalar 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı kamulaştırma sayılır. Tapuda

mülkiyet hanesi açık olan taşınmazlar ile varisi belli olmayan, kayyım tayin edilmiş, ihtilaflı, davalı ve üzerinde her türlü mülkiyet ve mülkiyetin gayri aynî hak tesis edilmiş olan taşınmazlar için de aynı madde hükümlerine göre kamulaştırma işlemleri yürütülür. Kamulaştırma işlemlerinin yürütülmesinde il özel idareleri ve belediyeler veraset ilamı çıkarttırmaya, kayyım tayin ettirmeye veya tapuda kayıtlı son malike göre işlem yapmaya yetkilidir.

İl özel idareleri ve belediyeler taşınmaz mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, uygun gördükleri takdirde satın alma, kat karşılığı ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ilgili maddelerinde düzenlenen intifa hakkı veya üst hakkı kurulması yolu ile sınırlı aynî hak tesis edebilirler.

Bu Kanun kapsamında açılacak kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmaz malın tesciline ilişkin davalarda görev alacak bilirkişiler, 28/7/1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa tabi olarak faaliyet gösteren değerleme uzmanları arasından seçilir. Bu uzmanlar, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından oluşturulan değerleme standartlarını esas alarak raporlarını düzenler.

Yenileme alanında kalan Hazineye ait taşınmazlar; bir kamu hizmetine tahsisli olanlar, ön izin verilmiş veya üzerinde irtifak hakkı tesis edilmiş olanlar, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu kapsamında bulunan yerler ile sivil ve askeri hava alanları ve mania plânları kapsamında kalan yerler hariç olmak üzere, Maliye Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile projeyi yürüten il özel idaresine veya belediyeye bedelsiz olarak devredilir. Devir işlemleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır. Devir tarihinden itibaren beş yıl içinde devir amacına uygun olarak kullanılmayan taşınmazlar, bedelsiz olarak re'sen Hazine adına tescil edilir. Söz konusu taşınmazlardan elde edilecek gelirin, proje ve uygulama giderleri düşüldükten sonra kalan kısmının yüzde 50'si Hazineye aktarılır. Yenileme alanı ilan edilen yerlerde, yenileme projesi kapsamında kalan taşınmazlar devir işlemleri sonuçlandırılıncaya kadar Hazinece satılamaz, kiraya verilemez, tahsis edilemez, ön izin veya irtifak hakkına konu edilemez.

Mülkiyeti veya idaresi Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait bulunan taşınmazlar ile tapu kayıtlarında vakıf şerhi bulunan taşınmazlarda bu Kanun hükümlerinin nasıl uygulanacağı Vakıflar Genel Müdürlüğü ve il özel idaresi veya belediyece müştereken belirlenir.

Yenileme alanlarında uygulanacak projelerin kamulaştırma, plân, proje ve yapım işlerinde kullanılmak üzere, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 12 nci maddesine göre oluşturulan Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunmasına Katkı Payı hesabından belediyelere aktarma yapılır."

12- 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle eklenen dava konusu kuralı da içeren 644 sayılı KHK'nin 2. maddesi şöyledir:

"(1) Çevre ve Şehircilik Bakanlığının görevleri şunlardır:

a) Yerleşmeye, çevreye ve yapılaşmaya dair imar, çevre, yapı ve yapım mevzuatını hazırlamak, uygulamaları izlemek ve denetlemek, Bakanlığın görev alanı ile ilgili mesleki hizmetlerin norm ve standartlarını hazırlamak, geliştirmek, uygulanmasını sağlamak ve ilgililerin kayıtlarını tutmak.

b) Çevrenin korunması, iyileştirilmesi ile çevre kirliliğinin önlenmesine yönelik prensip ve politikalar tespit etmek, standart ve ölçütler geliştirmek, programlar hazırlamak; bu çerçevede eğitim, araştırma, projelendirme, eylem planları ve kirlilik haritalarını oluşturmak, bunların uygulama esaslarını tespit etmek ve izlemek, iklim değişikliği ile ilgili iş ve işlemleri yürütmek.

c) Faaliyetleri sonucu alıcı ortamlara katı, sıvı ve gaz halde atık bırakarak kirlilik oluşturan veya oluşturması muhtemel her türlü tesis ve faaliyetin, çevresel etkilerini değerlendirmek; alıcı ortamlar ile ilgili ölçüm ve izleme çalışmalarını yapmak; bahse konu tesis ve faaliyetleri izlemek, izin vermek, denetlemek ve gürültünün kontrol edilmesini sağlamak.

ç) Her tür ve ölçekteki fiziki planlara ve bunların uygulanmasına yönelik temel ilke, strateji ve standartları belirlemek ve bunların uygulanmasını sağlamak, Bakanlar Kurulunca yetkilendirilen alanlar ile merkezî idarenin yetkisi içindeki kamu yatırımları, mülkiyeti kamuya ait arsa ve araziler üzerinde yapılacak her türlü yapı, milli güvenliğe dair tesisler, askeri yasak bölgeler, genel sığınak alanları, özel güvenlik bölgeleri, enerji ve telekomünikasyon tesislerine ilişkin etütleri, harita, her tür ve ölçekte çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parselasyon planlarını ve değişikliklerini resen yapmak, yaptırmak, onaylamak ve başvuru tarihinden itibaren iki ay içinde yetkili idarelerce ruhsatlandırma yapılmaması halinde resen ruhsat ve yapı kullanma izni vermek.

d) Mekânsal strateji planlarını ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yapmak suretiyle hazırlamak ve mahallî idarelerin plan kararlarının bu stratejilere uygunluğunu denetlemek.

e) Milli Savunma Bakanlığının inşaat milli ve NATO alt yapı hizmetleri ile Ulaştırma Bakanlığına bağlı genel müdürlüklere kanunlarla yapım yetkisi verilmiş olan özel ihtisas işleri hariç talepleri halinde kamu kurum ve kuruluşlarına ait bina ve tesislerin ihtiyaç programlarını hazırlamak, her türlü etüt, proje ve maliyet hesaplarını yapmak veya yaptırmak, onaylamak veya onaylanmasını sağlamak, inşa, güçlendirme, tadil ve esaslı onarımlarını yapmak, yaptırmak ve denetlemek veya denetlenmesini sağlamak.

f) Yapı denetimi sistemini oluşturarak 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile Bakanlığa verilen görevleri yapmak ve kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan veya yaptırılanlar da dâhil olmak üzere yapıların can ve mal emniyeti ile mevzuata ve tekniğine uygunluk bakımından denetimini yapmak veya yaptırmak, tespit edilen aykırılık ve noksanlıkların giderilmesini istemek ve sağlamak; yapılarda enerji verimliliğini artırıcı düzenlemeleri yapmak, buna ilişkin faaliyetleri yönetmek ve izlemek; yapı malzemelerinin denetimine ve uygunluk değerlendirmesine ilişkin iş ve işlemleri yapmak.

g) Konut sektörüne ilişkin strateji geliştirme ve programlama iş ve işlemlerini yürütmek, yapı kooperatifçiliğinin gelişmesini sağlayacak tedbirleri almak ve 5543 sayılı İskân Kanunu uyarınca Bakanlığa verilen görevleri yapmak.

ğ) Gecekondu, kıyı alanları ve tesisleri ile niteliğinin bozulması nedeniyle orman ve mera dışına çıkarılan alanlar dâhil kentsel ve kırsal alan ve yerleşmelerde yapılacak iyileştirme, yenileme ve dönüşüm uygulamalarında idarelerce uyulacak usul ve esasları belirlemek; Bakanlıkça belirlenen finans ve ticaret merkezleri, fuar ve sergi alanları, eğlence merkezleri, şehirlerin ana giriş düzenlemeleri gibi şehirlerin marka değerini artırmaya ve şehrin gelişmesine katkı sağlayacak özel proje alanlarına dair her tür ve ölçekte etüt, harita, plan, parselasyon planı ve yapı projelerini yapmak, yaptırmak, onaylamak, kamulaştırma, ruhsat ve yapım işlerinin gerçekleştirilmesini sağlamak, yapı kullanma izinlerini vermek ve bu alanlarda kat mülkiyeti kurulmasını temin etmek; 2/3/1984 tarihli ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu ile 20/7/1966 tarihli ve 775 sayılı Gecekondu Kanunu uyarınca Toplu Konut İdaresi Başkanlığı tarafından yapılan uygulamalara ilişkin her tür ve ölçekte etüt, harita, plan ve parselasyon planlarını yapmak, yaptırmak, onaylamak,

ruhsat işlerini gerçekleştirmek, yapı kullanma izinlerini vermek ve bu alanlarda kat mülkiyetinin kurulmasını sağlamak.

h) Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan veya mülkiyeti Hazineye, kamu kurum veya kuruluşlarına veya gerçek kişilere veyahut özel hukuk tüzel kişilerine ait olan taşınmazlar üzerinde kamu veya özel sektör tarafından gerçekleştirilecek olan yatırımlara ilişkin olarak ilgililerince hazırlandığı veya hazırlatıldığı halde yetkili idarece üç ay içinde onaylanmayan etüt, harita, her tür ve ölçekteki çevre düzeni, nazım ve uygulama imar planlarını, parselasyon planlarını ve değişikliklerini ilgililerinin valilikten talep etmesi ve valiliğin Bakanlığa teklifte bulunması üzerine bedeli mukabilinde yapmak, yaptırmak ve onaylamak, başvuru tarihinden itibaren iki ay içinde yetkili idarece verilmemesi halinde bedeli mukabilinde resen yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni ile işyeri açma ve çalışma ruhsatını vermek.

ı) Depreme karşı dayanıksız yapılar ile imar mevzuatına, plan, proje ve eklerine aykırı yapıların ve bunların bulunduğu alanların dönüşüm projelerini ve uygulamalarını yapmak veya yaptırmak.

i) 657 sayılı Harita Genel Komutanlığı Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Ulusal Coğrafi Bilgi Sisteminin kurulmasına, kullanılmasına ve geliştirilmesine dair iş ve işlemleri yapmak, yaptırmak, mahallî idarelerin planlama, harita, altyapı ve üstyapıya ilişkin faaliyetleri ile ilgili kent bilgi sistemlerinin kurulması, kullanılması ve Ulusal Coğrafi Bilgi Sistemi ile entegre olmasını desteklemek.

j) Bakanlığın görev alanına giren konularda mahallî idarelerin idari ve teknik kapasitesinin geliştirilmesi için çalışmalarda bulunmak ve bunlara teknik destek sağlamak.

k) Bayındırlık ve iskân işleri ile ilgili şartname, tip sözleşme, yıllık rayiç, birim fiyat, birim fiyatlara ait analiz ve tarifleri hazırlamak ve yayımlamak.

l) Küresel iklim değişikliği ve bununla ilgili gerekli tedbirlerin alınması için plan ve politikaları belirlemek.

m) Bakanlığın görev alanına giren konularda uluslararası çalışmaların izlenmesi ve bunlara katkıda bulunulması maksadıyla ulusal düzeyde yapılan hazırlıkları ilgili kuruluşlarla işbirliği halinde yürütmek.

n) 23/9/1980 tarihli ve 2302 sayılı Atatürk'ün Doğumunun 100 üncü Yılının Kutlanması ve "Atatürk Kültür Merkezi Kurulması" Hakkında Kanunun 3 üncü maddesi ile belirlenen Atatürk Kültür Merkezi alanını iyileştirme, güzelleştirme, yenileme ve ihya etmek amacıyla; Kültür ve Turizm Bakanlığının da görüşü alınarak, bu alan için her tür ve ölçekte etüt, harita, plan, parselasyon planı ile yapı projelerini yapmak, yaptırmak, onaylamak, kamulaştırma ve ruhsatlandırma işlemleri ile diğer iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak.

o) Mevzuatla Bakanlığa verilen diğer görev ve hizmetleri yapmak.

(2) Bakanlık, birinci fıkranın (h) bendindeki iş ve işlemleri tesis etmeden evvel, bu iş ve işlemleri esasen tesise yetkili olan idarelerin görüşlerini ister. İdareler, bu iş ve işlemlerin yapılmama gerekçelerini etraflıca açıklayarak konu hakkındaki görüşlerini en geç onbeş gün içinde Bakanlığa bildirmek zorundadır."

13- Dava konusu 22. maddesi şöyledir:

"2302 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş; 11/8/1983 tarihli ve 2876 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanununun 104 üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

"MADDE 3- Atatürk Kültür Merkezi Ankara'da kurulur. Atatürk Kültür Merkezi alanı; Ankara İmar Planında bu amaca ayrılmış olan ve ekli krokide gösterilen yerlerdir. Bu alan içerisinde Millî Mücadele tarihinin, Türk Halk Kültürünü ve sanatlarını tanıtan yerler ve çeşitli müzeler, çeşitli sahneler ve toplantı salonları, sergi alanları, arşiv ve kitaplıklar, atölyeler ve benzeri yerlerden meydana gelen Atatürk Kültür Merkezi bulunur."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde ve başvuru kararlarında, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 13., 17., 35., 36., 43., 56., 57., 63., 65., 90., 123., 125., 127., 138., 153., 163. ve 166. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 38., 44., 45., 46. ve 169. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

A- E.2012/87 Sayılı Başvuru Yönünden

1- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince E.2012/87 sayılı dosyada 20.9.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle dava konusu kuralların bazılarına yönelik olarak iptal davasının açılmış sayılıp sayılmayacağı sorunu görüşülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, "*İptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur.*" kuralı yer almış, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 45. maddesinde de, "*İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu*", "*Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi*" dava dilekçesinde yer alması gereken hususlar arasında sayılmıştır.

6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, dava dilekçesinin, 38. maddede gösterilen şartları taşıyıp taşımadığının kayıt tarihinden itibaren on gün içinde inceleneceği, başvuru dilekçesindeki varsa eksikliklerin kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlatılması için ilgililere tebliğ olunacağı, aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında ise birinci fıkrada belirtilen süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verileceği belirtilmiştir.

Dava dilekçesinde, Kanun'un 6. maddesinin (10), (11) ve (12) numaralı fıkraları ile 7. maddesinin (9) numaralı fıkrasının da iptali istenildiği hâlde, bu fıkraların Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğuna ilişkin herhangi bir gerekçeye yer verilmediği; 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi yönünden ise dilekçenin gerekçe bölümünde sadece "*… Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde …*" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğunun ileri sürüldüğü ve buna ilişkin gerekçe gösterildiği hâlde dilekçenin sonuç kısmında anılan bendin tamamının iptali istenilerek belirsizlik meydana getirildiği saptanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 49. maddesi uyarınca, Ankara Milletvekili Emine Ülker TARHAN ile Yalova Milletvekili Muharrem İNCE'ye bildirimde bulunulmasına ve yukarıda belirtilen eksikliklerin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak 15 (onbeş) gün süre verilmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

2- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince, E.2012/87 sayılı dosyada, Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 günlü İlk İnceleme Kararında belirtilen eksikliklerin tamamlanması için belirlenen süre içinde 15.10.2012 gününde verilen ek dava dilekçesi üzerine 8.11.2012 gününde, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2013/17 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince E.2013/17 sayılı dosyada 14.2.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. maddesi ile 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, ilgili kural ya da kuralların iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak bu hükümler uyarınca, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, yöntemince açılmış, mahkemenin görevine giren bakmakta olduğu bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da bu davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kanun veya kanun hükmünde kararnamelerdir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 2942 sayılı Kanun'un 15. maddesinin, Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının birinci cümlesinin de iptalini istemiştir.

İtiraz konusu kuralla, kamulaştırma davalarında taşınmazın değerinin belirlenmesi için oluşturulacak bilirkişi kurullarında görev yapacak kişilerin, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğine bağlı meslek odalarının her biri ile il merkezleri için il idare kurulları ve ilçeler için ilçe idare kurulları tarafından seçilmesi ve bunlara ilişkin listelerin valiliklere gönderilmesi hükme bağlanmıştır. Kuralda düzenlenen bilirkişilerin seçimi ve listelerinin gönderilmesi hususlarının, somut bir davaya bağlı olmaksızın genel olarak kamulaştırma bedelinin tespiti davalarında taşınmazın değerinin tespitinde yararlanılacak bilirkişilerin isimlerinin belirlenmesine ilişkin bir ön çalışma olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda mahkemelere herhangi bir görev verilmemiştir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle,

1- 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin, 16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının birinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- 2942 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 6306 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen sekizinci fıkrasının esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C- E.2013/27 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince, E.2013/27 sayılı dosyada 7.3.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARLARI

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince 14.2.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında E.2013/17 sayılı itiraz başvurusunun,

7.3.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında ise E.2013/27 sayılı itiraz başvurusunun aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2012/87 sayılı dava ile birleştirilmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava ve ek dava dilekçesi, başvuru kararları ile ekleri, Raportör Abdullah ÇELİK tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava ve itiraz 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 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "*…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…*" İbaresi ile (c), (ç) ve (d) Bentlerinin İncelenmesi

1- Fıkranın (b) Bendinde Yer Alan "*…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…*" İbaresi

Dava dilekçesinde, dava konusu ibaredeki belirsizlik nedeniyle hukuk güvenliği ilkesinin zedelendiği, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına (Bakanlık), büyükşehir belediyesi sınırları içinde istediği ilçe belediyesiyle çalışma imkânı tanındığı, keyfi kullanıma açık, sınırları belirsiz bir alanda asli düzenleme yetkisi verildiği, anılan belediyelerin 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'ndan kaynaklanan yetkilerinin kullanımının Bakanlığın takdirine bağlı kılındığı, Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı düzenlemenin Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8. 11., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanunla, kapsama giren konularda uygulamaları yapmak üzere Bakanlık, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı (TOKİ) ve "*idare*" yetkili kılınmıştır. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının dava konusu ibareyi de içeren (b) bendinde ise Kanun'un uygulanmasında *"idare"* kavramının neyi ifade ettiği tanımlanmıştır. Buna göre, idare; belediye ve mücavir alan sınırları içindeki belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve "*Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde*" büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerini ifade etmektedir.

a- Anayasa'nın 2., 7. ve 123. Maddeleri Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan 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*." denilmiştir. Buna göre, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 123. maddesinde ise idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve "*kanunla*" düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak, genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı olarak değerlendirilemez.

Kanun'un 6. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, "*Bakanlık, bu Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak TOKİ'ye veya İdareye yetki devrine ve bu iş ve işlemlerden hangilerinin TOKİ veya İdare tarafından yapılacağını belirlemeye yetkilidir*." hükmü yer almaktadır. Anılan hüküm ve Kanun'un bütünü dikkate alındığında, Kanun uyarınca yapılacak uygulamalar bakımından asıl yetkinin Bakanlığa verildiği, sadece büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerinin değil, "*idare*" kavramına dâhil tüm mahallî idarelerin ancak Bakanlık tarafından yetkilendirilmeleri hâlinde anılan uygulamaları gerçekleştirebilecekleri anlaşılmaktadır.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının dava konusu ibareyi de içeren (b) bendinde, "*idare*"nin "*Bu Kanunun uygulanmasında*" neyi ifade

ettiği tanımlanmış; 6. maddesinin (12) numaralı fıkrasında ise Bakanlığın, "*bu Kanunda belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak*" TOKİ'ye veya *"idare"*ye yetki verebileceği belirtilmiştir. Anılan iş ve işlemlerin neler olduğu ise Kanun'un "*Uygulama*" başlığını taşıyan ikinci bölümünde açıklanmıştır. Söz konusu bölümde yer alan 3., 4., 5. ve 6. maddelerde, Kanun kapsamında yapılacak iş ve işlemler, sırasıyla "*tespit, taşınmaz devri ve tescil*", "*tasarrufların kısıtlanması*", "*tahliye ve yıktırma*" ve "*uygulama işlemleri*" olarak sayılmış ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, iptali istenen ibare uyarınca Bakanlık, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerine ancak Kanun'da belirtilen bu iş ve işlemlere ilişkin yetki verebilecektir.

Diğer taraftan Bakanlığa verilen takdir yetkisi, kamu yararının sağlanmasının yanı sıra hizmet gerekleri ve yetkiyi veren Kanun'un amacının gerçekleştirilmesi ile de sınırlıdır. Bakanlık takdir yetkisini kullanırken, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete de uymak zorundadır. Her idari eylem ve işlemde olduğu gibi, Bakanlığın, dava konusu kuraldaki takdir yetkisini kullanırken de bu genel ilkelere ve sınırlamalara uygun hareket edilmesi gerekir.

Belirtilen özel ve genel sınırlamalara uygun hareket edilip edilmediği, Bakanlığa verilen yetkinin keyfi kullanılıp kullanılmadığı yargı denetimine de tabidir. Anayasa'nın 125. maddesinde, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilerek, idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuştur. Dolayısıyla kuralla, belirsizlik oluşturularak hukuk güvenliği ilkesinin zedelendiği, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilerek yasama yetkisinin devredildiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- Anayasa'nın 127. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında, mahallî idarelerin il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri oldukları; ikinci

fıkrasında, mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anılan maddenin beşinci fıkrasında ise merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir.

Mahallî müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir. Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, bunun saptanması kanuna bırakılmıştır. Bu durumda kanun, kamu yararını gözeterek, Anayasa'nın sınırları içinde merkezî idare ile mahallî idare arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. İdarenin bütünlüğü ilkesinden hareketle, mahallî idareleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmamak kaydıyla, belirli alanlar bakımından belirli koşullara bağlı olarak mahallî idarelere ait kimi görev ve yetkilerin merkezî yönetim birimine bırakılması mümkündür.

Diğer taraftan Anayasa'nın 5. maddesinde, "*Devletin temel amaç ve görevleri, … kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; … insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" denilmiştir. Anayasa'nın 56. maddesinde ise herkesin, "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*"na sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır.

Afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi, Anayasa'nın anılan maddelerinde Devlete yüklenen ödevlerle ilgilidir. Anayasa'da, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi yetkisinin merkezî idare ya da mahallî idarelere ait olduğuna ilişkin bir kurala yer verilmemiş olup bu husus kanun koyucunun takdirindedir.

Hukukumuzda riskli yerleşim alanları ile eskiyen kent dokularının dönüştürülmesiyle ilgili bugüne kadar başta 775 sayılı Gecekondu Kanunu,

5366 sayılı Kanun, 5393 sayılı Kanun, 5216 sayılı Kanun ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'ndaki düzenlemeler olmak üzere birçok yasal düzenleme yapılmıştır. Anılan düzenlemelerde, dönüşüm kapsamındaki uygulamaları yapmak üzere gerek merkezî, gerek mahallî idare birimleri ayrı ayrı ve birlikte yetkili kılınmıştır.

Daha sonra 644 sayılı KHK ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı kurulmuş ve Bakanlığa afet riski altındaki bölgelerin yeniden yapılandırılması ve kentsel dönüşüm alanlarında görevler verilmiş, Bakanlık bünyesinde "*Altyapı ve Kentsel Dönüşüm Hizmetleri Genel Müdürlüğü*" oluşturulmuştur. KHK'nin genel gerekçesinde, ülke nüfusunun üçte ikisinin kentlerde birikmesinin yol açtığı çarpık kentleşme, planlama ve çevresel sorunların üstesinden gelinebilmesi için, yerleşme, yapılaşma ve çevre konularında yeni kurumsal yapılanma ve mevzuat düzenlemelerinin yapılması zorunluluğuna vurgu yapılmıştır. Genel gerekçeden, kentleşme ve çevre hizmetlerinin tek bir bakanlık çatısı altında toplanması durumunda bu sorunların çözümünde daha iyi sonuçlara ulaşılacağı değerlendirilerek, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının kurulduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 29.11.2012 günlü, E.2011/100, K.2012/191 sayılı kararında, anılan KHK incelenmiş ve Bakanlığın belirtilen amaçla kurulmasının kamu yararını sağlamaya dönük olduğu, bunun ötesinde düzenlemenin, bu amaçları etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönünde yapılacak değerlendirmenin anayasallık denetiminin kapsamı dışında olduğu ifade edilmiştir.

Son olarak, Kanunla, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesine ilişkin usul ve esaslar özel olarak düzenlenmiş, bu kapsamda yapılacak uygulamalarda asıl yetki Bakanlığa verilmiştir. Bununla birlikte TOKİ ve mahallî idareler sürecin dışında bırakılmamış, bunların anılan uygulamaları yapabilmesi Bakanlığın yetkilendirmesine bağlı tutulmuştur. Böylece kanun koyucunun, farklı merkezî ve mahallî idare birimlerinin aynı konuda farklı kanunlardan aldıkları yetkileri dengelemeye çalıştığı, Kanun uyarınca yapılacak uygulamaların tüm ülke çapında belli bir düzen içinde yapılmasını temin etmek için asıl yetkiyi Bakanlığa verdiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmıştır. İdarenin bütünlüğü ilkesiyle, idari görevleri

yerine getiren kurumlar arasında birliğin sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür.

İdarenin bütünlüğü ilkesi gözetilerek afet riski altındaki alanların dönüştürülmesinde asıl yetkinin Bakanlığa verilmesi, mahallî idarelerin Bakanlık tarafından yetkilendirilmeleri hâlinde anılan dönüşüm uygulamalarını gerçekleştirebilmelerine imkân tanınması kanun koyucunun takdirinde olup dava konusu kural uyarınca, büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyelerinin Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde Kanun kapsamındaki uygulamaları yapabilecek idari birimler arasında kabul edilmelerinde Anayasa'nın 127. maddesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 127. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- Fıkranın (c) Bendi

Dava dilekçesinde, rezerv yapı alanlarının idari olarak nasıl ve kimin tarafından tespit edileceğinin belli olmadığı, bu belirsizlik nedeniyle hukuk güvenliği ilkesinin zedelendiği, Bakanlığa, keyfi kullanıma açık, sınırları belirsiz bir alanda asli düzenleme yetkisi verildiği, "*rezerv yapı alanı*"nın Bakanlıkça belirlenmesinin mahallî idarelerin yetkilerini bertaraf ettiği, rezerv yapı alanlarının tespitinde sadece Maliye Bakanlığının görüşünün alınmasının, ilgili diğer bakanlıkların, kurulların, odaların ve üniversitelerin görüşlerinin alınmamasının uygun olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanunla, kapsama giren uygulamaların "*rezerv yapı alanları*", "*riskli alanlar*" ve "*riskli yapıların bulunduğu taşınmazlar*" üzerinde yapılacağı düzenlenmiş, dava konusu kuralla ise "*rezerv yapı alanı*"nın neyi ifade ettiği tanımlanmıştır. Buna göre rezerv yapı alanı, Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda "*yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere belirlenen alanları*" ifade etmektedir. Kuralda, rezerv yapı alanı belirlemesinin Bakanlık tarafından yapılacağı, Bakanlığın bunu yaparken TOKİ'nin veya idarenin talebine bağlı olarak veya resen hareket edeceği, ayrıca Maliye Bakanlığının uygun görüşünü alacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun'un genel gerekçesinde, bazı yerleşim merkezlerinin, jeolojik durumu ve zemin özellikleri itibarıyla iskân yönünden tehlikeler arz ettiği, başka yerlere nakledilmelerinde zorunluluk bulunduğu, böylece yerleşme ve yapı emniyetinin temin edileceği, muhtemel can ve mal kayıpları ile iktisadi ve sosyal diğer zararların en aza indirilmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir.

Kanun'un genel gerekçesi gözetildiğinde, dava konusu kuraldan, bulundukları yerlerde dönüştürülmesi mümkün olmayan, jeolojik durumu ve zemin özellikleri nedeniyle iskânın tehlike arz ettiği yerlerde, yerleşim merkezinin başka yerlere nakledilmesinin öngörüldüğü, yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere belirlenecek alanların ise "*rezerv yapı alanı*" olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan dava konusu kuralla, rezerv yapı alanlarının belirlenmesinde yetkili merciler gösterilmiş ve uygulanacak usul açıklanmıştır.

Dava dilekçesinde, rezerv yapı alanlarının tespitinde sadece Maliye Bakanlığının görüşünün alınmasının, ilgili diğer bakanlıkların, kurulların, odaların ve üniversitelerin görüşlerinin alınmamasının uygun olmadığı da ileri sürülmüş ise de yerindelik denetimine giren bu hususun incelenmesi, Anayasa Mahkemesinin yetkisi dâhilinde değildir.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 7., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 6. ve 8. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- Fıkranın (ç) Bendi

Dava dilekçesinde, "*riskli alan*" tanımının bilimsel kriterlere dayanmadığı ve belirsiz olduğu, riskli alanların tespitindeki yetki ve sorumluluklar yönünden olasılıklar içeren muğlak ifadelere yer verildiği, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bırakmaması gerektiği, ortaya çıkan belirsizliğin, toplumun yararı ve ülke

geleceği açısından sakıncalar taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8. 11. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Kanun kapsamında uygulama yapılacak alanlardan "*riskli alan*"ın tanımı yapılmıştır. Buna göre riskli alan, "*zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan alanı*" ifade etmektedir. Kuralda, riskli alanın Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının görüşü alınarak Bakanlık veya idare tarafından belirleneceği, Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun'un genel gerekçesinde ise deprem riski altındaki alanlar, afetler bakımından risk taşıdığı ilmî ve teknik araştırmalar ile belirlenmiş alanlar, jeolojik durumu ve zemin özellikleri itibarıyla iskânın tehlike arz ettiği alanlar ile yaşanabilirlikten uzak, köhnemiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarı ile de çirkin olan yapılaşmaların bulunduğu alanların riskli alanlar arasında sayıldığı görülmektedir.

Dolayısıyla, dava konusu kuralda kısaca zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan alanlar olarak tanımlanan riskli alanların neyi ifade ettiği konusunda belirsizlik bulunmamaktadır. Diğer taraftan dava konusu kuralla, riskli alanların belirlenmesinde uygulanacak usul ve bu konuda hangi mercilerin yetkili olduğu da düzenlenmiştir.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 5., 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

4- Fıkranın (d) Bendi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendi yönünden belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, "*riskli yapı*"nın tanımı yapılmıştır. Buna göre riskli yapı, "*riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapıyı*" ifade etmektedir.

Kanun'un genel gerekçesinde ise riskli yapıları ifade etmek üzere hâlihazırda yaşanabilirlikten uzak, köhnemiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarı ile de çirkin olan yapılardan söz edilmiştir.

Riskli yapıların belirlenmesinin usulü ile bu konuda yetkili merciler, dava konusu kuralla değil, Kanun'un 3. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 5., 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 3. Maddesinin (1), (3), (4), (6) ve (7) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

1- (1) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, "*Bakanlıkça lisanslandırılmış kurum ve kuruluşlar*" ile "*teknik heyet*" yönünden belirsizlik olduğu, özellikle tespitleri yapmak üzere Bakanlıkça lisanslandırılacak kuruluşların nasıl oluşturulacağının, niteliğinin ve yetkilerinin belirlenmediği, bu hususların idarenin takdirine bırakıldığı, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerektiği, adalet ilkesi ihmal edildiğinden riskli yapıların tespiti konusunda hak sahiplerinin haksızlığa uğratıldığı, bu kapsamda tespit masraflarının hak sahiplerine yükletildiği, tespitlere itiraz hakkı tanınmasına karşın, itiraz hâlinde bunu değerlendirecek teknik heyetin hangi meslek alanlarından ve hangi kriterlere göre seçileceğinin tam olarak belirtilmediği, bunun idareye olağanüstü yetkiler veren bir alanın bırakılması

anlamına geldiği, ayrıca teknik heyete seçilen üç kişinin Bakanlıktan olmasının bu heyetin tarafsızlığı konusunda şüphe uyandırdığı, idare karşısında vatandaşların haklarının korunabilmesi için itirazların bağımsız heyetler tarafından ele alınıp değerlendirilmesinin hukuk devletinde zaruri olduğu, hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında kanunların kamu yararına dayanması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin göz önünde tutulması gerekliliklerinin bulunduğu, Bakanlığın, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek TOKİ'den ve idareden de isteyebileceğinin belirtilmesine karşın verilen süre içinde bu tespitlerin yapılamaması hâlinde Bakanlıkça yapılacağı veya yaptırılacağının ifade edildiği, dolayısıyla riskli yapıların tespiti yetkisinin tek mercide toplandığı, yetkinin genel olarak Bakanlığa verilmesinin, yerleşimlerin asıl sorumlusu olan mahallî idarelerin devre dışı bırakılmasına neden olacağı, Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzeni içinde ulusal çıkarların her şeyin üzerinde tutulması gerektiği, Devlete, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ödevinin yüklendiği, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, bu hakkı korumanın yine Devletin ve vatandaşların ödevi olduğunun vurgulandığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a- Birinci, İkinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Cümleler

Dava konusu kuralın birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı cümleleriyle, riskli yapıların tespitinin usul ve esasları düzenlenmiş, bu kapsamda riskli yapıların tespitinin, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından yapılacağı, tespitin Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılacağı, sonucun, Bakanlığa veya idareye bildirileceği, Bakanlığın, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebileceği, verilen süre içinde yaptırılmadığı takdirde, tespitlerin Bakanlıkça veya idarece yapılacağı veya yaptırılacağı, Bakanlığın, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek idareden de isteyebileceği, Bakanlıkça veya idarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince onbeş gün içinde itiraz edilebileceği, bu itirazların, Bakanlığın

talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanacağı belirtilmiştir. Dava konusu kuralın yedinci cümlesiyle ise malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından yaptırılmaması nedeniyle Bakanlık veya idare tarafından yapılan tespit işleminin masrafının ilgili tapu müdürlüğüne bildirileceği kurala bağlanmıştır.

"*Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar*"ın lisanslandırılacakları faaliyet alanı, riskli yapıların tespitidir. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde "*riski yapı*"nın tanımı yapılmıştır. Bu tanımda belirtilen genel ilkeler çerçevesinde belirlenecek ve riskli yapıların tespitine uygulanacak usul ve esasların uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin ayrıntılarının ise Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakıldığı anlaşılmaktadır. Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar, genel ilkeleri Kanun'da, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin ayrıntıları yönetmelikte düzenlenen bu usul ve esaslar çerçevesinde riskli yapıların tespitini yapacaklardır. Bakanlıkça lisanslandırılacak kurum ve kuruluşların, kendisine yetki verilecek faaliyet alanı olan riskli yapıların tespiti konusunda yönetmelikte düzenlenecek usul ve esaslar çerçevesinde lisanslandırılıp faaliyet gösterecekleri tabiidir. Dolayısıyla Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlar yönünden belirsizlik olduğu, bu konuda yürütmeye sınırları belirsiz bir alanda asli düzenleme yetkisinin devredildiği söylenemez.

Diğer taraftan dava konusu kuralın beşinci ve altıncı cümlelerinde, "*teknik heyet*"in görevinin ne olduğu, kimlerden oluşacağı açıkça belirtilmiştir. Anılan heyet, Bakanlıkça veya idarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince yapılacak itirazları inceleyecektir. Heyet, Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile oluşacaktır. İncelenecek itirazların konusu, riskli yapıların tespiti olduğundan ve dava konusu kuralda öğretim üyelerinin "*ilgili meslek disiplini*"nden seçileceği belirtildiğinden, bu öğretim üyelerinin yapı ve bunu riskli kılan hususları konu edinen alanlarda uzmanlığı olan kişiler olacağı açıktır. Dolayısıyla, itirazları inceleyecek teknik heyet yönünden de belirsizlik olduğu, bu konuda yürütmeye sınırları belirsiz bir alanda asli düzenleme yetkisinin devredildiği söylenemez.

Ayrıca, teknik heyetlere yapılan itirazlar, idari başvuru yolu niteliğinde olduğundan ve riskli alan tespiti sonucu oluşturulacak idari işlemlere karşı Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı yolu açık bulunduğundan, anılan heyetler bünyesinde Bakanlıkta görevli üç kişinin bulunmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde, tespit masraflarının hak sahiplerine yükletilerek hak sahiplerinin haksızlığa uğratıldığı, bunun hak ve adalete aykırı olduğu da ileri sürülmüştür.

Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlâl etmemesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Dava konusu kuralın birinci cümlesi uyarınca, riskli yapıların tespiti, masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılacaktır.

Kanun'un 1. maddesine göre, Kanun'un amacı, riskli yapıları fen ve sanat norm ve standartlarına uygun hâle getirmek, bunların maliklerine sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemedir. Şüphesiz bunda riskli yapı maliklerinin önemli kişisel menfaatleri bulunmaktadır. Dolayısıyla, anılan amacın gerçekleştirilmesi için yapılacak uygulamaların birinci aşaması olan riskli yapıların tespitine ilişkin masrafların, amacın gerçekleştirilmesinde kişisel menfaati bulunan yapı maliklerine yüklenmesinde Anayasal sorun bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıç'ı uyarınca, ulusal çıkarların her şeyin üzerinde tutulması gerektiği, dava konusu kuralla, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerinde yer alan kamu menfaatlerinin korunmadığı da ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla

yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "*kamu yararı*" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Kanun'un 1. maddesinden ve genel gerekçesinden, Kanunla, riskli yapılar fen ve sanat norm ve standartlarına uygun hâle getirilip bunların maliklerine sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenileme uygulamaları yapılarak Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerinde Devlete yüklenen ödevlerin yerine getirilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dava konusu kural da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Dava dilekçesinde, riskli yapıların tespiti yetkisinin nihayetinde Bakanlıkta toplandığı ve yerleşim yerlerinin asıl sorumlusu olan mahallî idarelerin devre dışı bırakıldığı da ileri sürülmüş ise de Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle Bakanlığa böyle bir yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Son olarak, malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından yaptırılmaması nedeniyle Bakanlık veya idare tarafından yapılan tespit işleminin masrafının ilgili tapu müdürlüğüne bildiriminden ibaret bir düzenlemeyi içeren kuralın yedinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kuralın birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı cümleleri Anayasa'nın 2., 5., 7., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b- Sekizinci Cümle

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralın yedinci cümlesiyle malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından yaptırılmaması nedeniyle Bakanlık veya idare tarafından yapılan tespit işleminin masrafının ilgili tapu müdürlüğüne bildirileceği; sekizinci cümlesiyle ise tapu müdürlüğünün, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya idareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin, mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilerek, mülkiyet hakkı temel haklar arasında sayılmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "*kullanma*", "*ürünlerinden yararlanma*" ve "*tasarruf*" olanağı veren bir haktır.

Bununla birlikte, mülkiyet hakkı sınırsız değildir. Anayasa'nın 35. maddesinde, mülkiyet hakkının "*kamu yararı amacıyla*" ve "*kanunla*" sınırlanabileceği, bu hakkın kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmıştır. Ancak mülkiyet hakkını sınırlandıran bir düzenlemenin kamu yararı amacıyla ve kanunla yapılması, bunun Anayasa'ya uygun olması için yeterli değildir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması, hakkın özüne dokunmaması da gerekir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabının üçüncü kısmında, "*sınırlı ayni haklar*" düzenlenmiş, bu haklar arasında "*taşınmaz rehni*"ne de yer verilmiştir. Anılan Kanun'un 850. maddesinde, "*ipotek*", taşınmaz rehni türleri arasında sayılmıştır. İpoteği de içerecek şekilde rehin hakları, borcun ifa edilmemesi hâlinde, alacaklıya rehin konusu şeyi icra vasıtasıyla cebren sattırıp satış değeri üzerinden alacağını öncelikle tahsil etme hakkı verir. Sınırlı ayni hak niteliğindeki böyle bir hakkın taşınmaz üzerinde tesis edilmesinin taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını sınırlandıracağında kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla, dava konusu kuralın sekizinci cümlesi uyarınca, Bakanlık veya idare tarafından yapılan riskli yapı tespit işleminin

masrafı tutarında ilgili taşınmazın tapu kaydındaki arsa payları üzerine müşterek ipotek belirtmesinde bulunulması mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama teşkil etmektedir.

Dava konusu kuralın birinci cümlesine ilişkin inceleme sırasında belirtilen gerekçelerle, yapı maliklerinin riskli yapının tespitinde şahsi menfaatleri bulunmaktadır. Anılan cümle uyarınca öncelikle malikler tarafından yaptırılması gereken tespit işlemlerinin süresinde yapılmaması nedeniyle Bakanlık veya idarece yaptırılmasından doğan kamu alacağının güvence altına alınması için ilgili taşınmazın tapu kaydındaki arsa payları üzerinde ipotek tesis edilmesi suretiyle mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı bulunmaktadır.

Bununla birlikte, dava konusu kuralın sekizinci cümlesinde, binanın paydaşlarının "*müteselsil*" sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, "*müşterek ipotek*" belirtmesinde bulunulacağı düzenlenmiştir. Bu durumda paydaşlardan herhangi biri, arsa payı üzerindeki ipoteği kaldırmak istediğinde, tespit masraflarının kendi hissesine düşen bölümünü ödemesi yeterli olmayacak, diğer paydaşların ödemeye yanaşmaması hâlinde masrafların tamamını ödemek zorunda kalacaktır. Binanın paydaşlarının bu şekilde orantılı olmayan yükümlülük altına sokulması, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen "*ölçülülük*" ilkesine aykırılık oluşturmakta, amaçlanan kamu yararı ile paydaşların mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken adil dengeyi bozmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ile Zühtü ARSLAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 123. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- (3) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, dava konusu kural kapsamındaki alanların nasıl kullanılacağının belirli olmadığı, kanun koyucunun temel ilkeleri

koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerektiği, kamu kurum ve kuruluşlarına tahsisli alanların kolayca TOKİ'ye ve idareye bedelsiz devredilmesinin önünün açıldığı, askeri alanlar da dâhil olmak üzere riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında olup Hazinenin mülkiyetindeki alanların yapılaşmaya açıldığı, tükenme noktasına gelen kamu mülklerinden kalan son parçaların da satışa konu edildiği, kentsel, sosyal ve teknik altyapı alanları için kullanılması gereken bu alanların tümüyle ortadan kalkmasına neden olunduğu, kentlerde asıl söz sahibi olması gereken mahallî idareleri devre dışı bırakacak uygulamalara, farklı siyasi partilere mensup belediyeler arasında ayrımcılık yapılmasına olanak tanındığı, Anayasa'nın Başlangıç'ında yer alan "*ulusal çıkarların üstünlüğü*", "*bağımsızlık ve ülke güvenliği*" kavramları ve Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan "*toplumun huzuru*" kavramlarıyla bağdaşmayan düzenleme yapıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 43. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Bakanlığın talebi üzerine riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında olup "*Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar*"dan kamu idarelerine tahsisli olanların, ilgili kamu idaresinin görüşü alınarak (189 ve 2565 sayılı Kanunlar kapsamında bulunan yerler için Millî Savunma Bakanlığının uygun görüşü alınarak), Maliye Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla; kamu idarelerine tahsisli olmayanların ise ilgili kamu idaresinin görüşü alınarak Maliye Bakanlığınca, Çevre ve Şehircilik Bakanlığına tahsis edilmesi veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve idareye bedelsiz olarak devredilmesi hükme bağlanmıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 45. maddesi, 26557 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesi ile 4721 sayılı Kanun'un 997 ila 999. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, "*Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmaz*" kavramının, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin edindiği, tapuda Hazine adına kayıtlı olan ancak özel mülkiyete konu olabilen, Devletin üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma gibi özel mülkiyete ilişkin yetkileri (mülkiyetin devri, kiralama vs. gibi) kullanabildiği taşınmazları ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Kuralın uygulaması, "*riskli alanlarda*" ve "*rezerv yapı alanlarında*" bulunan Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlarla sınırlandırılmıştır.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde rezerv yapı alanı, Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere belirlenen alan; (ç) bendinde ise riskli alan zemin yapısı veya üzerindeki yapılaşma sebebiyle can ve mal kaybına yol açma riski taşıdığı belirlenen alan olarak tanımlanmıştır. Kanun'un 1. maddesinde ise "*Bu Kanunun amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir.*" denilmiştir. Buna göre, Hazinenin özel mülkiyetinde bulunup da dava konusu kural uyarınca Bakanlığa tahsis edilecek, TOKİ ve idareye devredilecek taşınmazların afet riski altındaki alanların bulundukları yerlerde (riskli alan) dönüştürülerek buralardaki iskânın yeniden düzenlenmesi, gerekliyse bunların başka yerlere nakledilmesi ve bu amaçla yeni yerleşim alanlarının (rezerv yapı alanı) oluşturulması uygulamaları için kullanılacağı açıktır. Anılan uygulamaların nasıl yapılacağı ise Kanun'un 3., 4., 5. ve 6. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca, Kanun'un 3. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, "*Tahsis ve devir tarihinden itibaren üç yıl içinde ve gerekli görülen hâllerde Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca uzatılan süre içinde maksadına uygun olarak kullanılmadığı Bakanlıkça tespit edilen taşınmazlar, bedelsiz olarak ve resen tapuda Hazine adına tescil edilir veya önceki maliki olan kamu idaresine devredilir.*" denilerek, ilgili kamu kurum ve kuruluşları, amaçlanan kamu yararının gerçekleştirilmesi konusunda belirli bir süreyle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, dava konusu kurala konu yerlerin nasıl kullanılacağına ilişkin belirsizlikten ve sınırları belirsiz bir alanda asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devrinden söz edilemez.

Diğer taraftan Anayasa'da Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazların tahsis ve devirlerinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun, anayasal sınırlar içinde kalmak, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate almak koşuluyla anılan kamu mallarının tahsis ve devir usulünü belirleme konusunda takdir yetkisi vardır. Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazların afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi amacıyla kullanılmasında kamu yararı bulunduğu açıktır.

Kaldı ki, dava konusu kuralla, genel olarak Hazineye ait taşınmazların tahsis ve devir usulü, 5018 sayılı Kanun'daki düzenlemelere kıyasla ağırlaştırılmıştır. 189 ve 2565 sayılı Kanunlar kapsamındaki Hazineye ait taşınmazların devir ve tahsis usulü yönünden ise büyük ölçüde bu kanunlardaki özel hükümlere paralel düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla dava konusu kural kapsamındaki taşınmazların 6306 sayılı Kanun kapsamındaki tahsis ve devirlerinin kolaylaştırıldığından söz edilemez.

Öte yandan, mahallî idareler sürecin dışında da bırakılmamıştır. Kanun'un 6. maddesinin (12) numaralı fıkrası uyarınca, Bakanlıkça yetkilendirilmeleri hâlinde mahallî idareler de Kanun'da yer alan uygulamaları yapabilir ve uygulama alanlarında bulunan Hazineye ait taşınmazlardan yararlanabilirler. Bu husus dikkate alınarak dava konusu kuralla, Hazineye ait taşınmazların idareye devrine imkân tanındığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresi ve 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci cümlelerinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8., 11. ve 43. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- (4) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, Hazine dışındaki kamu kurumlarına ait taşınmazların, riskli alanda olma koşulu aranmadan Bakanlığa tahsis edilmesinin, Bakanlık tarafından yapılaşma amacıyla kullanılmasının ve bu alanların Bakanlığın talebiyle TOKİ'ye ya da idareye bedelsiz devrinin önünün açıldığı, bu durumun şehir planlarıyla çelişen uygulamaların ortaya çıkmasına neden olacağı, kamusal hizmetler için ayrılmış olan eğitim, sağlık, sosyal ve kültürel altyapı alanlarının "*Kanun'un amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere*" denilerek sınırları belirsiz geniş bir yetki ile satılacağı, devir işlemlerinin hangi amaçla ve hangi koşullarda yapılacağının belirtilmediği, yürütmeye temel kuralları konulmadan çerçevesi çizilmeden oldukça genel bir yetki verildiği, belirsizliğin, toplumun yararları ve ülke

güvenliği açısından sakıncalar taşıdığı, diğer taraftan tescil dışı alanların tescile konu edilerek kamunun ve yurttaşın kadimden beri ortak kullandığı alanların yapılaşmaya açıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a- Birinci Cümle

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kuralın birinci cümlesi Anayasa'nın 127. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralın birinci cümlesiyle, "*Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar*"ın, Kanun'un amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere maliki olan kamu idarelerinin görüşü alınıp Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılacağı veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve idareye bedelsiz olarak devredileceği kurala bağlanmıştır.

5018 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar*", genel bütçe kapsamı dışındaki kamu idarelerine ait taşınmazlardır. Bunlar ilgili kamu idaresinin tüzel kişiliği adına tapu sicilinde tescil olunurlar. Genel bütçe dışındaki idarelerin başında "*mahallî idareler*" gelmektedir. Genel bütçe dışındaki diğer kamu idareleri olan "*özel bütçeli idareler*", "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" ve "*sosyal güvenlik kurumları*" ise anılan Kanun'a bağlı (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde tek tek gösterilmiştir.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanarak, kamu tüzel kişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiştir. İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ilkesiyle, idarenin yerine getirdiği çeşitli görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında birlik sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür.

İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır.

Anayasa'da mahallî idarelere idari ve mali özerklik tanınmış olmasına karşın merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarını denetleme yetkisi verilmiş ve bu yetki idari vesayet olarak somutlaştırılmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasına göre idari vesayet; merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde sahip olduğu yetkidir. Belirtilen yetki, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini içerir şekilde düzenlenebilir. Vesayet makamınca, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri uygulanmaktadır.

Anayasa'da merkezî idare- mahallî idare ayrımının yapılması, mahallî idarelerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulatması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması gibi yetki ve ayrıcalıklar tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin somutlaşmış hâlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da, Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahallî idarelerin idari ve mali özerkliklerinin bulunduğu vurgulanmıştır. İdari özerklik icrai karar alma yetkisini de içermektedir. Merkezî idarenin bu kuruluşlar üzerindeki vesayet yetkisi yerindelik ve hukukilik denetimleriyle sınırlı olup vesayet, yerinden yönetim kuruluşları yerine geçerek icrai karar alma yetkisini içermez.

Genel olarak mahallî idareler dâhil Hazine dışındaki kamu idarelerine ait taşınmazların devir ve tahsislerinin nasıl yapılacağı 5018 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 47. maddesinin ikinci fıkrasında, söz konusu taşınmazları tahsis etmeye ve tahsisini kaldırmaya, maliki kamu idaresi; 46. maddesinin birinci fıkrasında ise genel bütçe kapsamı dışındaki kamu idarelerinin her türlü taşınır ve taşınmazlarını elden çıkarmaya, özel kanunlarında belirtilen organları yetkili kılınmıştır.

Dava konusu kuralın birinci cümlesiyle anılan idarelerin taşınmazlarının tahsis ve devri usulünde değişiklik yapılmış, bu işlemlerin taşınmazın maliki olan kamu idareleri yerine Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından yapılacağı, taşınmazların maliki olan kamu idarelerinin anılan işlemlerden önce görüşlerinin alınacağı kurala bağlanmıştır. Ancak burada ilgili idarenin "*uygun görüşü*" değil, sadece "*görüşü*"nün alınacağı öngörülmüş olduğundan, idarenin aksi görüşüne rağmen o idarenin mülkiyetinde bulunan taşınmazların mülkiyetinin devri söz konusu olabilecektir.

Kuralın birinci cümlesiyle, mahallî idarelerin herhangi bir kararına veya uygun görüşüne bağlı olmaksızın taşınmazlarının bedelsiz olarak devrinin öngörülmesi, Anayasa'nın 127. maddesinde yer alan mahallî idarelerin özerkliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan dava konusu kuralın birinci cümlesi uyarınca taşınmazlarının devredilmesine imkân tanınan genel bütçe dışındaki idareler arasında "*mahallî idareler*" haricinde "*özel bütçeli idareler*", "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*" ve "*sosyal güvenlik kurumları*" da bulunmaktadır. Anılan kurumların özel yasaları dikkate alındığında, bunların çoğunun kamu tüzel kişiliği ile idari ve mali özerkliğe sahip hizmet yerinden yönetim kuruluşları olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında ifade edildiği üzere, Anayasa'nın 127. maddesi, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarını kapsamamaktadır. Hizmet yerinden yönetim kuruluşları, Anayasa'nın 123. maddesine dayanılarak kamu tüzel kişiliği biçiminde kurulmaktadır. Kamu tüzel kişiliğini haiz olunması, idari ve mali özekliğe sahip olmayı zorunlu kılmaktadır. Zira tüzel kişilik, özünde, merkezî idareden bağımsız karar alabilmeyi gerektirmektedir. Ancak Anayasa'da, yer yerinden yönetim kuruluşları olan mahallî idarelerden farklı olarak hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının idari ve mali özerkliğinin ölçüsüyle ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, hizmet yerinden yönetim kuruluşlarına tanınacak özerkliğin derecesinin tayin edilmesi kanun koyucunun takdirindedir.

Bununla birlikte, bir kurumun özel kanununda idari ve mali özerkliğe sahip olduğu kurala bağlanmış ve buna uygun olarak kendisine kimi kamu hizmetlerini yapma görevi verilmiş olmasına rağmen, başka bir kanunla bu idari ve mali özerklikle bağdaşmayacak, o kurumun görev

alanına girmeyen bir kamu hizmetini yerine getirmek amacıyla taşınmaz mallarının hiçbir sınırlama olmaksızın, kamu hizmetine fiilen tahsis edilip edilmediğine bakılmaksızın, idarenin kararı ve uygun görüşü aranmaksızın, bedelsiz olarak başka kurum ve kuruluşlara devrine imkân tanınması kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde aksamaya neden olabilecektir. Bu durum, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan ve idarenin yerine getirdiği çeşitli görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında birlik sağlanmasını ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde ahenkle çalışmasını gerektiren idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın birinci cümlesi Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 2., 5. ve 7. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b- İkinci Cümle

Dava konusu kuralın ikinci cümlesiyle, Kanun'a göre uygulamada bulunulan alanlarda yer alan "*tescil dışı alanlar*"ın, tapuda Hazine adına tescil edildikten sonra Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılacağı veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve idareye bedelsiz olarak devredileceği kurala bağlanmıştır.

Kanun'da, tescil dışı alanlar tarif edilmemiştir. Bununla birlikte, 3402 sayılı Kanun'un 16. maddesi dikkate alındığında, bu alanların, yol, meydan, köprü gibi orta malları ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar gibi tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler olduğu anlaşılmaktadır. Tescil dışı bu alanlardan sadece Kanun'a göre

uygulamada bulunulan riskli alan ve rezerv yapı alanlarında bulunanlar kural kapsamındadır.

Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında belirtildiği üzere, tescil dışı bırakılan alanlar, "*kamu mülkiyeti*" altında olup Devlet, bu alanlar üzerinde kamu yararını gözetmek ve Anayasa'daki ilkeleri dikkate almak kaydıyla üstün yetkilerini kullanarak istediği hukuki düzeni kurabilir.

Anayasa'nın 5. ve 56. maddesinde Devlete yüklenen ödevler dikkate alındığında, afet riski altındaki alanlarda bulunan yerleşim merkezlerinin bulundukları yerlerde (riskli alan) dönüştürülmesi veya başka yerlere (rezerv yapı alanı) nakledilmelerinde ve bu amaçla anılan yerlerde bulunan tescil dışı alanlardan yararlanılmasında kamu yararı amacıyla düzenleme yapıldığı açıktır.

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

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

4- (6) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, kuralda yer alan "*Bakanlıkça ihtiyaç duyulan*" ibaresinin Bakanlığa muğlak bir takdir yetkisi vererek tüm mera varlığını tehdit ettiği, yürütme organına temel ilkeler belirlenmeden sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi tanındığı, meraların sınırsız biçimde yapılaşmaya açılmasının kolaylaştırıldığı, meraların nasıl kullanılacağı belirtilmediğinden tüm meraların riskli yapı bahanesi ile Hazine adına tescil edilip kullanılabileceği, 4342 sayılı Kanun uyarınca tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaklardan anılan Kanun'da gösterilenden başka şekilde yararlanılamayacağı, üzerinde yapılaşma olmayan ve bu yönüyle afet açısından herhangi bir risk taşıma olasılığı bulunmayan mera alanlarının devrini ve satışını kolaylaştıran düzenleme ile ülkemiz hayvancılığının ve korunması gereken doğal değerlerin ağır darbe almasının önünün açıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 45. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, 4342 sayılı Kanun kapsamında olup riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi için Bakanlıkça ihtiyaç duyulan taşınmazların, aynı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendindeki alanlardan sayılarak, tahsis amaçları aynı maddeye göre değiştirilip tapuda Hazine adına tescil edileceği, bu taşınmazlar hakkında 6306 sayılı Kanun'a göre uygulamada bulunulacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın *"Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması"* başlıklı 45. maddesinde, *"Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek …için gereken tedbirleri alır."* hükmüne yer verilmiş; maddenin gerekçesinde ise "*Madde, Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklemektedir. Bu ifadeyle amaçlanan tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir. Devlet, bu amaçla yasal düzenleme yapmalıdır.*" denilmiştir. Dolayısıyla çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesinin Devlete bir görev olarak yüklendiği açıktır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında belirtildiği üzere, bu görevin yerine getirilmesi için gerekli tedbirlerin türü ile uygulanma yöntemi kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 5. maddesinde, "*Devletin temel amaç ve görevleri, … kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; … insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" denilmiştir. Anayasa'nın 56. maddesinde ise herkesin, "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*"na sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır.

Kanun koyucu, 4342 sayılı Kanunla, Anayasa'nın 45. maddesinde belirtilen yerlere ilişkin korumanın nasıl sağlanacağını düzenlemiştir. Bu kapsamda anılan Kanun'un 14. maddesinde, mera, yaylak ve kışlaklardan Kanun'da gösterilenden başka şekilde yararlanılamayacağı kurala bağlanmıştır. Bununla birlikte korumanın, bu yerlerin "*tahsis amacı değiştirilmedikçe*" sağlanacağı belirtilmiş, tahsis amacının hangi durumlarda değiştirilerek Hazine adına tescilin sağlanacağına ilişkin istisnalara yer

verilmiştir. Bu durumlardan biri de "*doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulması*"dır. Böylelikle kanun koyucunun, bir yandan Anayasa'nın 45. maddesinde yer alan çayır ve meraları koruma görevini yerine getirmek üzere yasal tedbirleri aldığı, diğer yandan Anayasa'nın 5. maddesinde yer alan insanın maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ile 56. maddesinde yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı çerçevesinde Devlete yüklenen ödevleri dikkate alarak doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulması hâlinde meraların tahsis amacının değiştirilebileceğini öngördüğü, Devletin anayasal görevleri arasında denge kurmaya çalıştığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu kuralla, 4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendindeki istisnaya paralel olarak "*riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi için*" anılan Kanun kapsamındaki yerlerden yararlanılmasını düzenlemektedir. Dolayısıyla, Devletin anayasal görevleri arasındaki kurulmaya çalışılan denge, dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

Kuralla, riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi için ihtiyaç duyulan 4342 sayılı Kanun kapsamındaki yerlerin doğrudan Hazine adına tesciline ve bunlar üzerinde 6306 sayılı Kanun'a göre uygulamada bulunulmasına imkân tanınmamış, öncelikle anılan yerlerin tahsis amacının değiştirilmesi işleminin yapılması öngörülmüştür. Kuralda, 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlardan ihtiyaç duyulanların, "*4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendindeki alanlardan sayılması*", tahsis amaçlarının "*aynı maddeye göre değiştirilmesi*" düzenlendiğinden, anılan taşınmazların tahsis amaçlarının değiştirilmesi sırasında 4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinde öngörülen usulün uygulanması gerekecektir.

Kural uyarınca riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi için 4342 sayılı Kanun kapsamında olan taşınmazlara ihtiyaç olup olmadığını "*Bakanlık*" takdir edecek olmakla birlikte Bakanlığın bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Her şeyden önce Bakanlık, takdir yetkisini, "*riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi*" amacıyla kullanabilecektir.

Diğer taraftan Kanun'un genel gerekçesi dikkate alındığında, afet riski altındaki alanlarda bulunan yerleşim merkezlerinin öncelikle bulundukları

yerlerde (riskli alan) dönüştürülmeleri, jeolojik durumu ve zemin özellikleri itibariyle iskânın tehlike arz etmesi hâlinde bu yerleşim merkezlerinin başka yerlere (rezerv yapı alanı) nakledilmesi söz konusu olabilecektir. Kural, riskli alanlarda ve riskli yapılarda yaşayanların nakledilmesi için 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlardan yararlanmaya izin verdiğinden, Bakanlık ancak bulundukları yerlerde dönüştürülmesi mümkün olmayan yerleşim merkezlerinin başka yerlere nakledilmesi zorunluluğunun ortaya çıkması hâlinde yetkisini kullanabilecektir.

Öte yandan rezerv yapı alanlarında bulunup da Kanun uyarınca yararlanılabilecek kamuya ait taşınmazlar 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlarla sınırlı olmayıp Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar ile tescil dışı bırakılan alanlar da bu kapsamdadır. 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlara ilişkin Anayasa'nın 45. maddesinde sağlanan özel koruma dikkate alındığında, Bakanlığın takdir yetkisini kullanırken öncelikle kamuya ait diğer taşınmazlarla ihtiyacın karşılanıp karşılanmayacağını değerlendirmesi gerekecektir.

Ayrıca, Bakanlık, tüm bu hususları dikkate alarak 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlara ihtiyaç bulunduğu sonucuna varsa bile, bu, anılan taşınmazların 6306 sayılı Kanun kapsamında kullanılabilmesi için yeterli olmayacak, 4342 sayılı Kanun'da öngörülen usul uygulanarak, orada belirtilen yetkili makamlar tarafından da aynı değerlendirme yapılıp taşınmazların tahsis amaçlarının değiştirilmesine karar verilmesi gerekecektir.

Kaldı ki bu süreç içerisinde yapılan idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup belirtilen hususlar ilgili yargı mercileri tarafından da değerlendirilebilecektir.

Anayasa'nın 45. maddesi ile 5. ve 56. maddelerinde Devlete yüklenen ödevler arasında kurulmuş olan denge ve Bakanlığın takdir yetkisinin birçok yönden sınırlandırılmış olması hususları dikkate alındığında, 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlar bakımından sağlanan anayasal güvencenin zedelenmediği, kuralda belirsizlik bulunmadığı ve yürütme organına sınırları belirsiz asli bir düzenleme yetkisinin devredilmediği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 7. ve 45. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8., 11. ve 123. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

5- (7) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, riskli olmayan yapıların, "*Bakanlıkça gerekli görülenler*" şeklinde belirsiz bir ifadeyle kanun kapsamına dâhil edildiği, bunun hukuk güvenliğini tehlikeye düşürdüğü ve asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devri niteliğinde olduğu, risk taşımayan yapıların Bakanlığın belirleyeceği sınırlar içinde kalmaları durumunda, uygulama bütünlüğü gerekçesiyle yıkılabileceği, bunun risk taşımayan yapılarda oturan kişilerin barınma haklarını ve konut dokunulmazlığını ortadan kaldıracağı, mülkiyet hakkına müdahalelerde kamu menfaati ile bireyin temel hakları arasındaki adil dengenin sağlanması gerektiği, Türkiye Cumhuriyetinin Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesindeki mülkiyet hakkına ilişkin korumayı taahhüt ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 90. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup "*riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar*"dan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenlerin de Kanun hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendindeki riskli yapı tanımı dikkate alındığında, riskli yapılar dışındaki yapıların, ekonomik ömrünü tamamlamamış, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşımayan yapılar olduğu anlaşılmaktadır.

Kuralda, anılan nitelikteki yapıların da "*bu* (6306 sayılı) *Kanun hükümlerine tabi*" olacağı belirtilmiştir. Kanun'un amacı 1. maddede, bu amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalar ise 3., 4., 5. ve 6. maddelerde düzenlenmiştir. Kanun'un 3. maddesinde riskli yapıların tespiti ve kamuya ait taşınmazların tahsis ve devri kurala bağlandığından, anılan maddenin bu nitelikte olmayan dava konusu kural kapsamındaki taşınmazlara uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla riskli olmayan yapılar hakkında, Kanun'un 4., 5., ve 6. maddeleri uyarınca uygulama yapılacaktır. Anılan maddeler içinde, imar kısıtlamaları, yapının tahliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırması gibi mülkiyet hakkını sınırlandırdığı açık olan düzenlemeler bulunmaktadır.

Kanun'un genel amacı afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemedir. Dava konusu kural ise bu genel amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalarda "*uygulama bütünlüğü*"nü sağlamak için getirilmiştir. Bunda meşru bir kamu yararı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Bununla birlikte kanunla getirilen bu sınırlamanın, kamu yararı amacı taşıması dışında, kamunun yararı ile bireylerin temel hakları arasında kurulması gereken adil dengeyi bozmaması, ölçülü olması da gerekir. Dava konusu kuralla, "*riskli olmayan yapılar*" hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiş, riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapılmıştır. Ancak anılan kurallar, yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlenmiş, kamu yararı ile bireylerin hakları arasında buna uygun denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanması, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen "*ölçülülük*" ilkesine aykırılık oluşturmakta ve kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 5., 7. ve 123. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 8., 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 4. Maddesinin İncelenmesi

1- (1) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, kuralın sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı, bireylerin barınma ve mülkiyet haklarını yok saydığı, imar ve yapılaşma faaliyetini durdurma yetkisinin süresinin belli olmadığı,

belirsizliğin hukuk güvenliğini tehlikeye düşürdüğü, yürütmeye asli düzenleme yetkisinin devredildiği, belediyelerin devre dışı bırakıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 56., 57., 123. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya idarenin, riskli alanlarda, riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda ve rezerv yapı alanlarında Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini geçici olarak durdurabileceği hükme bağlanmıştır.

Mülkiyet hakkına müdahaleden, diğer bir ifadeyle bu hakkın sınırlandırılmasından söz edilebilmesi için, mutlaka bireylerin mülkiyetlerinden tamamen yoksun bırakılmaları gerekmez. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şey üzerinde "*kullanma*", "*yararlanma*" ve "*tasarruf*" yetkileri veren bir haklar demetidir. Bireylerin, taşınmazları üzerinde yapı yapabilmeleri de, onların mülkiyet hakkından doğan bu yetkileri kapsamındadır. Dava konusu kural, bireylere ait taşınmaz mallar üzerindeki imar ve yapılaşma işlemlerinin durdurulmasını düzenlediğinden, bireylerin mülkiyet haklarının sınırlandırıldığında kuşku bulunmamaktadır. Nitekim, madde gerekçesinde de, dava konusu kuralla taşınmaz mülkiyetine kısıtlamalar getirildiği açıkça ifade edilmiştir.

Kanun'un genel ve madde gerekçeleri ile amacı birlikte değerlendirildiğinde, Kanunla nihai olarak afet riski altındaki yerleşim merkezlerinin bulundukları yerlerde dönüştürülmeleri, mümkün olmazsa başka yerlere nakledilmelerinin hedeflendiği, dava konusu kuralla, belirli bir proje dâhilinde bütünlüklü olarak yürütülmesi gereken bu uygulamalar sırasında projeye aykırı yapılaşma yapılmasını engellemek için geçici olarak uygulamaya konu alanlarda ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda imar ve yapılaşma işlemlerinin geçici olarak durdurulduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir amacın, "*kamu yararı*" taşıdığı açıktır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (AİHM), şehir planlarının uygulanması bakımından inşaat yasağı konulmasında kamu yararı bulunduğunu kabul etmektedir (*ELIA S.r.l./İtalya*, 1.8.2001, B. No: 37710/97, § 77).

Bununla birlikte kuralın kamu yararı amacı taşıması, Anayasa'ya uygunluk bakımından yeterli olmayıp kuralla getirilen sınırlamanın ölçüsüz

olmaması, ulaşılmak istenen kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil bir dengeyi bozmaması da gerekir.

Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında, uzun süren imar yasaklarının ölçüsüz olduğu ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır. AİHM içtihatlarında da, birey üzerine aşırı yük yüklenip yüklenmediği, bunun sonucu olarak kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında adil dengenin sağlanıp sağlanmadığı incelenirken, imar yasaklarının uzun süre devam etmesi ve yasağın süresinin belirsiz olması dikkate alınan hususlar arasında yer almaktadır (*Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, 23.10.1982, B. No:7151/75, § 73-74; *ELIA S.r.l./İtalya,* § 82, 83).

Kuralda, imar ve yapılaşma yasağının, "*Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince*" devam edeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, Kanun'da, Kanun kapsamındaki proje ve uygulamaların azami süresini gösteren bir kurala yer verilmemiştir. Dolayısıyla, kural uyarınca uygulanacak imar yasağının süresinin öngörülebilir azami üst sınırı bulunmamaktadır. Bireyin üzerine aşırı yük yüklenmesine neden olabilecek bu durum, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen "*ölçülülük*" ilkesine aykırılık oluşturabilecek ve böylece kamu yararı ile bireyin yararı arasında kurulması gereken dengeyi bozabilecek niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN, bu görüşe katılmamıştır.

Kural, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 5., 7. ve 123. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 8., 11., 56., 57. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- (2) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralın, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, yurttaşların barınma ve mülkiyet haklarını

yok saydığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 56., 57., 123. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Kanun'un 3. maddenin (3) numaralı fıkrasında belirtilen taşınmazların, tahsis ve devir işlemleri sonuçlandırılıncaya kadar Maliye Bakanlığınca satılamayacağı, kiraya verilemeyeceği, tahsis edilemeyeceği, ön izne veya irtifak hakkına konu edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen taşınmazlar, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında olup Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan ve talep üzerine Bakanlığa tahsis edilecek veya TOKİ'ye ve idareye bedelsiz olarak devredilecek taşınmazlardır. Dolayısıyla dilekçede belirtildiğinin aksine dava konusu kuralın bireylerin mülkiyet hakkıyla ilgisi bulunmadığı gibi kamuya ait taşınmazlar yönünden getirilen tasarruf sınırlamalarının, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerini zedeleyecek bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 7., 8., 11., 13., 35, 56., 57., 123. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- (3) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, bireylerin barınma ve mülkiyet haklarının yok sayıldığı, kuralda yer alan riskli alanlardaki yapılara verilen hizmetlerin durdurulmasının, barınma sorununun çözümüyle desteklenmediği sürece sosyal devlet ilkesine aykırı olacağı, bu tür yapılarda yaşamak zorunda kalan yoksul kesimler açısından önemli sağlık ve güvenlik sorunlarının ortaya çıkmasına neden olacağı, barınma hakkının en temel insan haklarından biri olduğu, kuralla belediyelerin devre dışı bırakıldığı, Bakanlık ya da TOKİ tarafından yürütülecek projeler kapsamında yapılacak uygulamaların belediyeler ile proje alanında taşınmazı bulunan vatandaşlar arasında önemli sorunların yaşanmasına neden olabileceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 56., 57., 123. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 127. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, uygulama sırasında Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından talep edilmesi hâlinde, hak sahiplerinin de görüşü alınarak, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmeyeceği ve verilen hizmetlerin kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulacağı hükme bağlanmıştır.

Günümüz koşullarında elektrik, su ve doğal gaz gibi hizmetlerin verilmediği bir yapıyı kullanmak oldukça güçleşecektir. Dolayısıyla dava konusu kural, bireylerin mülkiyet hakkına bir sınırlandırma getirmektedir.

Dava konusu kurala ilişkin madde gerekçesinde, "*öngörülen maksadın gerçekleştirilmesini temin için*" sınırlamanın getirildiği ifade edilmiştir. Kanun'un 1. maddesinde, Kanun'un amacının afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenileme olduğu ifade edilmiştir. Kanun'un bu amacını gerçekleştirmesi öngörülen uygulamalar ise 3., 4., 5. ve 6. maddelerde düzenlenmiştir. Bu kapsamda ilk önce riskli yapıların tespiti, daha sonra bunlar üzerindeki tasarrufların kısıtlanması, bunların tahliyesi ve yıkımı ile diğer uygulama işlemleri yapılacaktır. Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın amacının, uygulamaları devam ettirebilmek için riskli yapıların tahliye edilmesi konusunda bireylerin zorlanması olduğu anlaşılmaktadır. Kanunla öngörülen afet riski altındaki alanların yeniden yapılandırılması nihai amacına ulaşılabilmesi için, böyle bir sınırlama öngörülmesinde kamu yararı bulunmaktadır.

Bununla birlikte kamu yararı amacının bulunması Anayasa'ya uygunluk için yeterli olmayıp sınırlamanın ölçüsüz olmaması da gerekir. Uygulamanın "*tahliye ve yıkım*" aşamasında, kendi iradeleriyle yapıyı terk etmeyen bireylerin, zor kullanma yerine elektrik, su ve doğal gaz hizmetleri verilmeyerek tahliyeye zorlanmaları makul görülebilir. Ancak anılan hizmetlerin verilmesinin durdurulmasından önce bireylerin yeni bir barınma yeri temin edebilmeleri ve kendi iradeleriyle yapıyı tahliye etmeleri için bilgilendirilmiş olmaları ve kendilerine bunları yapabilmeleri için yeterli imkânın tanınmış olması gerekir.

Dava konusu kuralla, sınırlamanın uygulanmasından önce bir uyarı (ihtar) mekanizması öngörülmemiştir. Bununla birlikte Kanun'un 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, "*uygulamaya başlanmadan önce*", riskli yapıların yıktırılması için, bu yapıların maliklerine altmış günden az olmamak üzere süre verileceği, bu süre içinde yapı, malik tarafından yıktırılmadığı takdirde, yapının idari makamlarca yıktırılacağı belirtilerek ve tekrar süre verilerek tebligatta bulunulacağı, verilen bu süre içinde de maliklerince yıktırma yoluna gidilmediği takdirde, bu yapıların insandan ve eşyadan tahliyesi ile yıktırma işlemlerinin ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılacağı kurala bağlanmıştır. Kanun uyarınca yapılacak uygulamalara başlanmadan önce bireylere iki defa uyarıda bulunulduktan sonra yapıların tahliyesi ve yıktırılmasının söz konusu olacağı, dava konusu kuralda belirtilen hizmetlerin durdurulmasının ancak bu aşamada gündeme gelebileceği anlaşılmaktadır. Kendilerine bu şekilde gerekli uyarılar yapılıp yapıyı tahliye etmek ve yıktırmak için yeterli imkân tanınmış olan bireylerin, zor kullanmak yerine bazı hizmetlerin verilmesinin durdurulması suretiyle can ve mal güvenliği yönünden risk taşıyan yapılardan tahliyeye zorlanmalarının ölçüsüz bir sınırlama olduğu söylenemez.

Diğer taraftan Anayasa'nın 56. maddesinde, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı düzenlenmiştir. Anayasa'nın konut hakkını düzenleyen 57. maddesinde ise "*Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.*" denilmiştir. 57. maddenin gerekçesinde, "*Vatandaşlar için konutun arz ettiği önem dikkate alınarak, Devletin konut yapımını destekleyici, planlayıcı rolüne işaret edilmektedir. … Konutların yapımında modern şehirleşme ve çevre şartları gözetilmektedir. Madde, bu ifadesiyle kötü şehirleşmenin önlenmesinin gereğine de işaret etmektedir. Bina planlaması, şehir planlamasının bir parçasıdır. Şehirlerin ve yapıların tabiatın içinde bir yara gibi yer almaması için genel bir çevre içinde düşünülmeleri de maddede Devlete ödev olarak gösterilmiştir.*" biçimindeki ifadelere yer verilmiştir.

Afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek için ölçülü tedbirlerle bireylerin riskli yapılardan tahliye edilmesi, konut hakkı ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını zedelemediği gibi anılan haklar kapsamında Devlete yüklenen ödevlerle de örtüşmektedir.

Öte yandan dava konusu kuralla mahallî idareler sürecin dışında bırakılmamış, bunların talep etmesi hâlinde de riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmeyeceği ve verilen hizmetlerin kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, Kanun'un 6. maddesinin (12) numaralı fıkrası uyarınca, mahallî idareler bu yetkilerini ancak Bakanlık tarafından yetkilendirilmeleri hâlinde kullanabileceklerdir.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 7., 13., 35., 56., 57., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8., 11. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 5. Maddesinin İncelenmesi

1- (1) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine, kiracılarına ve sınırlı ayni hak sahiplerine geçici konut ve işyeri tahsisi veya kira yardımı yapılabileceği düzenlenirken, anlaşmayıp zorla tahliye edilenlere böyle bir yardımın söz konusu olmadığı, yapılacak yardıma ilişkin "*yapılabilir*" şeklinde belirsizlik içeren ifade kullanıldığı, bu nedenle barınma hakkının yitirilmesine neden olunabileceği, böylesi bir belirsizliğin, öngörülebilirliği ve hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceği, ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetkinin, asli bir düzenleme yetkisinin devri niteliğinde olduğu, aynı durumdaki kişilere farklı muamele yapmaya imkân tanınarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 17., 56., 57. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralın birinci cümlesinde, "*riskli yapıların yıktırılmasında*" ve bunların bulunduğu alanlar ile riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki

"*uygulamalarda*", öncelikli olarak "*malikler ile anlaşma*" yoluna gidilmesinin esas olduğu belirtilmiş; ikinci cümlesinde ise anlaşma ile tahliye edilen yapıların "*maliklerine*" veya malik olmasalar bile "*kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere*" veya bu "*yapılarda işyeri bulunanlara*" geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu kuralla öngörülen anlaşmanın, kuralın ikinci cümlesinde belirtilen kişiler ile Kanun uyarınca uygulama yapmaya yetkili olan Bakanlık ve Bakanlığın yetki vermesi hâlinde TOKİ veya idare arasında yapılacağı ve anılan Kanun'da düzenlenen uygulamaları konu alacağı anlaşılmaktadır. Bu uygulamaların neler olduğu Kanun'un 3., 4., 5., ve 6. maddelerinde kurala bağlanmıştır. Anlaşma ile yapıları tahliye edecek kişilere sağlanacak yardımlar ise dava konusu kuralda sayılmıştır. Bakanlık, TOKİ ve idare bu yasal sınırlar dâhilinde takdir yetkisini kullanabileceklerdir.

Diğer taraftan Kanun'un genel gerekçesinde belirtildiği üzere uygulamaların öncelikle gönüllülük esasına göre yapılmasını temin etmek ve bu amaçla ilgili kurum ve kuruluşlar ile hak sahipleri arasında anlaşma yapılmasını kolaylaştırmak için geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilmesine imkân tanınmıştır. İşin doğası gereği yardım yapılıp yapılmayacağı veya yapılacak yardımların niteliği, varılacak anlaşmanın şartlarına ve ilgili kişilerin ihtiyaç durumuna bağlı olarak değişebilecektir. Devletin, varılacak anlaşmanın şartlarını ve ilgililerin ihtiyaç durumunu dikkate almadan herkese yardım yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kuralda "*yapılabilir*" ibaresine yer verilerek, ilgili kurum ve kuruluşlara Kanun'da belirtilen sınırlar dâhilinde takdir yetkisi tanınmasının, belirsizlik oluşturduğu ve yürütmeye asli düzenleme yetkisinin devri anlamına geldiği söylenemez.

Dava dilekçesinde, yapılacak yardımlar bakımından yapıları anlaşmayla tahliye eden kişiler ile anlaşma yapmayan kişiler arasında farklılık oluşturulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara

ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

Anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya malik olmasalar bile kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere veya bu yapılarda işyeri bulunanlara geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabileceğinin belirtilmesine karşın anlaşmayla tahliye edilmeyen yapılar yönünden böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte her iki grubun hukuki durumlarının aynı olmadığı açıktır. Dolayısıyla anlaşmayla riskli yapıyı tahliye edenler ile anlaşmaya varmadan tahliye etmek zorunda kalanlar arasında sosyal yardımlar bakımından farklılık oluşturulması eşitlik ilkesini ihlal etmez.

Dava dilekçesinde, keyfi uygulamalara açık olan dava konusu kuralın barınma hakkını ihlal edebileceği de ileri sürülmüştür.

Konut hakkı, Anayasa'nın ikinci kısmının "*Sosyal Haklar ve Ödevler*" başlığını taşıyan üçüncü bölümünün 57. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca, Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecek olup Devletin fark gözetmeksizin herkese konut sağlama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 7., 10. ve 57. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8., 11., 17., 56. ve 123. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- (2) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, dava konusu kural kapsamındaki kişilerin asıl olarak gecekondu sahipleri olduğu, bu kişilere, (1) numaralı fıkra

hükümlerinin uygulanmasının "*uygulamanın gerektirmesi halinde*" şartına bağlanarak belirsizlik oluşturulduğu ve yürütmeye geniş bir düzenleme yetkisi bırakıldığı, ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetkinin, asli bir düzenleme yetkisi devri niteliğinde olduğu, Kanun'un uygulamasından en çok etkilenecek olan dar gelirli kesimler için daha fazla güvence gerekirken, konut tahsisi veya kira yardımı gibi yardımların dahi uygulanmayabileceğinin öngörülmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve kentsel dönüşümden en çok yararlanması gereken yoksulları dışlayıcı nitelik taşıdığı, Anayasa'da yer alan sosyal devletin güçsüzleri koruyan, sosyal adaleti sağlamaya çalışan, bu amaçla ekonomik ve sosyal alanlarda değişiklikler yapan devlet olduğu, sosyal devlet anlayışında, devletin bütün vatandaşlarına asgari bir toplumsal ve ekonomik düzey sağlamak ve bunu devam ettirmekle yükümlü kılındığı, böyle bir yaşam düzeyini sağlamak için de en azından konut hakkı, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eğitim hakkı gibi hakların tanınması ve gerçekleştirilmesinin zaruri olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 56., 57. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, uygulamanın gerektirmesi hâlinde, "*birinci fıkrada belirtilenler dışında olup riskli yapıyı kullanmakta olan kişilere*" de (1) numaralı fıkra hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmiş, bu kişiler ile yapılacak olan anlaşmanın, bunlara yardım yapılmasının ve enkaz bedeli ödenmesinin usul ve esaslarının Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Anılan fıkra kapsamındaki kişiler, riskli yapıları kullanmakta olup da kuralın (1) numaralı fıkrasında sayılan malikler veya malik olmasalar bile kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenler veya bu yapılarda işyeri bulunanlar dışındaki kişilerdir. Bu kişilerin, mülkiyet hakkı bulunmamasına ve/veya imar-iskân mevzuatına uygun olarak yapılmamasına rağmen ilgili taşınmazlar üzerine inşa edilen yapıları (özellikle gecekonduları) kullanan kişiler olduğu anlaşılmaktadır. Kuralla, bunlara da geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılabilmesi imkânı tanınmıştır.

Kuralda, "*uygulamanın gerektirmesi hâlinde*" bu yardımların yapılabileceği belirtilmiştir. Kanun kapsamındaki uygulamaların neler olduğu Kanun'un 3., 4., 5. ve 6. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yapılacak yardımlar,

Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilmiştir. Belirtilen sınırlar dâhilinde, yardımdan yararlanacak kişilerle yapılacak "*anlaşmanın*", bu kişilere "*yapılacak yardımların*" ve "*ödenecek enkaz bedelinin*" usul ve esaslarını belirleme yetkisi, Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kuruluna tanınmıştır. Dolayısıyla kuralla belirsizlik oluşturulduğu ve yürütmeye asli düzenleme yetkisinin devredildiği söylenemez.

Dava dilekçesinde, (2) numaralı fıkrada belirtilen kişilere, (1) numaralı fıkrada sayılan kişilere olduğu şekliyle yardım yapılmamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu kişilere de (1) numaralı fıkrada belirtilen yardımların yapılabileceği dava konusu kuralda açıkça düzenlenmiştir. İki grup arasındaki fark, (2) numaralı fıkrada belirtilen kişilere yapılacak yardımın, uygulamanın gerektirmesi hâli ile sınırlandırılması ve yapılacak yardımların usul ve esaslarını belirleme yetkisinin Bakanlığın teklifiyle Bakanlar Kuruluna tanınmasındadır. (1) numaralı fıkrada sayılan kişilerin, ilgili taşınmaza ve üzerindeki yapıya yasal olarak malik oldukları ve/veya yapıyı kullandıkları, (2) numaralı fıkrada belirtilen kişilerin ise bu durumda olmadıkları dikkate alındığında bunların hukuksal durumlarının farklı olduğu açıktır. Dolayısıyla her iki fıkrada belirtilen kişiler arasında bu konuda farklılık oluşturulması eşitlik ilkesini zedelemez.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., ve 57. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8., 11., 56. ve 123. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- (3) ve (4) Numaralı Fıkralar

Dava dilekçesinde, tahliye ve yıktırma uygulamasında gönüllülük değil, zor kullanmanın söz konusu olduğu, maliklerin anlaşıp anlaşmadığına bakılmaksızın yıkımın gerçekleştirileceği, idarenin görevinin zor kullanmak değil, ekonomik, sosyolojik, politik ve kültürel tüm gerekleri yerine getirerek bireylerin yaşamını iyileştirmek, kısacası kentsel dönüşümü tüm boyutlarıyla birlikte yaşama geçirmek olduğu, yıkım işlemini şehircilik açısından çözümün esas parçası olarak görmek yerine yapıları güçlendirerek

milli ekonomiye kazandırmanın ülke ve toplumun menfaatleri açısından çok daha isabetli olacağı, binaların yıkımı için tanınan altmış günlük sürenin çok kısa olduğu, altyapı maliyetlerinin konutları yıktırılanlara ödettirilmesinin yoksul kesimlerin borç miktarını büyüteceği, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkesiyle çelişeceği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 17., 56. ve 57. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, riskli yapıların anlaşmayla tahliye edilmemesi ve yıktırılmaması hâlinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca tahliyesine ve yıktırılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Bu kapsamda dava konusu (3) numaralı fıkra uyarınca, uygulamaya başlanmadan önce riskli yapıların yıktırılması için maliklerine altmış günden az olmamak üzere süre verilecek, bu süre içinde yıktırılmadığı takdirde, yapının idari makamlarca yıktırılacağı belirtilerek tekrar süre verilecek, bu süre içinde de yıktırılmayan yapıların insandan ve eşyadan tahliyesi ve yıktırma işlemleri, mahallî idarelerin de iştiraki ile mülki amirler tarafından yapılacak veya yaptırılacaktır. Yıktırma masrafı ile gereken diğer yardım ve krediler öncelikle dönüşüm projeleri özel hesabından karşılanacaktır.

Dava konusu (4) numaralı fıkrada ise yukarıda belirtilen usulle dahi yıktırılmadığı tespit edilen riskli yapıların yıktırılması için Bakanlıkça yazılı olarak idareye (belediyeler veya il özel idarelerine) bildirimde bulunulacağı, buna rağmen yıktırılmadığı tespit edilen yapıların ise Bakanlıkça yıkılacağı veya yıktırılacağı hükme bağlanmaktadır. Uygulamanın gerektirmesi hâlinde Bakanlık, riskli yapıların tespit, tahliye ve yıktırma iş ve işlemlerini bizzat da yapabilecektir.

Dava konusu kurallar, riskli yapıların tahliyesi ve yıktırılmasına ilişkindir. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde, "*riskli yapı*", ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmî ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı olarak tanımlanmıştır. Anılan yapılar nedeniyle gerek bunları kullanan bireyler gerekse de bunlar çevresinde bulunanlar can ve mal güvenlikleri yönünden risk altındadır.

Kurallarla, ilgililerin rızası dışında riskli yapıların yıkılması, kamu kurum ve kuruluşlarının ihtarlı şekilde iki ayrı süre vererek rızayla tahliye

ve yıkımın gerçekleştirilmesine imkân tanınması koşuluna bağlanmıştır. Dava dilekçesinde, maliklere binalarını yıktırmak için tanınan altmış günlük sürenin kısa olduğu ileri sürülmüş ise de dava konusu kuralda, altmış günlük ilk sürenin geçmesinden sonra tahliye ve yıkım gerçekleşmezse riskli yapıların maliklerine ikinci bir süre daha verileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerinde, Devlete yüklenen ödevler çerçevesinde, Kanun'un fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek şeklindeki amacı doğrultusunda, rızayla riskli yapıların tahliye edilmesi ve yıktırılması için ilgililerine imkân tanınmasına rağmen tahliye edilmeyen ve yıktırılmayan riskli yapıların ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından tahliye edilmesi ve yıktırılmasının öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Diğer taraftan Kanun kapsamında, riskli yapıların yıktırılması tek çözüm olarak benimsenmemiş; Kanun'un 6. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, "*Riskli alan ve rezerv yapı alanı dışında olup da bu Kanunun öngördüğü amaçlar bakımından güçlendirilebileceği teknik olarak tespit edilen yapılar için, Bakanlar Kurulunca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde Bakanlıkça dönüşüm projeleri özel hesabından güçlendirme kredisi verilebilir.*" biçimindeki hükme yer verilmek suretiyle riskli alan ve rezerv yapı alanı dışında bulunan riskli yapılarını güçlendirmek isteyen bireylere bu imkân tanınmıştır.

Dava dilekçesinde, alt yapı maliyetlerine ilişkin de Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmuş ise de bu husus, dava konusu kurallarda değil, Kanun'un 6. maddesinin (4) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olup kuralların bu yönden anayasal incelemesi yapılmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 17., 56. ve 57. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ıyla ilgisi görülmemiştir.

4- (5) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 17., 56. ve 57. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a- Birinci Cümle

Dava konusu kuralın birinci cümlesiyle, Bakanlık veya idare tarafından yapılan yıktırma sonucunda doğan masrafların, ilgili tapu müdürlüğüne bildirileceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının yedinci cümlesinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 17., 56. ve 57. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b- İkinci Cümle

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralın ikinci cümlesiyle, tapu müdürlüğünün, yıkılan binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine birinci cümlede belirtilen masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya idareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi vereceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ile Zühtü ARSLAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 17., 56. ve 57. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

E- Kanun'un 6. Maddesinin İncelenmesi

1- (1) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, "*Bakanlıkça uygun görülenler*" şeklindeki yürütmeye geniş yetki veren belirsiz ifadenin hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceği, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralın birinci, ikinci ve üçüncü cümleleriyle, üzerindeki riskli yapı yıkıldıktan sonra arsa hâline gelen taşınmazın bağımsız bölümlerindeki kat mülkiyeti ve kat irtifakının terkin edilmesi, müşterek malikleri adına arsa payları oranında tescil edilmesi ve gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından taşınmazla ilgili cins değişikliği, tevhit ve ifraz işlemlerinin yapılması düzenlenmiştir. Kuralın sonraki cümlelerinde ise yukarıda belirtilen şekilde ortaya çıkan parsellerin ne şekilde değerlendirileceğine ilişkin usul ve esaslar hükme bağlanmıştır. Bu kapsamda, anılan parsellerin malikleri tarafından değerlendirilmesinin esas olduğu, bu konuda sahip oldukları hisseleri oranında paydaşların en az üçte iki çoğunluğu ile karar verecekleri, karara katılmayanların bağımsız bölümlerine ilişkin arsa paylarının, Bakanlıkça rayiç değerinden az olmamak üzere anlaşma sağlayan diğer paydaşlara açık artırma usulü ile satılacağı, bu suretle paydaşlara satış gerçekleştirilemediği takdirde, bu payların, Bakanlığın talebi üzerine, tespit edilen rayiç bedeli de Bakanlıkça ödenmek kaydı ile tapuda Hazine adına resen tescil edileceği belirtilmiştir. Bu şekilde Hazine adına tescil edilen paylar, ya yapılan anlaşma çerçevesinde değerlendirilmek üzere Bakanlığa tahsis edilmiş sayılacak ya da "*Bakanlıkça uygun görülenler*" TOKİ'ye veya idareye devredilecektir. Bu durumda, paydaşların kararı ile yapılan anlaşmaya uyularak işlem yapılacaktır.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "*Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde*" ibaresi yönünden yapılan inceleme sırasında açıklandığı üzere, diğer bazı kanunlarda kentsel dönüşümle ilgili düzenlemeler bulunmakta ise de Kanunla afet riski altındaki alanların dönüştürülmesine ilişkin usul ve esaslar özel olarak düzenlenmiş, kanun koyucu takdir yetkisini kullanarak anılan Kanun kapsamındaki uygulamalarda

asıl yetkiyi Bakanlığa vermiş, bununla birlikte TOKİ ve idare (il özel idareleri ve belediyeler) sürecin dışında bırakılmamış, bunların anılan uygulamaları yapabilmeleri Bakanlığın yetkilendirmesine bağlı tutulmuştur. Dava konusu kuralda yer alan "*Bakanlıkça uygun görülenler*" ibaresinin Bakanlığın bu yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bakanlık, Kanun uyarınca yapılacak uygulamalar konusunda TOKİ veya idareyi yetkilendirmişse uygulamaların yapılabilmesi için bu kapsamda gerekli gördüğü taşınmazları veya taşınmazlar üzerindeki payları da yetkilendirdiği kurum ve kuruluşlara devredebilecektir.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresi ve 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı ve yedinci cümlelerinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8., 10., 11., 13., 35., 36., 56., 57., 125. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- (2) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, acele kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkının yok sayıldığı, 2942 sayılı Kanun'un 27. maddesinde acele kamulaştırmanın uygulanacağı hâllerin tahdidi olarak sayıldığı, kuralda belirtilen durumun acele kamulaştırma yapılmasını gerektirmediği, kanunlarda yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklere uyumlu olması ve adaletli kurallar içermesi gerektiği, hukuk güvenliğinin, yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınılmasını gerektirdiği, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle bağlı olarak ve kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne, ruhuna ve demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı, kuralın birinci fıkrası ile ikinci fıkrası arasında çelişki bulunduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 46. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, bir önceki fıkra uyarınca en az üçte iki çoğunluk sağlanamayıp uygulama kapsamındaki parsellerin ne şekilde değerlendirileceği malikler tarafından kararlaştırılamadığında, Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından anılan parsellerin "*acele kamulaştırma*" yoluyla kamulaştırılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Buna göre, üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine öncelikle tebligat yapılacaktır. Bu tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından "*acele kamulaştırma*" yoluna gidilebilecektir.

Kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının, malikin rızası olmaksızın, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla devlet tarafından sona erdirilmesidir.

2942 sayılı Kanun'da kamulaştırmanın usul ve esasları kurala bağlanmıştır. Bazı istisnai hâllerde, bu usul ve esasların tamamlanmasından önce özel mülkiyet altındaki taşınmazların idare tarafından bir an evvel kullanılması ihtiyacı ortaya çıkabilecektir. Anılan Kanun'un 27. maddesiyle, özel mülkiyete konu taşınmazları, acele kamulaştırma yoluyla normal bir kamulaştırma sürecindeki işlemler tamamlanmadan hukuka uygun bir şekilde kullanma imkânı tanınmıştır. Burada, mahkemece "*kıymet takdiri dışındaki işlemler*" sonradan tamamlanmak üzere taşınmaza idare tarafından "*el konulmasına*" karar verilmekte ancak verilen karar, taşınmazın mülkiyetinin idareye geçmesi sonucunu doğurmamaktadır. Mülkiyetin geçmesi için ya taşınmaz malikinin idare lehine ferağ vermesi ya da idarenin normal kamulaştırmalarda olduğu gibi 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davası açması gerekmektedir. Dolayısıyla acele kamulaştırmanın, bazı istisnai hâllerde, kamulaştırma sürecindeki işlemler tamamlanmadan ve mülkiyet idareye geçmeden önce idareye özel mülkiyete konu bir taşınmazı, el koymak suretiyle kullanma imkânı tanıyan bir tedbir niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

Acele kamulaştırmada, mülkiyet hakkı hukuken ortadan kaldırılmamakla birlikte, el koymayla, malikin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkileri kısıtlanmış olduğundan, bunun, anılan hakka yönelik bir sınırlama niteliğinde olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkının sınırlanması yönünden, Anayasa'nın 46. maddesinde özel hükümlere yer verilmiştir. Dolayısıyla bu tür sınırlamaların, Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri dışında, 46. maddesinde yer alan hükümlere de uygun olması gerekir.

Anayasa'nın 46. maddesinde, "*Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir.*

Kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedeli nakden ve peşin olarak ödenir. Ancak, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskan projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresi beş yılı aşamaz; bu takdirde taksitler eşit olarak ödenir.

Kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten küçük çiftçiye ait olanlarının bedeli, her halde peşin ödenir.

İkinci fıkrada öngörülen taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz uygulanır." denilmiştir.

Buna göre, kamulaştırma yoluyla mülkiyet hakkının sınırlanabilmesi için "*kamu yararı*" bulunması ve kural olarak taşınmazın bedelinin "*nakden ve peşin*" olarak ödenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte maddede belirtilen istisnai hâller söz konusu olduğunda, belli şartlarla bedelin "*taksitle*" ödenmesi de mümkündür.

Kanun'un genel gerekçesinde, Anayasa'nın 56. maddesiyle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı çerçevesinde Devlete bazı ödevler yüklendiği, bu kapsamda jeolojik durumu ve zemin özellikleri itibariyle iskânın tehlikeler arz ettiği bazı yerleşim merkezlerinin bir an önce bulundukları yerlerde dönüştürülmesinin ve hatta başka yerlere nakledilmesinin zaruri olduğu, buralardaki "*iskân durumu*"nun yeniden düzenlenmesi gerektiği

ifade edilmiştir. Bu uygulamaların bir parçası olarak dava konusu kuralla, malikleri tarafından kendi iradeleriyle değerlendirilmeyen taşınmazların, ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamulaştırma yoluyla değerlendirilmesi hükme bağlanmış, kuralın ikinci cümlesinde, Kanun uyarınca yapılacak olan kamulaştırmaların 2942 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki "*iskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı*" kamulaştırma sayılacağı belirtilmiştir. Afet riski altındaki yerleşim merkezlerinin iskân durumunun yeniden düzenlenmesinin bir parçası olarak malikleri tarafından kendi iradeleriyle değerlendirilmeyen taşınmazların, ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamulaştırma yoluyla değerlendirilmesinde kamu yararı bulunduğu açıktır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 46. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile "*iskân projelerinin gerçekleştirilmesi*", yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şekli kanunla gösterilir. Kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hâllerde, taksitlendirme süresi "*beş yıl*"ı aşamaz. Bu takdirde taksitler "*eşit*" olarak ödenir.

İskân projelerinin gerçekleştirilmesi amaçlı yapılacak olan Kanun kapsamındaki kamulaştırmalarda, taşınmazın bedelinin taksitle ödenebilmesine anayasal engel bulunmamaktadır. Ancak taksitlendirmenin, Anayasa'nın 46. maddesinde belirtilen şartlara uygun olarak yapılacağında kuşku bulunmamaktadır. Dava konusu kuralla, taksitlendirmenin şartları yönünden 2942 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasına atıf yapılmış, bununla birlikte ilk taksit ödemesinin anılan fıkraya göre belirlenen tutarların beşte biri oranında yapılacağı hükme bağlanmıştır.

2942 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ödenecek kamulaştırma bedelinin o yılki genel bütçe kanununda gösterilen miktarı, nakden ve peşin olarak ödenir. Bu miktar, kamulaştırma bedelinin altıda birinden az olamaz. Bu miktarın üstünde olan kamulaştırma bedelleri, peşin ödeme miktarından az olmamak ve en fazla beş yıl içinde faiziyle birlikte ödenmek üzere eşit taksitlere bağlanır. Taksitlere, peşin ödeme gününü takip eden günden itibaren, devlet borçları için öngörülen en yüksek faiz haddi uygulanır. Dava konusu kuralla, bu hükümlerden farklı ancak taşınmaz malikleri lehine olarak ilk taksitin asgari sınırı, altıda birden beşte bire

çıkarılmıştır. Dolayısıyla kural, 2942 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, taksitlendirmenin şartları bakımından da Anayasa'ya aykırılık olmadığı anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde, kuralın (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrası arasında çelişki bulunduğu ileri sürülmüşse de bir yasa kuralı bir başka yasa kuralına göre ve onun varlığı ya da yokluğu gözetilerek değil, ancak ilgili Anayasa kuralına göre değerlendirilerek denetlenebilir. Kanun koymak, değiştirmek, kanunu yürürlükten kaldırmak ve yerindeliğini takdir etmek, tümüyle kanun koyucunun yetkisi içindedir ve kanunlar arasında uyum ve uygunluk kanun koyucu tarafından gözetilmesi gereken hususlardır. Bu nedenle, dava dilekçesinde ileri sürülen, dava konusu kuralların yürürlükteki diğer kanun hükümleri ile uyumlu olmadığı iddiasının anayasaya uygunluk denetiminde esas alınabilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki (2) numaralı fıkrada yer verilen "*Üzerindeki bina yıkılmış olan arsanın maliklerine yapılan tebligatı takip eden otuz gün içinde en az üçte iki çoğunluk ile anlaşma sağlanamaması hâlinde, gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar için Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından acele kamulaştırma yoluna da gidilebilir.*" şeklindeki hükümde belirtilen süre, (1) numaralı fıkra uyarınca malikler tarafından anlaşma yapılabilmesi için belirlenen azami süreye ilişkin olup iki fıkra arasında bir çelişki de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- (3) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, son bir yıl içinde taşınmazda ikamet edenlere kredi veya konut sertifikası verilebileceğine ilişkin ifadenin belirli olmadığı, Bakanlığa ucu açık takdir yetkisi verdiği ve ayrımcı uygulamalara zemin oluşturduğu, eşitlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, "*anlaşma ile tahliye edilen, yıktırılan veya kamulaştırılan yapıların maliklerine ve malik olmasalar bile bu yapılarda kiracı*

veya sınırlı ayni hak sahibi olarak en az bir yıldır ikamet ettiği veya bunlarda işyeri bulunduğu tespit edilenlere" konut, işyeri, arsa veya dönüşüm projeleri özel hesabından kredi veya mülkiyet ya da sınırlı ayni hak sağlayan ve usul ve esasları Bakanlıkça belirlenen "*konut sertifikası*"; bu kişilerden "*konutunu ve işyerini kendi imkânları ile yapmak veya edinmek isteyenlere*" "*kredi*" verilebileceği; "*775 sayılı Kanun'a göre yoksul veya dar gelirli olarak kabul edilenlere*" verilecek olan konut veya işyerlerinin, Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından, 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'da belirtilen usul ve esaslar uyarınca borçlandırma suretiyle de sağlanabileceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu kuralla, Kanun'un amacının gerçekleştirilmesini kolaylaştırmak amacıyla anlaşma ile tahliye edilen, yıktırılan veya kamulaştırılan yapıların maliklerine ve malik olmasalar bile bu yapılarda ikamet edenlere bazı kolaylıklar sağlanmıştır. Sağlanan kolaylıklar ve bunun şartları kuralda belirtilmiştir.

Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 8., 11., 13., 36., 56., 57., 125. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

4- (4) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, "*gerekli görüldüğünde*" şeklinde belirsiz ibareye yer verilmesinin keyfi uygulamaların önünü açtığı, "*Bakanlar Kurulu kararı ile sosyal donatı ve altyapı harcamaları uygulama maliyetine dahil edilmeyebilir*." biçimindeki istisnanın, genel olarak sosyal donatı ve altyapı harcamalarının maliyete ekleneceğini gösterdiği, bunun riskli olduğu için evleri yıktırılan geniş kesimlerin büyük miktarlarda borçlandırılması anlamına geldiği gibi, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri ile çeliştiği, somut bir ölçüt konulmadan, Bakanlar Kurulunun takdirine bırakılan fiyat farklılaştırmasının ayrımcı sonuçlar yaratabilecek nitelikte olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 65. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, riskli alanlarda, rezerv yapı alanlarında ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlar üzerinde yapımı gerçekleştirilen konutların bedellerinin, gerekli görüldüğünde, proje uygulamalarının yapıldığı illerdeki mevcut ekonomik durum, tabii afetin ortaya çıkardığı durumlar, konut rayiç ve enkaz bedelleri ile uygulama alanındaki kişilerin mal varlığı ve geliri göz önünde bulundurularak Bakanlar Kurulu kararı ile yapım maliyetlerinin altında tespit edilebileceği, sosyal donatı ve altyapı harcamalarının uygulama maliyetine dâhil edilmeyebileceği hükme bağlanmıştır.

Kural, Kanun'un uygulama alanları olan riskli alanlar, rezerv yapı alanları ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlar üzerinde bulunan riskli yapıların yıkımından sonra yeni yapılacak konutların bedellerinin, bazı özel durumlarda yapım maliyetinin altında belirlenmesi, sosyal donatı ve alt yapı harcamalarının uygulama maliyetine dâhil edilmemesi hususunda Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanımaktadır.

Bakanlar Kurulunun bu yetkisini kullanırken hangi durumları dikkate alacağı kuralda düzenlenmiştir. Bunlar; "*proje uygulamalarının yapıldığı illerdeki mevcut ekonomik durum*", "*tabii afetin ortaya çıkardığı durumlar*", "*konut rayiç ve enkaz bedelleri*" ile "*uygulama alanındaki kişilerin mal varlığı ve geliri*"dir. Hangi yetkinin, hangi merci tarafından ve hangi kriterler dikkate alınarak kullanılacağı açıkça düzenlenmiş olan dava konusu kuralın belirsiz olduğu söylenemez.

Diğer taraftan Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet, "*insan onuru*"nun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti tesis etmeye çalışır. Vatandaşlarına asgari bir yaşam standardı sağlamayı kendisine görev bilen sosyal devlet, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, sosyal ve ekonomik açıdan dezavantajlı olanları gözeterek sosyal adaleti sağlayan devlettir. Ancak, sosyal devlet anlayışı bireylerin her türlü ihtiyacının bedelsiz olarak karşılanmasını gerektirmemektedir. Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca, Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir. Devletin her birey yönünden maliyetin

altında konut bedeli belirleme ve kimi harcamaları maliyete dâhil etmeyerek aradaki farkı bütçeden karşılama şeklinde bir zorunluluğu bulunmamaktadır.

Ekonomik durumları ve afete maruz kalmış olmaları gözetilerek kimi iller ve bireyler yönünden Kanun'da belirtilen uygulamalar kapsamında yapılacak konutların bedellerinin maliyetin altında tespit edilmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi, Anayasa'nın 2. ve 5. maddesinde yer verilen ve toplumun ekonomik yönden nispeten dezavantajlı kesimlerinin korunmasını sağlamayı da amaçlayan sosyal devlet ilkesinin bir gereğidir.

Kaldı ki Anayasa Mahkemesinin 18.10.2012 günlü, E.2010/82, K.2012/159 sayılı kararında ifade edildiği üzere, yol, elektrik, su, kanalizasyon, iletişim, doğalgaz vb. klasik altyapı ile halkın dinlenme, eğlenme ve bilgilenme gibi ihtiyaçlarının giderildiği sosyal altyapının yapılması, bunların yapıldığı yerlerdeki taşınmazların değerinde önemli bir artış meydana getirmektedir. Bu artış nedeniyle taşınmaz maliklerinin alt yapı giderlerine katılmaları hâlinde bireylerin çıkarları ile kamunun çıkarları arasında hakkaniyete dayalı bir denge kurulmuş olmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 65. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 7., 6., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

5- (5) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, Bakanlık lehine verilen yetkiler nedeniyle bir yetki temerküzü oluştuğu, mahallî idarelerin yetkilerinin önemli bir bölümünün ortadan kaldırıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarında yapılacak uygulamalarda yararlanılabilecek alternatif usuller öngörülmüş ve bu hususlarda Bakanlığın yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre, Bakanlık:

a- Riskli yapılara, rezerv yapı alanlarına ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlara ilişkin her tür harita, plan, proje, arazi ve arsa düzenleme işlemleri ile toplulaştırma yapmaya,

b- Bu alanlarda bulunan taşınmazları satın almaya, ön alım hakkını kullanmaya, bağımsız bölümler de dâhil olmak üzere taşınmazları trampaya, taşınmaz mülkiyetini veya imar haklarını başka bir alana aktarmaya,

c- Aynı alanlara ilişkin taşınmaz mülkiyetini anlaşma sağlanmak kaydı ile menkul değere dönüştürmeye,

ç- Kamu ve özel sektör işbirliğine dayanan usuller uygulamaya, kat veya hasılat karşılığı usulleri de dâhil olmak üzere inşaat yapmaya veya yaptırmaya, arsa paylarını belirlemeye,

d- 634 sayılı Kanun'daki esaslara göre paylaştırmaya, payları ayırmaya veya birleştirmeye, 4721 sayılı Kanun uyarınca sınırlı ayni hak tesis etmeye,

yetkilidir.

(ç) bendinde belirtilen uygulamalar, 4734 sayılı Kanun'a tabi idareler ile iş birliği içinde veya gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri ile özel hukuka tabi anlaşmalar çerçevesinde de yapılabilir.

Anayasa Mahkemesinin 29.11.2012 günlü, E.2011/100, K.2012/191 sayılı ve 29.11.2012 günlü, E.2011/106, K.2012/192 sayılı kararlarında, dava konusu kuralda belirtilenlerle aynı veya benzer yetkilerin afet riski altında olan alanlarla sınırlı olmadan Bakanlığa verilmesini düzenleyen 644 ve 648 sayılı KHK'ların ilgili kuralları Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesinin anılan kararları da dâhil önceki kimi kararlarında ifade edildiği üzere, Anayasa'da merkezî idare ya da mahallî idarelere ait olduğu konusunda bir kurala yer verilmeyen ancak özel kanunlarında mahallî idarelere verilmiş yetkileri kullanacak mercilerin ihtiyaçlara göre yeniden belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural

Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

6- (6) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, Bakanlığa, plan yaparken özel standart belirleme yetkisi verilmesinin, riskli yapıların bulunduğu alanlar ile rezerv yapı alanlarında 3194 sayılı Kanun ve yönetmeliklerle belirlenen uyulması zorunlu teknik ve sosyal altyapı standartlarına uyulmayabileceği anlamına geldiği, bunun planlı ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Bakanlığa, riskli alanlardaki ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarda faydalanılmak üzere özel kanunlar ile öngörülen alanlara ilişkin olanlar da dâhil, her tür ve ölçekteki planlama işlemlerine esas teşkil edecek standartları belirleme, gerek görülmesi hâlinde bu standartları plan kararları ile tayin etme, özel standartlar ihtiva eden planlar yapma, onaylama ve kent tasarımları hazırlama yetkisi verilmiştir.

Anayasa'nın 5. maddesiyle kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ödevi Devlete verilirken, 56. maddesiyle de herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır.

İmar mevzuatıyla getirilen düzenlemeler, Devlete verilen bu görevlerin yaşama geçirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesi, belli bir plan ve program çerçevesinde gözetim ve denetim ile gerçekleşebilir. Anayasa'da yer alan "*sağlıklı ve dengeli çevre*" kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği ve belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin gireceği kuşkusuzdur.

Dava konusu kuralla, Bakanlığa verilen yetkilerin imar mevzuatındaki kısıtlamalara uyulmaksızın kullanılabilmesine imkân tanıyan ve bu mevzuat kapsamında denetimi olanaksız hâle getiren bir hükme yer verilmemiştir. Kural sadece "*her tür ve ölçekteki planlama işlemlerine esas teşkil edecek standartları belirleme*", "*bu standartları plan kararları ile tayin etme*", "*özel standartlar ihtiva eden planlar yapma, onaylama ve kent tasarımları hazırlama*" yetkisi vermekte ve bu yetkiyi de riskli alanlar ve rezerv yapı alanlarındaki uygulamalarla sınırlandırmaktadır. Aksine açık bir düzenlemeye yer verilmediğinden, Bakanlık anılan yetkileri kullanırken başta 3194 sayılı Kanun olmak üzere imara ilişkin düzenleme içeren kanunlarda belirtilen sınırlamalara uygun hareket etmek zorundadır. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere dava konusu kuralın amacının, plânlama işlemlerine esas teşkil edecek standartların "*Kanun kapsamındaki uygulamaların özelliği gözetilerek*" belirlenmesinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Bakanlığın, imar mevzuatındaki sınırlamalar dâhilinde olmak kaydıyla Kanun kapsamındaki uygulamaların özelliğini gözeterek dava konusu kuraldaki yetkileri kullanmasında Anayasa'ya aykırı yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 57., 123., 125. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

7- (7) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, mahallî idarelere "*veya*" bağlacından sonra yer verilmesi nedeniyle bunların dönüştürmeye tabi tutulan taşınmazların değerleme sürecinden dışlandıkları, bunun ise istenilen mahallî idarelerle çalışılarak ayrımcı uygulamaların geliştirilebilmesi sonucunu doğuracağı, keyfiliğe açık bu belirsizliğin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çelişeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, dönüştürmeye tâbi taşınmazların değer tespiti işlemleri düzenlenmektedir. Buna göre, Kanun çerçevesinde dönüştürmeye tabi tutulan taşınmazların, üzerindeki köhnemiş yapılar da dâhil olmak

üzere, muhdesatı ile birlikte değer tespiti işlemleri ve dönüşümle oluşacak taşınmazların değerlemeleri Bakanlık, TOKİ veya idarece yapılır veya yaptırılır.

Kanun'un 6. maddesinin (12) numaralı fıkrasıyla, Kanun kapsamındaki uygulamalar yönünden asıl yetki Bakanlığa verilmiş, TOKİ veya idarenin bunları yapabilmeleri Bakanlığın yetkilendirmesine tabi kılınmıştır. Dönüştürmeye tâbi taşınmazların değer tespiti işlemleri de ancak Bakanlığın yetkilendirmesi hâlinde idare tarafından yapılabilecektir. Buna uygun olarak dava konusu kuralda, "*Bakanlık, TOKİ*" ibarelerinden sonra gelen "*idare*" ibaresinden önce "*veya*" ibaresine yer verildiği anlaşılmaktadır.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

8- (8) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, riskli alan ve rezerv yapı alanı dışında olup da Kanun'un öngördüğü amaçlar bakımından güçlendirilebileceği teknik olarak tespit edilen yapılar için, Bakanlar Kurulunca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde Bakanlıkça dönüşüm projeleri özel hesabından güçlendirme kredisi verilebileceği hükme bağlanmıştır.

Uygulama alanları dışında olan yapıların güçlendirilmesi için bireylere kredi imkânının tanınması, sosyal devlet ilkesi ile sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının bir gereği olup kuralın, Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 57., 123., 125. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

9- (9) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, altmış gün olan idari dava açma süresinin otuz güne düşürülmesinin hak arama hürriyetini sınırlandırdığı, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan ve yürütmeyi durdurma kararı verilmesinin yasaklanmasına imkân tanıyan hâllerin, Kanun'un uygulanması bakımından söz konusu olmadığı, dönüşüm uygulamalarının en az on yıl süresince devam edeceği düşünüldüğünde Anayasa'nın bu hükmüne dayanılmasının anlamsız olacağı ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, yürütmeyi durdurma kararının hangi şartlarda verileceğinin 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde düzenlendiği ve her olayın özelliğine göre hâkim tarafından karar verilmesi gerektiği, bu konuda önceden bir düzenleme yapılmasının, yargının yetki alanına müdahale anlamı taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a- Birinci Cümle

Dava konusu kuralın birinci cümlesiyle, Kanun'a göre tesis edilen idari işlemlere karşı, tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde 2577 sayılı Kanun uyarınca dava açılabileceği hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinde, "*özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hâllerde*", Danıştayda ve idare mahkemelerinde dava açma süresinin "*altmış gün*" olduğu düzenlenmiştir. Kuralla, Kanun'a göre tesis edilen idari işlemler yönünden bu süre "*otuz*" güne indirmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ile "*yargılama usullerinin*" kanunla düzenleneceği kurala bağlanmış, yargılama usullerini belirleme konusunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanınmıştır. Dava açma süresini belirleyen kurallar da yargılama usulüne ilişkindir. Bununla birlikte kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken Anayasa'da belirtilen ilkelere uygun davranması gerekir. Bunlardan biri de adil yargılanma hakkı kapsamında korunan "*mahkemeye erişim*" hakkıdır.

Dava açma sürelerine ilişkin kurallar, mahkemeye erişim hakkını sınırlandıran kurallardır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, kanun koyucu, dava açma süresine ilişkin düzenleme yaparken Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır.

Dava konusu kuralın birinci cümlesinde, otuz güne düşürülen dava açma süresinin "*tebliğ tarihinden itibaren*" işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. 2577 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca Danıştay ve idare mahkemelerine dava açılabilmesi için; dava dilekçesinin verilmesi, dava konusu kararın ve belgelerin asılları veya örneklerinin dava dilekçesine eklenmesi gerekir. Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılacak davalarda, tebliğden itibaren başlayacak otuz günlük süre, Kanun kapsamında yapılacak uygulamaların hızlı bir süreç içinde gerçekleştirilmesi amacı da dikkate alındığında, dava dilekçesinin hazırlanması ve eklerinin temin edilmesini imkânsız kılacak veya büyük ölçüde güçleştirecek kadar kısa olmayıp mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 56., 57., 123. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b- İkinci Cümle

Dava konusu kuralın ikinci cümlesiyle, Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilmiş; beşinci fıkrasında ise idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği kurala bağlanmıştır. Böylelikle idarenin eylem ve işlemlerine karşı etkili bir yargı denetimi sağlanması amaçlanmıştır.

Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürümesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması olmakla birlikte, bu durum, idari işlemin iptal kararına kadar mevcudiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasıyla, üstün kamu yararının bulunduğu kimi durumlarda, yürütmenin durdurulmasına karar verilmesine istisna getirilebileceği öngörülmüştür. Buna göre, yürütmenin durdurulması kararı verilmesi olağanüstü hâl, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâli ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlanabilir.

Dava konusu kuralın gerekçesinde, Kanun'un temel amacının can ve mal emniyetini temin etmek olduğu, Kanun'un öngördüğü iş ve işlemlerin plânlanan şekilde ve zamanında gerçekleştirilmemesinin bireylerin yaşam hakkının afet riski nedeniyle tehlike altında olması hâlinin devam etmesi anlamına geleceği, bu nedenle Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğinin hükme bağlandığı belirtilmiştir.

Ancak, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen nedenlerden birine dayanılması, kanun koyucuya, yürütmenin durdurulması

kararı verilmesine istisna getirme konusunda sınırsız yetki vermez. Zira, Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilecektir. Bu nedenle, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirilebilmesi için açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari davanın sonuçlanmasına kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkânsız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak üstün bir kamu yararının bulunması gerekir.

Kanun'un 1. maddesi ve genel gerekçesi dikkate alındığında, Kanunla, genel sağlığa zarar veren gerçekleşmiş olayların sonuçlarının derhal giderilmesinin ya da can ve mal güvenliğine yönelik yakın ve kesin tehlikelerin derhal önlenmesinin değil; afet riski altındaki alanların, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun dönüşümü sağlanarak sağlıklı ve dengeli bir çevre hâline getirilmelerinin, böylelikle ileride gerçekleşmesi muhtemel can ve mal kayıplarının önüne geçilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Kanun uyarınca yapılacak idari işlemler yönünden yürütmeyi durdurma kararı verilmesine istisna getirilmesinde, açıkça hukuka aykırı olan bir idari işlemin, idari davanın sonuçlanmasına kadar davanın tarafı olan bireyler üzerinde doğuracağı telafisi güç veya imkânsız zararın göz ardı edilmesini meşru kılacak, derhal gerçekleşmesi gereken üstün bir kamu yararı bulunduğu söylenemez.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla, bireylerin, hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa'ya aykırı olarak yoksun bırakıldıkları sonucuna varılması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN ve Zühtü ARSLAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 56., 57., 123. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

10- (10) Numaralı Fıkra

Ek dava dilekçesinde, adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligatın muhataplarına yapılmış sayılacağının öngörülmesinin, 7201 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır."* hükmü ile 28. maddesindeki ilanen tebligata ilişkin kuralların uygulanmasını ortadan kaldıracağı, 5490 sayılı Kanun'un 49., 50. ve 51. maddelerinde düzenlenen "*adrese dayalı nüfus kayıt sistemi*"nin tek başına kullanılabilecek kesinlik ve güvenirlik taşımaktan uzak olduğu, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı, hukuk güvenliğini ortadan kaldıracağı, mülkiyet hakkını konu alan iş, işlem ve faaliyetlerin muhataplarına tebligatının bu alandaki özel kanuna istisna oluşturacak şekilde düzenlenmesinde kamu yararı bulunmadığı, mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldıran ve elverişlilik, gereklilik ve orantılılık gibi üç alt bileşeni olan ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan düzenleme yapıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılacak tebligatlar, 7201 sayılı Kanun hükümlerine tâbidir. Anılan Kanun'un 10. maddesi uyarınca tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır. Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır.

Dava konusu kuralla, Kanun uyarınca yapılacak iş ve işlemlere ilişkin olarak "*adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere*" yapılan tebligatın, muhataplarına yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla anılan fıkrada, genel olarak tebligat usulünde geçerli olan öncelikle "*bilinen son adrese*" tebligat yapılması aşamasına yer verilmemiştir.

Adres kayıt sistemi, 5490 sayılı Kanun'un 48 ila 53. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan kurallar uyarınca, sistemdeki adres bilgilerinin sürekli güncellenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bilinen son adres ile adres kayıt sistemindeki adres genelde aynı olacak, dava konusu kural ile 7201 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının sonuçları değişmeyecektir.

Bununla birlikte, adres değişikliğinin adres kayıt sistemine bildirilmesinin unutulduğu veya sistemin güncellenmesinde idareden kaynaklanan gecikme olduğu durumlarda, adres kayıt sistemindeki adres ile idari işlemi yapacak ilgili kuruma bildirilen son adres farklı olacaktır. Böyle bir durumda, ilgili kurum, dava konusu kural uyarınca, kendisine bildirilen son adres yerine, bireyin ikamet etmediği adres kayıt sisteminde bulunan eski adresine tebligat yapmak zorunda kalacaktır. Dava açma sürelerinin, idari işleme ilişkin yazılı bildirimin yapıldığı tarihi izleyen günden başladığı dikkate alındığında, bu şekilde uygulama yapılması, bireylerin haklarındaki işlemden haberdar olamamaları, dava açma sürelerini kaçırmaları ve hukuka aykırı olduğunu düşündükleri işlemlere karşı yargı yoluna başvuramamaları sonucunu doğurabilir. Bu sonuç, hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkı kapsamında olan mahkemeye erişim hakkıyla bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

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

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

11- (11) Numaralı Fıkra

Ek dava dilekçesinde, Kanun'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre, Maliye Bakanlığınca Bakanlığa tahsis edilecek veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye veya idareye bedelsiz olarak devredilebilecek taşınmazların, riskli alanlarda ve rezerv yapı alanlarında bulunan Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar olduğu, buna göre söz konusu taşınmazlar üzerinde Kanun kapsamında yapılacak uygulamalara bağlı olarak meydana gelen taşınmazların da Hazine, Bakanlık, TOKİ ya da idarenin mülkiyetinde veya tasarrufunda olacağı, dolayısıyla söz konusu taşınmazların, anılan kurumlar tarafından elden çıkarılmasının ihaleyle olması gerektiği, gerçek ve tüzel kişilerle yapılacak anlaşma sonucu bu kişilerin adına tapuda tescile konu olamayacakları, kuralla diğer hukuki düzenlemeler arasında çelişki oluşturulduğu ve Hazinenin özel mülkiyetindeki alanların mülkiyetinin gerçek ve tüzel kişilere devri öngörülerek mülkiyet hakkına tecavüz edildiği

belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Kanun hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı tarafından Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılan veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye veya idareye devredilen taşınmazlar üzerinde Kanun kapsamındaki uygulamalara bağlı olarak meydana gelen yeni taşınmazların, Bakanlığın, TOKİ'nin veya idarenin isteği üzerine, kendileri ile anlaşma sağlanan gerçek kişiler veya mirasçıları ile tüzel kişiler adına tapuya tescil olunacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 3. maddesinde, Kanun'un amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere riskli alanlarda ve/veya rezerv yapı alanlarındaki kamuya ait taşınmazların Bakanlığın tasarrufuna bırakılması ya da TOKİ ve idareye bedelsiz devredilebilmesine imkân tanınmıştır. Kanun'un amaçları çerçevesinde yapılacak uygulama işlemlerinin neler olduğu da Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bunlardan biri de dava konusu kuralla düzenlenen işlemdir.

Ormanlar gibi özel mülkiyete konu olma olanağı bulunmayan belli taşınmazlar dışındaki kamuya ait taşınmazların mülkiyetinin özel hukuk kişilerine ne şekilde devredileceğine ilişkin Anayasa'da bir hüküm bulunmamaktadır. Bu husus, anayasal ilkelerin gözetilmesi şartıyla kanun koyucunun takdirindedir.

4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da, Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazların satış, kira gibi yöntemlerle ekonomiye nasıl kazandırılacağı düzenlenmiş, bu kapsamda ihale ve doğrudan satış gibi usuller benimsenmiştir. Kanun koyucu dava konusu kuralla Hazineye ait taşınmazların devri bakımından farklı bir usul benimsemiştir.

Aynı konuyu düzenleyen iki farklı kanun hükmünün bulunması, tek başına hukuki güvenliği ve dolayısıyla belirlilik ilkesini ihlal eden bir durum değildir. Bu durumda kural olarak hangi kuralın geçerli olduğu, uygulayıcı idareler ve yargı organları tarafından "*genel-özel hüküm*" ve "*önceki-sonraki*

hüküm"e ilişkin genel hukuk ilkelerinden hareketle tespit edilir. Ancak bu ilkelerin uygulanmasına rağmen kesin bir sonuca ulaşılamaması ve bu durumun kamu düzenini tehdit edecek boyutta belirsizliğe yol açması durumunda hukuki belirlilik ilkesinin ihlalinden söz edilebilir.

Dava konusu kural kapsamındaki taşınmazlar bakımından Kanun hükümleri, 4706 sayılı Kanun hükümlerine göre hem özel hem de sonraki kanun niteliğinde olduğundan, uygulanacak kanunun belirlenmesi bakımından ortada bir sorun bulunmamaktadır.

Diğer taraftan mülkiyet hakkı, Anayasa'nın "*Temel Hakları ve Ödevler*" başlığını taşıyan ikinci kısmında yer alan 35. maddede düzenlenmiştir. Temel haklar, bireylere tanınmış haklar olup bunlar doğaları gereği kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamazlar.

Bununla birlikte, bu durum, kamuya ait taşınmazların Anayasa'da korunmadığı anlamına gelmemektedir. Anayasa'nın 169. maddesinde ormanlar bakımından öngörülen düzenlemede olduğu gibi bazı kamu malları üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmış olabilir. Öte yandan idarenin her işleminde olduğu gibi kamuya ait taşınmazlar üzerinde yapılacak tasarrufların da kamu yararına olması gerekir. Dolayısıyla Devlet, kamuya ait taşınmazlar üzerinde, kamu yararını gözetmek ve Anayasa'nın özel maddelerinde yer alan güvence hükümlerini dikkate almak kaydıyla üstün yetkilerini kullanarak istediği hukuki düzeni kurabilir.

Kanun'un amacı, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemedir. Dava konusu kural kapsamındaki uygulama işlemi de bu amacı temin için öngörülmüştür. Dava konusu kural kapsamındaki taşınmazlar, Anayasa'da özel olarak güvence altına alınan yerlerden de değildir. Dolayısıyla Kanun hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı tarafından Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılan veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye veya idareye devredilen taşınmazlar üzerinde Kanun kapsamındaki uygulamalara bağlı olarak meydana gelen taşınmazların, Bakanlığın, TOKİ'nin veya idarenin isteği üzerine, kendileri ile anlaşma sağlanan gerçek kişiler veya mirasçıları ile tüzel kişiler adına tapuya tescil edilmesi hususu kanun koyucunun takdirindedir.

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

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

12- (12) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, yasama yetkisinin devri sonucunu doğuracak ve idarenin kanuniliği ilkesini zedeleyecek şekilde Bakanlığa sınırları belirsiz düzenleme ve uygulama yetkisi verildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57., 123., 125. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Bakanlığın, Kanun'da belirtilen iş ve işlemlere ilişkin olarak TOKİ'ye veya idareye yetki devrine, bu iş ve işlemlerden hangilerinin TOKİ veya idare tarafından yapılacağını belirlemeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "*…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…*" ibaresinin incelenmesi sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 8., 10., 11., 13., 36., 56., 57. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 7. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendi ile (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- (1) Numaralı Fıkranın (b) Bendi

Dava dilekçesinde, orman alanına müdahalelerin riskli yapılar gerekçe gösterilerek meşrulaştırıldığı, kuralın kamu yararı amacı taşımadığı, elde edilecek gelirlerin ne kadarının riskli yapıların yenilenmesi için kullanılacağına ilişkin somut bir değere yer verilmediği, Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek miktarın alt sınırının tespit edilmediği, ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan yetkinin, asli düzenleme yetkisinin devri

niteliğinde olduğu belirtilerek dava konusu kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 90. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Kanun'da öngörülen amaçlar için kullanılmak üzere dönüşüm gelirleri arasında; ilgili yıl genel bütçesinin (B) işaretli cetvelinde özel gelir olarak öngörülecek ve gerçekleşmesine bağlı olarak gelir kaydedilecek kalemler arasında, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendine göre Hazine adına orman dışına çıkarılan yerlerin satışından elde edilen gelirlerin yüzde doksanını geçmemek üzere Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen orana tekabül eden tutar da sayılmıştır.

6831 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde, orman sayılan yerlerden 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş yerlerden; tarla, bağ, bahçe, meyvelik, zeytinlik, fındıklık, fıstıklık (Antep fıstığı, çam fıstığı) gibi çeşitli tarım alanları veya otlak, kışlak, yaylak gibi hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler ile şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerleşim alanlarının orman sınırları dışına çıkartılacağı düzenlenmiştir. Anılan maddenin ikinci fıkrasında ise orman sınırları dışına çıkartılan bu yerlerin Devlete ait ise Hazine adına, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumlarına ait ise bu kurumlar, özel orman ise sahipleri adına orman sınırları dışına çıkartılacağı, uygulama kesinleştikten sonra tapuda kesin tashih ve tescil işleminin yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Bu şekilde Hazine adına orman dışına çıkarılan yerlerin satışı, 6292 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi ve Hazine Adına Orman Sınırları Dışına Çıkarılan Yerlerin Değerlendirilmesi İle Hazineye Ait Tarım Arazilerinin Satışı Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir. Dava konusu kuralın anılan yerlerin satışıyla ilgisi bulunmamaktadır. Kural, bunların anılan Kanun uyarınca satışından elde edilen gelirin bir kısmının Kanun'da öngörülen amaçlar için kullanılmasıyla ilgilidir.

Anayasa'nın 169. maddesinde, anılan yerlere ilişkin olarak "*Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31/12/1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya*

hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz." denilmiş, orman dışına çıkarılan yerlerin satışından elde edilen gelirlerin kullanılmasının usul ve esasları düzenlenmemiştir. Dolayısıyla bu hususun kanun koyucunun takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu, takdir yetkisini kullanarak ve belli bir üst sınır belirleyerek, bu sınır dâhilinde orman dışına çıkarılan yerlerin satışından elde edilen gelirlerden afet riski altındaki alanların dönüştürülmesinde kullanılacak miktarı belirleme yetkisini Bakanlar Kuruluna vermiştir. Belli bir meblağın kullanılması yetkisi verildiğinde, idarenin takdir yetkisinin sınırlandırılması için önemli olan üst sınırın gösterilmiş olmasıdır. Kullanılacak miktarın alt sınırının düzenlenmemiş olması belirsizlik oluşturmaz.

Diğer taraftan bütçeye gelir kaydedilen miktarın ne kadarının Kanun'un uygulanması kapsamındaki hangi iş ve işlemlerde kullanılacağı, bu arada riskli yapıların yeniden yapılmasında kullanılacak miktarın ne kadar olacağı uygulamalar sırasında belirlenebilecek teknik hususlar olup kural kapsamında bunlara yer verilmemiş olması yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 8., 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- (9) Numaralı Fıkra

Ek dava dilekçesinde, dava konusu kuralla getirilen istisnanın, sadece haklı gerekçeye dayanan dönüşüm alanlarını değil, rezerv yapı alanlarında yapılacak uygulamaları da kapsadığı, yeni yerleşim alanı olarak kullanılacak rezerv yapı alanları ile olağan imar alanları arasında haklı nedene dayanan bir farkın bulunmadığı, bu nedenle, rezerv yapı alanlarının her türlü vergilerden istisna tutulmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Kanun uyarınca yapılacak olan işlem, sözleşme, devir ve tesciller ile uygulamaların, noter harcı, tapu harcı, belediyelerce

alınan harçlar, damga vergisi, veraset ve intikal vergisi, döner sermaye ücreti ve diğer ücretlerden; kullandırılan krediler sebebiyle lehe alınacak paraların ise banka ve sigorta muameleleri vergisinden müstesna olduğu hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca vergilendirmede genel kural, "*kanunla*" belirlenmiş olmadır. Kanunla belirlenmiş konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınabileceği gibi bunlar vergi dışı bırakılabilir ya da bir kısım vergilerden vazgeçilebilir. Vergi, resim ve harç ile ilgili kanunlarda "*sosyal*", ekonomik, mali ve kültürel amaçlı birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, kanun koyucunun takdirine bağlıdır. Ancak bu takdir yetkisi kullanılırken Anayasa'daki kurallara uygun hareket edilmelidir. Bu kurallardan biri de Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesidir.

Kanun koyucunun, dava konusu kuralla bazı vergi, harç ve ücretler yönünden istisna getirerek, sosyal devlet ilkesi ile sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkını hayata geçirmek için afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi çerçevesinde yapılacak uygulamaları teşvik etmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

Afet riski altındaki alanlar ile gerektiğinde bu alanlardaki yerleşim merkezlerinin nakledileceği rezerv yapı alanlarında, Kanun kapsamında yapılacak uygulamaların muhatapları ile olağan imar uygulamalarına konu yerlerde genel hükümlere göre yapılacak uygulamaların muhataplarının hukuki statüleri aynı değildir. Sosyal devlet ilkesi gözetilerek Kanun kapsamındaki uygulamaların muhataplarına vergi, harç ve ücretlerden istisna tanınması eşitlik ilkesini zedelemez.

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

G- Kanun'un 8. Maddesinin (1), (3) ve (7) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

1- (1) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, Kanun kapsamında ülke genelinde yapılacak yenileme ve dönüşüm çalışmalarındaki alımların ve yapım işlerinin

ihalelerinin katılımı ve rekabeti arttıracak biçimde yapılması yerine, sübjektif değerlendirmelere dayalı firma seçimleriyle yapılmasının eşitlik ve şeffaflığın gözetilmeyeceği anlamına geldiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 5., 10., 65., 163. ve 166. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla 4734 sayılı Kanun yürürlüğe konulmuştur. Anılan Kanun'un 18. maddesinde, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak ihale usulleri; "*açık ihale usulü*", "*belli istekliler arasında ihale usulü*" ve "*pazarlık usulü*" olarak sayılmış; 5. maddesinin dördüncü fıkrasında açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu, diğer ihale usullerinin Kanun'da belirtilen özel hâllerde uygulanabileceği kurala bağlanmış; diğer usuller arasında yer alan pazarlık usulünün kullanılabileceği özel hâller ise Kanun'un 21. maddesinde düzenlenmiş; anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, "*Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması*" bu özel hâllerden biri olarak kabul edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca, anılan bentte belirtilen istisnai hâllerde ilan yapılması zorunlu olmayıp en az üç isteklinin davet edilmesi, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri yeterlidir.

Dava konusu kuralla, Kanun uyarınca kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin, 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden sayılacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Kanun uyarınca kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde, 4734 sayılı Kanun'da belirlenen temel ihale usullerinden açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulleri değil, özel bazı hâllerde uygulanan "*pazarlık usulü*" uygulanacaktır.

Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından, kanun koyucunun bazı mal

ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, bir mal ve hizmet alımı ihalesinin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen usullerin dışına çıkarılırken, kamu yararının gerektirdiği haklı nedenlerin bulunması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Dava konusu kuralın madde gerekçesinde, "*Kanun'un öngördüğü her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği ve âciliyeti sebebiyle*" anılan düzenlemeye gerek görüldüğü ifade edilmiştir. Kanun, bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının temin edilmesi, bu suretle can ve mal güvenliklerinin sağlanması için afet riski altındaki bölgelerin dönüştürülmesini amaçlamaktadır. Ülkemizin afetlere maruz kalma riskinin yüksekliği, buna karşılık mevcut yapı stokunun afetlere dayanıklılığının düşük olması, kuşkusuz bu konuda hızlı tedbir alınmasını gerekli kılmaktadır. Buna göre, Kanun'a göre yapılacak uygulamalar kapsamında ihtiyaç duyulan mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin hızlandırılmasında kamu yararı bulunduğu açıktır.

Bununla birlikte, Kanun'un ülkemizdeki yapı stokunun büyük bir bölümünü dönüştürmeyi amaçladığı, kuralın sadece mal ve hizmet alımını değil yapım işlerini de kapsadığı dikkate alındığında, böyle geniş bir alanda uygulanacak ve yüksek meblağların ödenmesini gerektirecek alım ve yapım işlerinde saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimi ilkelerine uyulmasında da kamu yararı bulunmaktadır. Kural kapsamındaki uygulamalar yönünden can ve mal güvenliğine yönelik gerçekleşmiş öngörülemeyen olaylar da söz konusu değildir. Dolayısıyla, Kanun uyarınca kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde, 4734 sayılı Kanun'da yer alan usullerle bağlı olmaksızın yeni alım ve yapım usulleri benimsemesi kanun koyucunun takdirinde ise de bu usullerin Kanun kapsamında yapılacak işlerin gerektirdiği hız ile yukarıda belirtilen ilkeleri birlikte karşılaması gerekir.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla belirlenen usulün, kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin niteliğinin gerektirdiği saydamlık, rekabet, güvenirlik ve kamuoyu denetimi ilkelerini yeterince karşıladığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 5., 10., 65., 163. ve 166. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- (3) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, bireylerin hakkını korumak için ortaya koyacağı tutumların suç sayıldığı ancak suç tipinin tanımlanmadığı ve bir yaptırımın öngörülmediği, ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye bırakılan böyle bir yetkinin, asli düzenleme yetkisinin devri niteliğinde olduğu, barınma hakkı direnişlerinin, zor kullanılarak ve cezalandırma tehditleriyle engellenmesinin hak arama hürriyetini engellediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralın birinci cümlesiyle, riskli yapıların tespiti, tahliyesi ve yıktırma iş ve işlemleri ile değerleme işlemlerini engelleyenler hakkında, işlenen fiil ve hâlin durumuna göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağı; ikinci cümlesiyle ise riskli yapıların tespiti, bu yapıların tahliyesi ve yıktırılması iş ve işlemlerine dair görevlerinin gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında, tabi oldukları ceza ve disiplin hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "*Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz.*"; üçüncü fıkrasında, *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur."* denilerek *"suç ve cezada kanunilik ilkesi"* düzenlenmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmakta olup 5237 sayılı Kanun'un 2. maddesinde aynı ilkeye yer verilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin zorunlu sonucu olarak, suç ve cezaya ilişkin kurallar belirli olmalıdır. Hukuk devletinin de temel ilkelerinden biri olan "*belirlilik ilkesi*", hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını gerektirir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Dava dilekçesinde ileri sürüldüğünün aksine dava konusu kuralın birinci cümlesinde, yeni bir suç tipi düzenlenmemiş, Kanun kapsamındaki bazı iş ve işlemleri "*engelleyenler*" hakkında 5237 sayılı Kanun'da zaten var olan suç tiplerine ilişkin hükümler uyarınca işlem yapılmak üzere Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulacağı kurala bağlanmıştır.

Dava konusu kuralda yer alan "*engelleme*" eylemi, 5237 sayılı Kanun'un 265. maddesinde "*görevi yaptırmamak için direnme*" adı altında suç olarak düzenlenmiş, anılan suçun tüm unsurlarına ve yaptırımına yer verilmiştir. Dolayısıyla dava konusu kuralla "*suç*" değil, "*suç duyurusu*" düzenlenmiş olduğundan, suçun unsurlarının ve yaptırımının düzenlenmesine gerek bulunmadığı açıktır.

Dava konusu kuralın ikinci cümlesinde ise Kanun kapsamında bazı iş ve işlemlere ilişkin görevlerinin gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri hakkında "*tabi oldukları ceza ve disiplin hükümleri*"nin uygulanacağı belirtilerek, ilgili düzenlemelere atıf yapılmakla yetinilmiş, herhangi bir ceza ve disiplin hükmüne yer verilmemiştir.

Kamu görevlilerinin görevin gereklerine aykırı hareket etmelerine ilişkin cezai hüküm, "*görevi kötüye kullanma*" suçuna ilişkin 5237 sayılı Kanun'un 257. maddesinde kapsamında düzenlenmiş ve orada suçun tüm unsurları ile yaptırımına yer verilmiştir. Söz konusu eyleme ilişkin disiplin hükümleri ise başta 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu olmak üzere ilgili kanunlarda kurala bağlanmıştır. Dolayısıyla dava konusu kuralın ikinci cümlesine yer verilmese de belirtilen cezai ve disiplin hükümlerinin, görevlerinin gereklerini yerine getirmeyen ilgili kamu görevlilerine uygulanması gerekmektedir. Sonuç olarak dava konusu kuralın ikinci cümlesinde, "*suç*" değil, "*suçu düzenleyen hükümlere atıf*" söz konusu olduğundan, suçun unsurlarının ve yaptırımının belirsizliğinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 5., 6., 7., 8., 10., 11. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- (7) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, kuralın, belirlilikten uzak olduğu, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 36. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, riskli yapıların tespit edilmesine veya ettirilmesine dair usul ve esaslar, risklilik kriterleri, riskli yapıların tespitinde ve itirazların değerlendirilmesinde görev alacak teknik heyet ve diğer komisyonlara dair usul ve esaslar ile Kanun'un uygulanmasına dair diğer usul ve esasların Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikler ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde riskli yapılara ilişkin tanım kapsamında "*risklilik kriterleri*"ne; 3. maddesinde ise "*riskli yapıların tespit edilmesine veya ettirilmesine dair usul ve esaslar*" ile "*riskli yapıların tespitinde ve itirazların değerlendirilmesinde görev alacak teknik heyet ve diğer komisyonlara dair usul ve esaslar*"ın genel çerçevesine yer verilmiştir. Dolayısıyla anılan hususlarda Bakanlığa verilen düzenleme yetkisinin sınırlarının kanunla belirlenmiş olduğu açıktır.

Diğer taraftan dava konusu kuralda, "*Kanun'un uygulanmasına dair diğer usul ve esaslar*"ın da Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikler ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri öngörülmektedir. Bakanlık, Kanun'da çerçevesi çizilmiş herhangi bir hükmün uygulamasını göstermek ve bu hükme aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilecektir. Dava konusu kural uyarınca çıkarılacak yönetmeliklerin gerekli şartları taşıyıp taşımadığı ise Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca yargı denetimine tabi olacaktır. Dolayısıyla dava konusu kuralın "*Kanun'un uygulanmasına dair diğer usul ve esaslar*"ın Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikler ile düzenleneceğine ilişkin bölümü yönünden de belirsizlik ve yasama yetkisinin devri söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi ile 3. maddesi yönünden belirtilen gerekçelerle, dava

konusu kural Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 6., 8., 11. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun'un 9. Maddesinin (1) ve (2) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

1- (1) Numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, Kanun uyarınca yapılacak planların imar mevzuatına tabi olmamasının, ülkemizin sahip olduğu doğal ve kültürel zenginlikleri koruma altına alan kuralların uygulanmasından vazgeçilmesi anlamına geldiği, anılan mevzuatta plan yapımına ilişkin getirilen hükümlerin sağlıklı yaşam çevrelerinin oluşturulması amacıyla belirlenmiş standartlar ve kurallar olduğu, 3194 sayılı Kanun'da ve ilgili diğer mevzuatta var olan kısıtlamalara ve askı ilan sürelerine uyulmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesinin halkın bilgilenme, katılım ve itiraz haklarını elinden aldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 10., 36., 125. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a- Birinci Cümle

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 7. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralın birinci cümlesiyle, Kanun uyarınca yapılacak olan planların, 3194 sayılı Kanun ile imara ilişkin hükümler ihtiva eden özel kanunlar da dâhil olmak üzere diğer mevzuatta belirtilen kısıtlamalara tabi olmadığı kurala bağlanmıştır.

İmar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmama, başta 3194 sayılı Kanun olmak üzere imara ilişkin düzenleme içeren kanunlar ve ikincil düzenlemelerdeki kısıtlamalarla bağlı olmamayı ifade eder. Bu düzenlemelerin amacı 3194 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, *"yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak"* olarak ifade edilmiştir. Bu amacın gerçekleşebilmesi, imar planlarının, ilgili

düzenlemelerde öngörülen yöntem, esas ve sınırlamalara uyulmak suretiyle hazırlanması, onaylanması ve değiştirilmesi hâlinde mümkün olacaktır.

Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerinde ifadesini bulan ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği şüphesiz kanun koyucunun takdirindedir. Bu anlamda kanun koyucu imar mevzuatıyla da bağlı değildir. Bununla birlikte söz konusu ödevlerin ne şekilde yerine getireceğine ilişkin yeni bir kanuni düzenleme yapılmaksızın idarenin var olan imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışında tutulması, Anayasa'nın anılan maddeleriyle bağdaşmaz.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi kararları ve Danıştay içtihatlarında, imar planlarının, imara ilişkin kanunlarda belirtilen ilkelerin belli bir bölgenin özel koşulları da dikkate alınarak uygulanmasını sağlayan kuralları öngörmesi nedeniyle "*düzenleyici işlem*" niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Dava konusu kuralla, imara ilişkin hüküm ihtiva eden kanunlarda belirtilen kısıtlamalarla bağlı olmaksızın plan yapma yetkisi verilmesi, yürütme organının, Kanun'un uygulandığı alanlarda, imara ilişkin konuları herhangi bir kanuni düzenlemeye dayanmaksızın ilk elden düzenleyebilmesi sonucunu doğurur. Bu durum, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 7. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 5., 7. ve 56. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 36. ve 125. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 10. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b- İkinci Cümle

Dava konusu kuralın ikinci cümlesiyle, Kanun'a tabi riskli yapılar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanun'un uygulanıyor olmasının Kanun'un uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği hükme bağlanmıştır.

7269 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, anılan Kanun hükümlerinin, deprem, yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirler ile yapılacak yardımlar hakkında uygulanacağı düzenlenmiştir.

Kanun, afet meydana gelmeden önce gerekli tedbirlerin alınmasını amaçlarken, 7269 sayılı Kanun meydana gelmiş afetlerden sonra alınacak tedbirleri ve yapılacak yardımları düzenlemektedir. Ancak Kanun'un böyle bir amaç taşıması, onun afete maruz kalmış riskli bölgeler veya riskli yapılar hakkında uygulanmasına engel değildir. İşte kanun koyucunun dava konusu ikinci cümleyle her iki kanunun da kapsamına girecek yerler bakımından ortaya çıkacak tereddüdü gidermek için riskli yapılar, riskli alanlar ve rezerv yapı alanları hakkında 7269 sayılı Kanun'un uygulanıyor olmasının Kanun'un uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğine vurgu yapmak istediği anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun daha önce başka bir kanunla düzenlediği bir alanı sonradan farklı bir kanunla düzenlemesinde, Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Kaldı ki, iki kanunun hükümlerinin çatışması hâlinde ise önceki-sonraki kanun, genel-özel kanun ilkeleri uyarınca bu çatışmanın önlenmesi suretiyle belirsizliğin giderilmesi mümkündür.

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

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5., 10., 36., 125. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- (2) numaralı Fıkra

Dava dilekçesinde, toplam on iki kanunun, Kanun'un uygulanmasını engelleyici hükümlerinin uygulanmayacağının belirtilmesiyle her türlü alanın yapılaşmaya açılmış olduğu, Kanun'un uygulanması sırasında, riskli alanlar ve riskli yapılar konusunda kamusal nitelikli hiçbir koruma olanağı kalmadığı, doğal, kentsel ve arkeolojik sit alanlarında dilediğince tasarrufta bulunulma imkânı tanındığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 10., 36., 125. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 43., 44., 45., 56., 63. ve 169. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, Kanun kapsamındaki alanlarda, anılan Kanun'un öngördüğü uygulamaların zaruri kılması hâlinde, bu uygulamaların gerektirdiği iş ve işlemler hakkında;

a- 3573 sayılı Kanun'un,

b- 6831 sayılı Kanun'un,

c- Afete maruz bölgeye ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla 7269 sayılı Kanun'un,

ç- 189 sayılı Kanun'un,

d- 2565 sayılı Kanun'un,

e- 2634 sayılı Kanun'un,

f- 2863 sayılı Kanun'un,

g- 3621 sayılı Kanun'un,

ğ- 4342 sayılı Kanun'un,

h- 5366 sayılı Kanun'un,

ı- 5403 sayılı Kanun'un,

i- Geri Görünüm ve Etkilenme Bölgeleri Bakımından 2960 sayılı Kanun'un,

dava konusu Kanun'un uygulanmasını engelleyici hükümleri ve diğer kanunların bu Kanun'a aykırı hükümlerinin uygulanmayacağı ancak Kanun'un öngördüğü uygulamalar sırasında, bahsedilen kanunların amaçlarının ayrıca gözetileceği; uygulamalar için 6831 sayılı Kanun'a tabi

alanların kullanılmasının zaruri olduğu hâllerde, başka yerlerde en az bu alanlar kadar alanın ağaçlandırılmasının, 3573 sayılı Kanun'a tabi alanların kullanılması zaruri olduğu hâllerde ise başka yerlerde en az bu alanlar kadar alanın zeytinlik alan hâline getirilmesinin mecburi olduğu hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 43. maddesinde "*kıyılar*"; 44. maddesinde "*toprak*"; 45. maddesinde "*tarım arazileri ile çayır ve meralar*"; 63. maddesinde "*tarih, kültür ve tabiat varlıkları*"; 169. maddesinde "*ormanlar*" yönünden güvenceler öngörülmüştür. Ayrıca Anayasa'nın 56. maddesinde "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*" düzenlenmiştir.

Devlete verilen bu görevlerin, Anayasa'da güvence altına alınan yerlere ilişkin özel kanunlarla da yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Dava konusu kuralın (ç) ve (d) bentleri dışındaki bentlerinde sayılan kanunlar bu kapsamdadır.

Anayasa'nın yukarıda belirtilen maddelerinde ifadesini bulan ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği şüphesiz kanun koyucunun takdirindedir. Bu anlamda kanun koyucu dava konusu kuralda sayılan kanunlar ile sayılmayan diğer kanunların hükümleriyle bağlı değildir. Bununla birlikte söz konusu ödevlerin ne şekilde yerine getireceğine ilişkin yeni bir kanuni düzenleme yapılmaksızın idarenin Kanun'u uygularken anılan kanunlardaki kısıtlamaların dışında tutulması, Anayasa'nın sözü edilen maddelerinde öngörülen koruma ödevleriyle bağdaşmaz.

Dava konusu kuralda, "*Ancak, bu Kanunun öngördüğü uygulamalar sırasında, bahsedilen kanunların amaçları ayrıca gözetilir. Uygulamalar için 6831 sayılı Kanuna tabi alanların kullanılması zaruri olduğu takdirde, başka yerlerde en az bu alanlar kadar alanın ağaçlandırılması, 3573 sayılı Kanuna tabi alanların kullanılması zaruri olduğu takdirde de, başka yerlerde en az bu alanlar kadar alanın zeytinlik alan hâline getirilmesi mecburidir.*" denilmiş olması da bu durumu değiştirmemektedir. Çünkü anılan hüküm, Anayasa'da koruma altına alınan yerlerin anayasal güvenceler dikkate alınarak ne şekilde kullanılacağına ilişkin usul ve esasları değil, idarenin takdirine bağlı olarak gerçekleşecek kullanımın sonuçlarının nasıl giderileceğini düzenlemektedir. Kaldı ki kullanımın sonuçlarının giderilmesi de kural kapsamına giren ve anayasal koruma altında bulunan tüm yerlere ilişkin değildir.

Diğer taraftan dava konusu kuralın (ç) bendinde yer alan 189 sayılı Kanunla, milli savunma ihtiyaçları için anılan Kanun'un neşri tarihine kadar gerek muhtelif kanunlara ve 3887 sayılı Kanun'a göre iktisap edilen, gerekse tahsisli ve tahsissiz olarak işgal edilmek suretiyle kullanılan devlete ait gayrimenkullerden hizmet için lüzumu kalmayanların Milli Savunma Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerinin kaldırılması ve satılmasına ilişkin usul ve esaslar; (d) bendinde yer alan 2565 sayılı Kanunla ise yurt savunması bakımından hayati önemi haiz askeri tesisler ve bölgeler ile sınırların, güvenlik ve gizliliğini sağlamak için bunların çevrelerinde, kıyılarında ve havalarında; kara, deniz ve hava askeri yasak bölgelerinin, yurt savunması veya yurt ekonomisine önemli ölçüde katkıda bulunan veya kısmen dahi tahripleri veya devamlı olarak ya da geçici bir zaman için faaliyetten alıkonulmaları halinde milli güvenlik veya toplum hayatı bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek diğer askeri tesis ve bölgeler ile kamu veya özel kuruluşlara ait her türlü yer ve tesislerin etrafında güvenlik bölgelerinin kurulması, kaldırılması ve gerektiğinde genişletilmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir.

Anılan kanunların düzenleme alanı doğrudan Anayasa'da koruma altına alınan yerlerle ilgili değilse de burada da sınırları kanunla çizilmeyen belirsiz bir alanda yürütme organına uygulama yetkisi verilmektedir. Bu durum, hukuk devletinin bir gereği olan "*belirlilik*" ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 43., 44., 45., 56., 63. ve 169. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 10., 36., 125. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 12. Maddesiyle, 2942 sayılı Kanun'un 15. Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilen Birinci Cümlesi ve Sekizinci Fıkrası ile Maddeye Onbirinci Fıkradan Sonra Gelmek Üzere Eklenen Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde ve başvuru kararlarında, 2942 sayılı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki değişikliğin, bilirkişi seçim sisteminin tarafsızlığını şüpheli hâle getireceği, aynı maddenin sekizinci fıkrasındaki değişiklikle valilerin bilirkişinin belirlemesi sürecine dâhil

edilmesinin yargı bağımsızlığını zedeleyeceği ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu, valilik makamının kamulaştırma yoluna gitmesi durumunda (il özel idarelerinin yapacağı kamulaştırma işlemlerinde) taraflardan birisinin bilirkişi seçiminde diğerine göre üstün hâle getirilmesinin kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyeceği, valiliğin yaptığı kura çekme işleminin idari bir işlem olması nedeniyle, buna itirazın davaya bakan mahkeme yerine idari yargıya yapılması gerektiği, maddeye eklenen fıkra uyarınca gayrimenkul değerleme uzmanlarının listesinin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından valiliklere gönderilip kamulaştırma değer tespitlerinin bunlara yaptırılacak olmasının, bu alanın, mimar ve mühendisler dışında işletme, iktisat, maliye gibi sosyal bilimlerde eğitim almış kişilere açılmış olması anlamına geleceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 8., 9., 10., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2942 sayılı Kanun'un 15. maddesinde, kamulaştırma davalarında görevlendirilecek bilirkişilerin belirlenmesinin usul ve esasları düzenlenmiştir. Bu kapsamda, anılan maddenin birinci fıkrasının dava konusu değiştirilen birinci cümlesiyle, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğine bağlı meslek odalarının her biri tarafından, üyelerinin oturdukları yer göz önünde bulundurularak; illerden nüfusu beşyüzbinin altında olanlar için yirmibeş ila elli, nüfusu beşyüzbin ile birmilyon arasında olanlar için elli ila yüz, nüfusu birmilyon ile üçmilyon arasında olanlar için yüz ila yüzelli, nüfusu üçmilyonun üzerinde olanlar için yüzelli ila üçyüzelli bilirkişinin, ayrıca il merkezleri için il idare kurulları ve ilçeler için ilçe idare kurulları tarafından, bu bölgelerde oturan ve mühendis veya mimar olan taşınmaz mal sahipleri veya kiracılar arasından nüfusa göre belirlenen bilirkişi sayılarının en az üçte biri kadar bilirkişinin her yıl ocak ayının ilk haftasında seçilerek isim ve adreslerini belirten listelerin valiliklere verileceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu değiştirilen cümlede, özü itibariyle değişiklik yapılmamış, bilirkişi listelerini belirleyip valiliklere gönderecek mercilerin seçecekleri bilirkişilerin sayıları artırılmıştır. Dava konusu kuralın gerekçesinde, bunun nedeni, Kanun uygulamalarına bağlı olarak kamulaştırma ihtilaflarının artmasının beklenmesi, bundan dolayı artacak bilirkişi ihtiyacının karşılanması olarak ifade edilmiştir. Bunun meşru bir amaç olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Diğer taraftan somut bir davaya bağlı olmaksızın belli tür davalarda yararlanılmak üzere önceden bilirkişi listeleri hazırlanması, esas itibariyle

belli konularda bilirkişilik yapabilecek uzman kişilerin bir havuzda toplanması, gerek duyulduğunda bunlara ulaşılmasının kolaylaştırılması amacına hizmet etmektedir. Nitekim benzer bir usule yer verilen 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerekçesinde, önceden bilirkişi listelerinin oluşturulmasının nedenine ilişkin olarak, "*Böylelikle bilirkişilerin uzman kişilerden oluşması, hukukî konularda gereksiz yere bilirkişiye başvurulmaması ve denetimi sağlanmak istenmiştir.*" denilmiştir.

Önceden bilirkişi listesi hazırlanması, somut bir davaya bağlı olmaksızın genel olarak belli konularda görüşünden yararlanılabilecek kişilerin isimlerinin belirlenmesine ilişkin ön bir çalışmadır. Bu hâliyle, somut bir davada bilirkişi atanması işleminden farklıdır. Dolayısıyla, genel yargılama usulüne paralel olarak, bununla birlikte kamulaştırma davalarının özellikleri dikkate alınarak somut bir davayla ilgili olmaksızın kamulaştırma davalarında görüşlerinden yararlanılacak kişilerin isimlerinin, konuyla ilgili uzmanlığı olan meslek mensuplarının üye olduğu Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliğine bağlı meslek odaları ile il ve ilçe idare kurulları tarafından ön çalışma niteliğinde liste hâline getirilip mahkemelere bildirilmek üzere valiliklere verilmesinde, Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Somut bir kamulaştırma davasında görev yapacak bilirkişilerin belirlenmesi usulü ise maddenin dava konusu değiştirilen sekizinci fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkrayla, tarafların mahkemelere bildirilen listelerde yazılı olanlar ve önceki fıkrada belirtilen kimseler arasından bilirkişi seçmekte anlaşamamaları hâlinde, bilirkişilerin, hâkim kararı ile tayin edilen gün ve saatte, valilikçe, tarafların huzurunda ve gelmeyenin gıyabında kura yolu ile seçileceği, valiliğin, kuranın adil olarak yapılabilmesi için gerekli tedbirleri alacağı, kuraya ilişkin itirazların, davanın görüldüğü mahkemece karara bağlanacağı düzenlenmiştir.

Anılan fıkrada Kanunla yapılan değişiklikle, öncelikle tarafların bilirkişi seçme konusunda anlaşmaları muhafaza edilmiş ancak anlaşmanın sağlanamaması hâlinde ne yapılacağı konusunda farklılık oluşturulmuştur. Değişiklikten önceki düzenlemede hâkim tarafından resen seçimin yapılacağı düzenlenmişken, değişiklikten sonra hâkim kararıyla tayin edilen gün ve saatte, valilikçe, tarafların huzurunda ve gelmeyenin gıyabında kura yolu ile seçileceği, kuraya ilişkin itirazların, davanın görüldüğü mahkemece karara bağlanacağı öngörülmüştür.

Kura, kelime anlamı itibariyle *"iki veya daha çok aday arasında bir sıralama, bir ayırma yapılacağı zaman her birinde bir tek ad yazılı kâğıtları bir araya getirip karıştırdıktan sonra birini çekerek veya özel bir bilgisayar yazılımıyla adları belirleme, ad çekme", "kime veya neye isabet edeceği önceden belli olmayan bir çekimle sonucu belirleme"* olarak ifade edilmektedir. Kura çekme işlemi sonucu birden fazla seçenek arasından yapılan belirlemede, kura çekenin iradesinin hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Dolaysıyla tarafların anlaşamamaları hâlinde valilikler tarafından kura çekilerek yapılan bilirkişi belirlemesinde valiliği temsil eden ilgili kamu görevlisinin iradesinin sonuca etkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki mahkemeler kura işlemine ilişkin sürecin dışına çıkarılmamıştır. Bu işlem, hâkimin belirleyeceği gün ve saatte, gelmeleri hâlinde tarafların huzurunda yapılacak, işlemle ilgili olarak davaya bakan mahkemeye itiraz edilebilecektir.

6100 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri uyarınca, seçilmesinden görevinin sona ermesine kadar tüm aşamalarda gerek davanın tarafları ve gerekse de davaya bakan mahkemenin gözetim ve denetimi altında bulunan, tarafsız ve bağımsız davranması için gerekli tedbirler alınmış olan, yaptığı inceleme sonucu belirttiği görüşü davaya bakan mahkemeyi bağlamayan bilirkişilerin, tarafların anlaşamamaları üzerine valilikçe, onu temsil edenlerin iradesinin sonuca etkisi olmaksızın, hepsi yeterli ehliyete sahip olan uzmanlar arasından kura çekimi yoluyla belirlenmesinde, mahkemelerin tarafsızlık ve bağımsızlığını zedeleyecek bir durum söz konusu değildir. İrade kullanılmasının söz konusu olmadığı kura işleminin idarenin bir temsilcisi tarafından yapılarak bilirkişinin belirlenmesi, yargı yetkisinin kullanılması anlamına gelmeyip bu durum kuvvetler ayrılığı ilkesini de zedelemez.

Ayrıca adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usuli haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. Bununla birlikte, kura işlemini gerçekleştirenin iradesinin sonuca etki etmeyeceği dikkate alındığında, kamulaştırma davasının taraflarından birinin valilikle bağlantılı olması hâlinde bile bilirkişinin valilikçe çekilecek kurayla belirlenmesinin diğer tarafı zayıf duruma düşürdüğünden, dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin zedelendiğinden söz edilemez.

Dava dilekçesinde, idari bir işlem olan kuraya ilişkin itirazların, idari yargı yerine davanın görüldüğü mahkemece karara bağlanmasının Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olduğu da ileri sürülmüştür.

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.

Türk hukukunda öteden beri kamulaştırma işlemlerinin iptali davaları bakımından idari yargı, kamulaştırma bedelinin tespiti, tapu iptal ve tescil davaları bakımından ise adli yargı görevlendirilmiştir. Dava konusu kural, adli yargıda görülen kamulaştırma bedelinin tespiti davaları kapsamında yapılacak bilirkişilerin seçimiyle ilgilidir. Adli yargıda görülmekte olan bir davada tarafların anlaşamamaları hâlinde valilikler tarafından kurayla bilirkişilerin belirlenmesi işlemine karşı itirazların yine aynı davaya bakmakta olan mahkeme tarafından incelenmesinde, usul ekonomisi ilkesi dikkate alındığında haklı neden olduğu ve kamu yararı bulunduğu açıktır.

Diğer taraftan maddenin onbirinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen dava konusu fıkrasıyla, SPK'ya kayıtlı olarak faaliyet gösteren lisanslı değerleme kuruluşlarının isim ve adreslerini belirten listelerin, her yıl ocak ayı içinde, ikinci fıkradaki mahkemelere bildirilmek üzere SPK'ca valiliklere gönderileceği; yeterli sayıda değerleme uzmanı bulunan yerlerde, 10. maddede öngörülen değer tespitlerinin, bilirkişi sıfatıyla öncelikle

SPK'dan lisanslı değerleme uzmanlarına, taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış olan uzmanlara yaptırılacağı hükme bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde, değişiklikten önce, kanunla kurulmuş, yöneticileri seçimle işbaşına gelen, kamu kurumu niteliğindeki Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği üyeleri tarafından yürütülen bilirkişilik hizmetlerinin tarafsız ve yansız olduğu ileri sürülmüş ise de kanunla kurulmuş, yöneticileri seçimle işbaşına gelen, kamu kurumu niteliğindeki bir birlik üyesi tarafından yapılması, tek başına bilirkişilik hizmetlerinin tarafsız olduğu anlamına gelmeyeceği gibi bu nitelikte bir birliğe üye olmayan kişilerin yaptıkları bilirkişilik hizmetleri de sırf bu nedenle tarafsız olmaktan çıkmaz.

6100 sayılı Kanun'da, bilirkişilerin tarafsızlığını korumalarını sağlamak amacıyla öngörülmüş birçok hüküm bulunmakta olup bilirkişilik hizmeti her aşamada gerek tarafların gerekse davaya bakan mahkemenin gözetim ve denetimi altındadır. Kaldı ki, gayrimenkul değerleme uzmanları da 6362 sayılı Kanun'un 76. maddesi uyarınca, kanunla kurulmuş, tüzel kişiliği haiz, kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üye olmak zorundadırlar. Bu yönden mimar ve mühendislerle aralarında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Öte yandan dava konusu kuralda belirtilen kişiler, değerleme uzmanları ile taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış olan uzmanlardır. Yapacakları iş ise uzmanlık alanları kapsamında olan 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesinde öngörülen değer tespitleridir. Bu kişilere, uzmanlık alanlarına dâhil olan bir konuda yapılacak bilirkişilik hizmeti bakımından öncelik tanınmasının Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 8., 9., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 14. Maddesiyle, 3194 sayılı Kanun'a Eklenen Ek 5. Madde ile Geçici 14. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, belediyelerin imarla ilgili yönetmeliklerinin Bakanlığın onayından sonra Resmî Gazete'de yayımlanmasının ağır bir vesayet düzeni oluşturduğu, bunun yerine Bakanlığın, belirli standartlar getirerek yönetmeliklerin buna uygun yapılmasını isteyebileceği, uygun olmadığını düşündükleri hakkında yargıya başvurarak iptallerini sağlayabileceği, doğrudan onay mekanizmasının demokrasiyle bağdaşmayacağı, imarla ilgili yapılmış yasal düzenlemelerin sağlıklı bir yaşam çevresinin oluşturulması amacıyla belirlenmiş standartlar ve kurallar içerdiği, plan yoluyla sağlıklı bir yaşam çevresi oluşturmanın ön koşulu olan kurallardan vazgeçilmesiyle devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alması gerektiği kuralının ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 127. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kurallarla, belediyeler tarafından imar uygulamalarına ilişkin çıkarılacak yönetmeliklerin Bakanlığın onayına sunulması, eski yönetmeliklerin de bir yıl içinde aynı usulle yenilenmesi öngörülmektedir. Bu kapsamda dava konusu ek madde 5 ile, 5393 sayılı Kanun ve 3194 sayılı Kanun'a göre çıkarılacak yönetmeliklerden imar uygulamalarına ilişkin olanların, 3194 sayılı Kanun ile bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulan yönetmelikler ve beldenin şartları da gözetilerek, Bakanlık tarafından onaylandıktan sonra Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

Dava konusu geçici madde 14 ile ise bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce belediyelerce imar uygulamalarına ilişkin olarak çıkarılmış olan yönetmeliklerin, ek 5. maddedeki esaslar çerçevesinde bu maddenin yayımı tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde hazırlanarak anılan maddedeki usule göre yürürlüğe konulacak yönetmeliklerle değiştirileceği, aksi takdirde, anılan yönetmeliklerin bir yıllık sürenin bittiği tarih itibarıyla yürürlükten kalkacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 127. maddenin beşinci fıkrasında, merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet, merkezî idareye "*görev*" değil "*yetki*" olarak verildiğinden mutlak bir kullanım zorunluluğu da içermez. Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Vesayet makamlarınca bu yetki yerinden yönetim kuruluşunun işlemlerini "*iptal*", "*onama*", "*erteleme*", "*izin verme*", "*tekrar görüşülmesini isteme*", "*düzeltme*" şeklinde kullanılabileceği gibi bunların organlarının kararlarına karşı idari yargı mercilerinde "*dava açma*" yetkisi şeklinde de kullanılabilir.

İmara ilişkin ikincil düzenlemeler, merkezî idare ile mahallî idareler arasında işbirliği ve uyumu gerektirebilir. Dava konusu kurallar uyarınca, belediyeler tarafından imar uygulamalarına ilişkin çıkarılacak yönetmeliklerin Bakanlığın onayına sunulması, eski yönetmeliklerin de aynı usulle yenilenmesi, Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen merkezî idarenin mahallî idareler üzerindeki idari vesayet yetkisinin yansıması niteliğinde olup bu şekilde bir düzenleme yapılması kanun koyucunun takdirindedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 36. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 16. Maddesiyle, 5366 sayılı Kanun'un 4. Maddesine Mevcut Üçüncü Fıkrasından Sonra Gelmek Üzere Eklenen Dördüncü Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kamulaştırma davalarında bilirkişilik yapan mimar ve mühendislere bilirkişilik yolunun kapatıldığı, sermaye piyasasına

hizmet sunan değerleme şirketlerinin kamulaştırma davalarında bilirkişilik yapmalarına öncelik tanındığı, değerleme şirketlerinde çalışan değerleme uzmanlarının çoğunlukla işletme, hukuk, iktisat gibi sosyal bilimlerde 4 yıllık eğitim almış kişiler olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, yıpranan tarihi ve kültürel taşınmaz varlıkların yenilenerek korunması ve yaşatılarak kullanılmasını konu alan 5366 sayılı Kanun kapsamında açılacak kamulaştırma bedelinin tespiti ve taşınmaz malın tesciline ilişkin davalarda görev alacak bilirkişilerin, 2499 sayılı Kanun'a tabi olarak faaliyet gösteren değerleme uzmanları arasından seçileceği, bu uzmanların, SPK tarafından oluşturulan değerleme standartlarını esas alarak raporlarını düzenleyecekleri hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 12. maddesiyle, 2942 sayılı Kanun'un 15. maddesine onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkraya ilişkin inceleme sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir.

Kuralın, Anayasa'nın 125. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 19. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendiyle, 644 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen (n) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kural ve Kanun'un 22. maddesiyle, Atatürk Kültür Merkezi alanına ilişkin alınmış tüm koruma kararlarının ortadan kaldırıldığı, tasarruf yetkisinin Bakanlığa verildiği, yapılan düzenlemenin Kanun'un amacı ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 63. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Atatürk'ün doğumunun yüzüncü yılının kutlanması kapsamında 2302 sayılı Kanunla Ankara'da Atatürk Kültür Merkezi kurulması öngörülmüş, Merkezin hangi tesisleri kapsayacağı anılan Kanun'un 3. maddesiyle belirlenmiş; daha sonra 2450 sayılı Kanunla bu maddede değişiklik yapılarak merkezin kurulacağı alanın sınırları tayin edilmiş ve kamulaştırmaya ilişkin bazı hükümler getirilmiş; 2876 sayılı Kanun'un 104. maddesiyle bu alan

Kültür ve Turizm Bakanlığına tahsis edilmiş ve onun tasarrufuna bırakılmış; son olarak da Kanun'un 22. maddesiyle bu madde yürürlükten kaldırılmış ve 2302 sayılı Kanun'un 2450 sayılı Kanunla değişik 3. maddesi, ilk hâline daha yakın bir duruma getirilmiş, dava konusu kuralla ise Atatürk Kültür Merkezi alanını iyileştirme, güzelleştirme, yenileme ve ihya etmek amacıyla Kültür ve Turizm Bakanlığının da görüşü alınarak, alan için her tür ve ölçekte etüt, harita, plan, parselasyon planı ile yapı projelerini yapmak, yaptırmak, onaylamak, kamulaştırma ve ruhsatlandırma işlemleri ile diğer iş ve işlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak Çevre ve Şehircilik Bakanlığının görevleri arasına dâhil edilmiştir.

Gerek 2450 sayılı Kanunla gerekse Kanun'un 22. maddesiyle 2302 sayılı Kanun'un 3. maddesinde yapılan değişikliklerde, Atatürk Kültür Merkezi alanında yapılacak tesislerle ilgili herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Anılan Kanun'un ilk hâlinden itibaren, bu alanda Millî Mücadele tarihinin, Türk halk kültürünü ve sanatlarını tanıtan yerler ve çeşitli müzeler, çeşitli sahneler ve toplantı salonları, sergi alanları, arşiv ve kitaplıklar, atölyeler ve benzeri yerlerden meydana gelen Atatürk Kültür Merkezi bulunacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Atatürk Kültür Merkezi Alanında dava konusu kural kapsamında yapacağı iş ve işlemler, 2302 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenen hususlarla sınırlı olacaktır.

Anayasa'nın 63. maddesinde, "*Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır.*" denilmiştir.

Dava konusu kurala konu alanda yapılacak iş ve işlemler Devlete, Anayasa'da verilen bu ödevin yerine getirilmesine ilişkindir. Anayasa'da tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması görevinin hangi bakanlık tarafından yerine getirileceği düzenlenmemiş olup bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucu, Atatürk Kültür Merkezi özelinde bu yetkiyi Çevre ve Şehircilik Bakanlığına vermiş ancak Kültür ve Turizm Bakanlığının görüşünün de alınmasını öngörmüştür.

Ayrıca dava konusu kural ile Kanun'un 22. maddesinde, Atatürk Kültür Merkezi alanına ilişkin koruma kararlarının kaldırılmasını öngören herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kaldı ki bu alanda hangi kültürel tesislerin yapılacağı yasal olarak belirlenmiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 63. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

M- Kanun'un 22. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 19. maddesinin (a) fıkrasıyla 644 sayılı KHK'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendi yönünden gösterilen gerekçelere ilave olarak dava konusu kuralda yer alan *"benzeri yerler"* ibaresinin ilke ve esasları gösterilmeden yürütmeye asli düzenleme yetkisi verdiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 63. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, 2302 sayılı Kanun'un 3. maddesi değiştirilmiş, 2876 sayılı Kanun'un 104. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 2302 sayılı Kanun'un dava konusu kuralla değiştirilen 3. maddesiyle, Atatürk Kültür Merkezinin Ankara'da kurulacağı; Atatürk Kültür Merkezi alanının, Ankara İmar Planında bu amaca ayrılmış olan ve ekli krokide gösterilen yerler olduğu; bu alan içerisinde, Millî Mücadele tarihinin, Türk halk kültürünü ve sanatlarını tanıtan yerler ve çeşitli müzeler, çeşitli sahneler ve toplantı salonları, sergi alanları, arşiv ve kitaplıklar, atölyeler ve benzeri yerlerden meydana gelen Atatürk Kültür Merkezi bulunacağı hükme bağlanmıştır.

Maddede, Atatürk Kültür Merkezi alanında kurulacak olan Merkezin hangi tesislerden oluşacağı *"Millî Mücadele tarihinin, Türk Halk Kültürünü ve sanatlarını tanıtan yerler ve çeşitli müzeler, çeşitli sahneler ve toplantı salonları, sergi alanları, arşiv ve kitaplıklar, atölyeler"* şeklinde sıralandıktan sonra *"ve benzeri yerler"*den ibaresine yer verilmiştir. Buradaki *"ve benzeri yerler"*in kendisinden önce sayılmış olan kültür ve sanat tesislerine benzer yerler olacağı açık olup belirsizlikten ve asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devrinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle ve Kanun'un 19. maddesinin (a) fıkrasıyla, 644 sayılı KHK'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendine ilişkin inceleme sırasında belirtilen gerekçelerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 7., 63. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kimi kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı fıkranın yedinci cümlesinin ve 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı fıkranın birinci cümlesinin 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ile Zühtü ARSLAN her iki kural yönünden, Celal Mümtaz AKINCI ise Kanun'un 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un;

A- 1- 6. maddesinin (9) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi,

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

27.2.2014 günlü, E.2012/87, K.2014/41 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkra ve cümlelerin, uygulanmalarından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

B- 1- 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesine ve (7) numaralı fıkrasına,

2- 6. maddesinin (10) numaralı fıkrasına,

3- 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

yönelik yürürlüğün durdurulması istemlerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

C- 1- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının yedinci ve sekizinci cümlelerine,

2- 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

3- 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine,

yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu fıkra ve cümlelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

D- 1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…"* ibaresi ile (c), (ç) ve (d) bentlerine,

2- 3. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı cümlelerine,

b- (3) numaralı fıkrasına,

c- (4) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

d- (6) numaralı fıkrasına,

3- 4. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarına,

4- 5. maddesinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarına,

5- 6. maddesinin;

a- (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (11) ve (12) numaralı fıkralarına,

b- (9) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

6- 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (9) numaralı fıkrasına,

7- 8. maddesinin (3) ve (7) numaralı fıkralarına,

8- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

9- 12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkraya,

10- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek 5. madde ile geçici 14. maddeye,

11- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine mevcut üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen dördüncü fıkraya,

12- 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle, 29.6.2011 günlü, 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendine,

13- 22. maddesine,

yönelik iptal istemleri, 27.2.2014 günlü, E.2012/87, K.2014/41 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bentlere, cümlelere ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

27.2.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VIII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının yedinci ve sekizinci cümlelerinin, 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu cümlelere ve fıkraya ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak üç ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

IX- SONUÇ

16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un;

A- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

1- (b) bendinde yer alan "*…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…*" ibaresinin,

2- (c), (ç) ve (d) bentlerinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının;

a- Birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve bu cümlelere yönelik iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- Sekizinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c-Yedinci cümlesinin, 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

d- Yedinci ve sekizinci cümlelerine ilişkin iptal hükümlerinin, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ÜÇ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

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

3- (4) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

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

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

5- (7) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 4. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA; iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ÜÇ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

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

3- (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 5. maddesinin;

1- (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (5) numaralı fıkrasının;

a- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA;

b- Birinci cümlesinin, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- Birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin iptal hükümlerinin, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ÜÇ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 6. maddesinin;

1- (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8), (11) ve (12) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (9) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (10) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 7. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin,

2- (9) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 8. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (3) ve (7) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 9. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

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

2- (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve bu fıkralara ve cümleye ilişkin iptal istemlerinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

J- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek 5. madde ile geçici 14. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

K- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine mevcut üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

L- 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle, 29.6.2011 günlü, 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

M- 22. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

27.2.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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

6306 sayılı Yasa'nın "tasarrufların kısıtlanması" başlıklı dava konusu 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında; uygulama sırasında riskli alanlardaki yapılar ile bu yapılara elektrik, su ve doğalgazın verilmeyeceği ve verilen hizmetlerinde kurum ve kuruluşlarca durdurulacağının kural altına alındığı görülmektedir.

Kural ile, ilgili idarelerce kanun kapsamındaki proje ve uygulama sürecinde tahliye ve yıktırma aşamasında kendi iradesiyle yapıyı terk etmeyen bireylerin anılan hizmetlerden yoksun bırakılarak tahliyeye zorlama amacı güdüldüğü anlaşılmaktadır.

Yasa ile öngörülen bu uygulamanın, konutlarında yaşayanların bazı Anayasal haklarına yönelmiş bir müdahale olduğu açıktır.

Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşulu ile sahip olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme ve vaki tecavüzü defetme olanağı veren bir haktır. Mutlak olmayan bu hakka ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunla bir sınırlama

getirilebilecektir. Sınırlama ve güvence ölçütleri ise Anayasa'nın 13. maddesidir.

"Kamu yararı" çok geniş bir kavram olup malikin kullanma ve yararlanma yetkilerini sınırlandıran yasal düzenlemelerin "kamu yararı" taşımadığının düşünülmesi ve ispatı oldukça zordur.

Hakka yapılan müdahalenin denetiminde gözetilecek husus ise, korunmak istenen kamu yararı ile bireyin hakkı arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği olacak, tabîî ki hakkın özünün zedelenip zedelenmediği, demokratik bir toplumda bu müdahalenin gerekliliği de incelenecektir.

Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Protokolun 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkı da aynen Anayasamızda olduğu gibi mutlak olmayan ancak kamu ya da genel yarar amacı ile hukuka uygun müdahale edilebilecek bir hak olarak tanımlanıp, hakka müdahalenin de kamu ve birey çıkarı arasında dengeli ve ölçülü olması gerektiğini vurgulanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, hakkın kullanımında getirilecek istisnaların meşruluk koşullarını ararken, özellikle malikin eşya üzerinde hakları sona ermeksizin malın değerini azaltan ya da uzun süre malik tarafından kullanılmasını engelleyen ağır hukuka aykırı müdahaleleri ihlal kapsamında değerlendirilmektedir.

Özetle, sınırlama varsa yasallık, meşruluk, ölçülülük ilkelerinin gerekleri karşılanmalıdır.

Diğer yandan, Devletin Anayasa'nın 41. maddesinde yer verilen Türk toplumunun temeli sayılan "aileyi" sosyal devlet ödevi altında koruma yükümlülüğü bulunduğu, herkesin, anayasal olarak özel ve aile hayatına saygı gösterilme hakkına da sahip olduğu düşünüldüğünde, birey ya da aile yaşamının bir yönüyle sürdüğü mülkiyet hakkı kapsamında ki konutlarındaki yaşamına yapılacak vaki müdahalenin Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği ve korunması kuralı ile de ilgisi bulunduğu açıktır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de herkesin özel ve aile hayatına, ve konutuna saygı gösterilme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.

Dava konusu kuralın getirdiği düzenleme, mülkiyet hakkı (Anayasa'nın 35. maddesi) yanında özel hayatın gizliliği (Anayasa 20. madde, AİHS madde 8) kapsamı içinde birlikte mütalaa edilebilecek niteliktedir.

Sayılan maddeler mutlak hak olmamakla birlikte kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korunma alanları vardır. Bu kapsamda, Devletin negatif yükümlülüğü çerçevesinde, ölçüsüz müdahaleden kaçınma ödevi dışında, özellikle çocukları, aileyi ve bireyi, yaşamlarını idamelerine karşı saygı duyulması gerekliliği kavramı çerçevesinde pozitif yükümlülükleri olduğu da açıktır.

Aile konutunun, özel yaşam unsurlarından biri olduğu tartışmasız olduğu sürece buna saygı yükü, yaşam kalitesinin ve huzurunun ölçüsüz dış müdahalelerden etkilenmemesi ve korunması gereken bir alanın ve hakkın varlığının kabulünü gerekli kılmaktadır.

Konutta yaşamını sürdüren insanlara karşı yapılan dava konusu kural düzenlemesi gibi elektrik, su, gaz'ı kesmek, kullandırmamak şeklindeki müdahalenin ve getireceği yükün, yaşayanların sağlığına veya hayatına (örrneğin, evde, diyaliz makinasına bağlı bir hastanın yaşama koşulu, her gün alması gereken ve soğutucuda saklanması zorunlu bir ilaç yardımdan yoksun kalmak, susuz bir evde hijyen yokluğu ile gelişen bulaşıcı hastalık vb.) tehlike oluşturacak sonuçları yönünden meşruluk ve ölçülülüğünün tartışma konusu yapılacağı tabiidir.

Özel ve aile yaşamının geliştiği, fiziksel sınırları belli olan konut, müdahalesiz şekilde kendisinden yararlanılmayı gerekli kılar. Bu anlamda konuta saygı hakkı bireyin konuta erişme ve yerleşme, kullanma hakkı yanında konuttan irade dışı zorla tahliye edilmemeyi de güvence altına aldığında bir şüphe yoktur.

Anayasa'nın 20. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında bir kişinin evinin sağladığı imkanlardan yararlanmasının engellenmesine yol açan ciddi bir müdahalenin konuta saygı hakkının ihlaline

yol açacağı (giacomelli/İtalya B.N: 59909/00, 2.11.2006 § 76) düşünüldüğünde dava konusu kuralın bu sonuçları ile birlikte Anayasal değerlendirilmeye tabi tutulması zorunludur.

Dava konusu kuralın, öncelikle afet bölgelerinin yapılandırılması nihai amacına yöneldiği düşünüldüğünde getirilen sınırlamanın kamu yararı taşıdığı söylenebilecektir. Ancak, uygulama projesinde henüz anlaşma tarafı olmamış hak sahibinin yasanın diğer maddelerinde yer alan, geçici konut ya da kira yardımından da faydalandırılmayacağı düşünüldüğünde, bu kişiler yönünden kural, haklarına müdahale edilen tarafı anlaşmaya ve mülkiyetini acil terk'e zorlayan orantısız bir baskı içeriği taşımaktadır.

Kuralın, öngörülen amacı gerçekleştirmeye elverişli ve sonuca ulaşma bakımından gereklide olduğu dahi söylenemeyecektir.

Kendi iradesiyle yapıyı terk etmeyenin derhal elektrik ve su, doğalgazını keserek tahliyeye zorlama öncesinde, hak sahipleri ile bu konuda bir ön anlaşma yapılması şartlarının öngörülmesini ve usuli güvencelerin verilmesini, koruma tedbirlerinin alınmasının düşünülmesini gerekli kılmaktadır.

Teklif ve tebligattan habersiz, imar uygulama proje kapsamında kaldıkları bilgisinden yoksun, kendileri dışındaki kurum ve kişilerin talep ya da bilgileri doğrultusunda haklarında sonuca yönelik işlem yapma yetkisi veren, mülkiyet yaşam ve konutta saygı hakkını öteleyen dava konusu kural ve uygulama usulü; öngörülmüş haliyle ölçülülük ilkesi gereklerinden EN elverişli ve EN gerekli olan yol değildir. 6306 sayılı Yasa'nın diğer maddeleri dava konusu kural ile birlikte değerlendirildiğinde, uygulamanın tahliye ve yıktırma aşamasında bireyin kendi imkanı ve iradesiyle yapıları terk etmesine fırsat tanıyan anlaşma ve süre verilme süreçlerini geçirmeden bile elektrik, su, doğalgaz ve sair hizmetlerin verilmesini durdurmasına olanak verdiği anlaşılmaktadır. Kural bu hali ile, kamu yararı ile birey arasında korunması gereken hak dengesini gözetmeyen, orantısız ve ölçüsüz müdahale niteliğindedir.

Ölçüsüzlüğü, daha vahim kılan bir başka boyut ise uygulama projesi kapsamında kalan riskli yapılarda uygulanacağı söylenen bu kuralın, riskli alan içinde kalan diğer yapılara bile uygulanabilecek olmasıdır.

Uygulamada, Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından talep edilmesi, verilen yaşamsal hizmetlerin ve pozitif yükümlülüklerin durdurulması için kamu adına yeterli ve meşru olmakta, hak sahipleri de doğrudan kendilerini müdahale kapsamında bulmaktadırlar.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu kuralın kamu yararı ile kişi menfaati arasında denge kuramadığı, (Anayasa'nın 20. ve 35. maddelerinde bahse konu)mülkiyet ve özel hayatın korunması kapsamında yer alan temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtladığı ve kullanılmaz hale getirdiği anlaşıldığından, dava konusu kuralla gelen müdahalenin, demokratik toplum düzeni gerekleri ile bağdaşmaması nedeniyle ölçülü olduğu söylenemeyecektir.

Anılan nedenlerle, kuralın iptali gerekirken aksini oluşturan çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Kanun'un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, afet riski altındaki alanlarda uygulama sırasında Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından talep edilmesi halinde, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmeyeceği, verilen hizmetlerin de kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulacağı öngörülmektedir.

Kuralın amacının, riski alanlarda ve riskli yapılarda tahliyenin sağlanması için bireylerin zorlanması olduğu anlaşılmaktadır.

Riskli yapılan zamanında kimi zaman yetersiz kurallara uygun olarak, kimi zaman da kurallara aykırı olarak yapılmış ve iskan edilmiş olmasının devletin sorumluluğunda olduğu açıktır. Zamanında sorumluluklarını yerine getirmeyen kamu otoritesinin kendi kusuru ile yol açtığı durumların giderilmesi için gerekli önlemleri Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, 56. maddesindeki sağlık ve çevre hakkı, 57. maddesindeki konut hakkı gözetilerek, bahse konu yerlerde ikamet edenlere

alternatif olanaklar sunularak tahliye etmesi gerekirken, en temel insanca yaşam koşullarını ortadan kaldırmak suretiyle kişiler üzerinde zorlamada bulunması, Anayasa'nın 2., 56. ve 57. maddeleriyle bağdaşmaz.

2- Kanun'un 12. maddesiyle yapılan değişikliklerin itiraz konusu ortak noktası yargısal bir kurum olan bilirkişilerin belirlenmesinde Valiliklere belli ölçüde görev ve yetki verilmiş olmasıdır.

Kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına dair görüşte her ne kadar bilirkişi konusunda valiliklere verilen yetkinin bilirkişilerin yargısal görevini etkileyecek nitelikte olmadığı düşüncesine dayanılmakta ise de kuralla getirilen düzenlemede hakim tarafından resen seçim ilkesi terk edilerek, valilikçe kura ile belirleme esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Bilirkişinin, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının temini ile ilgili bir kurum olduğu, yine Anayasa'nın 138. maddesinde görevlerinde bağımsız oldukları belirtilen mahkemelerin bilirkişiyi serbestçe tayin etme hakkının yargı bağımsızlığının vazgeçilmez bir unsurunu oluşturduğu, yasa ile yapılacak daraltıcı veya bağlayıcı düzenlemelerin yargının bağımsız alanını daraltıcı sonuçlar doğurmasının kaçınılmaz olacağı gözetildiğinde, düzenlemelerin Anayas'anın 2., 36., 138. maddelerine uyarlık taşımadığı düşünülmektedir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

16.5.2012 günlü, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un

1) 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasının incelenmesi;

Fıkrada; "Uygulama sırasında Bakanlık, Toki veya İdare tarafından talep edilmesi halinde, hak sahiplerinin de görüşü alınarak, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmez ve verilen hizmetler kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulur." hükmü yer almıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş olup, 56. maddesinde ise; "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir." denilmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1952) Taraf devletlerin herkesin yeterli beslenme, giyim ve konut da dahil olmak üzere kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkına sahip oldukları, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 11. maddesinde de barınma hakkının yeterli yaşam düzeyinin bileşeni olarak belirtilmiştir.

Kuralda Bakanlık, Toki veya İdare tarafından uygulama sırasında elektrik, su, doğal gaz gibi hizmetlerin verilmemesi veya durdurulması öngörüldüğünden, sözü geçen yapılarda ikamet etmek durumunda kalan kişilerin temel bir takım ihtiyaçlarını karşılayamayacakları bu kişilerin verilmeyen hizmetler nedeniyle bu konutları terk etmek zorunda kalacakları açıktır.

Bu durumda kural Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "sosyal hukuk devleti" ilkesine ve 56. madde de belirtilen "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına" aykırı olup iptali gerekmektedir.

2) 12. maddesi ile 4.11.1983 günlü, 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin değiştirilen sekizinci fıkrasının incelenmesi;

Fıkrada, "Taraflar mahkemelere bildirilen listede yazılı olanlar ve yukarıdaki fıkrada belirtilen kimseler arasından bilirkişi seçmekte anlaşamadıkları takdirde; bilirkişiler, hâkimin kararı ile tayin edilen gün ve saatte, valilikçe, tarafların huzurunda ve gelmeyenin gıyabında kura yolu ile seçilir. Valilik, kuranın adil olarak yapılabilmesi için gerekli tedbirleri alır. Kuraya ilişkin itirazlar, davanın görüldüğü mahkemelerce karara bağlanır." hükmü yer almıştır.

Anayasa'nın "Başlangıç"ında "Kuvvetler ayrılığı" ilkesi belirtilmiş olup, 8. maddesinde "Yürütme yetkisi ve görevi", 9. maddesinde "Yargı yetkisi" düzenlenmiştir. Anayasa'nın 138. maddesinde "Mahkemelerin bağımsızlığı" esası belirtildikten sonra, 125. maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu" hükmü yer almıştır.

Dava konusu kural ile yargılama devam ederken bilirkişiyi seçme usulü tarafların anlaşamamaları halinde valilikçe yapılacak kura yolu ile seçileceği belirtildiğinden bu haliyle sözü geçen işlemin idari bir işlem olduğu açıktır. Bu durumda yargılamanın devamı sırasında bilirkişinin Valilikçe yapılacak kura ile belirlenmesi Anayasa'nın Başlangıcında belirtilen kuvvetler ayrılığı ilkesi ile Anayasa'nın 8. ve 9. maddeleri hükümlerine aykırı olduğu gibi, yargılama dışında idarenin bir organı olan valiliğin bilirkişi seçimine dahil olması Anayasa'nın 138. maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan, valiliğin yaptığı bilirkişi seçimi işlemi bir idari işlem olduğundan bu işleme karşı itirazın idari yargı yolunda incelenmesi gerekirken, karşı itirazın, davaya bakmakta olan mahkemece inceleneceği yolundaki düzenleme ise Anayasa'nın 125. maddesi karşısında Anayasa'ya aykırılık teşkil eder.

Bu durumda kural Anayasa'nın 8., 9., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle yukarıda belirtilen kuralların iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞI OY GEREKÇESİ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptaline karar verilmiştir. Çoğunluğun iptal yönündeki görüşüne aşağıda göstereceğim nedenlerle katılmıyorum.

İptale konu Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesine göre;

"Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar, bu Kanunun amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere maliki olan kamu idarelerinin görüşü alınarak Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu

kararıyla Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve idareye bedelsiz olarak devredilebilir." denilmektedir.

5018 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasına göre, "Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar" genel bütçe kapsamı dışındaki taşınmazlardır. Buna göre dava konusu birinci cümle, genel bütçe dışındaki "özel bütçeli daireler","düzenleyici ve denetleyici kurumlar","sosyal güvenlik kurumları" ve "mahalli idareler"in mülkiyetinde bulunan taşınmazları kapsamaktadır.

Genel olarak hazine dışındaki kamu idarelerine ait taşınmazların devir ve tahsislerinin nasıl yapılacağı 5018 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Sözü edilen Kanun'un 47. maddesinin ikinci fıkrasında bahsedilen taşınmazları tahsis etmeye ve tahsisini kaldırmaya maliki olan kamu idaresi, Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasında ise genel bütçe kapsamı dışındaki kamu idarelerinin her türlü taşınır ve taşınmazlarını elden çıkarmaya özel kanunlarında belirtilen organları yetkili kılınmıştır.

Dava konusu kuralla, söz konusu idarelerin taşınmazlarının tahsis ve devri usulünde değişiklik yapılarak, bu tasarrufların taşınmazların maliki kamu idareleri yerine bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından yapılacağı kurala bağlanmıştır. Ancak taşınmazların maliki olan kamu idareleri dışlanmamış, yapılacak işlemlerden önce onların görüşlerinin alınması gerekmiştir. Dava konusu yapılacak tahsis ve devir, Kanun'un amaçları ile sınırlandırılmıştır. Bu amaçlar ise, Kanunun uygulama alanları olan rezerv yapı alanları ya da riskli yapı alanları içerisinde olması gerekir.

Anayasa'nın 123. maddesi "idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." Hükmünü içermektedir. Buna göre iptal edilen kural "idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereğidir. Bu kural idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kurum ve kuruluşların bir bütün oluşturduğunu ifade etmektedir. İptal edilen kuralla kurumların ihtiyaçlarının diğer kurumlardaki atıl kalan taşınmazlardan karşılanarak ekonomiye kazandırılması sağlanmak istenmiştir.

Anayasa Mahkemesince, kamu mallarının bir idareden diğerine devredilmesi konusunun kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde kaldığı şu şekilde değerlendirilmiştir. "Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen

idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince devlet, mülkiyetinde bulunan kamu mallarını kendi içindeki bir kurumdan, bir başka kuruma bedelli ya da bedelsiz devredebilir. Anayasada buna engel teşkil eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanun koyucunun kamu mallarının, kamu tüzel kişiliği olsun ya da olmasın, bir idareden başka bir idareye bedelli ya da bedelsiz devredilmesi konusunda, anayasal sınırlar içinde kalmak, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate almak koşuluyla takdir yetkisi vardır."(E:2010/82, K:2012/159, K.T:18.10.2012).

Diğer yandan, mahalli idarelere ait taşınmazların bu idarelerin görüşü alınarak Kanun'un amaçları doğrultusunda kullanılmasına yönelik tahsis ve devirlerinin yapılmasında Anayasa'nın 127. maddesine de aykırılık söz konusu değildir.

İdari vesayet yetkisinin kapsamını belirleme, anayasal ilkelere uygun davranmak şartıyla kanun koyucunun takdirindedir. Bu anlamda mahalli idarelerin idari ve mali özerkliği mutlak olmayıp, idarenin bütünlüğü ilkesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması ve toplum yararının korunması amaçlarıyla sınırlandırılabilir. Bu nedenle Anayasa'nın 127. maddesinde mahalli idarelere tanınan idari ve mali özerkliğin Anayasa'nın diğer maddeleriyle, bilhassa Anayasa'nın 123. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Bu kapsamda kişilerin can ve mal güvenliğini korumaya yönelik düzenlemeler içeren dava konusu Kanun'un amaçları doğrultusunda kullanılmak üzere, kamuya ait taşınmazların bir bütün olarak değerlendirilerek maliklerinin görüşü alınmak suretiyle Bakanlığa tahsisinde veya TOKİ ile idareye (il özel idareleri ve belediyelere) bedelsiz olarak devrinde Anayasa'nın 127. maddesine aykırılık yoktur. "Uygun görüş"lerini almamak suretiyle kuralın mahalli idarelerin özerklik alanını sınırladığı kesin olmakla birlikte, bu sınırlamanın gözetilen meşru amaçla uyumlu olduğu açıktır.

Öte yandan, dava konusu kural sadece mahalli idarelere ait taşınmazların Kanun'un amaçları doğrultusunda Bakanlığa tahsisini öngörmemekte, aynı zamanda diğer kamu kurumlarının mülkiyetinde bulunan taşınmazların da il özel idareleri ile belediyelere bedelsiz olarak devrine yönelik yetki vermektedir. Mahkememiz, Ankara Büyükşehir Belediyesi lehine bedelsiz olarak intifa hakkı tesis eden 5659 sayılı Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü

Kuruluş Kanunu'na 5524 sayılı Kanunla eklenen ek madde 1'in iptali talebini şu gerekçeyle reddetmiştir: "Kamu kurumlarının gereksinimlerine göre bazı gayrimenkullerin kamu hizmetlerine özgülenmeleri veya özel mülkiyetlerinde bırakılmaları suretiyle farklı hukuki rejimlere bağlı tutulmalarındaki ortak amaç kuşkusuz kamu yararıdır. Bu nedenle bir kamu kurumunun tasarrufunda bulunan gayrimenkul üzerinde kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak, ilgili bakanlığın uygun görüşü ile imar planlarına uygun olmak koşuluyla yol, meydan, geçit, üst geçit, tünel, dere ıslahı gibi dava konusu kuralda belirtilen yapılaşmalar için bedel alınmaksızın intifa hakkı tesis edilerek sınırlamalar getirilmesinin, her iki tarafında kamu kurumu olduğu ve idarenin bütünlüğü ilkesi de gözetildiğinde Anayasa'ya aykırı bulunmadığı sonucuna varılmıştır." (E:2009/61, K:2011/38, K.T:10.02.2011).

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kuralın Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı olmadığından, dava konusu kuralın iptaline yönelik çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Burhan ÜSTÜN

KARŞI OY GEREKÇESİ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkındaki Kanun'un 4. maddesinin, (3) numaralı fıkrası, "*Uygulama sırasında Bakanlık, TOKİ veya İdare tarafından talep edilmesi hâlinde, hak sahiplerinin de görüşü alınarak, riskli alanlardaki yapılar ile riskli yapılara elektrik, su ve doğal gaz verilmez ve verilen hizmetler kurum ve kuruluşlar tarafından durdurulur*", kuralını içermektedir.

Kuralla afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların iyileştirme, tasfiye ve yenileme işlemlerine tabi tutulmalarını sağlamak için bireylerin tahliyeye zorlanması amaçlanmaktadır. Afet riski altındaki alanların yeniden yapılandırılabilmesi için böyle bir zorlamada kamu yararı olduğu ve bu tür yapılarda yaşayanların başta yaşam hakkı olmak üzere çeşitli haklarının korunmasının amaçlandığı ilk anda düşünülebilir.

Bununla birlikte, dava konusu kuralda bir uyarı veya ihtar süreci öngörülmemiştir. Bu nedenle bireylerin, herhangi bir uyarı yapılmaksızın elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerinden mahrum bırakılmaları söz konusu olabilecektir. 4. maddenin (3) numaralı fıkrasında sayılan hizmetlerin kesilmesi hususunda hak sahiplerinin görüşlerinin alınacağından bahsedilmekle birlikte bunun onaylarının alınmasının şart olduğu anlamına gelmediği de açık olup, buradan hareketle görüşü alınan bireylerin sınırlamadan haberdar olacağını söylemek güçtür. Üstelik hak sahiplerinin görüşünün alınması Bakanlık, TOKİ veya idare tarafından "*talep edilmesi*" hâlinde mümkün olacaktır. Yani ilgili kuruluşlar talepte bulunmazsa, hak sahibinin görüşü de alınmayacaktır. Uyarı olsun ya da olmasın, her durumda konutunu terk etmeyen bireylerin bunu keyiflerinden değil, bazı zorunluluklardan dolayı yaptıklarını kabul etmek gerekir.

Anılan yapıları hizmetlerin verilmemesi suretiyle zorlanarak anlaşma sağlanmadan tahliye etmiş olanlara başka bir yerde ikamet etmeleri veya ticari faaliyetlerini yürütmeleri için geçici konut veya işyeri tahsisi ya da kira yardımı yapılmayacaktır. Çünkü Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında bu tür yardımların "*anlaşma ile tahliye edilen yapıların maliklerine veya malik olmasalar bile kiracı veya sınırlı ayni hak sahibi olarak bu yapılarda ikamet edenlere veya bu yapılarda işyeri bulunanlara*" yapılabileceği düzenlenmiştir.

Kuralın, uygulamanın tahliye ve yıktırma aşamasında bireylerin kendi iradeleriyle yapıları terk etmelerine imkân tanınan anlaşma ve süre verilmesi süreçleri geçilmeden bile elektrik, su ve doğal gaz hizmetleri verilmeyerek bireylerin zorlanmalarına imkân tanınması, makul değildir. Dava konusu kuralla tahliye ve yıkım aşamasının bu iki sürecinden de önce "*tespit*" aşamasında dahi anılan sınırlamanın uygulanmasına imkân tanımaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesinde, "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir", ifadesi yer alırken, 57. maddesinde de, "devletin, şehirlerin özellikleri ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alacağı" belirtilmektedir. Konut hakkının ancak sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama imkânı olduğunda tam olarak kullanılabileceğinden hareketle bu hakkın 56. maddedeki sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı ile birlikte düşünülmesi gerekmektedir.

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 11/1. maddesinde; "…Herkesin kendisi ve ailesi için beslenme, giyim ve konut dâhil, yeterli bir yaşam düzeyi ve yaşama koşullarını sürekli olarak geliştirme hakkı vardır." şeklinde düzenleme yer almaktadır. Burada konut hakkı yeterli bir yaşam düzeyinin bir bileşeni olarak değerlendirilmektedir. Nitekim BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Yaşamaya Elverişli Konut Hakkıyla ilgili yaptığı 4 No'lu genel yorumunda, elverişli konut hakkını başını sokacak bir çatı sağlayan barınakla özdeşleştirilen dar ve sınırlı bir hak olarak değil tam tersine "güvenli ve barış içinde ve insanlık onuruna sahip bir şeklide belirli bir yerde yaşama hakkı" olarak kabul etmektedir. Bu kapsamda yeterli konut, "yeterli mahremiyet, yeterli mekân, yeterli güvenlik, yeterli ısıtma, aydınlatma ve havalandırma, su, atık su ve katı atık yönetimi gibi temel altyapı hizmetleri açısından yeterli ve erişilebilir bir durumda olan konut olarak" tanımlanmaktadır.[1] Bu hak diğer birçok hakkın kullanılabilmesinin ön koşuludur çünkü elverişli bir konuta sahip olmayan bir kişinin sağlık ve eğitim gibi bazı haklara erişiminde de sorunlar yaşanabilir. Günümüzde elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerinin verilmediği bir yapıda yaşamak insan haysiyetiyle bağdaşmaz.

Bir konutta yaşayanları tahliyeye zorlamak için elektrik, su ve doğal gaz hizmetlerini kesip, konutlarını şu veya bu nedenden dolayı boşaltmayı kabul etmeyenleri insan haysiyetine uymayacak bir şekilde elverişsiz koşullarda yaşamaya mecbur etmek bir sosyal hukuk devletinin yapacağı eylem değildir. Burada devlet bu konutlarda barınanlara, "ya uygunsuz şartlarda yaşa, ya da terk et" diyerek, adeta bir çeşit şantaj yapmaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle dava konusu kuralın anayasanın 56. ve 57. maddelerini aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Üye
Engin YILDIRIM

1 BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No. 4, Yaşamaya Elverişli Konut Hakkı, para.7, Lema Uyar, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 145.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 4. maddesinin bir numaralı fıkrası;

6306 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

İptal edilen kural, Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya idarenin, riskli alanlarda, riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda ve rezerv yapı alanlarında 6306 sayılı Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince her türlü imar ve yapılaşma işlemlerini geçici olarak durdurabileceğini düzenlemektedir.

Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şey üzerinde "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" şeklindeki yetkiler vermektedir. Bireylerin, taşınmazları üzerinde "yapı yapabilmeleri" onların mülkiyet hakkı kapsamındaki "kullanma" yetkilerinin bir gereğidir. İptale konu kural, bireylere ait taşınmaz mallar üzerindeki imar ve yapılaşma işlemlerinin durdurulmasını düzenlemekte ve dolayısı ile, bireylerin mülkiyet haklarına sınırlama getirmektedir. Kuralın madde gerekçesinde de dava konusu kuralla taşınmaz mülkiyetine kısıtlamalar getirildiği açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu sınırlandırma, Anayasa'nın öngördüğü şekilde "yasayla" yapılmaktadır.

Madde gerekçesinde "Madde ile Kanunun öngördüğü iyileştirme, yenileme ve dönüştürme iş ve işlemleri ile uygulamaların gerektirdiği ölçüde, taşınmaz mülkiyetine ve tasarrufuna ilişkin haklar bakımından getirilen kısıtlamalar düzenlenmektedir." denilmiştir.

Dava konusu kuralın içeriği ve madde gerekçesi ile Kanun'un amacı ve genel gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, Kanunla nihai olarak afet riski altındaki yerleşim merkezlerinin bulundukları yerde dönüştürülmeleri veya başka bir yerleşim merkezine nakledilmelerinin hedeflendiği, belirli bir plan ve program dâhilinde bütünlüklü olarak yürütülmesi gereken bu uygulamalar sırasında plan ve programa aykırı yapılaşma yapılmasını engellemek için geçici olarak uygulamaya konu alanlarda ve riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda imar ve yapılaşma işlemlerinin durdurulduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir amacın "kamu yararı" taşıdığı açıktır. Nitekim

AİHM de, mekansal gelişmenin karmaşık ve zor olduğu alanlarda, şehir planlarının uygulanması bakımından inşaat yasağı konulmasında kamu yararı bulunduğunu kabul etmektedir.

Son olarak ulaşılmak istenen kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkına getirilen sınırlama arasında adil bir denge kurulup kurulmadığına bakılması gerekir. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, burada Kanun kapsamındaki uygulamaların başlamasıyla birlikte kendiliğinden yürürlüğe girecek bir imar ve yapılaşma yasağı söz konusu değildir. Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya idare tarafından gerek duyulduğunda, uygulamaların gerektirdiği ölçüde bu yasak uygulanacaktır. Diğer taraftan anılan kurum ve kuruluşlara verilen imar ve yapılaşma yasağı getirme yetkisi süreyle sınırlandırılmış olup "Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince" anılan yetki kullanılabilecektir.

Getirilen yasak kanun gereği kendiliğinden değil ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının kararıyla durdurulacağından Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca bu karara karşı yargı yoluna başvurulabilmesi mümkündür. Proje ve uygulamaların uzun sürmesi nedeniyle imar ve yapılaşma yasağının, bireylerin olağan sınırların dışında zarar görmesi hâlinde de zararlarının giderilmesi için yargı yoluna başvurulabilecektir. Dolayısıyla burada kamu ile bireyin çıkarları arasında adil dengenin kurulduğu söylenebilir.

Kuralda, Bakanlık veya uygulamayı yürütmesi hâlinde TOKİ veya idareye verilen yetki "imar ve yapılaşma" işlemlerini geçici olarak durdurma yetkisidir. Yetkinin kapsamına "her türlü" imar ve yapılaşma işlemi dâhildir. İmar ve yapılaşmayla ilgili işlemlerin neler olduğu 3194 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Buna göre, imar ve yapılaşma işlemleri genel olarak; anılan Kanun'un ikinci bölümündeki imar planlarıyla ilgili işlemler, üçüncü bölümündeki ifraz ve tevhit işlemleri, dördüncü bölümündeki yapıyla ilgili işlemler (yapı ruhsatı gibi) olarak sıralanabilir.

Anılan yetki süreyle sınırlandırılmış olup, "Kanun kapsamındaki proje ve uygulamalar süresince" imar ve yapılaşma işlemleri durdurulabilecektir. Bu uygulamaların neler olduğu, Kanun'un ikinci bölümünün 3., 4., 5. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Bunlar; tespit, taşınmaz devri ve tescil, tasarrufların kısıtlanması, tahliye ve yıktırma ile diğer uygulama işlemleridir.

Yetki, yer bakımından da sınırlandırılmıştır. Buna göre, imar ve yapılaşmayı durdurma yetkisi, Kanun kapsamında uygulama yapılabilecek yerler olan "riskli alanlarda", "riskli yapıların bulunduğu taşınmazlarda" ve "rezerv yapı alanlarında" kullanılabilecektir.

Bakanlığa verilen bu yetki, kamu yararının sağlanmasının yanı sıra hizmet gerekleri ve yetkiyi veren Kanun'un amacının gerçekleştirilmesi ile de sınırlıdır. Bakanlık takdir yetkisini kullanırken, hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete de uymak zorundadır. Her idari eylem ve işlemde olduğu gibi, Bakanlığa verilen anılan yetki kullanırken de bu genel ilkelere ve sınırlamalara uygun hareket edilmesi gerekir. Belirtilen özel ve genel sınırlamalara uygun hareket edilip edilmediği, Bakanlığa verilen yetkinin keyfi kullanılıp kullanılmadığı yargı denetimine tabidir. Anayasa'nın 125. maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin kanunsuz ve keyfi davranışlarına karşı korunmuştur.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla Bakanlığa verilen yetkinin belirsiz olmadığı ve yukarıda açıklanan özel-genel sınırlamalarla çerçevesinin çizildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan bireylerin, Bakanlığın keyfi işlemlerine karşı yargı yoluna başvurma imkânı da bulunmaktadır. Dolaysıyla dava konusu kuralın belirsizlik oluşturarak hukuk güvenliğini zedelediği, yürütmeye genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi vererek yasama yetkisini devrettiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

2- Anılan iptal davasında ayrıca 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesi ile (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesi; 5. maddesinin beş numaralı fıkrasının ikinci cümlesi; 6. maddesinin dokuz numaralı fıkrasının ikinci cümlesi de iptal edilmiştir. Kanun'un 3. maddesinin bir numaralı fıkrasının yedinci cümlesinin ve 5. maddesinin beş numaralı fıkrasının birinci cümlesinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dört numaralı fıkrası uyarınca uygulanma imkânı kalmadığı gerekçesi ile iptaline karar verilmiştir. Sayın Zühtü ARSLAN'ın karşı oylarında, bu kurallarla ile ilgili olarak belirttiği gerekçelerle, kanunun iptal

edilen 6. maddesinin onuncu fıkrası yönünden de Sayın M. Emin KUZ'un karşı oylarında, bu kural ile ilgili olarak belirttiği gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

KARŞIOY GEREKÇESİ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesi; 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi, 6. maddesinin (10) numaralı fıkrası iptal edilmiştir. Ayrıca Kanun'un 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca uygulanma imkânı kalmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Aşağıdaki gerekçelerle çoğunluğun iptal yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.

1- Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi, Üye Zühtü ARSLAN'ın karşı oy gerekçesinde belirttiği nedenlerle Anayasa'ya aykırı değildir.

2- 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin, bu Kanun uyarınca yapılan iş ve işlemlere ilişkin olarak adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligatın, muhataplarına yapılmış sayılmasını öngören onuncu fıkrası Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılacak tebligatın 7201 sayılı Kanuna tâbi olduğu ve dava konusu 6306 sayılı Kanun'a göre gerçekleştirilecek işlemlere ilişkin tebligatın da 7201 sayılı Kanun kapsamında bulunduğu tartışmasızdır. 7201 sayılı Kanun'un 10. maddesinde tebligatın, tebliğ edilecek kişinin bilinen en son adresinde yapılacağı, bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebligatın yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri ve adresinin en son adresi olarak kabul edileceği ve tebligatın buraya yapılacağı hükme bağlanmaktadır. İptal edilen fıkrada 7201 sayılı Kanun'un

10. maddesinde öngörülen "bilinen en son adrese" tebligat aşamasına 6306 sayılı Yasa'nın söz konusu maddesinde yer verilmeyerek tebligat sürecinin hızlandırıldığı görülmektedir.

Kararda da belirtildiği gibi adres kayıt sistemi 5490 sayılı Kanunda düzenlenmekte ve adres bilgilerinin sürekli güncellenmesi konusunda ilgililere yükümlülükler getirilmektedir. Anılan hükümler uyarınca bilinen en son adresle, adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adres arasında kural olarak bir farklılık bulunmaması gerekmektedir. Kişilerin adres değişikliklerini adres kayıt sistemine bildirmeyi unutmaları veya ihmal etmeleri yahut sistemin güncellenmesinde, idareden kaynaklanan bir gecikme olması halinde adres kayıt sisteminde belirtilen adresle, bilinen son adresin farklı olabileceği yolundaki bir varsayımla kuralın Anayasa'ya aykırı bulunması, 5490 sayılı Kanunla getirilen adres kayıt sisteminin gerekli şekilde işlemeyeceğinin kabulü anlamına gelir ki Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun hükümlerinin uygulanamayacağı kabulüne dayalı bir sonuca katılmak mümkün değildir.

Kanun'un 1. maddesine göre, Kanun'un amacı, riskli yapıları fen ve sanat norm ve standartlarına uygun hâle getirmek, bunların maliklerine sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri temin etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemedir.

Şüphesiz, bunda riskli yapı maliklerinin önemli kişisel menfaatleri bulunmaktadır. Dolayısıyla, anılan amacın gerçekleştirilmesi için yapılacak iş ve işlemlere ilişkin olarak adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere tebligat yapılmasında anayasal sorun bulunmamaktadır.

6306 sayılı Kanun kapsamında yapılan uygulamaların, riskli yapıların en kısa sürede tahliye edilerek yıktırılmasını hedeflediği dikkate alındığında, uygulamadan etkilenecek pek çok binanın yıkılarak oturanların başka adreslere taşınacakları; böylece bilinen son adrese tebligat yapılmaya çalışılmasının önemli zaman kaybına yol açacağı ve böylece dönüşüm amacıyla yapılacak uygulamaların hızlandırılması hedefinden uzaklaşılacağı açıktır.

Bu itibarla, 5490 sayılı Kanun hükümlerine göre, adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adresin kural olarak bilinen en son adres

olması gerektiği ve dönüşümle ilgili uygulamaların pratik gerekleri de göz önünde bulundurularak kamu yararı amacıyla getirildiği açık olan kuralın hukuk devleti ilkesine ve mahkemeye erişim hakkına aykırı bir yönünün bulunmadığı sorucuna varılmaktadır. Bu nedenle söz konusu Kanun hükmü Anayasa'ya aykırı değildir.

3- Kanun'un 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi iptal edildiğinden aynı fıkranın 1. cümlesi olan "Bakanlık veya İdare tarafından yapılan yıktırmanın masrafları, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir." şeklindeki hükmü 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca uygulanma imkânı kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

İlgili kuralda (m.5/5 ikinci cümle) tapu müdürlüğünün bina maliklerinin müteselsil sorumluluğunu sağlamak üzere tapu kaydı üzerinde "müşterek ipotek" koyması mülkiyet hakkına yönelik ölçüsüz bir müdahale görülerek iptal edilmiştir. Oysa 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptal edilen cümle, masrafların Bakanlık veya İdare tarafından ilgili maliklerden tahsil edilmesi amacıyla tapu müdürlüğüne bildirilmesine ilişkindir.

Mahkememiz çoğunluğu "yıktırma" masraflarının maliklerden tahsilini Anayasa'ya aykırı bulmuş olsaydı bu takdirde söz konusu hükümler uygulanamaz hale gelebilirdi. Hâlbuki çoğunluk kararında, masrafların malikinden tahsili değil, "müşterek ipotek" koymak suretiyle tahsili Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Bu da Bakanlığın veya İdarenin yapılan masrafları ilgili tapu müdürlüğüne bildirmesine ilişkin hükmü uygulanamaz hâle getirmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralların iptaline yönelik çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL

KARŞI GÖRÜŞ

16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un bazı madde ve fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, aşağıda belirtilen hükümlerin de iptaline karar verilmiştir. Ancak aşağıda açıklanan nedenlerle belirtilen hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali sonucuna katılmamız mümkün olmamıştır:

1- 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının sekizinci cümlesinin iptali istenmiştir. İptali istenen cümlenin de bulunduğu birinci fıkra şu şekildedir: *"(1) Riskli yapıların tespiti, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Bakanlığa veya İdareye bildirilir. Bakanlık, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilir. Verilen süre içinde yaptırılmadığı takdirde, tespitler Bakanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir. Bakanlıkça veya İdarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince onbeş gün içinde itiraz edilebilir. Bu itirazlar, Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanır. Bakanlık veya İdare tarafından yapılan tespit işleminin masrafı ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir.* ***Tapu müdürlüğü, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya İdareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir."***

Dava konusu kural uyarınca, riskli yapıların tespiti, masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır. Bakanlık, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilir. Verilen süre içinde yaptırılmadığı takdirde, tespitler Bakanlıkça veya idarece yapılır veya yaptırılır. Bakanlık veya idare tarafından yapılan tespit işleminin masrafı ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Tapu müdürlüğü, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında

müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya idareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir.

Mahkememiz çoğunluğu tarafından, fıkranın 8. cümlesinde yer alan "*Tapu müdürlüğü, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya İdareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir.*" hükmü, binanın paydaşlarına tespit masraflarının ödenmesi konusunda müteselsil sorumluluk ve taşınmaz üzerine de müşterek ipotek yükümlülüğü getirdiği için bina paydaşlarının mülkiyet hakkı üzerinde ölçüsüz bir sınırlama oluşturduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı görülerek iptaline karar verilmiştir.

Gerek genel olarak Kanun'un, gerekse de iptal talebine konu fıkranın amacı riskli yapıları fen ve sanat normlarıyla standartlarına uygun hâle getirmek, bunların maliklerine sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemedir. Bu amaç gözetildiğinde hükmün kamu yararı amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, Bakanlar Kurulunca belirlenecek uygulama alanı içerisindeki taşınmaz maliklerine de bir takım yükümlülükler getirilmiştir. Sözkonusu fıkrada bir yapının riskli olup olmadığının tespiti düzenlendiğinden, burada bina paydaşlarının da kişisel menfaatleri bulunmaktadır. Dolayısıyla anılan amacın gerçekleştirilmesi için yapılacak uygulamaların birinci aşaması olan riskli yapıların tespiti masraflarının, amacın gerçekleştirilmesinde kişisel menfaati bulunan bina paydaşlarınca karşılanma yükümlülüğü getirilmesi doğaldır. Nitekim Mahkememiz çoğunluğu da bu konuda Anayasa'ya bir aykırılık görmemektedir.

Kanunkoyucu, yapı malikleri tarafından yaptırılmayan tespitin, kamu yararı amacıyla, masrafı daha sonra ilgililerden alınmak üzere idare tarafından yaptırılmasını öngörmektedir. Bu şekilde ortaya çıkan alacağın, kamu alacağı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Bu alacağın hemen tahsili yoluna gidilebilirdi. Ancak Kanunukoyucu, hemen tahsil yoluna başvurulmasını uygun görmemiş, riskli olduğu tespit edilen binaların daha sonra yıkımı da gündeme geleceğinden bina maliklerini bu aşamada bir de ödeme yapma külfetiyle karşı karşıya bırakmamak için adeta onlara kredi açılmasını uygun görmüştür. Ancak diğer taraftan da açılan bu kredinin ödenmesini teminat altına almak için hem bina maliklerinin

bu masraflardan müteselsil sorumluğunu kabul etmiş, hem de taşınmaz üzerine müşterek ipotek tesisini öngörmüştür. Bu durum taşınmaz malikleri açısından Anayasa m. 13 ve 35 kapsamında mülkiyet hakkına bir getirilen bir sınırlama olarak kabul edilebilir.

Anayasa m. 35'de mülkiyet hakkı düzenlenmiş, birinci ve ikinci fıkralarında *"Herkes mülkiyet hakkına sahiptir. – Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir."* denilmiştir. Buna göre mülkiyet hakkı ancak kanunla sınırlanabilir ve bu sınırlama kamu yararı amacıyla yapılabilir. Mülkiyet hakkı bu şekilde sınırlandırılırken de hakların sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa'nın 13. maddesine de uygun hareket edilmesi gereklidir. Bu açıdan bakıldığında da, mülkiyet hakkı, hakkın özüne dokunulmaksızın, kanunla ve kamu yararı amacı gözetilerek sınırlandırılabilir; ayrıca bu sınırlandırmalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Taşınmazın riskli olup olmadığının tespiti için yapılan masraflar, taşınmazın tümü için ortak yapıldığından bina paydaşlarının sadece kendi hisselerine düşen kısımdan değil, tespit masraflarının tümünden sorumlu tutulmaları ve bu bağlamda müteselsil sorumluluklarını öngörmek mümkündür. Borçlar Kanunu m. 162 gereğince müteselsil sorumluluk, borçluların ortak borçlu olmayı kabul etmeleriyle yahut kanunda müteselsil borçluluğun öngörülmesiyle doğar. Burada da, kanunla öngörülmüş bir müteselsil sorumluluk hali vardır. Somut olayın ve müteselsil sorumluluğun niteliğine uygun olmak kaydıyla Kanunkoyucu bir borçtan dolayı müteselsil sorumluluk hali öngörebilir; bu konuda takdir yetkisi vardır. Kanunkoyucunun müteselsil sorumluluk öngörebileceği bir konuda, bu şekilde bir sorumluluk öngöremeyeceği, bunun mülkiyet hakkına ölçüsüz bir müdahale olacağını söylemek, yerindelik denetimi yapılması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, hedeflenen kamu yararı gözetildiğinde, getirilen müteselsil sorumluluk nedeniyle bir paydaşın sadece kendi hissesine düşen miktardan değil, borcun tümünden sorumlu tutulması, Borçlar Kanunu m. 167 ve 168'de öngörülen müteselsil borçlular arasındaki iç ilişkiye ilişkin hükümler de dikkate alındığında ölçüsüz kabul edilemez.

İkinci olarak tespit masrafları nedeniyle Kanunkoyucu ayrıca bina paydaşlarının arsa payları üzerine tespit masrafı tutarında müşterek ipotek tesis edilmesini kabul etmiştir. Buna göre, tespit masraflarının hemen tahsili

yoluna gitmeyip, bir taraftan bina maliklerine kolaylık sağlamak isteyen Kanunkoyucunun, diğer taraftan da bu nedenle doğan kamu alacağının ödenmesini teminat altına almak istediği, bu nedenle paydaşların arsa payları üzerine müşterek ipotek tesis edilmesi yolunu seçtiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Medeni Kanun m. 892 gereğince kanunla, tescile tabi olmayan bir ipotek hakkı tesisi mümkündür. Burada da bina paydaşları, tespit masraflarından sorumlu tutulduklarından, bu borcun ödenmesini teminat altına almak için arsa payları üzerine sadece tespit masrafları tutarında ipotek konulabilir. Böyle bir durumda, bir paydaş sadece kendi hissesine düşen borç miktarını değil, borcun tümünü ödeyerek hissesi üzerindeki ipoteği kaldırtabilecektir. Ancak bir paydaş diğer paydaşların da hissesini ödemişse, bu takdirde alacak, borcu ödeyen malike geçer (MK m. 884,2), paydaş o alacaklının yerine geçip ödediği miktarı diğer paydaşlardan isteyebilir. Bu durumun paydaşların mülkiyet hakkına bir sınırlama getirdiği açıktır. Kanunla ve kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlamanın da, borcun tümünü ödeyen paydaşın, hissesinden fazla ödediği kısmı, diğer paydaşlardan isteyebileceği, hükmün gerçekleştirmeyi hedeflediği kamu yararı dikkate alındığında, ölçüsüz olduğu ve hakkın özüne dokunduğu söylenemez.

Fıkranın sekizinci cümlesinin yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı olmadığı kanaatinde olduğumdan, bu duruma bağlı olarak yedinci cümlenin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dört numaralı fıkrası gereğince iptali gerekli değildir.

2- 6306 sayılı Kanun'un 5. maddesinin beşinci fıkrasındaki *"Bakanlık veya İdare tarafından yapılan yıktırmanın masrafları, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir.* ***Tapu müdürlüğü, yıkılan binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak Bakanlığa veya İdareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir****"* şeklindeki hükmün, ikinci cümlesi Mahkememiz Çoğunluğu tarafından, yine mülkiyet hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirdiği ve Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle; birinci cümlesi de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince uygulama kabiliyeti kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

6306 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında riskli olduğu tespit edilen yapıların yıktırılması düzenlenmiş, beşinci

fıkrasında ise yapının Bakanlık veya idare tarafından yıktırılması halinde yıkım masraflarına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Getirilen hükümler, yukarıda incelenen tespit masraflarına ilişkin 3. maddenin birinci fıkrasının 7. ve 8. cümlelerindeki hükümlerle paralellik arzetmektedir. O nedenle söz konusu Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının 7. ve 8. cümlelerinin iptal talebinin reddine ilişkin yukarıda belirtmiş olduğum gerekçeler, burada da aynen geçerli olduğundan, orada belirtilen gerekçelerle bu hükümlerin de mülkiyet hakkına ölçülü bir sınırlama getirdiği ve hakkın özüne dokunulmadığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı olmadığı kanaatindeyim.

3 - 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki "***Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar, bu Kanunun amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere maliki olan kamu idarelerinin görüşü alınarak Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir.*** *Bu Kanuna göre uygulamada bulunulan alanlarda yer alan tescil dışı alanlar, tapuda Hazine adına tescil edildikten sonra Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir"* şeklindeki hükmün ilk cümlesi, Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin bütünlüğü düzenlenerek birinci ve ikinci fıkralarında *"idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür"*, *"idarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır"* denilmiştir. Anayasa m. 127'de de mahalli idareler düzenlenmiş ve ikinci fıkrasında *"Mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir."*, beşinci fıkrasında da "*Merkezî idare, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir*" hükümlerine yer verilmiştir.

İptale konu olan birinci cümlede "*Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar*"ın, Kanun'un amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere maliki olan kamu idarelerinin görüşü alınıp Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla Bakanlığa tahsis edileceği ve

tasarrufuna bırakılacağı veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye veya idareye bedelsiz olarak devredileceği düzenlenmiştir.

"*Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar*", kural olarak genel bütçe kapsamı dışındaki kamu idarelerine ait taşınmazlardır (5018 s.K. m. 45,1). Bunlar ilgili kamu idaresinin tüzel kişiliği adına tapu sicilinde tescil olunurlar. Buna göre söz konusu hüküm esas itibariyle "*özel bütçeli idareler*", "*düzenleyici ve denetleyici kurumlar*", "*sosyal güvenlik kurumları*" ve "*mahallî idareler*"in mülkiyetinde bulunan taşınmazları kapsamaktadır.

5018 s. K. m. 46,1 gereğince genel bütçe kapsamı dışındaki kamu idarelerinin her türlü taşınır ve taşınmazları üzerinde tasarrufta bulunmaya özel kanunlarında belirtilen organları yetkili kılınmıştır. İptale konu olan kuralla, anılan idarelerin taşınmazlarının tahsis ve devri usulünde değişiklik yapılmış, bu işlemlerin taşınmazın maliki olan kamu idarelerinin de görüşü alınarak, Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından yapılacağı kurala bağlanmıştır. Bu şekilde üzerinde tasarrufta bulunulacak taşınmazlar, Kanun'un amaçları çerçevesinde kullanılması gerekli olan taşınmazlarla sınırlandırılmıştır. Ayrıca bu taşınmazların Kanun'un amaçları çerçevesinde kullanılabilmesi için Kanun'un uygulama alanları olan rezerv yapı alanları ya da riskli yapı alanları içinde olmaları gerekir.

Belirtildiği şekilde uygulama alanı içindeki hazine dışındaki diğer kamu idarelerine ait taşınmazların, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi amacıyla Bakanlığın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile ilgili Bakanlığa yahut Bakanlığın talebi ile TOKİ'ye veya ilgili mahalli idareye tahsis edilip, onun tasarrufuna bırakılmasında, mahalli idarelerin idari ve mali özerkliğine aykırı bir yön bulunmamaktadır. İlgili mahalli idare, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi projesiyle tümüyle ilgisiz olmayıp, projenin bir paydaşı konumundadır. Hazineye ait bir arazi bu amaçla mahalli idareye tahsis edilebilirken, mahalli idarenin uygulama alanındaki bir taşınmazını, mahalli idarenin idari ve mali özerkliği gerekçesiyle kapsam dışı tutmak kamu yararı amacıyla bağdaşmamaktadır.

Anayasa m. 123'de düzenlenen idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği ve sonucu olarak, gerek Hazineye, gerekse Hazine dışındaki diğer kamu idarelerine ait araziler bu kapsamda mahalli idarelere ait arazilerin de gerçek sahibi sonuçta Hazinedir (veya Devlettir). Bu açıdan, Kanunkoyucunun

takdir yetkisi kapsamında, kamu yararı amacıyla gerçekleştirilen ve mahalli idarelerin de paydaşı olduğu bir proje kapsamında mahalli idarelere ait taşınmazların Bakanlar Kurulu kararı ile Bakanlığa veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye yahut ilgili mahalli idareye bırakılmasında Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa m. 56 gereğince Devletin, vatandaşlarının güvenli, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamalarını temin etmek için bir takım görevleri bulunmaktadır. Bu kapsamda, afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi de bir zorunluluktur. Sözkonusu görevin yerine getirilmesinde merkezi idare sorumlu olduğu gibi, mahalli idarelere de düşen yükümlülükler bulunmaktadır. Bu bağlamda, merkezi idare ile mahalli idarelerin ortak projeler yapması ve bu proje kapsamında sahip oldukları taşınmazlarını da bu kapsamda kullanmaları Anayasa m. 56'nın da bir gereğidir.

Bir kamu tüzel kişisine ait arazi üzerindeki mülkiyet yahut mülkiyet dışında intifa gibi diğer ayni hakların kamu yararı amacıyla ve kanunla bir diğer kamu tüzel kişisine bedelsiz tanınmasına ilişkin düzenlemeler, Mahkememiz tarafından Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Nitekim, 24.3.1950 günlü, 5659 sayılı Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Kuruluş Kanunu'na 21.6.2006 günlü, 5524 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 1'in *"Tarım ve Köyişleri Bakanlığının uygun görüşü ile imar planlarına uygun olmak şartı ile yol, meydan, alt geçit, üst geçit ve raylı toplu taşım araçları, yer altı tünelleri ve yer altı hizmetleri için gerekli arazi ile dere ıslahı yapılması planlanan araziler üzerinde, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınmak suretiyle bedelsiz olarak Ankara Büyükşehir Belediyesi lehine intifa hakkı tesis edilir."* biçimindeki ikinci fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 10.2.2011 günlü, E.2009/61, K.2011/38 sayılı kararı ile Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Kararın gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir:

"İtiraz konusu kuralla, bir kamu tüzel kişisinin adına kayıtlı taşınmazlar üzerinde bir başka kamu tüzel kişisi lehine intifa hakkı tesisi öngörülmektedir. Kamu kurumlarının gereksinimlerine göre bazı gayrimenkullerin kamu hizmetlerine özgülenmeleri veya özel mülkiyetlerinde bırakılmaları suretiyle farklı hukuki rejimlere bağlı tutulmalarındaki ortak amaç kuşkusuz kamu yararıdır. Bu nedenle bir kamu kurumunun tasarrufunda bulunan gayrimenkul üzerinde kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak, ilgili bakanlığın uygun görüşü ile imar plânlarına uygun olmak koşuluyla yol, meydan, geçit, üst geçit, tünel, dere ıslahı

gibi dava konusu kuralda belirtilen yapılaşmalar için bedel alınmaksızın intifa hakkı tesis edilerek sınırlamalar getirilmesinin, her iki tarafın da kamu kurumu olduğu ve idarenin bütünlüğü ilkesi de gözetildiğinde Anayasa'ya aykırı bulunmadığı sonucuna varılmıştır." (AYM'nin 29.11.2012 günlü, E.2011/100 K.2012/191 sayılı kararı da aynı yönde).

Açıklanan gerekçelerle söz konusu hüküm Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 16.05.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının 7. ve 8. cümlelerinin; (4) numaralı fıkrasının 1. cümlesinin; 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının 1. ve 2. cümlelerinin Anayasaya aykırı olmadığı ve iptali gerekmediği kanaatinde olduğumdan, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesi iptal edilmiş, fıkranın yedinci cümlesinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca uygulanma imkânının kalmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Aşağıdaki gerekçelerle çoğunluğun iptal yönündeki görüşlerine katılmıyorum.

1- Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesi Üye Zühtü ARSLAN'ın karşıoy gerekçesinde belirttiği nedenlerle Anayasa'ya aykırı değildir.

2- Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesi iptal edildiğinden, aynı fıkranın yedinci cümlesi olan "Bakanlık veya İdare tarafından yapılan tespit işleminin masrafı ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir." şeklindeki hükmü de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca uygulanma imkânı kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

İlgili kuralda (m.3/1 sekizinci cümle) tapu müdürlüğünün bina maliklerinin müteselsil sorumluluğunu sağlamak üzere tapu kaydı üzerinde "müşterek ipotek" koyması mülkiyet hakkına yönelik ölçüsüz bir müdahale görülerek iptal edilmiştir. Oysa 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptal edilen cümle, masrafların Bakanlık veya İdare tarafından ilgili maliklerden tahsil edilmesi amacıyla tapu müdürlüğüne bildirilmesine ilişkindir.

Mahkememiz çoğunluğu "tespit" masraflarının maliklerden tahsilini Anayasa'ya aykırı bulmuş olsaydı bu takdirde söz konusu hükümler uygulanamaz hale gelebilirdi. Hâlbuki çoğunluk kararında, masrafların malikinden tahsili değil, "müşterek ipotek" koymak suretiyle tahsili Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Bu da Bakanlığın veya İdarenin yapılan masrafları ilgili tapu müdürlüğüne bildirmesine ilişkin hükmü uygulanamaz hâle getirmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralların iptaline yönelik çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ

6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesi ile (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesi; 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi; 6. maddesinin (9) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi iptal edilmiştir. Ayrıca, Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının yedinci cümlesinin ve 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca uygulanma imkanı kalmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir. Aşağıdaki gerekçelerle çoğunluğun iptal yönündeki görüşlerine katılmıyorum.

1. 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesine göre "*Tapu müdürlüğü, binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine,* ***masraf tutarında***

müşterek ipotek belirtmesinde bulunarak *Bakanlığa veya İdareye ve binanın ayni ve şahsi hak sahiplerine bilgi verir.*"

Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası, riskli yapıların tespitine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Fıkra uyarınca, riskli yapıların tespiti öncelikle yapı maliklerince yapılacak, ancak verilen süre içinde malikler yaptırmadığı takdirde tespit, Bakanlık veya ilgili idare tarafından yapılacak veya yaptırılacaktır. Bakanlık veya idarece yapılan tespit işleminin masrafı tapu müdürlüğüne bildirilecek, iptal edilen hüküm gereğince de, tapu müdürlüğü binanın paydaşlarının müteselsil sorumlu olmalarını sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine, masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunacaktır.

Mahkememiz çoğunluğu, arsa payları üzerine müşterek ipotek konması işlemini mülkiyet hakkına yönelik "ölçüsüz" bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6306 sayılı Kanun'un amacı, "*afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemektir*" (m.1). "Riskli yapı" kavramı ise, Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde, "*Riskli alan içinde veya dışında olup ekonomik ömrünü tamamlamış olan ya da yıkılma veya ağır hasar görme riski taşıdığı ilmi ve teknik verilere dayanılarak tespit edilen yapı*" olarak tanımlanmıştır.

Anlaşılacağı üzere, afet riski taşıyan yapıların tespiti işlemi buralarda yaşayanların sağlığını ve hayatını doğrudan ilgilendiren bir konudur. Bu nedenle riskli yapıların tespitinde maliklerin şahsi menfaatlerinin bulunduğu, dolayısıyla tespit masraflarını karşılamaları gerektiği konusunda şüphe yoktur.

Mülkiyet hakkına yönelik kamu yararı amacıyla getirilen bu sınırlamanın ölçüsüz olduğundan söz edilemez. Zira, öncelikle riskli yapının tespiti işleminin belli bir süre içinde yapı maliklerince yapılması öngörülmektedir. Bu yükümlülük yerine getirilmediğinde, kamu otoriteleri devreye girmekte ve tespiti yaptırarak masrafını maliklerden tahsil etme yoluna gitmektedir. Ayrıca, binanın paydaşlarının müteselsil sorumluluğunu sağlamak üzere tapu kaydındaki arsa payları üzerine konan "müşterek ipotek" miktarı, tespit için yapılan "masraf tutarı" olarak belirlenmiştir.

Dava konusu cümlenin amacı, binanın paydaşlarının müteselsil sorumluluğunu sağlayarak, kamu alacağının bir bütün olarak tahsilini gerçekleştirmek ve tespit sonrası sürecin sorunsuz olarak devamını sağlamaktır. Hiç kuşkusuz, "müşterek ipotek" maliklerin riskli yapı üzerinde bir kısım tasarruflarını sınırlamaktadır. Ancak, mülkiyet hakkına yönelik bu müdahale malikin bina üzerindeki haklarını mutlak olarak kısıtlamamakta, belli şartlar altında "ipotekli" olarak paylarını satmasına veya devretmesine engel teşkil etmemektedir.

Sonuç olarak, maliklerin mülkiyet hakkına yönelik sınırlamanın gerek maliklerin kişisel menfaati, gerekse sağlıklı bir çevrenin ve yapılaşmanın sağlanması amacında mündemiç olan kamu yararı dikkate alındığında ölçüsüz olduğu söylenemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, tapu müdürlüğünün yıkılan binanın paydaşlarının müteselsil sorumluluğunu sağlamak amacıyla tapu kaydındaki arsa payları üzerine masraf tutarında müşterek ipotek belirtmesinde bulunmasına yönelik Kanun'un 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin de Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

2. Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptal edilen birinci cümlesi şu şekildedir: "*Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar, bu Kanunun amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere maliki olan kamu idarelerinin görüşü alınarak Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla Bakanlığa tahsis edilerek tasarrufuna bırakılır veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve İdareye bedelsiz olarak devredilebilir*."

İptal gerekçesinde de belirtildiği üzere, kuralda yer alan "Hazine dışındaki kamu idareleri", genel bütçe kapsamı dışında kalan "mahalli idareler" başta olmak üzere, "özel bütçeli idareler", "düzenleyici ve denetleyici kurumlar" ve "sosyal güvenlik kurumları"nı ifade etmektedir (5018 sayılı Kanun, m.45 (1) ve (II), (III), ve (IV) sayılı cetveller).

Dava konusu kuralla, hazine dışındaki kamu idarelerine ait taşınmazların devir ve tahsisine ilişkin olarak 5018 sayılı Kanun'la belirlenen genel hükümlerden farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazların tahsis ve devir işlemleri, (a) Kanun'un amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere ve

(b) taşınmazların maliki olan kurumların görüşü alınmak suretiyle, Bakanlar Kurulu kararıyla yapılır.

Mahkememiz, dava konusu kuralın Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce, iptal edilen kural, "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir*" hükmünü içeren Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olmak bir yana, bu maddede güvenceye alınan "idarenin bütünlüğü" ilkesinin gereği olarak görülebilir. Bu ilke, yine çoğunluk gerekçesinde belirtildiği üzere, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kurum ve kuruluşların bir bütün oluşturduğunu ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, dava konusu kuralla, tahsisi ve devri öngörülen taşınmazların Kanun'un amaçları çerçevesinde kullanılabilecek olması en önemli şartı ve sınırlamayı oluşturmaktadır. Bu sınırlama gereği, Kanun'un uygulama alanlarını teşkil eden "rezerv yapı alanları" veya "riskli yapı alanları" içinde kalan taşınmazlara yönelik tahsis ve devir işlemlerinin yapılacağı kuşkusuzdur. Kanun'un 2. maddesinde tanımlandığı üzere, "rezerv yapı alanı" yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere Bakanlıkça belirlenen alanı, "riskli alan" ise can ve mal kaybına yol açma riski taşıyan Bakanlar Kurulunca belirlenen alanı ifade etmektedir.

Afet riski taşıyan alanlarda veya bu alanların dönüşümü çerçevesinde yeni yerleşim alanı olarak tespit edilen "rezerv yapı alanları"nda bulunan kamuya ait taşınmazların, ilgili malikin görüşü alınmak suretiyle, Bakanlar Kurulu tarafından tahsisinin yapılması idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereğidir. Zira, bu tür işlemler, her bir kamu idaresinin parçalı iradesini aşan bütüncül bir planlama ve uygulamayı gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararında, kamu mallarının bir idareden diğerine devredilmesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: "*Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince devlet, mülkiyetinde bulunan kamu mallarını kendi içindeki bir kurumdan, bir başka kuruma bedelli ya da bedelsiz devredebilir. Anayasa'da buna engel teşkil eden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanun koyucunun kamu mallarının, kamu tüzel kişiliği olsun ya da olmasın, bir idareden başka bir idareye bedelli ya da bedelsiz devredilmesi konusunda, anayasal sınırlar içinde kalmak, kamu yararı ve hizmetin*

gereklerini dikkate almak koşuluyla takdir yetkisi vardır." (E.2010/82, K. 2012/159, K.T.:18.10.2012).

Diğer yandan, mahalli idarelere ait taşınmazların bu idarelerin görüşü alınarak Kanun'un amaçları doğrultusunda kullanılmasına yönelik tahsis ve devirlerinin yapılmasında Anayasa'nın 127. maddesine de aykırılık söz konusu değildir. Bu madde, mahalli idarelerin "mahalli müşterek ihtiyaçları" karşılamak üzere, karar organları seçimle işbaşına gelen kamu tüzelkişileri olduğunu, görev ve yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceğini belirtmektedir. Aynı madde gereğince, "*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir*."

Kuşkusuz, idari vesayet yetkisinin kapsamını belirleme, anayasal ilkelere uygun davranmak şartıyla kanun koyucunun takdirindedir. Bu anlamda mahalli idarelerin idari ve mali özerkliği mutlak olmayıp, idarenin bütünlüğü ilkesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması ve toplum yararının korunması amaçlarıyla sınırlandırılabilir. Bu nedenle, Anayasa'nın 127. maddesinde mahalli idarelere tanınan idari ve mali özerkliğin Anayasa'nın diğer maddeleriyle, bilhassa 123. maddesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Bu kapsamda, kişilerin can ve mal güvenliğini korumaya yönelik düzenlemeler içeren dava konusu Kanun'un amaçları doğrultusunda kullanılmak üzere, kamuya ait taşınmazların bir bütün olarak değerlendirilerek maliklerinin görüşü alınmak suretiyle Bakanlığa tahsisinde veya TOKİ ile idareye (il özel idareleri ve belediyelere) bedelsiz olarak devrinde 127. maddeye aykırılık yoktur. "Uygun görüş"lerini almamak suretiyle kuralın mahalli idarelerin özerklik alanını sınırladığı kesin olmakla birlikte, bu sınırlamanın gözetilen meşru amaçla uyumlu olduğu açıktır.

Öte yandan, dava konusu kural sadece mahalli idarelere ait taşınmazların Kanun'un amaçları doğrultusunda Bakanlığa tahsisini öngörmemekte, aynı zamanda diğer kamu kurumlarının mülkiyetinde bulunan taşınmazların da il özel idareleri ile belediyelere bedelsiz olarak devrine yönelik yetki vermektedir. Mahkememiz, Ankara Büyükşehir Belediyesi lehine bedelsiz

olarak intifa hakkı tesis eden 5659 sayılı Atatürk Orman Çiftliği Müdürlüğü Kuruluş Kanunu'na 5524 sayılı Kanunla eklenen Ek Madde 1'in iptali talebini şu gerekçeyle reddetmiştir: "*Kamu kurumlarının gereksinimlerine göre bazı gayrimenkullerin kamu hizmetlerine özgülenmeleri veya özel mülkiyetlerinde bırakılmaları suretiyle farklı hukuki rejimlere bağlı tutulmalarındaki ortak amaç kuşkusuz kamu yararıdır. Bu nedenle bir kamu kurumunun tasarrufunda bulunan gayrimenkul üzerinde kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak, ilgili bakanlığın uygun görüşü ile imar planlarına uygun olmak koşuluyla yol, meydan, geçit, üst geçit, tünel, dere ıslahı gibi dava konusu kuralda belirtilen yapılaşmalar için bedel alınmaksızın intifa hakkı tesis edilerek sınırlamalar getirilmesinin, her iki tarafın da kamu kurumu olduğu ve idarenin bütünlüğü ilkesi de gözetildiğinde Anayasa'ya aykırı bulunmadığı sonucuna varılmıştır*." (E.2009/61, K.2011/38, K.T.:10.2.2011. Ayrıca, ilgili idarenin "muvafakatı"nın aranmadığı 644 sayılı KHK'nın 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali isteminin reddine dair karar için bkz. E.2011/100, K.2012/191, K.T.: 29.11.2012).

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir.

3. Kanun'un 6. maddesinin (9) numaralı fıkrasının iptal edilen ikinci cümlesinde Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemlere karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği belirtilmektedir.

Yürütmenin durdurulması müessesesi, Anayasa'nın 125. maddesinde düzenlenmiştir. 125. maddenin beşinci fıkrasına göre "*İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.*" Ancak, anayasa koyucu kural olarak yürütmenin durdurulması kararına yer vermekle birlikte, bunun her durumda mutlak olarak tanınması gerekmediğini, bazı durumlarda sınırlanabileceğini öngörmektedir. Nitekim, 125. maddenin altıncı fıkrası, bu sınırlamanın hangi şartlarda ve nasıl yapılacağını şöyle düzenlemiştir: "*Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.*" Buna göre kanun koyucu, yürütmenin durdurulması kararı verilmesini, (a) olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinin geçerli olduğu olağanüstü durumlarda ve (b) milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerinin gerektirdiği olağan durumlarda sınırlayabilir.

Hiç kuşkusuz, "milli güvenlik", "kamu düzeni" ve "genel sağlık" kavramlarının çok geniş yorumlanması yürütmenin durdurulması kurumunu işlevsiz hale getirebilecektir. İnsan haklarına dayanan hukuk devleti, doğası itibariyle esnek ve yoruma açık olan bu tür sınırlama ya da istisna sebeplerinin dar ve katı yorumlanmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, olağanüstü hallerin dışında gerçekten de belirtilen sebeplerin geçerli olduğu "zorunlu" durumlarda yürütmenin durdurulması kararı sınırlandırılabilecektir. Nitekim, 125. maddenin gerekçesinde de "*olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde veya milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenleri ile bazı idari işlemler için yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği kanunda öngörülebilecektir*" denmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yürütmenin durdurulmasını isteme hakkı dava hakkı ile ilişkili olmakla birlikte onun olmazsa olmaz (*sine qua non*) unsuru değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararda yürütmenin durdurulması kurumunun nitelikleri şu şekilde ifade edilmiştir: "*Özellikle, iptal davalarında davalı yerindeki Devletin karşısında zayıf durumda olan davacının haklarının etkin biçimde güvence altına alınmasında, yürütmenin durdurulması kararlarının büyük rolü bulunmaktadır. Ancak, yürütmenin durdurulması müessesesinin yönetsel yargıdaki bu önemli rolü, onun yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası sayılmasını gerektirmez. Gerçekten, yürütmenin durdurulmasına ancak bir iptal davası açıldıktan sonra ve mahkemece gerekli görülen durumlarda karar verilebileceğine ve yürütmeyi durduran kararın kazanılmış hak doğurmayan, her zaman kaldırılıp değiştirilebilen bir karar niteliğinde olduğunda kuşku bulunmadığına göre, yürütmenin durdurulmasını isteme hakkının, kişinin yargı yoluna baş vurma konusundaki anayasal hakkı ile ancak dolaylı bir ilişkisi vardır. Başka bir deyişle, yürütmenin durdurulmasını isteme hakkı, yargılama yönteminin öteki müesseseleri gibi, gerekliliğini yasa koyucunun takdir edeceği, dava hakkına göre ikincil nitelikte bir haktır*" (E. 1979/1, K.1979/30, K.T: 21.6.1979).

Elbette bu niteliği, aynı kararda vurgulandığı üzere, kanun koyucuya keyfi bir şekilde yürütmeyi durdurma kararını kısıtlama yetkisi vermez. Bu kısıtlamaların anayasallığını denetleyen Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan yürütmeyi durdurma kararının istisnai olarak öngörülmediği durumlarda birbirinden farklı kararlar vermiştir (Örneğin bkz. E.1996/7, K.1996/11, K.T: 18.4.1996; E.2008/77, K.2010/77, K.T: 3.6.2010).

Esasen, burada yapılacak değerlendirme, istisnai düzenlemelerin (a) gerçekten altıncı fıkrada öngörülen amaçlara yönelik olup olmadığının tespiti ve (b) başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasını da içine alacak şekilde bunların sağladığı kamusal yarar ile yürütmenin durdurulması kurumunun ilgili bireylere sağlayacağı yararın karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, yukarıda bahsedilen kararında, 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun'un 16. maddesindeki "*yürütmenin durdurulması kararı verilemez*" şeklindeki kuralın iptali istemini, "*yasanın ivedilikle ve kesintisiz olarak uygulanmasındaki kamu yararının, hak sahibi kişilerin uğrayabileceği zarara göre çok daha fazla ağırlığı bulunduğundan, davacının zararlarını önlemek için yürütmenin durdurulması anayasal açıdan savunulamaz*" gerekçesiyle reddetmiştir (E. 1979/1, K.1979/30, K.T: 21.6.1979).

Bu çerçevede, dava konusu kuralın amacının afet riski altındaki alanların ve riskli yapıların tespiti, bu alanların ve yapıların dönüştürülmesi gibi can ve malın korunması bakımından hayati öneme sahip idari işlemler aleyhine açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmesini engellemek olduğu anlaşılmaktadır. Bu idari işlemlerin, diğer kamusal amaçların dışında, bilhassa genel sağlığın korunmasına yönelik olduğunda kuşku yoktur. Gerçekten de afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi, riskli yapıların tasfiyesi, ıslahı ve yenilenmesi şeklindeki faaliyetlerin genel sağlıkla doğrudan ilgili olduğu izahtan varestedir.

Nitekim, dava konusu kuralın gerekçesinde şu açıklamalara yer verilmiştir: "*Kanunun temel amacı, afet riski altındaki alanlarda bulunan, bu sebeple her an yıkılması ihtimal dahilinde olup can ve mal kaybına yol açabilecek olan yapıların ve bulundukları alanların iyileştirme, yenileme ve dönüştürme suretiyle can ve mal emniyeti için yaşanabilir kılınmasını temin etmektir. Bu yönüyle Kanun, yaşama hakkı ile doğrudan alakalıdır...Kanunun öngördüğü iş ve işlemlerin planlanan şekilde ve zamanında gerçekleştirilmesi zaruridir. Bunlarda herhangi bir sebepten dolayı aksaklık meydana geldiğinde, Kanunun öngördüğü amacın gerçekleşmesi engellenmiş, can ve mal emniyetini temin ile yaşama hakkına matuf olan hizmetler aksamış olacak ve insanların yaşama hakkının afet riski nedeniyle tehlike altında olması hali devam edecektir. Bu yüzden, Kanunun temel amacı gözetilerek, uygulamada ve hizmette aksaklıklara mahal vermemek üzere, bu Kanun uyarınca tesis edilen idari işlemler üzerine idari yargı yoluna müracaat edilip dava açılabileceği, fakat bu davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceği hükme bağlanmıştır...*"

Diğer taraftan, gerekçesi bu şekilde açıklanan kuralın, kamu yararına yönelik olmadığı da söylenemez. Mahkememiz çoğunluğu, "Kanunla, genel sağlığa zarar veren gerçekleşmiş olayların sonuçlarının derhal giderilmesinin ya da can ve mal güvenliğine yönelik yakın ve kesin tehlikelerin derhal önlenmesinin değil; afet riski altındaki alanların, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun dönüşümü sağlanarak sağlıklı ve dengeli bir çevre haline getirmelerinin, böylelikle ileride gerçekleşmesi muhtemel can ve mal kayıplarının önüne geçilmesinin hedeflendiği", bu nedenle ortada "derhal gerçekleşmesi gereken üstün bir kamu yararı"nın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Bu görüşün en az iki açıdan isabetli olmadığı söylenebilir. Birincisi, ülkemizde on binlerce insanın ölümüne neden olan deprem gerçekliği ve bilimsel çalışmaların ortaya koyduğu geleceğe yönelik öngörüler karşısında, özellikle deprem riski altındaki alanlar ve yapılara yönelik tedbirlerin, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik yakın ve kesin tehlikelerin önlenmesini amaçladığı açıktır. İkincisi, bir an için, Kanun'un amacının sağlıklı ve dengeli bir çevre oluşturmak suretiyle can ve mal güvenliğine yönelik "yakın" ve "kesin" olmayan, muhtemel tehlikeleri önlemeyi amaçladığı kabul edilse bile, bunun 125. madde kapsamında doğrudan "genel sağlık"la ilgili olmadığı, dolayısıyla nihayetinde üstün kamu yararına yönelik olmadığı söylenemez. Çoğunluğun, genel sağlık bağlamında üstün kamu yararını bilhassa "gerçekleşmiş olayların sonuçlarının derhal giderilmesi"ne bağlayan yaklaşımıyla, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine yönelik istisnalar bakımından kabulü ve uygulanması son derece zor bir kriter ya da eşik oluşturduğu görülmektedir. Bunu Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasının lafzı ve amacıyla bağdaştırmak zordur.

Sonuç olarak, kanun koyucu, Kanun tarafından öngörülen idari işlemlerin aksamadan ve yeterince hızlı bir şekilde yapılabilmesi için bu işlemlere karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulması kararının verilemeyeceğini belirtmek suretiyle, Anayasa'nın 36. maddesinde korunan hak arama hürriyetine bir sınırlama getirmiştir. Ancak bizzat Anayasa'nın 125. maddesinden kaynaklanan bu sınırlamanın, söz konusu hürriyetin kullanımını tamamen ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan, genel sağlığın korunması amacıyla orantılı olmayan bir sınırlama olduğu söylenemez.

4. Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesi iptal edildiğinden, aynı fıkranın yedinci cümlesi olan "*Bakanlık veya İdare tarafından yapılan tespit işleminin masrafı ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir*" hükmü ile 5. maddesinin (5) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi iptal edildiğinden, aynı fıkranın birinci cümlesi olan "*Bakanlık veya İdare tarafından yapılan yıktırmanın masrafları, ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir*" şeklindeki hükmü 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca uygulanma imkanı kalmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Yukarıda birinci kısımda açıklandığı üzere, ilgili kurallarda (m.3/1 sekizinci cümle, m.5/5 ikinci cümle) tapu müdürlüğünün bina maliklerinin müteselsil sorumluluğunu sağlamak üzere tapu kaydı üzerine "müşterek ipotek" koyması mülkiyet hakkına yönelik ölçüsüz bir müdahale görülerek iptal edilmiştir. Oysa 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptal edilen cümleler, masrafların Bakanlık veya idare tarafından, ilgili maliklerden tahsil edilmesi amacıyla, tapu müdürlüğüne bildirilmesine ilişkindir.

Mahkememiz çoğunluğu "tespit" ya da "yıktırma" masraflarının maliklerden tahsilini Anayasa'ya aykırı bulmuş olsaydı, söz konusu hükümler uygulanamaz hale gelebilirdi. Halbuki Mahkeme, masrafların maliklerden tahsilini değil, "müşterek ipotek" koymak suretiyle tahsilini Anayasa'ya aykırı bularak kuralı iptal etmiştir. Bu iptal kararı da Bakanlığın veya İdarenin yapılan masrafları ilgili tapu müdürlüğüne bildirmesine ilişkin hükümleri uygulanabilir olmaktan çıkarmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralların iptaline yönelik çoğunluk görüşlerine katılmıyorum.

Üye
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

6306 sayılı Kanunun 3. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesi ile 6. maddesinin onuncu fıkrasının iptaline ilişkin çoğunluk görüşlerine aşağıdaki gerekçelerle katılmıyorum.

1- 3. maddenin dördüncü fıkrasının, Hazine dışındaki kamu idarelerinin mülkiyetinde bulunan taşınmazların, bu Kanunun amaçları çerçevesinde kullanılmak üzere, maliki olan kamu idarelerinin görüşü alınarak Çevre ve Şehircilik Bakanlığının tasarrufuna bırakılmasını veya Bakanlığın talebi üzerine TOKİ'ye ve ilgili belediyelere ve il özel idarelerine devredilmesini öngören birinci cümlesi, mahallî idarelerin ve hizmet yerinden yönetim kuruluşlarının taşınmazlarının devrinde kendi organlarının kararına veya uygun görüşüne dayanılmamasının bunların idarî ve malî özerkliği ile bağdaşmadığı ve kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde aksamaya neden olabileceği gerekçesiyle Anayasanın 123. ve 127. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anayasanın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği; 127. maddesinde de mahallî idarelerin kuruluş, görev ve yetkileri ile karar organlarının kanunla düzenleneceği hükme bağlanmaktadır.

Bu ilkelere dayanarak kamu tüzel kişilerinin kuruluşları, görev ve yetkileri ile karar organlarına ve çalışmalarına ilişkin esaslar kanunlarla düzenlenmekte; bunların mallarına ilişkin hususlar da bu çerçevede kanunla belirlenmektedir. Başka bir anlatımla, kamu tüzel kişilerinin mülkiyet haklarının ve bunların devrine ilişkin karar usullerinin temelinde de kanun koyucunun bu yöndeki iradesi bulunmaktadır.

Kararda da belirtildiği üzere, Hazine dışındaki kamu idarelerine ait taşınmazların devir ve tahsis usulleri 5018 sayılı Kanunda düzenlenmektedir. Kuralla ise afet riski altındaki alanların dönüştürülmesi amacıyla kullanılacak taşınmazlar açısından bu genel düzenlemeye istisna getirilmektedir. 5018 sayılı Kanunla bu usul ve esasları belirleyen yasama organının bunları değiştirerek yeniden düzenlemesi ya da bunlara istisnalar getirmesi de mümkündür. Esasen, kamu mallarının mülkiyetinin bir kamu tüzel kişisinden diğerine devrinin usullerinden ilki kanunla devir usulü olup,

"yasama organının iradesi kamu tüzel kişilerinin iradesinden, kanun da kamu tüzel kişilerinin işlemlerinden üstün" olduğundan, "mülkiyet sahibi kamu tüzel kişisinin rızasının olup olmamasının bir önemi yoktur" (Kemal Gözler, İdare Hukuku, C.II, İkinci Bs., Bursa 2009, s.851).

Bu çerçevede, 5018 sayılı Kanundaki mezkûr düzenlemeye istisna oluşturan başka yasal düzenlemeler de yapılmış, Anayasa Mahkemesi kamu yararı ve hizmetin gereklerinin dikkate alınması ve taşınmazların devredildiği tarafın da kamu tüzel kişisi olması şartıyla, idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince bu tür düzenlemelerin yapılmasında Anayasaya aykırılık görmeyerek, kanun koyucunun bu konuda takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmiştir (18.10.2012 tarihli ve E.2010/82, K.2012/159 sayılı; 29.11.2012 tarihli ve E.2011/100, K.2012/191 sayılı Kararlar).

İptal edilen kuralın, bireylerin afet riskinden korunması ile can ve mal güvenliklerinin sağlanması amacıyla ihtiyaç duyulan geniş arazilerin teminini hedeflediği; bu itibarla, mezkûr amaçlarla uygulama yapılacak alanlardaki kamu tüzel kişilerine ait bütün taşınmazlardan yararlanılmasının kamu yararına ve hizmet gereklerine uygun olduğu açıktır. Yine, taşınmazların devredildiği Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Devlet tüzel kişiliği içinde bulunduğu; Bakanlığın talebi üzerine taşınmazların devredileceği TOKİ ve ilgili belediyeler ile il özel idarelerinin de kamu tüzel kişileri olduğu dikkate alındığında, kuralın Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarında öngörülen şartları taşıdığı ve idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince Anayasanın 123. ve 127. maddelerine aykırı olmadığı düşünülmektedir.

2- Kanunun 6. maddesinin, bu Kanun uyarınca yapılan iş ve işlemlere ilişkin olarak adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adreslere yapılan tebligatın muhataplarına yapılmış sayılmasını öngören onuncu fıkrası da Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

İptal gerekçesinde, kuralla, 7201 sayılı Tebligat Kanununda yer alan "bilinen son adrese" tebligat yapılması aşamasına yer verilmemesinin, bireylerin haklarındaki işlemden haberdar olamamaları, dava sürelerini kaçırmaları ve yargı yoluna başvuramamaları sonucunu doğurabileceği, bunun da hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkıyla bağdaşmayacağı belirtilmektedir.

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılacak tebligatın 7201 sayılı Kanuna tâbi olduğu ve dava konusu 6306 sayılı Kanuna göre gerçekleştirilecek işlemlere ilişkin tebligatın da 7201 sayılı Kanun kapsamında bulunduğu tartışmasızdır. 7201 sayılı Kanunun 10. maddesinde tebligatın, tebliğ edilecek kişinin bilinen en son adresinde yapılacağı, bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığının anlaşılması veya tebligatın yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinin en son adresi olarak kabul edileceği ve tebligatın buraya yapılacağı hükme bağlanmaktadır. İptal edilen fıkrada 7201 sayılı Kanunun 10. maddesinde öngörülen "bilinen son adrese" tebligat aşamasına yer verilmeyerek tebligat sürecinin hızlandırıldığı görülmektedir.

Kararda da belirtildiği gibi, adres kayıt sistemi 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununda düzenlenmekte ve adres bilgilerinin sürekli güncellenmesi konusunda ilgililere yükümlülükler getirilmektedir. Anılan hükümler uyarınca bilinen en son adresle adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adres arasında kural olarak bir farklılık bulunmamaktadır. Kişilerin adres değişikliklerini adres kayıt sistemine bildirmeyi unutmaları veya ihmal etmeleri yahut sistemin güncellenmesinde idareden kaynaklanan bir gecikme olması hâlinde adres kayıt sisteminde belirtilen adresle bilinen son adresin farklı olabileceği yolundaki bir varsayımla kuralın Anayasaya aykırı bulunması, 5490 sayılı Kanunla getirilen adres kayıt sisteminin gerekli şekilde işlemeyeceğinin kabulü anlamına gelir. Anayasaya uygunluk denetiminde kanun hükümlerinin gereği gibi uygulanamayacağı kabulüne dayalı böyle bir sonuca katılmak mümkün değildir.

Diğer taraftan, aynı maddenin, bu Kanun uyarınca yapılan idarî işlemlere karşı dava açma süresini altmış günden otuz güne indiren ve mahkemeye erişim hakkına aykırı bulunmadığı için iptal edilmeyen bir önceki fıkrası gibi bu fıkrayla da dönüşüm amacıyla yapılacak uygulamaların hızlandırılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

6306 sayılı Kanun kapsamında yapılan uygulamaların, riskli yapıların en kısa sürede tahliye edilerek yıktırılmasını hedeflediği dikkate alındığında, uygulamadan etkilenecek pek çok binanın yıkılarak oturanların başka adreslere taşınacakları; böylece, bilinen son adrese tebligat yapılmaya çalışılmasının önemli zaman kaybına yol açacağı da açıktır.

Bu itibarla, 5490 sayılı Kanun hükümlerine göre, adrese dayalı nüfus kayıt sisteminde belirtilen adresin kural olarak bilinen son adres olması gerektiği ve dönüşümle ilgili uygulamaların pratik gerekleri de gözönünde bulundurularak kamu yararı amacıyla getirildiği açık olan kuralın hukuk devleti ilkesine ve mahkemeye erişim hakkına aykırı bir yönünün bulunmadığı düşünülmektedir.

Bu sebeplerle, yukarıda belirtilen hükümlerin iptaline ilişkin taleplerin reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşlerine katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/102
Karar Sayısı : 2014/57
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Bursa 3. İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

1- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*…şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını…*" ibaresinin,

2- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin,

Anayasa'nın 41. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Çocuğu ile şahsi münasebet tesisine karar verilen alacaklının, vekili vasıtasıyla şahsi münasebet tesisi amacıyla yaptığı takip talebinin borçlu annenin adresini değiştirmesi nedeniyle reddedilmesine karar verilmesi üzerine, alacaklı vekili bu kararın şikâyet yoluyla iptalini talep etmiş, davaya bakmakta olan Mahkeme ise itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı oldukları kanısına vararak iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"AÇIKLAMA: Davacı vekili tarafından Mahkememize verilen 30/07/2013 tarihli dilekçede özetle; müvekkilinin oğlu küçük … ile şahsi münasebet tesisine ilişkin takip yapıldığını ve bu takip doğrultusunda müvekkilinin çocuğu ile şahsi münasebette bulunmak istemesi üzerine karşı taraf annenin icra dosyasına adresini naklettiğine ilişkin sunduğu dilekçesi üzerine icra müdürlüğünün annenin küçük ile birlikte ikamet ettiğini belirttiği adresi değiştirdiğini belirten dilekçe sunması sebebiyle daha evvel gidilen adres itibariyle şahsi münasebetin tesis edilmesi talebinin reddi kararının şikayet yolu ile iptalini talep etmiştir.

İcra dosyası incelendiğinde; şikayetçi tarafından şikayet edilen hakkında küçük ... ile şahsi münasebet tesisine engel olunmamasını içeren örnek 3 no.lu icra emri tanzim edildiği, bunun borçlunun çeşitli adreslerine tebligat çıkartılarak tebliğ edildiği, yargilâma ile ilişkili olarak 08/07/2013 günü Bursa 3. İcra Müdürlüğüne ikamet adresini değiştirdiğini belirten davalı şikayet edilen tarafından Antalya Alanya'daki bir adresin belirtildiği, 11/07/2013 tarihinde şahsi münasebet kurulmasına ilişkin icra müdürlüğüne davacı şikayetçi tarafından talepte bulunulduğu ve icra müdürlüğünün belirtilen kararla bu talebin reddine karar verdiği görülmüştür.

İptali istenen hüküm olaya uygulanacak olan hükümdür. Zira bu hüküm gönderilen icra emrinin de dayanağını teşkil eden İİK 25/a md.sidir. Bu maddede "lehine hüküm verilen taraf ile şahsi münasebette bulunulmasına mani olunmaması"nı belirten bir icra emrinin muhataba tebliğini içermektedir.

Bu hükümden dolayı özellikle velayet anneye bırakılan ve ülkemizde genel olarak boşanma davalarının sonunda % 80 gibi bir ihtimalle velayetin anneye bırakılıyor olması karşısında olayımızda olduğu gibi annenin bunu kötüye kullanabilmesini temin eder niteliktedir. Belki de bu yüzden olsa gerek, bu güne kadar bu hükümle ilgili tarafımızdan tespit edilmiş bir Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülmemiştir. Zira kadını koruma adına yapılan düzenlemeler biz hukukçular da dahil olmak üzere bir adalet körlüğüne sebep olur niteliktedir. Aslında yasanın şahsi münasebet tesisine engel olunmaması şeklinde düzenlenmesi, bu yönüyle özellikle ve yukarıda belirttiğimiz mahkeme kararlarının sonucu itibariyle annelerin eline bir demoklesin kılıcını teslim etmektedir. Bu sebeple anneler velayeti aldıklarında çocuğun babası ile şahsi münasebetini engellemek için çeşitli yöntemler

uygulamaktadırlar. Olayımızda iddia edildiği gibi velayeti alan genelde anneler şahsi münasebetin tesisini zorlaştıran ve hatta imkansızlaştıran kendilerine yeni yeni ve bazen da gerçeğe aykırı olarak adresler bulunmaya çalışılmakta, tüm uğraşlara rağmen adres tespit edilse dahi adreste genel olarak babaların icra memuru ile beraber gittiğinde küçüğün bulunamaması sebebiyle sonuçsuz kalmaktadır ve mevcut yasada bunu temin eder niteliktedir. Bu yasayla ilgili İİK.nun 341. md.si de uygulamada şikayet üzerine genelde kadın tarafından çocuğun teslim edilmesi suretiyle şikayetin hükümde geçen "hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse kişi tahliye edilir" şeklindeki ifade sebebi ile babaları koruyamaz ve babanın etkin bir hak aramasına engel olur niteliktedir. Ne tesadüftür ki kanun koyucu İİK 34l. md.sindeki çocuk teslimine muhalefet fiilinin yaptırımını sanki taahhüdüne uymayanın veya nafaka borcunu ödemeyenin eylemi gibi görmüştür. Sanki onlar gibi yani nafaka borcu ödendiğinde veya taahhüde uyulduğunda nasıl olsa sonuç hasıl olmuştur, zaten amaç borçluyu zorlamaktır, öyleyse tazyik hapsinin de düşürülmesi uygundur mantığıyla çocuğun uzun süre tazyik hapsine ilişkin hükmün infaz aşamasına gelene kadar kaçırılmasını, babaya gösterilmesini engelleyen anlayışı mükafatlandırmakta ve babanın etkin bir şekilde hak kullanımına engel olur niteliktedir. Bu sebeple bu yasanın da aşağıda bahsedeceğimiz Anayasanın hükmüne aykırıdır.

Anneye bu şekilde yetkilerini kötüye kullanma imkanı sağlayan hem İİK 25/a md.si hem de İİK 341. md.si karşısında baba, özellikle çocuğun karşısında itibar kaybına da uğramaktadır.

Aslında yapılması gereken burada genelde velayet kendisine verilen anneye bu konuda yetki verilmemesidir. Zira annenin babayla arasındaki muhtemel husumet karşısında çocuğun baba ile şahsi münasebeti yönündeki hakkı sebebiyle çocukla arasında menfaat çatışması vardır. Bu yönüyle belki de bu konuda çocuğa bir kayyım tayini dahi gereklidir. Ancak yakın dönemde böyle bir yolun açılma ihtimali tarafımızdan düşünülmemektedir. Buna karşılık olarak özellikle şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ayrıca bir taraf talebi olmaksızın devlet dairelerince re'sen uygulanması ve taraflara hükme uygun davranmaları konusunda emir verilmesi gerekmektedir. Yani engel olunmaması değil, hükmün gereğine uygun davranılması emredilmelidir.

Bunun ilk sonucu şudur; özellikle velayet kendisine verilen annede bu hükmün icra edilmesini istemek hakkına sahip olacaktır ayrıca da olmalıdır. Hatta bu onun bir ödevi olmalıdır. Zira çocuğu ile babanın görüşmesi öncelikle çocuğun şahsi ve sosyal gelişiminin bir şartıdır. Ayrıca çocuğun şahsi anlamda sağlıklı olarak yetişmesi anne içinde önemlidir.

Bunun diğer bir sonucu; özellikle anne böyle bir görevle görevlendirildiği taktirde çocuğun baba ile görüşmesi için psikolojik olarak çocuğu baştan hazırlama durumunda kalacaktır. Yani babası ile görüşmemesi noktasında değil görüşme yapması noktasında babasına saygı göstermesi, itibar göstermesi noktasında psikolojik alt yapıyı sağlama yoluna gidecektir Zira çocuğun görüşmeden kaçması halinde bunun meşru sebeplerini ispatla yükümlü hale gelecektir. Bu sebeple, her iki hükmün iptali gerekir. Ancak olayımızda İİK 341. maddesinin uygulama yeri olmadığından iptali istenememiştir.

Bu her iki hüküm de Anayasanın yukarıda belirttiğimiz 41/2.maddesine aykırıdır. Zira maddede "Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir." yani annenin yukarıda belirttiğimiz türden bir ödevi çocuğa karşı sorumluluğunun bir gereği olmalıdır ve ilgili hükümler de buna göre düzenlenmelidir.

Bu sebeple mahkememizde uygulanan şikayet yönteminin ayrıca bir duruşma açılmasını gerektirmemesi sebebiyle yapılan tensip üzerine bu tensip kararı diğer evraklarla birlikte dosyaya eklenerek ilgili hükümlerin iptalini talep etmek gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen gerekçelerle İİK 25/a md.sindeki "şahsi münasebette bulunmasına mani olmamasını" ibaresinin ve İİK 341. md. sinin iptalini saygıyla talep ederim."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu ibareyi de içeren 25/a maddesi ile 341. maddesi şöyledir:

"***Çocukla şahsi münasebet tesisine dair ilâmın icrası:***

Madde 25/a- (Ek: 18/2/1965 - 538/15 md.)

Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilâm hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla ***şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını****;*

aksi halde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilâm hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır.

Borçlu bu emri tutmazsa ilâm hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır.

Çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası:

Madde 341- (Değişik: 31/5/2005 - 5358/12 md.)

Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 41. 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 12.9.2013 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 341. maddesinin de iptali istenilmektedir. Bakılmakta olan dava, icra müdürlüğü tarafından verilen takip talebinin reddi kararının iptaline ilişkindir. Kanun'un 341. maddesi ise çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine hapis ile tazyikini düzenlemekte olup davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Bu nedenlerle, 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

A- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*…şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını…*" ibaresinin 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 kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Kanun'un 25/a maddesinin, boşanma davası sonucunda çocuğun velayeti kendisine verilen eşe, çocuk teslimine dair icra takibini sonuçsuz bırakarak, çocuğun diğer eşle kişisel ilişki kurmasına

engel olma imkânı sağladığı, bu nedenle yapılması gerekenin, maddede yer alan şahsi münasebette bulunmasına mani olunmaması şeklindeki emir yerine, maddenin çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün gereğine uygun davranılmasını emredecek şekilde düzenlenmesi olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 25/a maddesinin birinci fıkrasında, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürünün, küçüğün ilâm hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını, aksi hâlde ilâm hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya Kanun'un 24. maddesinde yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ edeceği, bu emirde ilâm hükmüne aykırı hareketin Kanun'un 341. maddesindeki cezayı müstelzim olduğunun da yazılacağı; ikinci fıkrasında ise borçlunun bu emri tutmazsa ilâm hükmünün zorla yerine getirileceği ve alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca Kanun'un 341. maddesine göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlıklı 41. maddesinin birinci fıkrasında, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı; ikinci fıkrasında, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilâtı kuracağı; üçüncü fıkrasında ise her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 25/a maddesi, sahip oldukları ilâm hükmü gereğince çocukla şahsi münasebet kurmaya hakkı olan anne, baba veya üçüncü kişilerin, ilâm hükmünün yerine getirilmemesi hâlinde haklarını icra yolu ile elde etmelerine imkân tanıyan bir düzenlemedir. Bu düzenleme sayesinde çocuğun da Anayasa ile güvence altına alınan ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı korunmakta ve somut olarak hayata geçirilmektedir. Ayrıca, alacaklının hakkını icra yoluyla alabileceğine ilişkin düzenlemeyle yetinilmemiş, maddenin son fıkrasında, çocukla kişisel ilişki kurulmasını engelleyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine tazyik hapsiyle cezalandırılacağı kuralı getirilerek, hakkın etkin bir şekilde

korunması amaçlanmıştır. Kanun'un 25/b maddesinde ise çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası sırasında yaşanabilecek olumsuz durumların çocuğu etkilemesini önlemek amacıyla, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde ise bir eğitimcinin icra müdürü ile birlikte hazır bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bu nedenle, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilâm hükmünün yerine getirilmesi amacıyla kabul edildiği anlaşılan itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 41. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun, 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"…şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/38
Karar Sayısı : 2014/58
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İspir Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 82. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Kaçak orman emvali bulundurma suçunu işlediği iddiasıyla sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesi şöyledir:

"1- İtirazın Konusu: 6831 sayılı Orman Kanununun 82/4 maddesinin T.C. Anayasasının 36/1, 38/4 maddelerine aykırılığı iddiası ile iptal istemidir.

2- İtiraz Konusu Yasa Maddesi: 6831 sayılı Kanunun 82/4 maddesi ile orman memurları tarafından yapılan suç tutanağının aksi ispat olununcaya kadar geçerli belgelerden sayılacağı öngörülmüştür. Konuya ilişkin olarak kapsamlı açıklamaları içeren "Açıklamalı içtihattı Orman Kanunu - Celal Aras, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 595-629" isimli kitaptan sanığın yargılama aşamasında zabıtta yazılı olandan veya zabıttaki ifadesinden başka bir iddia ileri sürdüğü takdirde mahkemeye bu iddiasıyla ilgili olarak kanaat verecek deliller göstermesi gerektiği, bu şekilde yasaya uygun düzenleme zaptın sanığın ve mahkemeleri bağlayacağı ifade

edilmiştir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 08/06/2004 gün ve 2004/3-106, 133 esas ve karar sayılı ilamında "Orman memurları tarafından düzenlenen suç saptama tutanakları aksi kanıtlanıncaya kadar geçerlidir. Bu tutanağın aksini savunan mahkemeye kanaat verecek kanıtlar göstermek zorundadır. Soyut inkar yeterli değildir." ifadelerine yer verilmiş, benzer ifadeler Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 02/07/2002 gün ve 2002/3-151, 276 esas ve karar sayılı ilamı ile 19/06/2001 gün ve 2001/3-124, 127 esas ve karar sayılı ilamlarında yer almıştır. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 07/06/2007 gün ve 2006/8646 esas, 2007/4599 karar, 13/01/1997 gün ve 1997/9100-10461 karar sayılı ilamlarında da aynı hususlara yer verilmiştir.

3- İtiraz konusu yasa maddesinin somut olayda uygulanan yasa maddesi olup olmadığı: Sanıklar hakkında eylemlerinin 6831 sayılı Kanunun 108/1 maddesine girdiğinden bahisle dava açılmış, düzenlenen iddianamede ise 6831 sayılı Kanunun 82/4 maddesi gereği aksi sabit oluncaya kadar geçerli olan suç tutanağı dikkate alınarak sanıkların cezalandırılması talebine yer verilmiştir.

Yargılama aşamasında sanıkların tutanak aksine iddia etmeleri karşısında mahkememizce tutulan tutanağın içeriğinin doğru olup olmadığı konusunda keşif kararı verilmiş, ancak fiili imkansızlıklar nedeni ile keşif yapılamamıştır. Bu durumda yasa hükümleri uyarınca mahkememiz tarafından tutulan tutanağın geçerli olduğunun 6831 sayılı Kanunun 82/4 maddesi uyarınca kabul edilmesi gerekecek ve bu kabul doğrultusunda hüküm kurulması söz konusu olacaktır.

Bu nedenlerle ilgili yasa hükmü mahkememiz tarafından uygulanacak kanun olarak kabul edilmiştir.

4- Anayasaya Aykırılık Gerekçesi: Mahkememiz tarafından yapılmakta olan kovuşturma esnasında yukarıda sözü edilen yasa maddesinin Anayasanın 36/1 maddesinde yer alan "Herkes, ... Adil yargılanma hakkına sahiptir." ve 38/4 maddesinde yer alan "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz." hükümlerine aykırı olduğu kanaati oluşmuştur.

Mahkememizce yapılan yargılama esnasında suç konusu yerde sanıkların soruşturma aşamasındaki beyanlarından farklılık olması nedeni ile keşif ara kararı verilmiş, keşfe gidildiğinde suç konusu yerin baraj çalışmaları kapsamında inşaat malzemeleri ile kaplı olduğu ve zeminin görülemediği anlaşıldığından sağlıklı bir tespit yapılamayacağı sebebiyle keşfin ertelenmesine karar verilmiştir.

Yargılamada gelinen aşama dikkate alındığında sanıkların fiili imkansızlık sebebiyle suç tutanağının aksini ispatlamalarının güç olacağı anlaşılmış olup ilgili Yargıtay kararları ve iddianamede bahsi geçen 6831 sayılı Kanunun 82/4 maddesi dikkate alındığında tutanağın doğru olduğu kabul edilerek yargılamanın sona erdirilmesi söz konusu olabilecektir.

İlgili maddenin hakimi bağlayacağına ilişkin doktrin ve yargı görüşleri dikkate alındığında hakimin vicdani kanaatine göre karar vermesi mümkün olmayacağı gibi sanıklara suçlu olmadıklarını ispat gibi bir yük de yüklenmiş olacaktır. Bu durum adil yargılama hakkına ve masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bilindiği gibi ceza yargılamasının temelinde vicdani delil sistemi vardır. Buna göre medeni yargılamadan farklı olarak ceza hakimi ne tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı olmamak ne de kanun belli hususların belli delillerle ispat edileceğini göstermelidir. Ceza muhakemesinde her şey delil olabilmeli ve delil olarak ortaya konulanların ispat değerinin hakim serbestçe tayin edebilmelidir. Ceza hakimi belli bir usulsüzlüğün sabit olduğu hakkındaki hükmünü tam bir inanışla vermelidir. Bu duruma ilişkin olarak Kunter- Yenisey-Nuhoğlu Ceza Muhakemesi Hukuku kitaplarının 17. Baskısının 611. Sayfasında şu hususlara yer vermişlerdir. Kanuni delillerin hakimi bağlamasının zıddını ifadesi için Fransızlar "Intime conviction" demişlerdir. Bu terim vicdani kanaat olarak çevrile gelmektedir. Anayasamızın 138/1 maddesi de bu duruma işaret ettiği gibi bugün bütün medeni memleketler ceza yargılamasında vicdani delil sistemini belirlemektedirler. Oysaki 6831 sayılı Kanunun 82/4 maddesi kanuni delil sisteminin bir örneği olup belli hususların belli delillerle hakimi bağlayacak şekilde ispat edilmesini öngörmektedir.

Adil yargılanmak vatandaşlar için bir hak olduğu kadar yargılama makamları için ise bir yükümlülük teşkil etmektedir. Adil yargılamakla yükümlü olan bir hakimin belirli delillerle bağlı olması hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı olacaktır.

Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Kanun bunun için hakime soruşturma evresinde delil araştırma görevi vermiştir. Elde edilen delillerle sübut konusunda bir kanaate ulaşılamaması halinde yapılması gereken şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanığı beraat ettirmektir. Oysaki itiraz konusu olan yasa maddesi şüphe halinde bu şüphenin sanık aleyhine sonuç doğurmasına sebep olmaktadır.

Adil yargılanma hakkı ve masumiyet karinesi Avrupa insan Hakları Sözleşmesi ile de korunmuştur. Minelli- İsviçre davasında (25 Mart 1983, Seri A, No: 62 s.18 Paragraf 37) AİHM sanığın yasal olarak suçluluğu sabit olmadan verilen yargı kararında sanığın suçlu olduğuna ilişkin bir kanaat yansıtılırsa masumiyet karinesinin ihlal edilmiş olacağını, mahkemenin sanığın suçlu olarak gördüğünün bir gerekçenin dahi yeterli olacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre her hukuk sisteminde maddi veya hukuki karineler yer alır, ancak sözleşmenin 6/2 maddesi öngörülen maddi veya hukuki karinelere kayıtsız kalamaz ve devletler tehlikede olan şeyin önemi ile savunma hakkını korumayı dikkate alarak bu karineleri makul sınırlar içinde tutmakla yükümlüdür. Somut olayda öngörülen kanuni karine ve bu karinenin aksinin fiilen ispatlanamayacak olması sebebiyle sanıkların adil yargılama hakkı ve masumiyetlerine ilişkin karine ihlal edilmiş olmaktadır.

Orman muhafaza memurları cezai işlerde bir nevi kolluk görevi yapmaktadırlar. 5271 sayılı CMK ile kolluk tarafından alınan ifadelerin delil gücüne değinilmiş ve 148/4 maddesinde müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin hakim veya mahkeme huzurunda sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamayacağı öngörülmüştür. İlgili kanuni düzenleme yargılama hukukuna ilişkin temel bir ilkeyi oluşturmakta olup 01/06/2005 tarihinde yürürlüğü girmiştir. Oysaki 6831 sayılı Kanunun yürürlük tarihi 08/09/1956'dır. Bu durum dikkate alındığında önceki kanun - sonraki kanun uygulaması dikkate alındığında 6831 sayılı Kanunun 82/4 maddesinin zımnen ilga edildiği sonucuna ulaşmak dahi mümkündür. Yine polis veya jandarma tarafından tutulan tutanaklar ile orman muhafaza memurları tarafından tutulan tutanakların ispat gücünün neden farklı olduğuna ilişkin makul ve mantıklı bir açıklama yapmak da mümkün değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

İspir C. Başsavcılığının 20/12/2012 tarihli iddianamesinde söz edilen 6831 sayılı Kanunun 82/4 maddesinde yer alan "bu zabıtlar, hilafı ispat olununcaya kadar muteberdir." hükmünün 2709 sayılı T.C. Anayasasının 36/1 maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına 38/4 maddesi ile 90/5 maddesi atfı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2 maddesinde yer alan masumiyet karinesine aykırı olduğu anlaşıldığından Anayasanın 152. maddesi uyarınca ilgili hükmün Anayasaya aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesi arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 82. maddesi şöyledir:

*"**Madde 82-** Orman memurları, bu kanun hükümlerine muhalif hareket edenlerin hüviyetlerini, ikametgahlarını ve suçlarının mahiyetini tesbit ile kendileri, suçlu ve varsa hazır bulunanlardan en az iki kimseye imzalattıracakları bir zabıt tanzim ederler.*

Hüviyeti tesbit edilemiyen suçlular vakit geçirilmeksizin hüviyeti tesbit edilebilecek en yakın köyün muhtar veya ihtiyar heyetine ve bunlarla da tesbiti mümkün olmazsa en yakın zabıta merkezine götürülürler.

Memurlar, vakit geçirmeksizin bu zabıtları bağlı bulundukları amirlerine gönderirler. Amirlerce tetkik edilerek en kısa bir zamanda mahalli cumhuriyet müddeiumumiliğine verilir.

Bu zabıtlar, hilafı ispat olununcaya kadar muteberdir.

Zabıt varakasının hilafına iddia halinde, maznun, mahkemeye bu iddiası hakkında kanaat verecek deliller gösterir ve mahkeme bu müdafaayı tamike şayan görürse delillerini istima ve tetkik eder. Neticede maznunun iddiasını haklı gösterecek bazı sebepler karşısında kalırsa ancak o takdirde, zabıt varakasını imza etmiş olan memurları çağırıp dinledikten ve başka deliller varsa inceledikten sonra hasıl edeceği kanaate göre davayı intaceder."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü 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 katılımıyla 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 Murat ARSLAN 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, itiraz konusu kuralın kanuni delil sisteminin bir örneği olduğu ve belli hususların belli delillerle hâkimi bağlayacak şekilde ispat edilmesini öngördüğü, bu durumun hâkimin vicdani kanaatine göre karar vermesini engellediği, kuralın sanığa suçsuzluğunu ispat etme yükümlülüğü getirdiği, bunun da masumiyet karinesini ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 82. maddesinin birinci fıkrasında, orman memurlarının bu Kanun'a aykırı davranan kişiler hakkında hüviyetlerini, ikametgahlarını ve suçlarının mahiyetini tesbit ile suçlu ve varsa hazır bulunanlardan en az iki kimseye imzalattıracakları bir zabıt tanzim edecekleri ifade edilmiş, itiraz konusu kuralda ise söz konusu suç tutanağının aksi kanıtlanana kadar geçerli olduğu hüküm altına alınmıştır.

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

Hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen güvencelere bağlı kalmak kaydıyla, ispat usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak belirlenen usul kurallarının, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "*adil yargılanma hakkı*"nın öngördüğü güvencelere aykırılık taşımaması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan silahların eşitliği ilkesi ise kişinin maruz kaldığı haksızlık karşısında haklılığını ileri sürüp ispatlayabilmesini, yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesini ve davada ileri sürülen iddia ve delillere karşı eşit imkânlarla cevap verebilmesini gerektirir.

Anayasa'nın "*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*" başlıklı 38. maddesinin dördüncü fıkrasında da masumiyet karinesi temel bir hak olarak güvence altına alınmış ve "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" denilmiştir. Buna göre, masumiyet karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade eder.

Masumiyet karinesi kapsamında yer alan ve iddia edenin iddiasını ispatla yükümlü olması kuralı da Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasının bireylere sağladığı anayasal bir güvencedir. Madde gerekçesinde de bu konu açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte kanunlar, bazı fiili durumların varlığını suçun maddi unsurunun gerçekleşmiş olması bakımından karine olarak kabul edebilmektedir. Genel anlamda suçun kanıtlanması yükümlülüğü iddia edende kaldığı sürece, savunmasını oluşturmak için ispat yükünü sanığa devreden kurallar ile hukuki veya fiili varsayımların olduğu durumlarda ispat yükünün yer değiştirmesi, masumiyet karinesine aykırılık taşımaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında ispat külfetini tersine çeviren hukuki veya fiili karinelerin varlığının masumiyet ilkesinin bertaraf edilmesi anlamına gelmediğini, sanıkların savunma hakkının kısıtlanmaması, sanığa karineleri çürütme olanağının tanınması ve hâkimin sanığı şüpheden yararlandırmak konusundaki mutlak takdir hakkının bulunması durumunda, masumiyet ilkesinin ihlal edilmiş olmayacağını kabul etmekte ve kanun koyucuların bu tür hükümler ihdas etmesini suçsuzluk karinesine aykırı bulmamaktadır (Pham Hoang/Fransa, B. No: 13191/87, § 33, 36).

İtiraz konusu kuralda öngörülen orman suç tutanaklarının aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğuna ilişkin hüküm de, aksi ispat edilebilen kanuni bir karinedir. Nitekim, hem itiraz konusu kuralda *"…hilafı ispat olununcaya kadar muteber…"* ibaresiyle hem de sonraki fıkrada *"Zabıt varakasının hilafına iddia halinde, maznun, mahkemeye bu iddiası hakkında kanaat verecek deliller gösterir ve mahkeme bu müdafaayı tamike şayan görürse delillerini istima ve tetkik eder. Neticede maznunun iddiasını haklı gösterecek bazı sebepler karşısında kalırsa ancak o takdirde, zabıt varakasını imza etmiş olan memurları çağırıp dinledikten ve başka deliller varsa inceledikten sonra hasıl edeceği kanaate göre davayı intaceder."* hükmüne yer verilmek suretiyle, sanıkların orman muhafaza memurlarınca tutulacak tutanağın aksini yargılama sırasında gösterecekleri deliller çerçevesinde ispat etme hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir.

Dolayısıyla, suç isnadını içeren tutanağın aksinin sanık tarafından yargılama sırasında her türlü delille ispat edilebilmesinin mümkün olması, hâkimin de bu yönde ileri sürülen iddiaları inceleyip kararını buna göre vermesi, bir başka ifadeyle suç tutanağının kişiyi yargılama yapmaksızın otomatik olarak suçlu hâline getirmediği dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın, adil yargılanma hakkına ve bu hak kapsamında yer alan masumiyet ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 82. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/91
Karar Sayısı : 2014/59
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Kara Kuvvetleri Komutanlığı Dağ Komando Okulu ve Eğitim Merkezi Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 12.5.1941 günlü, 4026 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 48. maddesinin (A) fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Uzman jandarma çavuş olarak görev yapan sanık hakkında, Kanun'un 146. maddesinde yer alan *"silahları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamlara ve emirlere riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına sebebiyet verme"* suçundan dolayı cezalandırılması amacıyla açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"I- İDDİA, MÜTALAA VE SAFAHAT;

Dağ, Komd.Okl.ve Eğt.Mrk.K.lığı Askeri Savcılığının 27 ARALIK 2012 gün ve 2012/794-392 Esas-Karar sayılı iddianamesi ile sanık …'in, silah temizliği yapılırken tabanca temizlediği sırada dikkatsizliği sonucu temizlediği tabancanın patladığı, bu şekilde sanığın, mağdur …'in yaralanmasına sebep olmak suretiyle "Silahı Hakkında Dikkatsizlik ve Nizamlara ve Emirle Riayetsizlik Sonucunda

Taksirle Bir Kişinin Vücutta Kemik Kırılmasına Yol Açacak Şekilde Yaralanmasına Sebebiyet Vermek" suçunu işlediği iddiasıyla Askeri Mahkememize kamu davası açılmıştır. Yapılan yargılama esasında sanık … yargılandığı kanun maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüş ve Askeri Savcı da mütalaasında; "Sanık Uzman J. I. Kad. Çvş. … hakkında As.C.K.nun 146'ıncı maddesinde düzenlenen "Silahı Ve Cephanesi Hakkında Dikkatsizlik Ve Tedbirsizlik Sonucunda Taksirle Bir Kişinin Yararlanmasına Sebebiyet Vermek" suçundan kamu davası açılmıştır. Söz konusu bu suça ilişkin davalarda As.C.K.nun 146'ıncı maddesinde yapılan atıf nedeniyle TCK'nun "Taksirle Yaralama" suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bilindiği üzere "Taksirle Yaralama" suçu bilinçli taksir hali haricinde takibi şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir. Yani olayın mağduru söz konusu olay nedeni ile şikâyetçi olmaz ise ilgili kişi hakkında kamu davası açılmamakta, açılmış ise kamu davasının düşmesine karar verilmektedir. Fakat öğretide ve uygulamada As.C.K.nun yapmış olduğu atıf nedeniyle, atıf yapılan kanunlarda yer alan suçlar da Askeri Suç sayılmakta ve As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmü gereğince şikayete bağlı olmaksızın soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır. Bu durum ise Anayasanın 2 ve 10'uncu maddelerinde düzenlenen "hukuk devleti ilkesi" ile "eşitlik ilkesine" aykırılık teşkil etmektedir. 1982 Anayasasının 2'nci 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." denilmek suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir hukuk devleti olduğu ve 10'uncu maddesinde ise "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmek suretiyle herkesin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Fakat As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmü gereğince asker kişiler aleyhine bir eşitsizlik söz konusudur. Somut bir örnekle bu durumu açıklamak gerekirse, bir polisin silahıyla dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucunda bir kişiyi yaraladığını bu suretle de taksirle yaralama suçunu işlediğini düşünürsek, somut bu durumda mağdur şikâyetçi olmaz ise şüpheli hakkında dava açılmamakta, dava açılmış ise düşmesine karar verilebilmektedir. Fakat çok benzer hatta aynı olarak nitelendirebileceğimiz başka bir olayda, asker bir kişinin silahıyla dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucunda bir kişiyi yaralaması durumunda ise As.C.K.nun 146'ıncı maddesinde yer alan özel düzenleme gereğince atıf yoluyla taksirle yaralama suçunu işlediği kabul edilmektedir. Bu durumda da atıf yapılan suçun askeri suç olarak kabul edilmesi nedeniyle de atıf yapılan kanunda şikâyete bağlı olarak düzenlense dahi As.C.K.nun 48/1-A maddesindeki hüküm gereğince söz konusu

suç şikayete bağlı olmamakta ve bu nedenle de mağdur şikayetçi olmasa dahi ilgili kişi hakkında mahkumiyete karar verilecek şekilde sonuçlar doğabilmektedir. Somut bu örnekten de açıkça anlaşılacağı üzere, bu durum Anayasanın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle somut yargılamada doğrudan uygulanan As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmünün Anayasanın 2 ve 10'uncu maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümüzden bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmasını arz ve talep ederiz." şeklinde Anayasa Mahkemesine başvurulması yönünde görüş bildirmiştir.

II- SORGU VE SAVUNMA; Sanık … yargılandığı dosyada, hakkında uygulanan kanun maddesinin As.C.K.nun 146'ncı maddesi olduğunu, bu maddedeki atıf nedeniyle kendisi hakkında TCK'nun Taksirle Yaralama hükümleri çerçevesinde yargılama yapıldığını, TCK'da yer alan Taksirle yarama suçunun şikayete tabi olduğunu, ancak kendisinin As.C.K.nun 146'ncı maddesinin atfı suretiyle yargılandığından, soruşturma ve kovuşturma için şikayet aranılmadığını bu nedenle bu hususun Anayasa'nın 10'uncu maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ve bu konuda Anayasa Mahkemesine gidilmesini talep etmiştir.

III- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME;

Sanık …'in Dağ, Komd.Okl. ve Eğt.Mrk.K.lığı Askeri Savcılığının 27 ARALIK 2012 gün ve 2012/794-392 Esas-Karar sayılı iddianamesi sonrasında "Silahı Hakkında Dikkatsizlik ve Nizamlara ve Emirle Riayetsizlik Sonucunda Taksirle Bir Kişinin Vücutta Kemik Kırılmasına Yol Açacak Şekilde Yaralanmasına Sebebiyet Vermek" suçundan Askeri Mahkememizde yargılanmasına başlanmıştır.

Anayasanın 152'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmüne yer verilmiştir.

Yargılama esnasında sanığın ve Askeri Savcının talepleri doğrultusunda, sanık hakkında uygulanacak olan kanun maddesi ile ilgili şikayet şartını ortadan kaldıran As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmünün Anayasaya aykırı olup-olmadığının tartışılması gerekmektedir.

İlgili yasa kuralları;

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 48/1-A maddesi: "Askeri suçların takibi şikâyete bağlı değildir".

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 146'ıncı maddesi:"Silahları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamlara ve emirlere talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olanlar hakkında Türk Ceza Kanununun 455 ve 459 uncu maddelerine göre ceza verilir."

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 85'inci maddesi: "(1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89'uncu maddesi: "(1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

b) Vücudunda kemik kırılmasına,

c) Konuşmasında sürekli zorluğa,

d) Yüzünde sabit ize,

e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.

(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,

b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,

c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,

d) Yüzünün sürekli değişikliğine,

e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,

Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.

(4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hâlinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) (Değişik fıkra: 06.12.2006 - 5560 S.K. 5.md) Taksirle yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır. Ancak, birinci fıkra kapsamına giren yaralama hariç, suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde şikâyet aranmaz.".

İlgili Anayasa kuralları;

1982 Anayasasının 2'nci maddesi: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir".

1982 Anayasasının 10'uncu maddesi: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir".

Dava konusu "Silahı Hakkında Dikkatsizlik ve Nizamlara ve Emirle Riayetsizlik Sonucunda Taksirle Bir Kişinin Vücutta Kemik Kırılmasına Yol Açacak Şekilde Yaralanmasına Sebebiyet Vermek" suçunun unsurları 1632 sayılı As.C.K.nun 146'ncı maddesinde doğrudan düzenlenmeyip TCK'da yer alan Taksirle Yaralama ve Taksirle Öldürme hükümlerine atıf yapılmak suretiyle düzenlenmiştir. As.C.K.da doğrudan düzenlenmeyip atıf suretiyle TCK'ya yollamada bulunan

suçlar öğreti ve uygulamada (Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında) sırf askeri suç olarak kabul edilmese bile, askeri suç olarak kabul edilmekte ve bu suçlar hakkında da As.C.K'nun genel hükümleri uygulanmaktadır. Bu doğrultuda TCK'da düzenlenen Taksirle Yaralama suçunun soruşturması ve kovuşturması şikayet şartına bağlanmış ise de; sanık hakkında açılan dava As.C.K.nun 146'ıncı maddesi kapsamında olduğundan ve atıf suretiyle de olsa As.C.K'da düzenlenen suçların yine As.C.K.nun 48/1-A maddesi uyarınca şikayete bağlı olmaması nedeniyle, sanık hakkında TCK'nun Taksirle Yaralamaya ilişkin hükümleri uygulanırken şikayet şartı aranmamakta ve mağdur şikayetinden vazgeçse bile soruşturma ve kovuşturmaya devam zorunluluğu bulunmaktadır.

Yukarıda yer verilen TCK Madde 89/5 hükmüyle, Taksirle Yaralama suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlanmıştır. Bu kapsamda Taksirle Yaralama suçunda, mağdurun şikâyeti söz konusu değilse, bu suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması söz konusu olmamakta, şikâyet kovuşturma esnasında geri alınmışsa da düşme kararı verilmektedir.

Ancak yargılama konusu somut olayda; sanık hakkında TCK'nun Taksirle Yaralamaya ilişkin hükümleri As.C.K'nun 146'ıncı maddesi yollamasıyla uygulanacağından, öğretide ve uygulamada da As.C.K.nun yapmış olduğu atıf nedeniyle, atıf yapılan kanunlarda yer alan suçların da Askeri Suç sayılması ve As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmü gereğince de şikayete bağlı olmaksızın soruşturulması ve kovuşturulması yapıldığından, şikayet yokluğu söz konusu olsa bile kovuşturmaya devam edilmektedir. Nitekim yargılama konusu somut olayda da mağdur …, sanıktan şikâyetçi değildir. Fakat buna rağmen As.C.K.nun 48/1-A maddesindeki düzenleme gereğince, sanık hakkında düşme kararı verilememekte ve bu nedenle de yargılamaya devam edilmektedir.

Sanık sorgusunda ve Askeri Savcının da mütalaasında belirtildiği üzere, sanık hakkında TCK'nun Taksirle Yaralamaya ilişkin hükümleri As.C.K'nun 146'ıncı maddesi yollamasıyla uygulandığından ve As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmü gereğince şikayet aranmamakta, soruşturma ve kovuşturmaya bu nedenle devam edilmekte ve bunun sonucunda da asker kişi olan sanık aleyhine bir eşitsizlik söz konusu olmaktadır. Bu sebeple söz konusu bu hüküm 1982 Anayasasının 2'nci 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 ile düzenlenen

"hukuk devleti ilkesine" ve yine 1982 Anayasasının 10'uncu maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." şeklinde düzenlenen "eşitlik ilkesine" aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, As.C.K.nun 48'inci maddesinin birinci fıkrasının A bendinde yer alan "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmünün, Anayasanın 2'nci ve 10'uncu maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar vermek gerekmiştir.

IV. SONUÇ VE KARAR :

1- Sanığın ve Askeri Savcılığın öne sürdüğü As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmünün Anayasanın 2 ve 10'uncu maddelerine aykırılık iddiaları Askeri Mahkememizce ciddi görüldüğünden As.C.K.nun 48/1-A maddesindeki "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmünün iptali için Anayasanın 152'nci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2- Anayasa Mahkemesi Başkanlığına sunulmak üzere tüm dava dosyasının onaylı bir suretinin Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğine gönderilmesine,

3- Anayasa Mahkemesince bu konuda verilecek kararın beklenilmesine,

4- Bu nedenlerle duruşmanın 25 ARALIK 2013 günü saat: 09.00'a bırakılmasına karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

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

"Askeri suçlarda şikayet ve izin:

Madde 48- (Değişik; 12/5/1941 - 4026/1 md.)

A) Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir.

B) Askeri kazaya tabi olupta Türk Ceza Kanunu mucibince takibi Adliye Vekilinin izinine bağlı suçlar hakkında izin, Milli Müdafaa Vekili tarafından verilir."

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, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 12.9.2013 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 Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Kanun'un 146. maddesinde düzenlenen, silahları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik, nizamlara, emirlere ve talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına sebebiyet verme suçunu işleyenlere uygulanacak ceza bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun taksirle yaralama suçunu düzenleyen hükümlerine atıf yapıldığı, atıfta bulunulan 5237 sayılı Kanun'un 89. maddesinde taksirle yaralama suçunun takibi için şikâyet şartı getirilmesine karşın, sanığa isnat edilen suçun askerî suç olmasından dolayı itiraz konusu kural nedeniyle şikâyete bağlı olmaksızın resen soruşturma ve kovuşturma yapıldığı, böylece hukuk devleti ilkesi ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, askerî suçların takibinin şikâyete bağlı olmaması öngörülmektedir. Buna göre, askerî bir suç işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın resen soruşturma yapılması gerekmektedir.

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, ceza soruşturma ve kovuşturmasına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri 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, ne şekilde soruşturulacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu düzenleme yetkisinin kullanılmasında suçun askerî suç olup olmamasının da dikkate alınması gerekir. Zira askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki önemi, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmesini, daha ağır yaptırımlara bağlanmasını veya farklı yargılama usullerine tâbi olmasını gerekli kılabilmektedir.

Ceza yargılamasında, kamu düzenini bozan ve suç sayılan eylemlerin kural olarak resen soruşturulması ilkesi benimsenmiştir. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesinde, 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 öngörülmüştür.

Suçun kamu adına resen soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerektirmeyecek nitelikte olması, faille suçtan zarar gören kişi arasındaki yakınlık dolayısıyla uzlaşma olabileceği düşüncesi veya yargılama sürecinin mağdura daha fazla zarar verebileceği gibi nedenlerle 5237 sayılı Kanun'da bazı suçların takibi için şikâyet şartı getirildiği görülmekte ise de bu durum suçların resen soruşturulması kuralının istisnasını oluşturmaktadır.

Kanun koyucu, askerî suçlarda da genel kuraldan sapmayarak *"her suç için resen yargılama"* ilkesini benimsemiştir. Bu doğrultuda itiraz konusu kuralla askerî suçların takibinin şikâyete bağlı olmaması öngörülmüştür.

Askerî suçlar, askerî disiplini korumak ve sürdürmek, adalet ile disiplin arasında denge sağlamak, başka bir deyişle adil ve sürekli bir disiplin düzeni oluşturmak amacıyla ihdas edilmiştir. Dolayısıyla, askerî suçların işlenmesi hâlinde kişisel yarardan çok askerî hizmete bağlı olan kamusal menfaat zarara uğrayacağından askerî suçların takibinin resen soruşturma ve kovuşturmaya tâbi tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, Kanun koyucunun takdir hakkı kapsamında askerî suçların takibi için şikâyet şartı öngörmemesinde hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Diğer yandan Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesinin ceza yargılaması alanında uygulanması, aynı suçu işleyenlerin kimi özellikleri göz ardı edilip her yönden aynı kurallara bağlı tutularak yargılanmaları anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik mutlak ve eylemli eşitlik değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanmasını gerektirebilir.

Kanun'da düzenlenen askerî suçlarla korunmak istenen esas itibarıyla askerî hizmete bağlı olan kamusal menfaattir. 5237 sayılı Kanun kapsamında takibi şikâyete bağlı olan bir suçla korunmak istenen öncelikli menfaat ise suçun niteliğine göre değişmektedir. Dolayısıyla askerî bir suçun koruduğu hukuki menfaat ile 5237 sayılı Kanun'da takibi şikâyete bağlı olan benzer bir suçun koruduğu hukuki menfaat farklı olduğu gibi suçun mağdurları da farklı hukuksal konumda olduğundan, Kanun'da düzenlenen askerî bir suçla, 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen takibi şikâyete bağlı benzer bir suç arasında soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

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

VI- SONUÇ

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun, 12.5.1941 günlü, 4026 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 48. maddesinin (A) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/97
Karar Sayısı : 2014/60
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Mengen Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 8.3.2000 günlü, 4550 sayılı Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 31. maddesinin ikinci fıkrasının "*Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir.*" biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen gereçlerin araçta bulundurulmamasından dolayı araç sahibine 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:

"Yukarıda belirtilen dava ile ilgili olarak, mahkememizce yapılan araştırma ve inceleme sonucunda, Mahkememizin yetkili olduğu, başvurunun süresi içinde yapıldığı, başvuru konusu idari yaptırım kararının Sulh Ceza Mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olduğu ve başvuranın buna hakkı olduğu anlaşılmakla başvurunun usulden kabulüne karar verilmiş ancak idari yaptırımın uygulanmasına dayanak teşkil eden hükmün Anayasaya aykırı olması sebebiyle bu konuda Anayasa

Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir. Zira; ceza hukukunda, fiil, kişinin haricî, nesnel bir davranışıdır, yani kişinin, başkalarınca algılanabilen bir davranışıdır. Bu anlamda olmak üzere, kişiden çıkarak haricileşmiş bir fiil olmadıkça, suç da olmaz. Buradan, suçun maddî unsuru olan "fiilsiz suç olmaz" mutlak kuralı ortaya çıkmaktadır. Kural, ceza hukuku düzeninin niteliğini belirlemede mihenk taşıdır. Anayasa, 38. maddesinde, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden söz ederken, açıkça "fiilsiz suç olmaz" kuralına vurgu yapmış olmaktadır. Aynı şekilde, TCK'nın, 2. maddesinde, kanunun suç saymadığı bir fiilden söz edilmektedir. Bugün, fiilsiz suç olmaz kuralı, uygar bir ceza hukukunun, kendisinden vazgeçmesi imkansız olan bir temel taşıdır. Bir hareket yoksa, ortada, ne bir fiil, ne de bir suç vardır. Hareket olumlu veya olumsuz bir biçimde ortaya çıkabilir. Olumlu bir biçimde ortaya çıkan hareket yapmak, olumsuz bir biçimde ortaya çıkan hareket yapmamaktan ibaret bulunmaktadır. Yapmak biçiminde ortaya çıktığında harekete "icra hareketi", yapmamak biçiminde ortaya çıktığında harekete "ihmal hareketi" denmektedir. İhmal hareketi de insanın nesnel, yani harici bir davranışıdır. Ortada icra veya ihmal hareketi olmadıkça, bir suçun da bulunmadığının kabulü zorunludur.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında da belirtildiği üzere, Anayasanın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, "Ceza sorumluluğu şahsidir." hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir. (Anayasa Mahkemesi'nin 15/03/2012 tarih ve 2011/105 E.-2012/38 K. Sayılı kararı)

Yine Yüksek Mahkemenin bir başka kararında bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: "Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Bu ilkeye göre asli ve feri failden başka kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir. Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası ile ilgili gerekçede de, "...fıkra, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve 'kusura dayanan ceza sorumluluğu' ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuralıdır." denilmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari

para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir. (Anayasa Mahkemesi'nin 29/11/2012 tarih ve 2012/106 E.-2012/190 K. Sayılı kararı)

Ayrıca Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir "hukuk devleti" olduğu vurgulanmaktadır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olduğu, insan haklarına saygılı olan, 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 ve yargı denetimine açık olan devleti ifade etmektedir.

Bu bilgiler ışığında dava konusu somut olay incelendiğinde; başvuruda bulunan .... A.Ş. adına trafikte kayıt ve tescilli olan ... plakalı aracı ... isimli şahsın kullandığı, emniyet görevlileri tarafından yapılan kontrol sırasında söz konusu araç Şoförü ...'ya araçlarda bulundurulması zorunlu gereçleri bulundurmadığından dolayı idari para cezası yaptırımı düzenlendiği, ancak sürücünün araç sahibi olmaması nedeniyle araç sahibi olan ....'ne de iptali istenen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 31. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde yazılı "Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir." hükmü uyarınca ceza uygulandığı anlaşılmıştır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 31. maddesi bir bütün olarak incelendiğinde, maddedeki düzenlemenin amacının, trafiğe çıkan araçların özelliklerine ve cinslerine göre, yönetmelikte nitelik ve nicelikleri belirtilen gereçlerin araçlarda bulundurulmasını sağlamak, bu gereçler bulundurulmadan trafiğe çıkılması halinde ise bu eylemi idari para cezası ile cezalandırmak olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla maddedeki bu mükellefiyeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi aracın tescil sahibi değil, aracı trafiğe çıkaran sürücüdür. Kanunda ve Yönetmelikte (Karayolları Trafik Yön. m. 64 ve 1 sayılı cetvel) belirtilen ve araçlarda bulundurulması zorunlu olan gereçler incelendiğinde, söz konusu gereçlerin büyük bir kısmının sabit ve araçlara monteli olmadığı, taşınabilir ve götürülebilir nitelikte olduğu, tescil plakası sahibi tarafından söz konusu gereçlerin tamamı araçta bulunur halde araç bir başkasına teslim edilse bile bu gereçlerin sürücü tarafından araçtan indirilebileceği mümkün olduğundan, bu husustaki mükellefiyetin aracın tescil sahibine yüklenmesi hukuka, vicdana ve hayatın olağan akışına uygun olmayacaktır. Kanunun güttüğü amaç ve koruduğu menfaat düşünüldüğünde, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 31. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendindeki yükümlülüğün, aracı trafiğe çıkaran sürücüye hitap etmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Ancak iptali istenen 31.

maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesi bu yükümlülüğü sürücünün yanında aracın tescil sahibine de yüklemekte ve bir fiilden dolayı iki farklı kişiye cezai yaptırım uygulanmasını gerektirmektedir. Bu durumda tescil sahibi kişi, sahibi olduğu aracının sürücüsü tarafından özelliklerine göre yönetmelikte belirtilen gereçleri bulundurmadığı konusunda herhangi bir kusuru (kastı veya özen ve dikkat yükümlüğüne aykırı davranışı) olmasa dahi iptali istenen söz konusu hüküm uyarınca cezaya muhatap olmaktadır. Böylece; alınan her türlü önlem ve tedbire rağmen bir kişinin aracının kiraya verilmesi, emanet olarak bırakılması, bir hırsız tarafından çalınması ve söz konusu gereçler bulundurulmadan trafiğe çıkarılması durumunda dahi araç sahibine bu hüküm uyarınca para cezası verilmek zorunda kalınacaktır. Zira, kanun metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, araç sahibine ceza verilmesi için herhangi bir kusurunun olması şartı aranmamaktadır. Kişinin sadece araç sahibi olması ceza alması için yeterlidir. (Oysa ki aynı Kanunun 37. maddesinde benzer bir düzenlemede, araç kullandıran kişilerin cezalandırılacağı belirtilerek açıkça kusur sorumluluğuna vurgu yapılmıştır.) Her ne kadar hukuki sorumluluk açısından aynı kanunda işletenin (araç sahibi) kusursuz sorumluluğu kabul edilmiş ise de, aynı ilkenin cezai sorumluluk yönünden kabulü mümkün değildir.

Sonuç olarak görülmektedir ki, iptali istenen söz konusu kanun hükmü uyarınca, bir kimsenin icrai (bulundurulması gereken gereçler bulunmadan araç kullanması için birini teşvik etme vs...) veya ihmali (bulundurulması gereken gereçleri bulundurmadan araç kullanılmasına göz yumma vs...) herhangi bir hareketi olmasa veya tespit edilemese dahi sadece araç sahibi olmasından dolayı başkasının bir fiili nedeniyle ceza alması söz konusu olmaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 36. maddesinin 3. fıkrasının 4. cümlesinde, ehliyetsiz araç kullanılması halinde sürücü ile birlikte aracın tescil plakasına da cezai yaptırım uygulanacağına dair aynı nitelikteki Kanun hükmü somut, norm denetimi kapsamında itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmiş Anayasa Mahkemesi'nin 29/11/2012 tarih, 2012/106 Esas, 2012/190 Karar sayılı kararıyla anılan hüküm Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Bu nedenle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. ve 38/7. maddesine aykırılık teşkil eden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 31. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde yazılı "Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir." cümlesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerektiğine Mahkememizce kanaat getirilmiştir.

NETİCE VE TALEP : Yukarıda açıklanan gerekçe ve nedenlerle;

1- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. ve 38/7. maddesine aykırılık teşkil eden 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu 31. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinde yazılı "Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse, ayrıca tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir." hükmünün iptali için Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'ne BAŞVURULMASINA,

2- Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi için dosya içeriği ve belgelerin onaylı birer suretinin ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

3- Davanın, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar ve en fazla 5 ay GERİ BIRAKILMASINA,

4- Türkiye Cumhuriyeti 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 yürürlükteki Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına,

5- İş bu karardan birer suretin bilgi için başvuruda bulunana ve karşı idareye ayrı ayrı tebliğine,

Mahkememizce karar verilmekle, Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi Yüksek Mahkemenizden arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2918 sayılı Kanun'un, 4550 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralı da içeren 31. maddesi şöyledir:

"***Madde 31-*** *Araçlarda;*

a) Özelliklerine ve cinslerine göre yönetmelikte nitelik ve nicelikleri belirtilen gereçlerin,

b) Kamyon, çekici ve otobüslerde ayrıca takoğraf, taksi otomobillerinde ise taksimetre,

Bulundurulması ve kullanılır durumda olması zorunludur. Ancak, 2918 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki yıllarda üretilen araçlarla, resmi taşıt olarak tescil edilmiş ve edilecek olanlar ile şehiriçi ve belediye mücavir alanı içerisinde yolcu ve yük nakliyatı yapanlarda takoğraf bulundurma ve kullanma zorunluluğu aranmaz. Takoğraf cihazları mekanik, elektronik olabileceği gibi elektro mekanik de olabilir.

Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan gereçleri bulundurmayan, kullanmayan veya kullanılabilir durumda bulundurmayan sürücüler 8.500.000 lira; (b) bendine göre araçlarında taksimetre, takoğraf bulundurmayan, kullanmayan veya kullanılabilir durumda bulundurmayan sürücüler 34.800.00 lira para cezası ile cezalandırılırlar. ***Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir.*** *Aynı bentte belirtilen cihazları bozuk imal edenler veya bozulmasına vasıta olanlar ile bu durumdaki cihazları kullanan araç sürücüleri ve işletenleri üç aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ve 526.700.000 lira hafif para cezası ile cezalandırılırlar. Ayrıca (b) bendi hükmüne uygun durumda bulunmayan araçlar trafik zabıtasınca; eksiklikleri giderilinceye kadar trafikten men edilir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 38. 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 25.9.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ayşegül ATALAY 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, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 31. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, *"Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir."* hükmünün iptalini istemiştir.

Bakılmakta olan dava, Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan, özelliklerine ve cinslerine göre yönetmelikte nitelik ve nicelikleri belirtilen gereçleri, araçta bulundurmamaktan dolayı araç sahibine verilen idari para cezasının iptali istemine ilişkindir. İtiraz konusu kural ise Kanun'un 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen eylemlerden her birinin gerçekleşmesi hâlinde uygulanabilecek ortak bir kuraldır. Başvuran Mahkemede Kanun'un 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen eylemlerden; özelliklerine ve cinslerine göre yönetmelikte nitelik ve nicelikleri belirtilen gereçleri kullanmayan veya kullanılabilir durumda bulundurmayan ve 31. maddenin birinci fıkrasının (b) bendine göre araçlarında taksimetre, takoğraf bulundurmayan, kullanmayan

veya kullanılabilir durumda bulundurmayan araç sahiplerine ilişkin bir dava ise bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 8.3.2000 günlü, 4550 sayılı Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 31. maddesinin ikinci fıkrasının "*Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir.*" biçimindeki ikinci cümlesine ilişkin esas incelemenin, "*Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan gereçleri bulundurmayan… sürücüler…*" ibaresi yönünden yapılmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen yükümlülüğün, aracı trafiğe çıkaran sürücü yönünden geçerli olması gerektiği, ancak, itiraz konusu kuralın bu yükümlülüğü sürücünün yanında aracın tescil sahibine de yükleyerek bir fiilden dolayı iki farklı kişiye cezai yaptırım uygulanmasını gerektirdiği, bu durumun ise cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde, araçlarda; özelliklerine ve cinslerine göre yönetmelikte nitelik ve nicelikleri belirtilen gereçlerin, kamyon, çekici ve otobüslerde ayrıca takoğraf, taksi otomobillerinde ise taksimetre bulundurulmasının ve kullanılır durumda olmasının zorunlu olduğu öngörülmektedir. İkinci fıkrasının birinci cümlesinde ise birinci fıkranın (a) bendinde sayılan gereçleri bulundurmayan, kullanmayan veya kullanılabilir durumda bulundurmayan sürücülerin 8.500.000 lira; (b) bendine göre araçlarında taksimetre, takoğraf bulundurmayan, kullanmayan veya kullanılabilir durumda bulundurmayan sürücülerin ise 34.800.000 lira para cezası ile cezalandırılacağı, itiraz konusu ikinci cümlesinde de sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenleneceği 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.

Kanun koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak şartıyla 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, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"*, üçüncü fıkrasında da, *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek suçun ve cezanın kanuniliği esası benimsenmiş, yedinci fıkrasında ise ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilerek, herkesin kendi eyleminden sorumlu tutulacağı, başkalarının suç oluşturan eylemlerinden dolayı cezalandırılamayacağı kabul edilmiştir.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Diğer bir anlatımla, bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Bu ilkeye göre asli ve feri fail olmayan kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmaları olanaklı değildir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.

Kanun'un birinci maddesinde Kanun'un amacı; karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda, can ve mal güvenliği, trafik düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla Kanun'un 31. maddesinde araçlarda bulundurulması zorunlu olan gereçler düzenlenmiş ve belirtilen zorunlu gereçlerin hem sürücü hem de araç sahibi tarafından araçta bulundurulması zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu düzenlemenin toplumu oluşturan bireylerin can ve mal güvenliğini temin etmek, trafik düzenini ve trafik güvenliğini sağlamak için kamu yararı amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Düzenleme anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisinde olup, kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, itiraz konusu kuralda aynı eylemden dolayı iki farklı kişiye cezai yaptırım uygulanması durumu da söz konusu değildir. Şöyle ki, Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan gereçlerin araçta bulundurulmaması hâlinde sürücünün eylemi, araçta bulunması zorunlu olan gereçler bulundurulmadan trafiğe çıkılması iken, araç sahibinin yaptırıma tabi eylemi, araçta bulunması zorunlu olan gereçler bulundurulmadan aracın başkasına kullandırılmasıdır. Dolayısıyla, araç sahibi hakkında öngörülen yaptırım, araç sahibinin kendi eyleminden kaynaklanmaktadır. Buna göre, sürücü ile araç sahibinin eylemlerinin aynı olduğu söylenemeyeceğinden itiraz konusu kuralda cezaların şahsiliği ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

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

VI- SONUÇ

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 8.3.2000 günlü, 4550 sayılı Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 31. maddesinin ikinci fıkrasının;

A- *"Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir."* biçimindeki ikinci cümlesine ilişkin esas incelemenin, *"Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan gereçleri bulundurmayan… sürücüler…"* ibaresi yönünden yapılmasına,

B- *"Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir."* biçimindeki ikinci cümlesinin, *"Birinci fıkranın (a) bendinde sayılan gereçleri bulundurmayan…sürücüler…"* ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/99
Karar Sayısı : 2014/61
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun;

a- 300. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

b- 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının,

2- 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (2) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 36., 90. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında, Türk Bayrağını ve Türkiye Cumhuriyeti askeri teşkilatını aşağılama eyleminden dolayı açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Savcılığı'nın 16.4.2010 tarihli yazısı ile piyade er … hakkında 20.12.2009 tarihinde işlediği ileri sürülen, Türkiye Cumhuriyeti devleti askeri teşkilatını alenen aşağılamak suçu nedeniyle 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301/2-4 ncü ve 1632 sayılı Askeri Ceza Yasası'nın 48/B maddesi uyarınca soruşturma izni istenmesi üzerine, Milli Savunma Bakanı M. Vecdi Gönül tarafından 14.5.2010 tarihinde soruşturma izni verilmiştir.

Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Savcılığı 27.5.2010 tarihli iddianamesinde, piyade er ...'ün, "bayrağı, böyle askerliği, böyle vatanı sinkaf edeyim..." gibi sözler söylediğinin ileri sürülmesi karşısında, belirtilen tüm bu eylemleri nedeniyle TCY'nın 300/1, 301/1-2 maddeleri uyarınca cezalandırılmasını talep etmiştir. Sanık hakkında ayrıca emre itaatsizlikte ısrar suçundan da cezalandırılması talep edilmiştir.

Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi tarafından, sanığın yargılaması, devam ederken terhis olup askerlikle ilişiğinin kesilmesi karşısında, emre itaatsizlikte ısrar suçu sabit görülerek cezalandırılmasına karar verilmiş, üzerine atılı TCY'nın 300/1, 301/1-2 maddelerinde düzenlenen diğer suçların ise bir askeri suç veya askeri bir suça bağlı bir suç niteliğinde bulunmaması belirtilerek, bu iki suçtan açılan davalarda, belirtilen nedenlerle yargılama yapma görevinin Çankırı Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu gerekçesiyle, 22.10.2010 tarih ve 1123/1025 sayılı görevsizlik kararı verilmiş ve dosya mahkememize gönderilmiştir.

Mahkememizin 2011/178 Esas sayısı üzerinden yürütülen yargılamada; TCY'nda Adalet Bakanı'na tanınan yetki ve görevlerin 1632 sayılı Yasa'nın 48/B maddesinde Milli Savunma Bakanı tarafından, CMY'nda Adalet Bakanı'na tanınan yetki ve görevlerin de yine 353 sayılı Yasa'nın ek 1 nci maddesinde Milli Savunma Bakanı tarafından yerine getirileceğinin belirtildiği, olayda bu çerçevede askerlik hizmeti devam ederken soruşturma izninin Milli Savunma Bakanı tarafından verildiği, ancak Yargıtay 9 ncu Ceza Dairesi'nin 26.12.2005 tarih ve 7865/9799 sayılı gibi kararlarında da açıkça vurgulandığı üzere, TCY'nın 301 nci maddesinde Bakan'a tanınan bu izin yetkisi, soruşturma yapılabilmesi için bir ön koşul niteliğinde olup, aynı zamanda adli ya da idari yargı denetimine tabi olmayan maddi ceza hukuku normu niteliğinde bulunan, usul hukukundaki izin kurumundan da farklı olan bir yetki olduğu, maddi ceza hukuku kapsamında kalan konularda suç tarihinden sonra

ortaya çıkan değişiklikler sanık lehine ise, bu durumun gözetilmesinin gerektiği, sanığın suç tarihinden sonra terhis olması karşısında, soruşturma izninin askerlik görevi sırasında hiyerarşik bağlantı içinde bulunduğu Milli Savunma Bakanı tarafından verilmiş olması nedeniyle, sanık lehine hareket edilerek görevsizlik kararı sonrasında davanın da askeri yargı yerine adli yargıda görülmesi karşısında, aralarında hiyerarşik bağlantı bulunmayan Adalet Bakanı'ndan, bir bütün halinde TCY 301/2 maddesi kapsamında görülebilecek eylemler için TCY'nın 301/4 maddesi uyarınca tekrar izin istenmesi amacıyla 18.10.2012 tarihinde mahkememizce durma kararı verilmiş, Adalet Bakanı Sadullah Ergin tarafından 08.5.2013 tarihli işlemle, eylemlere bir bütünlük halinde bakılmayarak, TCY 300. maddesi kapsamındaki olaylarda izne gerek olmadığı, TCY 301. maddesi kapsamında nitelenen eylemin işlenmesindeki özellikler gözetildiğinde ise anılan eylemlerin bu madde kapsamında kalmayıp, genel hükümler çerçevesinde değerlendirilebileceği, bu nedenle TCY 301/4 maddesi uyarınca soruşturma izni verilmediği belirtilmiştir.

02.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın geçici 1 nci maddesinin l/b fıkrasında; "31.12.2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adlî para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı, kovuşturma evresi söz konusu ise kovuşturmanın ertelenmesine karar verileceği" belirtilmiş, maddenin ikinci fıkrasında ise "öngörülen erteleme süresi içinde bir suç işleme veya suç işlememe durumunda yapılacak işlemler" gösterilmiş, maddenin diğer fıkralarında da konu ile ilgili kalan düzenlemelere yer verilmiştir.

TCY'nın 300 ncü maddesinin 1 nci fıkrasının, TCY'nın 301 nci maddesinin 2 nci ve 4 ncü fıkralarının, yine 6352 sayılı Yasa'nın geçici 1 nci maddesinin l/b fıkrası ile 2 nci fıkrasının, (bu fıkralar iptal edilince 6352 sayılı Yasa'nın geçici 1 nci maddesinin diğer hükümlerinin uygulama yeteneği kalmayacağı için de geçici 1 nci maddenin tamamının), davâda uygulanma yeteneklerinin bulunması karşısında, Anayasa'ya açıkça aykırı olan belirtilen hükümlerin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir.

AÇIKLAMALAR:

a- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 300 ncü maddesinin 1 nci fıkrası 765 sayılı TCY'nın 145/1 nci maddesinde düzenlenen suç, daha sınırlandırıcı bir içerikle ancak aynı yaptırım ile 5237 sayılı TCY'nın 300/1 nci maddesinde düzenlenmiştir.

Maddedeki yaptırımın üst haddi gözetildiğinde her iki yasa döneminde de; bu suça bakma görevi asliye ceza mahkemesine ait olup, soruşturma veya kovuşturmanın başlatılması da yine izne tabi tutulmamıştır.

Bayrak ile ilgili düzenlemeler, Anayasa'nın 3 ncü maddesinde ve 2893 sayılı Bayrak Yasası ile Bayrak Tüzüğü'nde yer almıştır.

Somut olayda sanık bayrak sözcüğü kullanmış ise de, Türk bayrağına yönelik olarak mı ya da askeri bayrak veya flama gibi bayrak özelliğinde kabul edilen ve egemenlik alameti olarak kullanılan herhangi bir işaret ile muhatap olmak üzerine mi bu sözü söylediği husus, soruşturma aşamasında açıklığa kavuşturulamamış, bu durum belirsizliğini korumuştur.

TCY'nın 300/1 nci maddesindeki suçun varlığı, suç siyaseti kapsamında değerlendirme konusu yapılabilir.

Bu suçun varlığı suç siyaseti ile açıklanabilir ki, her durumda bir düzenleme yapılırken, hukuksal ilkelerin gözetilmesi gereği kaçınılmazdır. Bu yönüyle maddeye bakıldığında yapılan düzenlemede hukuksal ilkeler gözetilmemiştir.

Maddenin ilk fıkrasında, bayrak yanında, bayrak özelliğinde olan ve egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaretin de madde kapsamına sokulması, Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle açıkça çatışmaktadır. Çünkü bir hukuk devletinde, düzenleme yapılırken belirsizlik yaratılmamalı, düzenlemeler açık ve bilinebilir bir içerikte olmalıdır. Söz konusu fıkra bu niteliklerden uzak olduğundan Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Bu fıkra Anayasa'nın 10 ncu maddesine de aykırıdır. Eşitlik kuralı, aynı konumda olanlar arasında farklılık yaratılmamasını, devlet ve organlarının da buna uygun olarak hareket etmesini zorunlu kılmaktadır. Suç siyasetinden hareketle TCY'nın 301 nci maddesinde, egemen olan devlete ve devletin egemenlik yetkisini kullanan organlarına yönelik olarak varlığı kabul edilen suç için, yaptırımın üst sınırı 5759 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle iki yıla indirilip, bu şekilde sulh ceza mahkemesinin de görev alanında kalacak biçimde düzenleme yapılmasına karşın; egemen olan o devletin bir egemenlik alameti olan bayrağını veya bayrak gibi özellik taşıyan işaretlerini, egemen olan devletten ve devletin egemenlik yetkisini kullanan organlarından da üstün tutarak, aynı konumda olan veya daha üst konumda olmayan TCY'nın 300/1 nci maddesinde korunan değerler için, ölçülülük,

orantılılık ve eşitlik ilkeleri gözetilmeyip aynı çerçevede hareket edilmeyerek daha ağır bir yaptırım öngörülmesi, TCY'nın 301 nci maddesindeki değişikliğe koşut olarak ta yine TCY'nın 300/1 nci maddesinde de bir değişikliğe gidilmeyip bu sonucun yaratılması TCY 301 nci maddedeki anılan düzenleme gözetildiğinde, eşitlik kurallarına aykırıdır. Ayrıca TCY 300/1 nci maddede bayrak yanında, bayrak özelliği taşıyan ve egemenlik alameti olan her türlü işaret te düzenleme konusu edilirken, bunlardan yaptırım ve görevli mahkeme ile ilgili olarak farklılık yaratmak konusunda kabul edilebilir hiç bir gerekçe ortaya konulmadan ve de söz konusu olmadan, yine bir başka egemenlik alameti olan, yaptırımı ve görevli mahkeme konusu da eşitlik, orantılık ve ölçülülük ilkeleri de gözetildiği için TCY 301 nci madde paralelinde TCY'nın 300/2 nci maddesinde düzenlenen marştan, TCY'nın 300/1 nci maddesinde daha ağır bir yaptırım öngörülmesi de, yine Anayasa'nın 10 ncu maddesine aykırıdır. TCY'nın 300/1 nci maddesinde öngörülen yaptırımın ağırlığı, 5235 sayılı Yasa'nın 10 ncu maddesi gözetildiğinde görevli mahkemenin hangi mahkeme olduğunu da etkilemekte; TCY'nın 300/2 ve 301 nci maddelerinde görevli mahkeme sulh ceza mahkemesi, TCY'nın 300/1 maddesinde ise görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi olmaktadır. Bu durumda yukarıda belirtilen nedenlerle, Anayasa'nın 10 ncu maddesine ayrıca aykırılık yaratmaktadır.

Anayasa'nın; hukuk devleti, eşitlik, hak ve özgürlüklerin sınırlanması, bu hak ve özgürlüklerin kullanılabileceği ortamın yaratılması, düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik hükümleri gözetildiğinde, bu hükümler dikkate alınmadan maddede yapılan suç ve ceza düzenlemesi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığından, yapılan düzenleme Anayasa'nın 11 nci maddesine de aykırıdır.

TCY'nın 300/1 maddesinde öngörülen sınırlamanın ağırlığı, Anayasa'nın 10 ncu maddesine yönelik açıklamada ortaya konulduğu üzere ölçülülük kuralına aykırı yaptırım taşıdığından, yapılan sınırlama Anayasa'nın 13 ncü maddesine aykırıdır. Ayrıca TCY'nın 300/1 nci maddesinde bayrak yanında, bayrak özelliği taşıyan ve egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaretin de suçun unsurları kapsamına alınması nedeniyle, bu durumun yarattığı belirsizlik karşısında, suç olarak kabul yoluyla yaratılan sınırlama hakkın özüne dokunabileceğinden, bu açıdan da yapılan düzenleme Anayasa'nın 13 ncü maddesine aykırıdır.

TCY'nın 300/2 nci maddesi, suçun hukuki konusu yönünden ilk fıkra ile koşut ve aynı önemde bulunmasına rağmen, ilk fıkrada daha ağır yaptırımın öngörülmesi; yine TCY sistematiğinde aynı veya daha üst koruma gören unsurların yer aldığı TCY'nın 301 nci maddesine göre TCY'nın 300/1 nci maddesinde daha

ağır bir yaptırımın öngörülmesi, Anayasa'nın 14/2 nci maddesine aykırı biçimde, Anayasa'da belirtilenden daha ağır bir sınırlama yaratmış ve bu şekilde Anayasa'nın 14/2 nci maddesine de aykırılık ortaya çıkmıştır.

Anayasa'nın 25 nci maddesinde düşünce, 26 ncı maddesinde ise ifade özgürlüğü düzenlenmiş olup, düşünce özgürlüğü sınırlanamaz. İfade özgürlüğünün kapsamı ve hangi koşullarda nasıl sınırlanacağı ise, Anayasanın 26 ncı maddesinde ortaya konulmuştur. TCY'nın 300/1 nci maddesi, içeriğindeki belirsizlik, orantısızlık ve ölçüsüzlük nedeniyle, bu maddelere demokratik toplum gereklerine uygun olmayan biçimde aykırılık yaratmakta, hakkın özüne dokunulmaktadır.

Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca, yöntemine göre yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlükler konusundaki uluslararası sözleşmelerin yasalarla çatışması halinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı hükmü karşısında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki; eşitlik, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bu hakların kötüye kullanılmaması, yine düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemeler de gözetildiğinde, TCY'nın 300/1 nci maddesinde yapılan düzenleme, bu sözleşmeler hükümleri ile, hem suçun unsurları hem de yaptırım yönünden çatışma yaratmaktadır. Bu nedenle uluslararası sözleşme hükümlerinin gözetilmesi gerekmektedir.

b- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 2 nci ve 4 ncü fıkrası hakkında genel açıklamalar.

765 sayılı TCY'nın 159 ncu maddesinde düzenlenen "devletin askeri ve emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek" suçu, benzer biçimde 5237 sayılı TCY'nın 301/2 nci maddesinde de yer almıştır.

765 sayılı TCY'nın 160 ncı maddesinde düzenlenen izin konusu, 5237 sayılı TCY'nın ilk halinde yer almamış olup, bu konu TCY'nın 301/4 ncü maddesine 2008 yılında yapılan değişiklikle eklenmiştir.

765 sayılı Yasa döneminde bu suça bakma görevi 2002 yılında yapılan düzenlemeye kadar ağır ceza mahkemesine ait iken, 2002 yılında yapılan değişiklikten sonra bu suç asliye ceza mahkemesinin görev alanında kalmıştır. 5237 sayılı Yasa'nın ilk halinde bu suça bakma görevi asliye ceza mahkemesinde olacak şekilde düzenleme yapılmış ise de, 2008 yılında yapılan ve halen yürürlükte olan değişiklik sonrasında ise, artık bu suça bakma görevi sulh ceza mahkemesine aittir.

765 sayılı Yasa'nın kaynak yasası olan 1889 tarihli Zanardelli Yasası'nda "devletin askeri ve emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek" konusunda bir suç bulunmamaktadır.

1926 tarih ve 765 sayılı TCY'nın ilk metninde, savaş sonrasındaki suç siyasetinden olsa gerek 159/1 nci maddede "ordu ve donanmayı tahkir ve tezyif etmek" suçuna yer verilmiştir. Maddede yaptırım olarak ise TCY'nın 158 nci maddesine göndermede bulunulmuş olup, 158 nci maddede ise cezanın alt sınırı 3 yıl ağır hapis olarak gösterilmiş, cezanın üst sınırı ise ortaya konulmamıştır. TCY'nın 160 ncı maddesinde, bu suçtan dolayı takibat yapılabilmesinin Büyük Millet Meclisi Riyaseti'nin iznine bağlı olduğu ifade edilmiştir.

1936 tarih ve 3036 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile TCY'nın 159/2 nci maddesinde "Devletin silahlı kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenlerin", 159/1 nci madde uyarınca, yani bir yıldan altı yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacağı, her iki fıkrada yapılan değişiklik ile ortaya konulmuştur. TCY'nın 160/3 ncü maddesinde yapılan değişiklikle de, TCY'nın 159 ncu maddesinde yer alan farklı konular için farklı izin mercileri öngörülmüş ve bu izin mercileri, Büyük Millet Meclisi Reisi veya yokluğunda vekili, Adalet Vekaleti veya Milli Müdafaa Vekaleti şeklinde belirtilmiş, devletin silahlı kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenler hakkında takibat yapılabilmesi konusu, Milli Müdafaa Vekaleti'nin iznine bağlı kılınmıştır.

1938 tarih ve 3531 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile TCY'nın 159/2 nci maddesindeki ifade "Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetleri" şeklinde değiştirilmiş, yaptırımda ise bir değişikliğe gidilmemiştir. TCY'nın 160 ncı maddesinde değişikliğe gidilerek, TCY'nın 159 ncu maddesindeki her konu yönünden izin yetkisi sadece Adliye Vekaleti'nde toplanmıştır.

1946 tarih ve 4956 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile, TCY'nın 159/2 nci maddesinde düzenlenen suç, aynı unsur ve yaptırımı ile TCY'nın 159/1 nci maddesine taşınarak düzenlenmiş, 159/2 nci maddesinde ise bir başka hükme yer verilmiştir. TCY'nın 160/2 nci maddesinde, takibat yapılması konusunun yine Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi olduğu ifade edilmiştir.

1961 tarih ve 235 sayılı Yasa ile TCY'nın 159/1 nci maddesinin yaptırımına dokunulmamış, ancak maddedeki ifade "Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerinin..." şeklinde değiştirilmiştir. İzin konusunda ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

2002 tarih ve 4744 sayılı Yasa ile TCY'nın 159/1 nci maddesinin yaptırımı, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası şeklinde değiştirilmiştir. İzin konusunda ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

2002 tarih ve 4771 sayılı Yasa ile bu maddede değişiklik yapılmış ise de, TCY'nın 159/1 nci maddesindeki suçun unsurlarında ve yaptırımında bir değişikliğe gidilmemiş, yine izin konusunda da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

2003 tarih ve 4963 sayılı Yasa ile TCY'nın 159/1 nci maddesindeki suçun unsurlarına dokunulmamış, ancak yaptırım altı aydan üç yıla kadar hapis şeklinde değiştirilmiştir. İzin konusunda ise herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

2004 tarih ve 5237 sayılı TCY'nın 301/2 nci maddesinde "askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklinde düzenleme yapılmıştır. TCY'nın bu metninde soruşturma veya kovuşturma için herhangi bir izin koşulu öngörülmemiştir.

2008 tarih ve 5759 sayılı Yasa ile TCY'nın 301 nci maddesinde değişikliğe gidilmiş; TCY'nın 301/2 nci maddesi "Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır" denilmiş, birinci fıkra da ise altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Maddenin 4 ncü fıkrasında yapılan değişiklikle, bu suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine tabi tutulmuştur.

Adalet Bakanlığı, TCY'nın 301 nci maddesindeki Adalet Bakanı'nın soruşturma iznine yönelik olarak ta 09.5.2008 tarih ve 18/1 sayılı genelge çıkarmıştır.

c- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 2 nci fıkrası

5237 sayılı TCY'nın 301/2 nci maddesinde düzenlenen bu suç 765 sayılı TCY'nda farklı içerikte mevcut olup, 765 sayılı Yasa döneminde suçun unsurlarına yönelik çeşitli değişiklikler yapılmıştır. 765 sayılı Yasa, 1889 sayılı İtalyan Zanardelli Yasası'ndan alınmış olup, bu suç kaynak yasada yer almamaktadır. Bu suçun varlığı suç siyaseti ile açıklanabileceği için, savaş sonrasındaki suç siyasetinin varlığı gereği bu suçun da 765 sayılı Yasa'ya konulduğu söylenebilir. Ancak suçun ihdas edildiği o dönem sonrasındaki değişen koşullara rağmen bugün hala daha aynı suç siyasetinin güdülerek üstelik bu suçun kapsamının da genişletilerek korunması, hele de süreçteki demokratik hukuk devleti ilke ve kuralları ile özgürlükler alanındaki

gelişmeler de gözetildiğinde, bir çok hukuksal ilke ve değerle çatışma yaşanmasına neden olmuştur.

5237 sayılı Yasa'nın "Devlet Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" bölümünde, 2008 yılında yapılan değişiklikle 301/2 nci maddede, "Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılır" şeklinde hüküm öngörülmüştür.

Devletin askeri teşkilatı kavramı ile amaçlanan, Türk Silahlı Kuvvetleri yani Ordu'dur. Ordu'yu temsil eden Genelkurmay Başkanlığı'nın ya da Ordu yani Türk Silahlı Kuvvetlerini oluşturan kara, deniz ve hava kuvvetlerinin bir bütün halinde hedef alınması durumunda, bu suç söz konusu olacaktır. Aksi halde genel hükümler uyarınca kişi olarak kim hedef alınmış ise o çerçevede değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Devletin emniyet teşkilatı kavramı ise, iç güvenliği sağlayan, sanık veya suçluları yakalayan Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı'na bağlı polis ve jandarma güçlerini kapsamına aldığında tartışma bulunmamaktadır. Emniyet ya da jandarma güçlerinin tamamının ayrı ayrı hedef alınması da bu suçun oluşması için yeterlidir. Ancak bu tanımın kapsamına sadece bu iki görevli grubu mu girmektedir?

6831 sayılı Yasa'nın 77 nci maddesine bakıldığında polis ve jandarmanın görevlerine koşut biçimde, 6831 sayılı Yasa kapsamında kalan suçların işlenmesinin önlenmesinde, yine bu yasa kapsamındaki işlenen suçların ise takibinde, kolluk görevi yüklenilen görevlilerden söz edilmiştir. Ayrıca bakıldığında 5607 sayılı Yasa'nın 9 ncu maddesinde ifade edilen gümrük memurlarına, 5607 sayılı Yasada daha farklı ve daha sınırlı görevler yüklenmiş, bu özel yasalar gibi daha başka özel yasalarda da silah kullanma yetkisi tanınan bazı devlet görevlilerine, görev alanlarındaki suçların işlenmesinin önlenmesi veya işlenmesi durumunda ise bu suçların takibi konusunda, kolluğa tanınan yetkiler tanınmıştır. Bu görevliler de kuşkusuz devletin güvenlik alanındaki görevlileri kategorisi içinde görmek gerekmektedir. Ancak maddede devletin güvenlik görevlileri veya devletin güvenlik alanındaki görevlileri kavramları yerine, devletin güvenlik (emniyet) teşkilatı kavramının kullanılması, sadece yapılan göreve değil, hem göreve hem de teşkilatlanma boyutuyla konuya yaklaşıldığını göstermektedir ki, bu da tartışmalı olan düzenlemeyi ayrıca kendi içinde çelişkili kılmaktadır.

2004 tarih ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Yönelik Yasa çıkartılmış olup, bu yasanın amacının kamu güvenliğini tamamlayıcı nitelikte özel güvenlik sistemi oluşturulması olduğu belirtilmiş, silah taşıma yetkisi de tanınan özel güvenlik görevlilerine belirli koşullarda sanık veya suçluları yakalama ve kamu güvenliği kapsamında iç güvenliği sağlama görevi de yüklenmiştir. Bu şekilde, polis ve jandarma görevlilerine koşut görevler yüklenmiştir. Bu düzenlemelerden dolayı da 5188 sayılı Yasa'nın 23 ncü maddesinde, anılan görevlilerin işlediği suçların kamu görevlileri tarafından işlenmiş suç gibi ya da anılan görevlilere karşı işlenen suçların da kamu görevlilerine karşı işlenmiş suç gibi cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemenin nedeni, bu yasa özel güvenlik görevlilerine, devletin emniyet teşkilatına tanınan yetki ve görevlerin verilmiş olmasıdır. Yani özel güvenlik görevlileri, devletin resmi yapılanması içerisinde olmasa da, yasa ile bu görevliler belirli konularda emniyet teşkilatı ile eşit hale getirilmiştir. Bu görevliler, korunan hukuksal yarar gözetildiğinde, bir devlet organı (teşkilatı) görevlileri olmadıkları için, bu konuda TCY'nın 301/2 nci maddesinin uygulanması düşünülemez.

Emniyet teşkilatı kavramı içinde kalmayanlara yönelik sözlerde, genel hükümler uyarınca kişilere yönelik işlenmiş bir suç var ise konunun bu yönüyle irdelenmesi gerekmektedir.

TCY'nın 301 nci maddesinde yapılan düzenlemenin varlığı, güdülen suç siyaseti ile açıklanabilir. Bu maddede yer alan hukuksal değerlere yönelik saygınlığın ortadan kalkmaması için aşağılamaya yönelik eylemler suç sayılmış, madde ile "egemen ulus devlete" yönelik, cezai bir koruma kalkanı yaratılmıştır. Sadece devletin aşağılanması değil, "devletin ulusunun, ulus devletin, egemen bir devletin" aşağılanması cezalandırılma konusu yapılmış, Anayasa uyarınca egemenliği ulus adına kullanan yetkili organlar olan yasama, yürütme (Cumhurbaşkanı için de ayrıca TCY 299 ncu madde) ve yargı organlarına yönelik bu nitelikteki eylemler yaptırıma bağlanmıştır.

TCY'nın ikinci kitabının dördüncü kısmının üçüncü bölümünde, devletin egemenlik alametleri ve organlarının saygınlığına yönelik suçlar düzenlenmiştir. Bu bölümde ulus devletin, egemenlik yetkisi kullanan organlarının saygınlığı esas alınmıştır.

Anayasa'nın 2 nci maddesi uyarınca devletin hukuk devleti niteliği gözetildiğinde, egemenliğin bu hukuksal çerçevede düşünülebilmesi karşısında,

TCY'nın 301/2 nci maddesinin varlığı hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Hukukun üstünlüğüne yönelik gelişen değerler gözetildiğinde, artık bir hukuk devletinde suç siyasetinin gereği de olsa bu nitelikte bir suçun varlığı kabul edilemez. Aksi durum, hukuk devletinin yerine polis devletinin mi söz konusu olduğu tartışmalarını ortadan kaldırmaz. Kaldı ki askeri ve emniyet teşkilatı, egemenlik yetkisi kullanabilen veya egemenlik görevi yüklenebilen organlar da olmadığından madde içinde yer alması, hukuk devletinde, yapılan düzenlemeler yönünden aranan, öngörülebilirlik, belirlilik, bilinebilirlik, ölçütleriyle de bağdaşmamaktadır. Bu nedenle TCY'nın 301/2 nci maddesi Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır. Polis veya jandarma teşkilatı dışında kalan, devletin orman memurları, gümrük memurları gibi suçun önlenmesi veya suç işlendikten sonra takibi ile görevli kamu görevlilerinin emniyet teşkilatı içinde görülüp görülmemesi bir belirsizlik yaratmakla, hem de madde içeriğinin bilinebilirliğini ve açıklığını ortadan kaldırmaktadır. Özel güvenlik görevlileri hakkında ilgili yasalarında yapılan düzenlemeler karşısında, bu konunun sonuçta işlem ve ruhsatların devlet tarafından verilmesi karşısında devletin emniyet (güvenlik) teşkilatı kapsamında kalıp kalmadığı konuları, bir belirsizlik durumuna da neden olabilecektir. Bu yönüyle de hukuk devleti açısından Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırılık söz konusudur. Bu durum ayrıca bir hukuk devletinde, egemenlik yetkisi kullanan organların yanında, neden halkla temas veya hizmet yönünden devletin silahsız ama daha etkin diğer birimleri değil de devletin silahlı birimlerinin düşünüldüğü sorusunun sorulmasına da yol açmakta, bir hukuk devletinde bu sorunun yanıtı her durum ve koşulda olumlu olarak yanıtlanamamaktadır.

TCY'nın ikinci kitabının dördüncü kısmının üçüncü bölümünde, devletin egemenlik yetkisi kullanabilen organları yönünden, suç siyaseti gereği düzenleme yapılmasına rağmen bu kapsamda yer almamasına, anılan organlarla aynı konumda olmamasına rağmen, askeri veya emniyet teşkilatının da kapsama dahil edilmesi, Anayasa'nın 10 ncu maddesinde düzenlenen eşitlik kuralına aykırıdır. Yine devletin egemenlik yetkisi kullanmayan diğer organlarından farklı olarak egemenlik yetkisi kullanmayan asker polis teşkilatının madde kapsamına sokulması, bu organlar arasındaki eşitlik kuralına da aykırıdır. Yine devletin emniyet teşkilatı içinde görülmemelerine rağmen, özel yasalarda kendi görev alanlarında aynı görevler yüklenen orman memurları gibi, gümrük memurları gibi memurların kapsam dışında bırakılması, düzenlemedeki tutarsızlığı ve aynı zamanda çelişkiyi de ortaya koymaktadır. Ayrıca devlet tarafından yapılan resmi işlemlerle, emniyet teşkilatının görevlerini de belirli koşullarda yapabilen özel emniyet teşkilatının madde dışında kalması karşısında, amaçsal olarak bakıldığında, yaratılan bu durum da eşitliğe

aykırıdır. Bu eşitliğe aykırılığın sonucu olarak asker ve polis teşkilatının ayrık tutularak madde kapsamına sokulması, yukarıda ifade edildiği üzere, devletin hukuk devleti niteliğini zedeleyicidir.

Anayasa'nın; hukuk devleti, eşitlik, hak ve özgürlüklerin sınırlanması, bu hak ve özgürlüklerin kullanılabileceği ortamın yaratılması, düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik hükümleri gözetildiğinde, bu hükümler dikkate alınmadan maddede yapılan suç ve ceza düzenlemesi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığından, yapılan bu düzenleme Anayasa'nın 11 nci maddesine de aykırıdır.

Anayasa'nın 13 ncü maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarda ve nasıl sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın da ölçülü olması gerektiği belirtilmiş olup, bir hukuk devletinde, bir polis devletini andırırcasına, devletin diğer kurumları için doğal olarak ayrı bir madde düşünülmezken, emniyet veya askeri teşkilat için özel bir madde öngörerek onları farklı bir koruma kalkanı içine alarak suç ihdas etmek, demokratik toplum düzenine, Anayasa ile amaçlanan özgürlükçü bir sistemin varlığına aykırıdır. Bu yolla konulan suç nedeniyle yaratılan sınırlama ise, hiç bir biçimde ölçülü olarak değerlendirilemez. Bu suçun varlığı, konulduğu dönem itibariyle geçerli olan suç siyaseti ile açıklanabilirse de, savaş dönemi sonrasında konulan bu suçun hala daha korunması, çağdaş ve özgürlükçü demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmamakta, yaratılan sınırlama maddedeki koşullarla çatışmaktadır.

TCY'nın 301/2 nci maddesi, Anayasa'nın 14/2 nci maddesine de aykırıdır. Anayasa'da suç ve cezalara yönelik ilkeler Anayasa'nın 38 nci maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddedeki düzenleme için de öncelikle, suç ve ceza tanımlarının yapılması gerekmektedir. Bu çerçevede yapılacak bir suç tanımında, suç siyasetinin gereği olarak yasama organının istediği her konuda suç yaratabileceği söylenemez. Bu konuda hukuk devletinin ilke ve kurallarının da mutlaka gözetilmesi gerektiği tartışmasızdır. Bu nedenle Anayasa'nın 14/2 nci maddesi uyarınca, Anayasa'nın herhangi bir hükmü, devlete temel hak ve özgürlükler konusunda Anayasada düzenlenenden daha geniş bir sınırlandırma yapma hakkı sağlamaz, daha geniş bir sınırlandırmaya yol açabilecek biçimde de yorumlanamaz. Olayda konulan suç ile anayasal ilkelere aykırı biçimde sınırlama yaratılmış, bu sınırlama nedeniyle de, Anayasa'nın 14/2 nci maddesine aykırı hareket edilmiştir.

TCY'nın 301/2 nci maddesi kapsamındaki eylemlerin suç olarak öngörülmesi, Anayasa'nın 25 nci maddesinde düzenlenen düşünce, 26 ncı maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne aykırı sınırlama niteliğinde olduğundan, anılan düzenleme Anayasa'nın bu iki maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 90/son maddesi uyarınca, yöntemine göre yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlükler konusundaki uluslararası sözleşmelerin yasalarla çatışması halinde, uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı hükmü karşısında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesindeki; eşitlik, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, bu hakların kötüye kullanılmaması, yine düşünce ve ifade özgürlüğüne yönelik düzenlemeler de gözetildiğinde, TCY'nın 301/2 nci maddesinde yapılan düzenleme, bu sözleşme hükümleri ile hem suçun unsurları hem de yaptırım yönünden çatışma yaratmaktadır. Bu nedenle uluslararası sözleşme hükümlerinin gözetilmesi gerekmektedir.

d- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 4 ncü fıkrası

Bu madde 765 sayılı TCY'nın 160 ncı maddesinin karşılığı olup, 765 sayılı Yasa döneminde yapılan her bir değişiklikte bu yetkinin kim tarafından kullanılacağı konusunda farklı düzenlemeler öngörülmüş olup, yasanın yürürlükten kaldırılmasından önceki en son halinde bu yetkinin Adalet Bakanlığı tarafından kullanılacağı belirtilmekte idi.

5237 sayılı TCY'nın ilk şeklinde izin sistemine yer verilmemiş, ancak 2008 yılında 5759 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle TCY'nın 301/4 ncü fıkrasındaki düzenleme uyarınca, Adalet Bakanı'ndan soruşturma izni alınması koşulu getirilmiş bulunmaktadır.

TCY'nın 301/4 ncü fıkrasının, Anayasa'nın 2 nci, 8 nci ve 9 ncu maddelerine aykırı olduğu belirtilerek iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine yapılan iki başvuru da sonuçlanmıştır. Anayasa Mahkemesi 03.10.2009 tarih ve 27365 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 07.5.2009 tarih ve 25/57 sayılı kararında, yine 06.10.2009 tarih ve 27368 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 03.6.2009 tarih ve 38/70 sayılı kararında, Anayasa'ya aykırılık görmeyip, yapılan itiraz başvurularını reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu iki kararında da izin kurumunun varlığını "... ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır" gerekçesine dayandırmıştır.

Anayasa'nın 152/son, 6216 sayılı Yasa'nın 41/1 nci maddesi uyarınca bir yasa hükmü hakkında Anayasa Mahkemesince işin esasına girildikten sonra verilen

red kararından on yıl geçmedikçe, aynı yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiası ile başvuru yapılamamaktadır.

Anayasa Mahkemesince verilen her iki karar da, Anayasa'nın 2 nci, 8 nci ve 9 ncu maddeleri yönünden yapılan Anayasa'ya aykırılık başvurusu üzerine, bu maddeler kapsamındaki esastan inceleme sonucunda verilmiştir. Anayasa Mahkemesi itiraz başvurularındaki incelemelerini, başvuruda ileri sürülen madde ve nedenlerle sınırlı olarak yapmamaktadır. Bu durum konumuzla ilgili daha önceki başvurular için de söz konusu olmuştur. Mahkememizce ise, daha önce irdelenmeyen ve değerlendirilmeyen yeni neden, gerekçe ve maddelere de dayalı olarak bu başvuru yapılmaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 152/son ve 6216 sayılı Yasa'nın 41/1 nci maddesi hükümleri, amaçsal olarak ve ayrıca hukuk devleti ilke ve kurallarına uygun, hak arama özgürlüğünü genişletici ve bu özgürlüğün de etkin olarak kullanılmasını sağlayacak biçimde Anayasa'nın 11 nci ve 90/son maddeleri de gözetilerek yorumlanmak durumundadır. Mahkememizce yapılan bu başvuruda, önceki diğer başvurular ve Anayasa Mahkemesi kararlarında inceleme konusu edilmeyen; madde, gerekçe ve nedenlere de dayanılması karşısında, söz konusu kısıtlayıcı kuralın olayımızda uygulanma yeri bulunmamaktadır.

TCY'nın 301/4 ncü maddesinde öngörülen soruşturma izni 765 sayılı Yasa döneminde; 1926-1936 yılları arasında TBMM Başkanı'na, 1936-1938 yılları arasında konusuna göre ya TBMM Başkanı'na ve yokluğunda ise Başkanvekiline, ya Adalet Bakanlığı'na ya da Milli Savunma Bakanlığı'na, 1938-2005 yılları arasında ise sadece Adalet Bakanlığı'na tanınmıştır. 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCY'nın ilk şeklinde bu konuda herhangi bir biçimde izin öngörülmemiş ise de, maddede 2008 yılında yapılan değişiklikle soruşturma için Adalet Bakanı'nın izni koşulu getirilmiş olup, bu düzenleme halen yürürlüktedir.

Burada üzerinde durulması gereken, iznin hukuksal niteliğinin ne olduğu, bu hukuksal niteliğine göre iznin herhangi bir denetime tabi tutulup tutulmadığı, bu durumun ve de iznin varlığının Anayasa'ya uygun olup olmadığı, yine izni kullanması öngörülen organın ve yine bu organ tarafından izin yetkisinin kullanılmasının Anayasa'ya uygun olup olmadığı konularıdır.

Yargıtay 9 ncu Ceza Dairesi; 26.12.2005 tarih ve 7865/9799 sayılı, yine 12.4.2010 tarih ve 2008/10995 Esas, 2010/4198 karar sayılı, 15.3.2011 tarih ve 6883/1703 sayılı, 05.5.2011 tarih ve 3435/2702 sayılı gibi bir çok kararında, bu iznin bir yargılama koşulu olduğunu, ceza yargılamasındaki yani usul kuralı

niteliğindeki izinden farklı olduğunu, maddi ceza hukuku kuralı niteliğinde bulunduğunu belirtmektedir. Yine bu kararlarda, 5237 sayılı Yasa döneminde 2008 öncesinde izin koşulu bulunmayıp daha sonra izin kuralının getirilmesi karşısında, izin kurumunun maddi ceza hukukuna yönelik olması gözetilip, suç tarihine bakılarak izin alınmayan dosyalarda bile bu yönden sanık lehine hareket edilerek daha sonra konulan bu izin kuralı uyarınca, izin talebi yoluna gidilmesine vurgu yapılmaktadır.

Yargıtay kararlarında TCY'nın 301 nci maddesinde yer alan soruşturma izninin, maddi ceza hukuku kuralı niteliğinde olduğunun kabul edilmesi karşısında, uygulamada bu konuda her zaman lehe değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Olay tarihinde asker olan sanık hakkında, TCY'nın 301 nci maddesinde yer alan suç konusunda Milli Savunma Bakanı'ndan izin alındıktan sonra sanık terhis olduğu için TCY'nın 300 ve 301 nci maddelerinde düzenlenen suçlar yönünden dosyası, görevsizlik kararı ile askeri yargıdan mahkememize gönderilmiştir.

Maddi ceza hukuku yönünden konuya bakıldığında, davanın terhis aşamasından sonra artık adli yargıda görülmesi, sanık ile izin vermeye yetkili olan Adalet Bakanı arasında hiyerarşik bağlantı bulunmaması, bu durum karşısında konunun tekrar lehe değerlendirilmesinin gerektiği düşüncesiyle, bu sefer Adalet Bakanı'ndan izin talebinde bulunulmuş, Adalet Bakanı eylemi bir bütün halinde görmeyerek, TCY 300. maddesi kapsamında kalan eylem için genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiğini ve izne gerek olmadığını, TCY 301. maddesi kapsamında kaldığı söylenen konu hakkında kullanılan ifadeler yönünden genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiğini, TCY 301/4 maddesi uyarınca izin verilmediğini ifade etmiştir.

Adli bir olay söz konusu olduğunda, maddi ceza hukukuna yönelik böyle bir izin durumunda, izin verilir ise soruşturma yapılıp yürütülmekte, verilmez ise işlem yapılamamaktadır. Bu izni verme ya da vermeme koşullarının oluşup oluşmadığının denetlenmesi ya da izin vermeme işleminin yerindeliği, bir ceza davasında veya ceza soruşturmasında inceleme konusu yapılamamaktadır. Üstelikte izin kurumunun varlığı, maddi ceza hukukuna yönelik olarak kabul edilirken, sonuç bu şekildedir.

Maddi ceza hukukuna yönelik olması nedeniyle bu izin işlemi adli yargıda da ayrıca iptal gibi bir davaya konu edilememektedir.

Maddi ceza hukuku kapsamında kabul edilen konulardaki izin verme veya izin yermeme işlemleri, idari yargıda dava konusu edilebilecek türden bir işlem değildir. Öğreti ve uygulamadaki genel görüş bu şekildedir. Bu konuda idari yargıdan verilmiş çok farklı kararların da bulunduğu bir gerçek olup, hatta çok uç bir örnek olarak adeta bir ceza mahkemesi gibi, izin konusunda yapılan bir başvuruda Ankara 10 ncu İdare Mahkemesi, 2011 Esas, 31.01.2012 tarih ve 2012/204 sayılı kararında suçun oluşup oluşmadığını irdeleme yoluna bile gitmiştir.

Yargıtay bu suçlarda, katılan sıfatını alabilecek surette suçtan doğrudan zarar gören sıfatının varlığını kabul etmemektedir. Yargıtay 9 ncu Ceza Dairesi'nin 01.5.2006 tarih ve 711/2497 sayılı kararında bu konudaki genel uygulama ortaya konulmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, izin vermeme işlemine karşı idari yargı yolu kapalı olup, bir an için idari yargı yolu açık olarak kabul edilmesi durumunda ise, izin vermeme işleminin iptali konusundaki başvuruyu yapabilecek olan, Yargıtay'ın suçtan doğrudan zarar görme tanımındaki değerlendirmesi gözetildiğinde, bu işlem hakkında başvuruda bulunabilecek sıfatı taşıyabilecek kimse zaten bulunmamaktadır. Danıştay, izin verme işlemlerine karşı ise, bu işlemler nedeniyle tüm konuların zaten yargılamada inceleneceğini belirterek suçlanan kişilerce yapılan başvuruları bu yönüyle reddetmektedir. İzin verme ile ilgili genel konulardaki uygulama bu şekildedir. Kaldı ki TCY'nın 301 nci maddesindeki izin verme işlemi, zaten maddi ceza hukuku kapsamında olup, idari yargı denetiminin dışındadır. Bu nedenlerle, maddi ceza hukuku kapsamında görülen bu iznin, idari yargı yoluyla denetlenmesi olanaklı değildir.

Sonuç olarak açıkça yargı yolunun kapalı olduğu belirtilen işlemler hakkında, yargı yolunun kapalı olmasına, açıkça yargı yolunun kapalı olduğu belirtilmeyen diğer tüm durumlarda ise yargı yolunun açık olmasına, bu tablonun hukuk devletinin en temel koşullarından bulunmasına göre, bu konudaki soruşturma izni verme veya vermeme biçiminde ortaya çıkan işlemler, yapılan bu düzenlemeyle açıkça yargı yolu kapatılan işlemlerden olmamasına rağmen, sonuçta yargısal denetime tabi tutulamadığından, bu durum hukuka uygun değildir.

İzin verme veya vermeme işlemi yapılırken, belirleyici olan durum nedir? Anayasa Mahkemesi'nin kararında, bu işlemde hukuksal bakışın belirleyici olmadığı, öncelikle devlet ve toplum yararı açısından değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu izin kurumu, maddi ceza hukuku içinde kalan, ancak hukuksal çerçevede değerlendirme yapılması için getirilmiş bir izin kurumu değildir.

İzin işlemi, 765 sayılı Yasa döneminde Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilmekte, kural olarak ta bu işlem yerine getirilirken, hukuksal değerlendirme yapılarak gerekçe-gösterilmesi yoluna gidilmekte, siyasal hareket edilmemekte idi. Kuşkusuz bu durumun aksine hareket edildiği de olmuştur. Hukuksal değerlendirme ile sınırlı bir inceleme ile bu iznin kullanması durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin kararları da gözetildiğinde zaten böyle bir izin yetkisinin tanınmasına gerek bulunmamaktadır. Bu yetki siyasal olarak kullanıldığında ise, madde ile amaçlandığı söylenen ve Anayasa Mahkemesi kararı ile de vurgu yapılan amaçlar, genellikle, hatta hiç bir zaman gerçekleşmemiştir. Bu kural, sözkonusu amaçları sağlamaya yeterli ve elverişli olmadığı gibi, öngörülen amaçları ortaya çıkaramamaktadır. Aksine güdülen amaca rağmen, denetimsizlik nedeniyle keyfilik öne çıkmaktadır. Bu durumda da, yetkiyi kullanan kişinin veya organın, siyasal üstü nasıl bir istekte bulunmuşsa, devlet veya toplumun değil, o gücün kişisel, siyasal veya diğer beklentilerine göre hareket edilerek işlem sonuçlandırılmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, madde ile varılmak istendiği söylenen amacı, bu düzenleme kural olarak sağlamaya yeterli ve elverişli değildir. Madde tüm boyutları ile değerlendirildiğinde, konuluş amacını hiç bir zaman etkin bir biçimde ve bu içeriğiyle sağlayamamaktadır. Bu nedenle ortaya ne hukuksal ne de toplum veya devlet yönünden siyasal bir yarar çıkmamıştır, çıkamamıştır. Yetkiyi kullanan siyasal gücün anlayış veya keyfiliği belirleyici olmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarındaki gerekçeye bakıldığında, bu düzenlemenin getiriliş amacına uygun olarak kullanılamadığı ya da konuluş amacını sağlamadığı, çok açıkça somut olaylarda da görülmektedir. Hrant Dink davası gibi bir davada bile bu izin yetkisi amacına uygun olarak kullanılamıyorsa, bu izin yetkisi devlet veya toplum açısından başka ne zaman siyasal bir yarar sağlayabilecektir? Bunun gibi davalar oldukça fazladır. Bu bağlamdaki davaların genelinde görülmüştür ki, izin yetkisine sahip olan irade, bu yetki ne amaçla getirilmiş olursa olsun, bu yetkiyi sadece kendi bakışma, kendi siyasal, kişisel veya diğer beklentilerine göre kullanmıştır. Hrant Dink davası bunun en somut örneğidir. Bu izin yetkisinin devlet açısından siyasal yarar sağlayacak biçimde o davadaki görünümü demek, ulus ve dolayısıyla vatandaşlık tanımı içinde kalan, Lozan ile azınlık kimliği kapsamında korunan gayrimüslüm Hrant Dink hakkında, eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamındaki yazıları nedeniyle soruşturma izin vermemek, dolayısıyla Lozan'la yapılandırılan üst kimlik olan ulus kimliği korumak, kişinin de hedef olmamasını sağlamak olması gerekirken, hem Lozan'a, hem üst kimlik tanımına ve hem de bu sözleri sarfeden Hrant Dink'e, maddede izinle güdülen amaç çerçevesinde bile yaklaşılamamıştır.

TCY'nın 301 nci maddesinde öngörülen izin yetkisi, yukarıda sadece bir örneği ortaya konulan olaydan da anlaşılacağı üzere, kullanılmaması gereken yerlerde kullanılmış, kullanılması gereken yerlerde ise kullanılamamış, yargı bağımsızlığı etkin sağlanmadığı için de, izin verilen durumlarda, yargı organları izin veren iradenin çizgisinden kendilerini de kolaylıkla kurtaramamışlardır, kurtaramamaktadırlar. Bu durumda yargı bağımsızlığına ve adil yargılamaya aykırı sonuçlar doğurmaya olanaklı olduğu için, sonuç olarak hukuka aykırılıklar yaratmakta, yargı yönetime yakın hareket eden bir görüntü sergileyebilmektedir.

"Yine somut olay yönünden bakıldığında, aynı olayda bu davada aynı siyasi parti hükümetlerine mensup Milli Savunma Bakanı ile Adalet Bakanı'nın, aynı eylemlere yönelik izin konusundaki değerlendirmeleri çok farklı biçimde ortaya çıkmıştır. Her iki bakanın işlem tarihleri itibarıyla, eylemlerle ilgili devlet ve toplum yararı değişmiş değildir. Yine bu somut olay, Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulanan izin yetkisinin varlık gerekçesi ile bu maddenin yarattığı uygulamaların örtüşmediğini çok açıkça göstermektedir.

5237 sayılı Yasa ilk çıktığında izin öngörülmemiş, toplumsal baskılardan dolayı fazla dava açıldığı eleştirileri ve buna dayanarak yine Avrupa Birliğinin açık açık yapmış olduğu eleştirilerden hareketle, 2008 yılında izin sistemi tekrar getirilmiş, bu sefer izin yetkisi bizzat Adalet Bakanı'na tanınmıştır.

Hukuksal tablonun geneline bakıldığında açılan dava sayısı ile bu davalarda verilen mahkûmiyet kararları sayısı arasındaki oran gözetildiğinde, bileşik kaplar kuralı gibi bu durum TCY'nın 301 nci maddesine de aynı doğrultuda yansımaktadır. İzin durumu farklı bir durum yaratmamaktadır. Hatta yargı bağımsızlığını ve yargıç güvencesini sağlayan kuralların etkin olmaması ve olanların da sadece kağıt üzerinde kalması nedeniyle, verilen izinler sonrasında da, yargı organları özgürlükleri gözetmeden, oluşturulan sosyal, siyasal gibi baskılardan da kendilerini kurtarmayarak, hatta izin veren iradenin bu işlemini ortada kanıtlanmış bir suç var diye algılayarak, kararlar verebilmektedirler. Bu maddenin varlığı, bu sakıncaların önüne geçmeyi sağlayamamaktadır. Bu nedenle önemli olan, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin yanında, adil yargılanma koşullarının sağlanması, suç ve cezaların demokratik hukuk devleti kuralları gözetilerek düzenlenmesidir. Bu koşullar sağlandıktan sonra, zaten böyle düzenlemelere gerekte kalmayacaktır.

Maddi ceza hukukunun içinde kabul edilen bu izin yetkisinin siyasal kimliği bulunan Adalet Bakanı'na tanınması, bu yetki ileride yapılacak bir düzenleme ile

denetime tabi tutulacak olsa bile, böyle bir izin kurumunun bizatihi varlığı dahi, soruşturma ve yargılamanın tam bir tarafsızlıkla yürütülmesi ile, yine ceza hukuku ilkeleri ve demokratik hukuk devleti kuralları ile de bağdaşmamaktadır.

Bu genel açıklamalardan sonra izin yetkisinin anayasal boyutunu inceleyecek olursak, yapılan bu düzenleme demokratik hukuk devleti yönünden Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır. Düzenlenen bir suçta, maddi ceza hukuku kapsamında sokulan bir yetki, tarafsızlığı olmayan, hatta olaylar karşısında kolaylıkla taraf olabilen, yine madde gözetildiğinde egemenliği kullanan güçle karşı karşıya kalanların genelde iktidarda olmayan görüş sahipleri de olduğu gözetildiğinde, bu yetki Adalet Bakanı'nca tarafsızlıkla kullanılamayacağından, maddi ceza hukuku kapsamında suçun varlığını da etkileyen böyle bir düzenlemenin, demokratik hukuk devleti ilke ve kurallarına uygun olduğunu söyleyebilmek olanaklı değildir.

İzin verme veya vermeme işleminin denetimi konusunda açık bir düzenleme olmamasına rağmen, bu konunun denetim dışı kalması da Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti kurallarına aykırıdır. Görülmekte olan bir davada hiç bir zaman izin koşullarının varlığı ve denetimi tartışma konusu edilememektedir. Bu denetim dışılık, maddenin konuluş amacına uygun olarak kullanılması boyutunu değil, denetimsiz biçimde, keyfi olarak, hukuk devleti kurallarına aykırı biçimde kullanılmasını öne çıkarmakta, madde konuluş amacını sağlayamamaktadır.

Adalet Bakanı'na tanınan bu denetimsiz yetkinin kaynağı, Anayasa'nın 6/2 nci maddesi uyarınca ortaya konulamadığından, böyle yetkinin varlığı demokratik hukuk devletinin kurallarına aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 6/2. maddesi yoluyla, hukuk devleti kurallarına bu şekilde ayrıca ortaya çıkmaktadır.

TCY'nın 301/4 ncü maddesinin kapsam ve sonuçları, Anayasa'nın 10 ncu maddesinde yer alan eşitlik kuralına aykırılık oluşturmaktadır. İzin yetkisinin denetim dışı olması ve bu yetkinin siyasal bir organa verilmesi nedeniyle, izin yetkisine sahip olan organ ile hakkında izin talep eden kişinin aynı siyasal konumda bulunması, bu kişi veya siyasal görüş lehine sonuçlar yaratabilmekte, yine böyle bir durum farklı siyasal çizgide bulunanlar aleyhine de sonuç doğurabilmektedir. Bu durumun denetiminin söz konusu olmaması da, amaçlanan eşitliği ortadan kaldıran sonuçları kalıcı kılmaktadır. Mevcut düzenleme eşitliği sağlayıcı olmak bir yana, belirtilen konularda ayrımcılığı artırıcı nitelik taşımaktadır.

Anayasa'nın; hukuk devleti, eşitlik, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına, bu hak ve özgürlüklerin kullanılabileceği ortamın yaratılmasına, düşünce ve ifade özgürlüğüne, yine hak arama özgürlüğüne yönelik hükümleri, suç ve cezalara ilişkin ilkeleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi gibi düzenlemeleri gözetildiğinde, bu hususlar dikkate alınmadan yapılan izin düzenlemesi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmamış, yapılan düzenleme Anayasa'nın 11 nci maddesi ile çatışmıştır.

Anayasa'nın 13 ncü maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarda ve nasıl sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın da ölçülü olması gerektiği belirtilmiş olup, maddi ceza hukuku kapsamında kalan izin yetkisinin, denetim dışı bırakılarak varlığının kabul edilmesi ve bu yetkinin de siyasal kimlik olan Adalet Bakanı'na verilmesi, demokratik toplum düzenine, anayasa ile amaçlanan özgürlükçü bir sistemin varlığına aykırıdır.

Yapılan düzenleme Anayasa'nın 14/2 nci maddesine de aykırıdır. Şöyle ki, tarafsız olmayan bir kişiye, maddi ceza hukuku kapsamında bir yetki tanınarak, adil yargılama ve etkin soruşturmanın yapılabileceğini söylemek, bu kişinin aynı zamanda HSYK başkanı olması, bu nedenle yargıçlar üzerinde de yetkisinin bulunması, bu işleminin yanında HSYK işlemlerinin de etkili bir denetime ve yargısal denetime tabi olmaması karşısında, talep edilen izin sonrasında, Anayasa'nın 14/2 nci maddesine aykırı sonuçların ortaya çıkmasını engelleyecek etkili bir ortamın varlığı söz konusu değildir. Adalet Bakanı'nın HSYK Başkanı olması, Bakan'ın tarafsızlığı nedeniyle getirilmiş bir kural olmayıp, siyasi iradenin yargının içinde yer alma isteğini yansıtan Anayasa'nın emredici hükmü nedeniyledir. Adalet Bakanı 2001 den bu yana Mili Güvenlik Kurulu içinde de yer almaktadır. Bu yönüyle bakıldığında Milli Güvenlik Kurulu içinde yer alan Adalet Bakanı üzerinden hukuk ve yargı, adalet için değil, güvenlik unsuru olarak görülmektedir. Bu gibi örnekler de hükümet içinde partili kimliği ile yer alan Adalet Bakanı'nın bu yetkiyi kullanması durumunda, soruşturmanın adilliği yönünden de aykırılıklar ortaya çıkarmaya elverişlidir.

Anayasa'nın 25 nci maddesinde düşünce, 26 nci maddesinde ifade özgürlüğü düzenlenmiş olup, bu özgürlükler hakkındaki sınırlama konusu da bu maddelerde gösterilmiştir. Adil ve etkin bir yargılama ve soruşturma yapılması zorunluluğuna rağmen, maddi ceza hukuku kapsamında kalan izin yetkisinin, tarafsızlığı olmayan, hatta soruşturma ve yargılama makamları üzerinde yetkisi bulunan kişiye tanınması, anılan özgürlüklerin korunmasına değil, daha fazla sınırlanmasına neden olabilecek,

demokratik toplum gereklerine uygun olmayan durumlar ortaya çıkarabilecektir. Bu nedenle yapılan düzenleme Anayasanın ayrıca bu iki maddesine de aykırıdır.

Yapılan bu düzenleme Anayasa'nın 90/son maddesine de aykırıdır. İHAS ve BM Kişisel Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki, eşitlik, etkili soruşturma ve adil yargılama düşünce ve ifade özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hakların kötüye kullanılması konularındaki gibi düzenlemeler gözetildiğinde, tarafsızlığı olmayan bir kişiye maddi ceza hukuku kapsamında bir yetki tanınarak, bir suç tanımına gidilmesi, bu suç tanımından da hareketle eşitlik kurallarına uygun biçimde ve ayrımcılık yaratmadan etkili soruşturma ve adil yargılamanın ortaya çıkabildiğinin söylenebilmesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve hakların kötüye kullanılması konularında amaca uygun davranılabilmesi, özellikle izin yetkisini kullanan organla karşıt düşüncelere sahip olanlara, düşünce ve ifade özgürlüğünün etkin biçimde sağlanabildiğinin söylenebilmesi, TCY'nın 301/4. maddesinin içeriği nedeniyle söz konusu değildir. Bu nedenle anılan düzenleme, ilgili sözleşme hükümleri ile çelişkili sonuçlara neden olduğundan Anayasa'nın 90/son maddesine de aykırıdır.

TCY'nın 301/4 ncü maddesindeki Adalet Bakanı'na soruşturma izin yetkisi tanınması yolundaki düzenleme, Anayasa'nın 138 nci maddesine de aykırıdır. Anayasa'nın 140/3 ncü maddesinde savcıların hak ve ödevlerinin, mahkemelerinin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi ilkelerine göre yasa ile düzenleneceği ifade edilmiş, mahkemelerin bağımsızlığına yönelik ilkeler de Anayasa'nın 138 nci maddesinde gösterilmiştir. Anayasa'nın 140/6 nci maddesi uyarınca yargıçlar ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olsalar da, bir suç iddiası konusunda, maddi ceza hukuku kapsamında kalan bir yetkinin Adalet Bakanı tarafından kullanılması, ancak bu yetkiyi kullandığı aşamadan sonra bir ceza soruşturmasının söz konusu olabilmesi, Anayasa'nın 138 nci maddesindeki düzenlemelere tamamen aykırıdır. Bağımsızlığın etkin olarak sağlanamadığı durumlarda, soruşturma ve yargılamada verilen karar, bu karar öncesinde ortaya çıkan izin işlemi ile büyük olasılıkla aynı veya paralel olabilmektedir. Uygulamada bu durum sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin red kararlarında maddenin amacı ortaya konulmuş ise de, devlet veya toplum yararını gözetmek yerine, toplum baskısının göğüslenemediği, iktidarın kişisel, siyasal veya diğer beklentilerini öne çekerek maddeyi amacı doğrultusunda kullanmadığı durumlarda, savcılıklarca etkili soruşturma, mahkemelerce de adil yargılama yapılamamakta, izin işlemindeki anlayışa koşut olarak süreç yürütülüp sonuçlandırılmaktadır. Bu nedenle düzenleme öngörülen amacı sağlamaktan uzaktır. Hrant Dink olay ve süreci, bu konuda en

belirgin örnek olarak hukuk tarihindeki yerini almıştır. Bu süreçte iktidar ve Adalet Bakanlığınca yapılanlar, izin işleminin ötesine bile taşmış, siyasi iradenin bu işlemiyle aynı paralelde işlem yapan yönetim veya yargı alanındaki kamu görevlilerinin akibetleri ile, farklı davrananların akibetleri bile birbirinden çok farklı olmuş ve olay dosyanın dışına taşarak, bu kişilerin bile süreçten çok açıkça etkilendiklerini gösteren işlemleri ortaya çıkarmıştır. Bu da, maddenin konuluş amacının dışında, denetimsiz, keyfiliği öne çeken biçimde kullanıldığını, sonuçta yargı bağımsızlığının ve hukuk devletinin gözetilmediğini çok açıkça göstermektedir.

d- 02.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın Geçici 1 nci maddesinin l/b ve 2 nci fıkraları, yine bu hükümler iptal edilince uygulanma yeteneği kalmayan bu maddenin tamamının iptali

6352 sayılı Yasa'nın Geçici 1 nci maddesinin b fıkrası ve 2 nci fıkrasına bakıldığında, bu düzenlemelerde;

(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

…

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

…

karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkum olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.

denilmekte olup, madde toplamda sekiz fıkradan oluşmaktadır.

Bu konuda Geçici 1/1 nci maddesinin tamamının, Anayasa'nın 2, 10, 11, 12, 13, 19, 26, 28, 38, 138 ve 141 nci maddelerine aykırılığı istemiyle yapılan itiraz başvurusu, Anayasa Mahkemesinin 12.9.2012 tarih ve 79/112 sayılı kararıyla esasa girilmeden, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmiştir. Bu durum karşısında, Anayasa'nın 152/son ve 6216 sayılı Yasa'nın 41/1 maddesi bağlamında itiraz başvurusuna engel bir durum bulunmamaktadır.

Geçici 1 nci maddenin yukarıda belirtilen her iki fıkrası da, davada doğrudan uygulanabilecek kural niteliğinde olup açıkça Anayasa'ya aykırılık söz konusudur. Bu hükümler iptal edilince toplam sekiz fıkradan oluşan maddenin tamamının uygulama yeteneği ortadan kalkacağı için, maddenin tamamının iptali istemiyle itiraz başvurusu yapılmıştır.

Geçici 1 nci maddenin l/b ve buna bağlı olan 2 nci fıkraları açıkça Anayasa'nın 2 nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti kuralına aykırıdır. Şöyle ki, madde kapsamında, kovuşturma evresinde erteleme konusu olabilecek yöntemler gösterilmiş olup, bu yöntemlerin belirlenmesinde hukuksal ve demokratik toplum yönlerinden gereklilik durumu ortaya konulmamış, bu yöntemler yoluyla işlenen, hukuksal konusu ne olursa olsun her türlü suçun kapsama girdiği açıkça ifade edilmemiş, bu yönüyle belirsizlik ortaya çıkmıştır. Bu yön, Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Madde ile takdire bağlanmadan, belirtilen yöntemler söz konusu olduğunda, kovuşturmanın ertelenmesi yoluna gidileceği öngörülmüş ancak, burada da belirsizlik yaratılmıştır. Yine her durumda mı erteleme yoluna gidileceği, yoksa beraat, düşme koşullarının oluşmadığı hallerde mi erteleme yoluna gidileceği açıkça ortaya konulmamıştır. Bu belirsizlik, hukuk devleti kurallarına aykırıdır. Gerçi maddenin son fıkrasında erteleme hallerinde, ertelemeye konu kararın tekerrüre esas alınamayacağı ifade edilmekte olup, bu durum mahkûmiyet koşullarının oluşması halinde kovuşturmanın ertelenmesine karar verileceğini işaret etmekte ise de, ilk fıkrada ve ikinci fıkrada bu konu açıkça ortaya konulmamıştır.

Beraat, düşme gibi kararlar, erteleme kararına göre sanığın daha lehine olduğundan, koşulları oluşmuş ise, o yollara gidilmesi, mahkûmiyet koşulları oluşması halinde ise erteleme yoluna gidilmesi gerekmesine rağmen, madde ile yaratılan belirsiz düzenleme, açıklandığı üzere Anayasa'nın 2 nci maddesi uyarınca hukuk devleti kurallarına aykırıdır.

Erteleme kararı verildiğinde, bu karar etkili bir denetim yoluna yani, temyiz denetimine tabi değildir. Hele hele, her durumda erteleme kararı veriliyorsa, bir de dosyanın etkili bir denetim yolu öngörülmeden bu şekildeki bir denetim süresine tabi tutulması, kişinin masumiyet hakkını elinden alması boyutu dışında ayrıca hukuk devleti kurallarına aykırıdır. Sadece mahkûmiyet koşullarının varlığı halinde erteleme yoluna gidilmesi durumunda, verilen kararın kendisi ve de ayrıca öngörülen denetim süresi boyunca da bu karara tabi olaylar etkili bir incelemeye tabi olmayacak, bunun için kişinin mutlaka ikinci bir suç işlemesi gerekecektir. Kişinin kovuşturmanın ertelenme süresi içinde ikinci bir suç işlememesi durumunda düşme kararı verilecek, bir suç işlenmesi durumunda ise o zaman erteleme kararı kaldırılacaktır. Bu süre içinde işlenen ikinci suçun bağlı olduğu zamanaşımı hatta zamanaşımına bağlı olmayan bir suçta olabileceği düşünüldüğünde, yine denetim süresi içinde veya hayatı boyunca failin de saptanamaması söz konusu olabileceği karşısında, ikinci suçun yargılamasının, ikinci suçun bağlı olduğu dava zamanaşımı kadar ya da zamanaşımına bağlı olmaması durumunda bu ikinci yargılamanın süresiz olabileceği düşünülürse, bu koşullarda bu madde uygulanamayacak, ilk kararlar için etkili bir denetim de ortaya çıkmadığı için, ilk karar kaldırılıp düşme veya başka bir karar da verilemeyecektir. Bu durumda, madde hukuken uygulanamaz bir sonuç yaratmış, belirsizlikle dolu çelişkili bir durum ortaya çıkmıştır. Adeta süresiz erteme hali söz konusu olmuştur. Bu ise kişinin hukuksal durumunun mahkûm olmuş gibi sürekli askıda tutulmasına neden olmaktadır. Bu tablo hukuk devleti ilke ve kuralarıyla, yine bilinebilirlik, belirlilik unsurları yönünden de hukuk devleti kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle düzenlemenin iptali, bu hükümler iptal edilince maddenin tamamının uygulama yeteneği ortadan kalkacağı için maddenin tamamının iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

Belirtilen her iki fıkra, Anayasa'nın 5 nci maddesine aykırı olup, bu fıkraların uygulanması durumunda adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak, akibeti belirsiz ve sonuçlandırılmayacak işlemler ortaya çıkabilecektir. İşlenmiş bir ikinci suçun varlığı halinde ancak ilk karar veya olay nedeniyle verilecek kararın etkili denetimi söz konusu olabilecektir ki, ikinci suçun faili meçhul kalması durumunda verilen ilk karar ve sonucu ne olacaktır! Madde de bu sorunun yanıtı yer almamaktadır. Bu durum çok açıkça Anayasa'nın 5 nci maddesine aykırı bir durum ortaya çıkarmıştır.

Yapılan bu düzenleme Anayasa'nın, temel hakların dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez olduğunu düzenleyen 12 nci maddesine de aykırıdır. Çünkü erteleme kararı etkili bir yasa yoluna tabi değildir. Kişinin temel haklar kapsamındaki etkili yasa yolu hakkı elinden alınmaktadır. Daha sonra etkili bir yasa yolunun söz

konusu olabilmesi, faili meçhul kalmayacak ikinci bir suçun varlığına bağlıdır ki, bu yolun işlemesi de bilinmezliklerle doludur. Bu şekilde adil yargılama ve kararın etkili denetim hakkına dokunulduğu için, düzenleme Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırıdır.

Yapılan düzenleme Anayasa'nın 15/2 nci maddesine de aykırıdır. Takdire bağlı olmadan erteleme hali yaratılıp, kişilerin temel haklarına dokunularak etkili olmayan bir yasa yolu ortaya çıkarıldığından, kişinin bu şekilde etkili bir yasa yolunu söz konusu edebilmesi için verilecek ilk kararla tabi tutulacağı deneme süresi içinde, bir başka suç veya Anayasa'nın 15/2 nci maddesinde belirtilen aynı yöntemleri kullanması halinde, verilecek yeni kararla temyiz yolu ortaya çıkacak olup, bu şekilde kişinin aynı düşünce ve/kanaatlerini açıklamaktan dolayı suçlanması yoluna da gidilecektir. Etkili denetim yolunun ortaya çıkması, kişinin kendisini adeta aynı yöntemlerle suçlatıcı davranış sergilemesiyle olanaklı kılınmaktadır. Ayrıca kişi kendini ihbar etmek durumunda bırakılmakta, faili meçhul kalmayacak biçimde tüm eylemlerini adeta bir olağanüstü hal baskısı içinde, devlete ihbar yükümlülüğü altına sokulmaktadır.

Yapılan düzenleme Anayasa'nın 36 ncı maddesine aykırıdır. Madde ile her durumda mı, yoksa mahkûmiyet koşulları oluştuğunda mı erteleme yoluna gidileceği açıkça ortaya konulmadan belirsizlik yaratılmıştır. Kaldı ki diğer durumlar bir tarafa, mahkûmiyet koşulları oluşan hallerde mutlaka erteleme yoluna gidileceğinden, esas hakkında bir karar verilmemekte, erteleme süresi içinde bu yasal düzenleme yoluyla, adil yargılama hakkı ihlal edilmekte, yargılama uzatılmakta, bu erteleme kararı etkili bir yargısal denetime tabi tutulmamakta, etkili bir yargısal denetim ancak, öngörülen denetim süresinin sonunda verilecek kararla ortaya çıkabilmektedir ki, denetim süresi içinde işlendiği söylenen suçun faili meçhul kalıp kalmayacağı halinin bilinemezliği ve seçenekte gözetildiğinde, kişinin bir suç işleyip işlemediği kesin olarak ortaya konulamayacağından, yasa yoluyla etkili biçimde hak aranamayacak, bu şekilde adil yargılama hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle belirtilen her iki fıkra açıkça Anayasaya aykırı olduğundan iptali gerekmektedir. Bu fıkraların iptali durumunda maddenin uygulama yeteneği kalmayacağı içinde, maddenin bütünüyle iptal edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ:

1- Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere davada uygulanacak kural niteliğinde bulunan;

a- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 300 ncü maddesinin 1 nci fıkrasının, Anayasa'nın 2, 10, 11, 13, 14/2, 25, 26, 90/son maddelerine aykırılığı,

***b-** 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 2 nci fıkrasının, Anayasa'nın 2, 10, 11, 13, 14/2, 25, 26, 90/son maddelerine aykırılığı,*

c- 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 301 nci maddesinin 4 ncü fıkrasının, Anayasa'nın 2, 10, 11, 13, 14/2, 25, 26, 90/son, 138 nci maddelerine aykırılığı,

***d-** 02.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa'nın Geçici 1 nci maddesinin l/b fıkrasının ve bu maddenin 2 nci fıkrasının, yine anılan hükümler iptal edilince uygulanma yeteneği kalmayan bu maddenin tamamının Anayasa'nın 2, 5, 12, 15, 36 ncı maddelerine aykırılığı karşısında,*

iptal edilmeleri istemiyle Anayasa'nın 152 nci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,

2- Anayasa'nın 152/1. maddesi koşulları çerçevesinde Anayasa Mahkemesine başvurulan konularda Anayasa Mahkemesi kararının beklenilmesine,

3- Yargılama ekonomisi gözetilerek, sanığın atılı suçlama konusunda görevsizlik kararı tebliği ile savunmanın alınmasına, Anayasa'ya aykırılık iddiası ve incelemesi gözetilerek özgürlüğünün kısıtlanmaması için Türkiye'de bulunmayan sanık hakkında yakalama kararı çıkartılmamasına,

4- İddianame ve görevsizlik kararına konu edilen olaylar hakkında Eyüp Kaya, Yasir Asan, İbrahim Hakseven ve Mehmet Aydemir'in tanık sıfatıyla dinlenmelerine, bu nedenle bulundukları yerlerdeki asliye ceza mahkemelerine yazı yazılmasına,

5- Bu nedenle duruşmanın 17.9.2013 saat 11.00'a bırakılmasına karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5237 sayılı Kanun'un itiraz konusu fıkraların da yer aldığı 300. ve 301. maddeleri şöyledir:

"Devletin egemenlik alametlerini aşağılama

Madde 300- (1) Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hüküm, Anayasada belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında uygulanır.

(2) İstiklal Marşını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu maddede tanımlanan suçların yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama

Madde 301- (Değişik: 30/4/2008-5759/1 md.)

(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır."

2- 6352 sayılı Kanun'un itiraz konusu bent ve fıkranın da yer aldığı geçici 1. maddesi şöyledir:

"Dava ve cezaların ertelenmesi

GEÇİCİ MADDE 1- *(1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli*

itibarıyla adlî para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

a) Soruşturma evresinde, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,

b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,

c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesine, karar verilir.

(2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.

(3) Mahkûmiyet hükmünün infazı ertelenen kişi hakkında bu mahkûmiyete bağlı olarak herhangi bir hak yoksunluğu doğmaz. Ancak bu kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlemesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunduğu takdirde, ertelenen mahkûmiyet hükmüne bağlı hukuki sonuçlar kişi üzerinde doğar ve ceza infaz olunur.

(4) Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur.

(5) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması hâlinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır.

(6) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adlî Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir.

(7) Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararları adlî sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi hâlinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 36., 90. ve 138. 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, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının da iptali istenmektedir. 301. maddenin (4) numaralı fıkrası uyarınca, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinde düzenlenen *"Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama"* suçundan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine bağlı kılınmıştır. Yargılama sırasında Başvuran Mahkemece soruşturma izni talep edilmiş ancak, Adalet Bakanı tarafından soruşturma izni verilmemiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, *"Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir."* hükmü yer almaktadır. Bakılmakta olan davada, Adalet Bakanı tarafından soruşturma izni verilmediğinden yani soruşturma şartı gerçekleşmediğinden 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinin (2) numaralı fıkrası açısından Mahkemece işin esasına girerek değerlendirme yapılamayacaktır. Dolayısıyla, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinin (2) numaralı fıkrası davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Diğer taraftan Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri 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.*"; 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.

5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek daha önce iptal isteminde bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek 3.6.2009 günlü ve E.2009/38, K.2009/70 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar, 6.10.2009 günlü, 27368 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verildiğinden, bu konuda yeni bir başvurunun yapılabilmesi için kararın Resmî Gazete'de

yayımlandığı 6.10.2009 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Yine aynı şekilde, 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek daha önce iptal isteminde bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek 4.7.2013 günlü ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararıyla reddedilmiş ve bu karar, 2.8.2013 günlü, 28726 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verildiğinden, bu konuda yeni bir başvurunun yapılabilmesi için kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 2.8.2013 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Açıklanan nedenlerle;

A- 1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

2- 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (2) numaralı fıkrasının,

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- 5237 sayılı Kanun'un 5759 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkraya ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

C- 5237 sayılı Kanun'un 300. maddesinin (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 kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kural uyarınca bayrak yanında bayrak özelliğinde olan ve egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işareti aşağılama fiilinin cezalandırıldığı ancak bu hususun açık ve bilinebilir bir içerikte olmaması nedeniyle belirsizlik oluşturulduğu ve böylece hukuk devleti ilkesiyle çelişildiği, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinde, Devlete ve Devletin egemenlik yetkisini kullanan organlarına yönelik suç için öngörülen yaptırımın üst sınırının iki yıl olmasına rağmen Devletin egemenlik alameti olan bayrağı veya bayrak özelliklerini taşıyan işaretlerinin, Devletin egemenlik yetkisini kullanan organlarından daha üstün tutularak daha ağır yaptırım öngörülmesinin korunan değerler açısından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, itiraz konusu kuraldaki suçun hukuki konusu ile aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen *"İstiklal Marşını alenen aşağılama"* suçunun hukuki konusunun eşit ve aynı önemde bulunmasına rağmen (1) numaralı fıkrada daha ağır bir yaptırım öngörülmesinin Anayasa'nın 14. maddesine aykırı olduğu, itiraz konusu kuraldaki belirsizlik, orantısızlık ve ölçüsüzlüğün hakkın özüne dokunduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 11., 13., 14., 25., 26. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, Anayasa'da belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında da bu hükmün uygulanacağı hususu düzenlenmektedir. Buna göre kuralda, Anayasa'da belirlenen beyaz ay-yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaretin aşağılanması, Türk Bayrağının aşağılanması ile eşdeğerde sayılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen 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 devletinin temel ilkelerinden biri de *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bu ilke gereği birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların 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.

Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun *"açıkça"* suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara dair 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 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.

İtiraz konusu kuralda suçun kapsamı ve sınırları belirlenmiş olup kanun koyucu Türk Bayrağı'nın *"egemenlik alameti"* niteliğinden dolayı, Türk Bayrağı'ndan başka beyaz ay-yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan her türlü işareti de egemenlik alameti sayarak himaye etmiştir. Ancak bu işaretin Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılması ve beyaz ay-yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıması gerekmektedir. Kuralda yer alan ve belirsizliğe yol açtığı iddia edilen *"her türlü işaret"* ibaresi belli ölçüde soyut olmakla birlikte, bu kavramın beyaz ay-yıldızlı al bayrak özelliğini ve devletin egemenlik alameti olma niteliklerini birlikte taşıması gerektiği açıktır. Bu unsurları birlikte taşıyan *"her türlü işaret"*in kanun

koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesindeki güçlük göz ardı edilemez. Bu nedenle itiraz konusu kuraldaki ibare belirtilen unsurlar doğrultusunda uygulamada somutlaştırılacaktır.

Öte yandan 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.

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 hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece suçun temel şeklini esas alarak ve suçun temel şekli için öngörülen ceza miktarlarını suçun nitelikli halleri ile kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil, o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.

5237 sayılı Kanun'un 300. ve 301. maddeleri, Kanun'un *"Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar"* başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 5237 sayılı Kanun'un 301. maddesinde düzenlenen *"Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama"* suçu için öngörülen ceza ile itiraz konusu kuralda *"Devletin egemenlik alametlerini aşağılama"* suçu için öngörülen cezayı karşılaştırarak, bu hususun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüş ise de, başvuru kararında karşılaştırılan suçlar birlikte incelendiğinde, korunan hukuki yarar ve unsurlarındaki benzerliklere karşın, suçların nitelikleri, unsurları, cezaları, türleri, cezanın ağırlaştırıcı nedenleri yönünden tümüyle farklı oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda, farklı olan bu suçların karşılaştırılmaları mümkün olmadığından eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 25. maddesinde herkesin, düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu, her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. 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 milli 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.

Ölçülülük ilkesi, *"elverişlilik"*, *"gereklilik"* ve *"orantılılık"* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *"Elverişlilik"*, getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *"gereklilik"*, getirilen kuralın, ulaşılmak istenen

amaç bakımından gerekli olmasını ve *"orantılılık"* ise getirilen kural ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.

İtiraz konusu kuralda bayrak ve bayrak özelliğinde olan ve egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işareti aşağılama fiili cezalandırılmakta olupmilli hisleri rencide eden hareketlerin önlenmesi amaçlanmaktadır. İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerindeki hakların gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara bağlamadığı dolayısıyla bu hakların özüne dokunmadığı, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, kamu düzeninin ve milli güvenliğin korunmasının gereği olarak, zorunlu bir sosyal ihtiyaçtan kaynaklandığı ve ülkenin milli birlik ve bütünlüğü gibi meşru bir amaç taşıdığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, kanunla ve Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen özel sınırlandırma nedenine bağlı kalınarak kamu düzeninin sağlanması amacıyla demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında ifade özgürlüğüne bir sınırlandırma getirildiği, kuralda öngörülen cezanın da suçla korunan hukuki yarar dikkate alındığında orantılı olduğu, ölçülülük ilkesine aykırı bir durumun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 13., 25. ve 26. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 11., 14. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 300. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Özgürlük insanlara duymak istemedikleri şeyleri söyleyebilmektir.

George Orwell

Eğer nefret ettiklerimizin düşünce özgürlüğüne inanmıyorsak, düşünce özgürlüğüne hiç inanmıyoruz demektir.

Noam Chomsky

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 300. maddesinin (1) numaralı fıkrası, "*Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu hüküm, Anayasada belirlenen beyaz ay yıldızlı al bayrak özelliklerini taşıyan ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik alameti olarak kullanılan her türlü işaret hakkında uygulanır*", hükmünü içermektedir.

Dava konusu kuralın, "…*veya sair surette alenen aşağılayan*…" ve "… *her türlü işaret*…", ibareleri açısından Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesiyle bu karşı oy kaleme alınmıştır.

Anayasa'nın 26. maddesinde, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma*

hakkına sahiptir", düzenlemesi yer almaktadır. Bu hak mutlak olmayıp, maddenin ikinci fıkrasından belirtilen gerekçelerle sınırlandırılabilir. Buna ek olarak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sistemini düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. 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 demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesi ifadenin "başka yollarla" belirtilmesinin mümkün olduğunu çok açık bir şekilde kabul etmektedir. Dolayısıyla düşüncenin, şok ve rahatsız edici ve alışılmadık biçimlerde topluma ve diğer kişilere alenen iletilebileceğinin anayasal açıdan mümkün olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Kuralda yer alan yırtmak ve yakmak fiilleri de bu bağlamda düşüncenin ifadesi ve aktarılmasının simgesel biçimleri olarak görülebilir. Bununla birlikte, bayrak gibi bir simgenin yırtılması ve yakılması ile başka şekillerde alenen aşağılanması, mesela asılı bir bayrağın yere indirilmesi veya atılması şeklinde saygısızlık gösterilmesi arasında önemli bir fark vardır. Yırtmak ve yakmak bayrağın fiziksel bütünlüğünün yok edilerek, temsil ettiği değerlerin ve bu değerlerle kendisini özdeşleştirenlerin hiçleştirilmesi anlamına gelir. Buna karşılık bayrağın fiziksel bütünlüğünü yok etmeden ona yönelik saygısızlıklar ve ağır eleştiriler düşünce ve ifade özgürlüğü korumasından yararlanmalıdır. Davaya konu olan somut olayda, bir piyade er hakkında, "bayrağı, böyle askerliği, böyle vatanı sinkaf edeyim…" gibi sözler söylediği iddiasıyla itiraz konusu kurala dayanılarak ceza davası açılmıştır. Bu son derece ağır eleştirinin konusunun bayraktan ziyade zorunlu askerlik hizmeti olduğunu söylemek mümkündür.

Bayrak bir bez üzerindeki bazı renkler ve simgelerden ibaret fiziksel bir nesne olmanın çok ötesinde toplumu meydana getiren bireylerin büyük bir kısmı bakımından duygusal anlamlar taşıyan, başka türlü aktarılması ve ifadesi edilmesi hayli zor olan bir dizi düşünceyi ve duyguyu ifade eden ve aktaran, saygı gösterilmesi gereken çok özel bir simgedir. Bununla birlikte düşünce ve ifade özgürlüğü açısından bayrağı sevmek, yüceltmek, kutsamak, saygı göstermek ile eleştirmek, saygısızlık etmek ve kayıtsız kalmak arasında herhangi bir fark yoktur. Devlet ve toplumun büyük bir çoğunluğu bayrakla ilgili sevme, yüceltme, kutsama ve saygı gösterme düşüncesini ve davranışını tercih edebilir ama bu aykırı düşünenler ve

davrananların ceza tehdidi altında bırakılmasını gerektirmemelidir. Bayrakta dahil olmak üzere belli bir simge hakkında tek bir meşru anlam, yorum ve düşüncenin olması gerektiği anlayışı demokratik toplum düzeninin en hayati gerekliliklerinden olan düşünce özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Böyle bir toplumda kişilerin bayrağa farklı anlam yüklemeleri ve bunları çeşitli şekillerde ifade edebilmeleri gerekir. Bayrak toplumun önemli bir kesiminde özgürlüğün, bağımsızlığın, egemenliğin ve bu değerleri korumak için en ulvi fedakarlığı yaparak canlarını verenlerin kanlarını simgelerken, bazı bireyler ve gruplar için çok farklı simgeler ve anlamlar çağrıştırabilir. Bu durum bayrağa karşı bir saygısızlık şeklinde ortaya çıkabilir. Böyle bir saygısızlık 26. maddedeki düşüncenin, "başka yollarla" ifade edilmesi kapsamında düşünülmelidir. Düşünce ve ifade özgürlüğünün devletin ve toplumun çoğunluğunun düşüncelerini koruyup, onlar için kabul edilemez ve şok edici bulunan düşünceleri ve bunların çeşitli biçimlerde ifade edilişini korumaması önemli bir eksiklik olacaktır.

Egemen bağımsız bir devlet olmanın ve milli birlik ve beraberliğin en önemli simgesi olan bayrak, bunların yanı sıra toplumun kabul ettiği anayasal değerleri de simgeler. Düşünce ve ifade özgürlüğü de bu anayasal değerlerin en önemlilerinden biridir. Bayrak, kendisini söz, yazı veya başka yollarla eleştirenlerin düşünce özgürlüğünü koruyan anayasal değerleri de simgelediğinden, bayrağa yönelik eleştirel ifadeler, saygısızlıklar ve eylemler cezalandırıldığında aslında bayrağın temsil ettiği anayasal değerler de cezalandırılmış olmaktadır.

Devletin ve toplumun önemli bir kısmının uygun görmediği bir düşünceyi kişiler cezai yaptırım tehdidi olmadan kamuya açık bir şekilde ifade edebilme ve iletebilme imkanına sahip olmalıdırlar. Mevcut siyasal ve toplumsal düzenin en duyarlı olduğu hususlarda aykırı düşünceleri savunabilme, tartışabilme ve iletebilme düşünce ve ifade özgürlüğünün mihenk taşını oluşturmaktadır. Düşünce ve ifade özgürlüğünün bir işlevi de tartışmalara neden olmasıdır ve bunu sağladığı zaman amacına hizmet etmiş kabul edilebilir. Düşüncelerin serbest piyasasında farklı düşüncelerin birbirleriyle rekabet edebilmesi hangi düşüncenin hatalı olduğunu anlamamıza yardımcı olacaktır. Cezalandırma tehdidi altında olmadan farklı düşüncelerin taraftarları karşı tarafın ikna edilmesine dayanan bir rekabet içinde olmalıdırlar. Düşünceler son derece sert, haksız, acımasız ve abartılı bir şekilde ifade edilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünü demokratik bir toplumun temel değerlerinden biri olarak görmektedir. Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğünün esas anlamı şok edici veya rahatsızlık verici ifadelerin korunmasıyla ortaya çıkmaktadır.[1] Amerikan Yüksek Mahkemesi de ifade özgürlüğünün sembolik bir biçimi olarak değerlendirdiği bayrak yakılmasıyla ilgili *Texas v. Johnson* davasında, "kararımız, bayrağın en iyi şekilde yansıttığı özgürlük ve kucaklayıcılık ilkelerinin Johnson'unki gibi eleştirileri hoş görmenin gücümüzün işareti ve kaynağı olduğuna dair inancın teyididir", demekten kaçınmamıştır.[2] Yüksek Mahkeme istikrarlı bir şekilde önüne gelen bayrağa yönelik yakmayı da içeren fiziksel saldırıları ve alenen aşağılamayı Birinci Değişiklik kapsamındaki ifade özgürlüğünün sembolik biçimlerinden biri olarak değerlendirmiştir.[3] Almanya Federal Anayasa Mahkemesi de fotoğraf kolajlaması yoluyla bir askeri yemin töreni sırasında Alman bayrağının üzerine küçük abdestini yapan insanları kitap kapağı olarak basan yayıncının cezalandırılmasının Alman Anayasası'nın 5. maddesinde güvence altına alınan sanat özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.[4] Devletin bayrağı korumadaki anayasal çıkarı ile bireyin sanatsal özgürlük anayasal çıkarını karşılaştıran Mahkemeye göre bayrak temel haklar karşısında en yüksek anayasal değere sahip değildir.[5] Bunlara karşılık İsrail Yüksek Mahkemesi bayrakla ilgili saldırgan ve aşağılayıcı ifadelerin kullanılmasıyla ilgili bir davada bayrağın, "tüm İsrail halkının kolektif haysiyetini temsil etmesi nedeniyle anayasal koruma altında olduğunu" söyleyerek devletin toplum adına bayrağı korumadaki anayasal çıkarını temel haklardan üstün görmüştür.[6]

---

1 *Handyside/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 5493/72; Karar tarihi. 7 Aralık 1976; *Lingens/Avusturya* Başvuru no.9815/82, Karar tarihi. 8 Temmuz 1986; *Jersild/Danimarka* Başvuru no. 15890/89, Karar tarihi. 23 Eylül 1994.

2 Aktaran, Arslan, Zühtü (2002), "ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü" Arslan, Zühtü (der.) *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü,* Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu, s. 27.

3 Bkz. *Street v. New York* 394 U.S. 576 (1969); *Spence v. Washington*, , 414 U.S. 815 (1973); *Smith v. Gougen*, 415 U.S. 566 (1974); *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *U.S. v. Eichman* 496 U.S. 310 (1990).

4 Krudewagen, Üte (2002), Political Symbols in Two Constitutional Orders: the Flag Desecration Decisions of the United States Supreme Court and the German Federal Constitutional Court", *Arizona Journal of International and Comparative Law* 19(2), s. 694.

5 Duggal, Kabir ve Shreyas, Sridhar (2006), Reconciling Freedom of Expression and Flag Desecration: a Comparative Study", *Hanse Law Review* 2(1), s.148.

6 Wattad, Mohammed Saif-Alden (2009), "The Meaining of Wrongdoing-A Crime of Disrespecting the Flag: Grounds for Preserving 'National Unity' "? , *San Diego International Law Journal* 10, s. 61.

Hiç kuşkusuz her toplumun bayrağa atfettiği önem ve değer aynı değildir. Türk toplumunda bayrak büyük bir saygı görmekte ve bayrağa yönelik saygısızlıklar ciddi bir tepkiyle karşılaşmaktadır. Milli birlik ve beraberliği, kamu düzenini sağlamak ve korumak adına itiraz konusu kuralın, ilk bakışta, anayasaya uygun olduğu düşünülebilir. Bununla beraber, kişinin ifade özgürlüğü ile devletin kendisi ve toplum adına bayrağı koruma çıkarı arasında bir dengeleme yapmak gerekmektedir. Bayrak nesnel bir gerçeklik olmanın ötesinde bir düşünceyi temsil ettiğinden, simgelediğinden anlamı tartışmalı olabilir. Kişi kendisini devletin bir yurttaşı olarak görebilir ama milletin bir parçası olarak nitelemeyebilir. Hoşgörü sistemi olması gereken anayasal bir demokraside anayasanın tanıdığı düşünce ve ifade özgürlüğünü kullanmak isteyen kişinin düşüncelerini ve bunu aktarma biçimlerini beğenmeyen toplumsal çoğunluğun hoşgörüsüzlüğüne kurban edilmesi, bu kişinin nesneleştirilerek, araçsallaştırılarak haysiyetinin çiğnenmesi anlamına gelmektedir. Üstelik bayrağa saygısızlığın neden olduğu toplumsal zarar ile düşünce özgürlüğü yoluyla bu fiili işleyen kişinin karşılaşacağı zarar aynı değildir. Kişi özgürlüğünden, işinden mahrum olabilecek, bu şekilde haysiyeti zedelenecektir. Kişinin manevi ve entelektüel gelişimiyle kendi dünya görüşünü hiçbir endişeye mahal olmadan serbestçe ifade edebilmesi arasındaki ilişkiyi de göz önüne aldığımızda düşünce özgürlüğünün kişi bakımından önemi daha da artmaktadır.

İtiraz konusu kuralın içerik ve kapsam olarak çok geniş ve soyut olması hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı olacak şekilde kişiler açısından belirsizlik ve öngörülmezlik taşımaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kişilerin hangi fiillerinin suç teşkil ettiğinin kanunda en ufak bir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, kesin ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kuralın öngördüğü suç, bayrağı sair surette ve alenen aşağılama sayılabilecek her türlü fiil ve davranışla işlenebilir. Mesela, hezimetle sonuçlanan bir milli maç sonrasında futbolcuların formalarını aşağılayan, beyaz ay yıldızlı al bayrak rengi taşıyan atkıları yere atan bir futbol seyircisi itiraz konusu kural kapsamında soruşturma ile karşı karşıya kalabilir. Suçun manevi unsurunun oluşmadığı görülürse herhangi bir cezai yaptırımla karşılaşmaması büyük bir olasılıktır ama bunun bir garantisi yoktur. Kişi, bayrak ve egemenlik alameti taşıyan her türlü işaretle karşı karşıya geldiği her durumda kural kapsamında potansiyel olarak bir soruşturmayla yüz yüze gelebilir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle dava konusu kuralın *"…veya sair surette alenen aşağılayan…"* ve *"…her türlü işaret…",* ibareleri yönünden Anayasa'nın 2. ve 26. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Üye
Engin YILDIRIM

Esas Sayısı : 2013/148
Karar Sayısı : 2014/62
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İstanbul 6. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 617. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"...ret tarihinden başlayarak altı ay içinde…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davalı borçlunun, mirası reddetmesi üzerine, davalının alacaklıları tarafından açılan mirasın reddinin iptali davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Bu hüküm, mirasçıların alacaklılarının korunması amacıyla konulan ve mirasın reddi halinde, red tarihinden başlayarak altı ay içerisinde, reddin iptali hakkında dava açılabileceğini düzenlemektedir. Ancak, mirasın reddi halinde, mirasın reddi davası açmak için tanınan altı aylık süre, hak düşürücü süre olarak değerlendirilmektedir. Üstelik bu hak düşürücü süre, yukarıda açıklandığı üzere, red kararının kesinleştiği ya da ilan edildiği yahut da alacaklılara tebliğ edildiği tarihten değil, red beyanında bulunulan tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.06.2006 tarihli, 2-464 esas, 471 sayılı kararının incelenmesinde; itiraz süresinin red tarihinden itibaren işlemeye başlayacağı ve T.M.K.nun 617. maddesinin açık hükmü karşısında red beyanı ile davanın açıldığı gün arasında, altı aylık hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşıldığından, yerel mahkeme direnme kararının bozulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Eski M.K.nun mirasın reddini düzenleyen 557. maddesinde, mirasın reddine karşı, reddeden mirasçının alacaklılarının, üç ay içinde itiraz haklarının olduğu kabul edilmiş iken, yeni M.K.nun bunu karşılayan 617. maddesinin bu süreyi altı aya çıkarttığı ve bu sürenin hangi tarihten itibaren işlemeye başladığını düzenlediği, başlangıç tarihinide red tarihi olarak belirlediği anlaşılmaktadır.

Eski düzenleme, somut olaya göre reddin hakkaniyet ölçüleri dahilinde öğrenilmiş sayılabileceği tarihin takdirini hakime bırakmış olmakla, genel hukuk prensiplerine uygun bir sonuca ulaşılabilmesini sağlarken, yeni düzenleme "... red tarihinden itibaren başlayarak 6 ay içerisinde..." şeklinde hüküm getirerek bu imkanı ortadan kaldırmıştır.

Kanun koyucu, kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun 578. maddesindeki gibi düzenleme yaparak süreyi altı aya çıkartmıştır.

Bu değişiklikte göstermektedir ki; kanun koyucu, alacaklıların korunmasını istemiş, öngörülen süreyi artırmış, ancak, uygulamada kötü niyetli borçluya adeta prim vererek, süreyi red beyanından başlatarak, amacın gerçekleşmesine engel koymuştur.

Anayasamızın 2. maddesine göre, sosyal devlet olma ilkesinin bir gereği olarak devlet, vatandaşlarının alacaklarını tahsil etme, borçlarını ödeme yükümlülüğü bağlamında, vatandaşlarına hakkını arama konusunda imkan sağlamak, adalet hizmetlerini en iyi şekilde sunmak durumundadır.

Anayasamıza göre, vatandaş olsun olmasın herkes, yargı mercileri önünde adil yargılanma, hakkını arama ve savunma hakkına sahiptir. Yani, kanun eliyle hakkını arama konusunda mağdur duruma düşürülmemelidir. İşte alacaklı, T.M.K.nun 617. maddesi hükmü karşısında hiçbir şekilde haberi olmaksızın, borçlusu tarafından reddedilen mirasın reddine yönelik olarak, dava açma hakkına kavuşamayacaktır. Çünkü madde, altı aylık ve üstelik hak düşürücü sürenin, alacaklılara bildirilmesi ya da ilan yolunda adil yargılanmayı sağlar bir düzenleme getirmemiştir.

Üstelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. maddesi de "Adil yargılanma hakkı" başlığı altında "Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir ..." hükmünü getirmiştir.

Alacaklılar, kötü niyetli borçluları takip etme hakkını yakalayamayacaklar, T.M.K.nun 617. maddesi, başlığı ile hiçte uygun olmayan bir sonucu doğurmaya devam edecektir. Maddenin işlerliğinin sağlanması gerekir. Aksi halde, göstermelik bir madde olarak kalmaya mahkum olacaktır.

Uygulamada, red beyanının yapıldığı gün karar verildiği kabul edilse dahi, gerekçeli kararın yazılması, HMK'nun 294. maddesinin 4. fıkrası dikkate alındığında, bir ayı bulabilecektir. Mahkeme zaptında kalan bir beyanın, alacaklıları bağlaması, açıkça hak arama özgürlüğünü engellemektedir.

İ.İ.K.nun 277 ila 283. maddeleri arasında düzenlenen ve muvazaanın bir türü olarak değerlendirilecek iptal davası hükümleri incelendiğinde; 278. maddesinde "...alacaklardan en eskisinin tesis edildiği tarihe kadar geriye doğru olan müddet içinde yapılan bütün bağışlamalar ve ivazsız tasarruflar batıldır.

Ancak, bu müddet haciz veya aciz yahut iflastan evvelki iki seneyi geçmez." şeklinde düzenleme yapılmış, yine 284. maddesinde "Hak düşürücü süre" başlığı altında iptal davası hakkı, "batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmekle düşer" düzenlemesiyle borçlunun hakları korunduğu gibi alacaklının hakları da makul süreler içerisinde korunmuştur.

Nasıl ki bu düzenleme ile borçlunun üzerine kayıtlı taşınmaz ya da diğer mal varlığının İ.İ.K.nun 278 ve 279. maddeleri ile 280. maddesi çerçevesinde elden çıkarılması, iptale tabi bir tasarruf olarak değerlendirilmiş ise, mirasçıların alacaklarının korunması da en azından, aynı süre ya da benzer süreler içeren bir düzenlemeye konu olmalıdır.

Çünkü, miras kalan mirasçının gayrimenkulüne ulaşmak, adına kayıtlı taşınmaza ulaşmaktan da zor ve uzun bir süreç alacaktır.

Mirasçıların alacaklılarının korunmasında, alacaklı, makul bir süreyle korunmayı hak etmektedir. Ancak, sürenin yeterliliği tartışma konusu olsa da,

başlangıç tarihi, açıkça hak arama hürriyetini kısıtlamaktadır. Bu nedenle Anayasamızın 36. maddesine aykırıdır.

Bu nedenlerle T.M.K.nun 617. maddesinin "...red tarihinden itibaren başlayarak 6 ay içerisinde..." hükmünün Anayasamızın "Cumhuriyetin nitelikleri" başlıklı 2. ve "Hakların korunması ile ilgili hükümler" başlıklı 36. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali için, 52. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, davanın aynı madde gereğince Anayasa Mahkemesince bu konuda karar verilinceye kadar geri bırakılmasına karar verilmesi gerekmiştir.

SONUÇ VE İSTEM : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

T.M.K.nun "Mirasçıların alacaklılarının korunması" başlıklı 617. maddesinde yer alan "...red tarihinden itibaren başlayarak 6 ay içerisinde..." hükmünün Anayasa'nın 2. maddesi ve 36. maddesine aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesi arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 617. maddesi şöyledir:

*"**VII. Mirasçıların alacaklılarının korunması***

***Madde 617-** Malvarlığı borcuna yetmeyen mirasçı, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddederse; alacaklıları veya iflâs idaresi, kendilerine yeterli bir güvence verilmediği takdirde, **ret tarihinden başlayarak altı ay içinde** reddin iptali hakkında dava açabilirler.*

Reddin iptaline karar verilirse, miras resmen tasfiye edilir.

Bu suretle tasfiye edilen mirastan reddeden mirasçının payına bir şey düşerse bundan, önce itiraz eden alacaklıların, daha sonra diğer alacaklıların alacakları ödenir. Arta kalan değerler ise, ret geçerli olsa idi bundan yararlanacak olan mirasçılara verilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, 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 11.12.2013 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 yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda düzenlenen hak düşürücü sürenin ret kararının kesinleştiği veya ilan edildiği ya da alacaklılara tebliğ edildiği tarihten değil, ret beyanında bulunulduğu tarihten itibaren işlemeye başladığı, alacaklıları koruma amacı taşıyan itiraz konusu kuraldaki sürenin makul olmadığı ve sürenin başlangıcının ret tarihi olarak belirlenmesinin hak arama hürriyetini kısıtladığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

İtiraz konusu kuralda, alacaklılarına zarar vermek amacıyla mirası reddeden mirasçının alacaklılarına reddin iptali davasını açabilme hakkı tanınmış olup bu davanın mirasın reddinden itibaren altı ay içinde

açılabileceği düzenlenmiştir. Bu süre, hak düşürücü süre olduğundan, Kanun'un belirlediği sürede dava açılmaması hâlinde dava açma hakkı sona erecek, dava açılması durumunda ise davaya bakan hâkim bu süreyi kendiliğinden göz önünde bulundurarak davanın reddine karar verecektir.

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 hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. 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 Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

Anayasa'nın 13. maddesine göre ise temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine

ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

Hak arama özgürlüğü demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan, hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir.

İtiraz konusu kuralda öngörülen dava açma süresi, yargılama usulüne ilişkin olup bu süreyi belirleyip belirlememe yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak koşuluyla kanun koyucunun takdirindedir. Ancak, kanun koyucu, mirasın reddinin iptali davasında dava açma süresine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise getirilen kural ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Kuralla getirilen süre sınırlaması, bir mirasçının şahsi durumu yüzünden hakların uzun süre askıda kalmasının önlenmesini ve terekenin bir an önce hak sahiplerine ulaşmasını amaçlamaktadır.

İtiraz konusu kuralda, mirasın reddinin iptali davası açabilmek için alacaklılara altı aylık süre sınırlaması getirilmekle birlikte, "*ret tarihi*" bu sürenin başlangıcı olarak belirlenmiştir. İtiraz konusu kuralda düzenlenen "*ret tarihi*" mirası ret beyanının sulh hâkimine ulaştığı tarih olup 4721 sayılı Kanun'un sistemi, reddin alacaklılar tarafından derhal öğrenilebilmesine imkân tanımaktadır. Zira, mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesine yöneltilen ret beyanı hâkim tarafından tutanakla tespit edilerek, ret özel kütüğüne tescil edilecektir. Mirasçının alacaklıları, mirasın reddedilip reddedilmediğini mirasbırakanın yerleşim yeri sulh mahkemesi nezdinde yapacakları girişim ile öğrenme imkânına her zaman sahiptirler. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralda belirlenen altı aylık süre, alacaklıların mirasın reddedilip reddedilmediğini, reddedilmiş ise borçlu mirasçı tarafından

yeterli güvence verilip verilmediğini araştırabilmeleri ve dava açma haklarını kullanabilmeleri için ölçülü olduğu gibi, reddin iptali davasının süresinin başlangıcının ret tarihi olarak belirlenmesi, borçlu dışındaki diğer mirasçıların terekeye bir an önce kavuşmasını ve uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeye, reddeden mirasçının alacaklılarının korunması sağlamaya elverişli olup, itiraz konusu kuralın, hukuk devleti ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 617. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"...ret tarihinden başlayarak altı ay içinde..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/101
Karar Sayısı : 2014/63
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 9. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Hazine Avukatı olarak görev yapan davacının, geçmişte sigortalı avukat olarak çalıştığı sürenin kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi üzerine açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"…

1- İTİRAZ KONUSU FIKRA ANAYASA'NIN 10. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet

organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık yapılmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

İtiraz konusu fıkrada, "Avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4 ü memuriyette geçmiş sayılarak bu sürelerin her yılı bir kademe ilerlemesine ve her üç yıl bir derece yükselmesine esas olacak şeklinde değerlendirilir." hükmü yer almıştır. Bu madde hükmünden memuriyetten önce yapılan avukatlığın, kademe ilerlemesine ve derece yükselmesine esas alınabilmesi için "serbest olarak yapılması" gerektiği anlaşılmaktadır.

Nitekim; uygulamada; idare tarafından memuriyetten önce yapılan avukatlığın kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine esas alınabilmesi için avukatlığın serbest olarak yapılması gerektiği ileri sürüldüğü gibi, Danıştay'ın istikrar kazanan içtihatlarında da bu şekilde değerlendirilmiştir. (Örneğin; Ankara 1. İdare Mahkemesi, avukatlığın serbest olarak yapılması gerektiği bunun için ise avukatlık mesleğinin herhangi bir kurum veya şahsa bağlı olarak değil de kendi vergi numarasıyla icra edilmesi gerektiğinden bahisle 19.07.2011 tarih ve E:2011/694, K:2011/1420 sayılı kararıyla davayı reddetmiş, yapılan temyiz incelemesi sonucunda dava Danıştay 5. Dairesi tarafından 08.03.2013 tarih ve E:2012/402, K:2013/1752 sayılı karar ile üç'e iki oy çokluğuyla onanmıştır.)

Buna göre; Avukatlık Kanununun 1. maddesine göre "Avukatlık kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. Avukat, yargının kurucu unsurlarından biri olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder" aynı Kanunun 'Avukatlıkla Birleşebilen İşler' başlıklı 12. maddesinde; "Avukatın özel hukuk tüzel kişilerinin hukuk müşavirliği ve sürekli avukatlığı ile bir avukat yazıhanesinde ücret karşılığı avukatlık yapabileceği" belirtilmiştir. Yani avukat ücret karşılığında sigortalı olarak bir özel hukuk tüzel kişisinin avukatlığını sürekli üstlenebilecektir.

Mesleğini kendi nam ve hesabına yürüten avukat ile ücret karşılığında bir özel hukuk tüzel kişisinin sürekli avukatlığını üslenen avukat arasında avukatlık mesleğine kabul, staj, baroya yazılma, hak ve ödevleri, tabi olduğu disiplin hükümleri gibi hiçbir alanda fark bulunmamakta ayrıca bu hizmetin hizmet akdi, istisna akdi veya vekalet akdiyle görülmesi hizmetin niteliğini değiştirmemektedir. Dolayısıyla aynı konumda olan yaptığı hizmet bakımından aynı hak ve yükümlülüklere sahip olan ve bu hizmeti sigortalı olarak ücret karşılığında yapmış olan memurun bu hizmetinin kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde esas alınmaması kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Kanunun anılan maddesinde eksik düzenleme sözkonusudur ki bu eksik düzenleme ise eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında eksik düzenleme nedeniyle ilgili yasa hükümlerinin iptali yoluna gitmiştir. Örneğin, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 6. maddesine göre adli veya askeri hakimlik yahut savcılıklarına atanmış olanlar noterlik stajına tabi tutulmuyorlardı. Bir itiraz başvurusu sonucunda Anayasa Mahkemesi adli ve askeri yargı hakim ve savcıları noterlik stajına tabi tutulmazken idari yargı hakim ve savcılarının noterlik stajına tabi tutulmaları ile ilgili yasa kuralını incelemiş ve iptal etmiştir. (Any. Mah.nin 12.11.2002 tarih ve 2001/252, K.2002/152)

Eksik düzenleme niteliğinde olup eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilen diğer bir kural, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun EK-5. maddesinin 1. fıkrasının IV numaralı bendinde yer alan "azotlu gübre ve şeker sanayinde" çalışanların 90 gün itibari hizmet süresinden yararlanmaları hükmüdür. Anayasa Mahkemesi, iptal kararının gerekçesinde itiraz konusu yasa kuralının ağır riskli ve sağlığa zararlı işlerde çalışan kişilere itibari hizmet süresinden yararlanmak amacıyla kabul edilmiş olduğu oysa bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi dalında da bu nitelikte işlerin mevcudiyetinin görülebileceği bu durumda itibari hizmet süresinden yararlanabilecekler belirlenirken yapılan işin niteliğinin dikkate alınmasının böylece hangi iş kolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesinin Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin gereği olduğu dolayısıyla aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tabi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olacağı sonucuna varılmıştır. (Any. Mah.nin 04.10.2006 tarih, E:2002/157, K: 2006/97)

2- İTİRAZ KONUSU FIKRA ANAYASA'NIN 2. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Hukuk devleti; insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve davranışlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına hakim kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Tanımda görüldüğü üzere "her alanda adaletli bir düzen kurup bunu geliştirerek sürdürmek" hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

İtiraz konusu fıkrada, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin memurluktan önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4 nün memuriyette geçmiş sayılarak kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirmeye esas alınması ancak aynı hizmeti sigortalı olarak yapıp daha sonra 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin avukatlıkta geçirdikleri sürelerin, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesinde değerlendirilmesine ilişkin düzenleme yapılmaması ve bu kişilerin aynı haktan yararlandırılmaması; gereklerinden biri "her alanda adaletli bir düzen kurup bunu geliştirerek sürdürmek olan" hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Ayrıca Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen yasa önünde eşitlik ilkesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin bir unsurudur. Yasa önünde eşitlik ilkesi aynı durumda bulunan herkesin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Ancak bu ilke mutlak değildir ve haklı nedenlerin bulunması durumunda farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir. Farklı uygulamanın haklı olabilmesi için ise amaçla ilgili olması, makul ve adil olması gerekmektedir. Oysa söz konusu düzenlemede farklılığı haklı kılan bir neden bulunmamaktadır. Bu ise hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin o dava sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısını gösteren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurması gerektiğini düzenleyen 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince 657 sayılı Devlet Memurlar Kanunu'nun 36/C fıkrasının 3. bendinin Anayasa'nın 10. maddesi ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olması kanaatiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ve dosyadaki belgelerin onaylı birer örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, davanın Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar bekletilmesine, 16.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının itiraz konusu (3) numaralı bendi şöyledir:

"***Avukatlık hizmetleri sınıfına girenlerin memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkla geçirdikleri sürelerin 3/4 ü memuriyette geçmiş sayılarak, bu sürelerin her yılı bir kademe ilerlemesine ve her üç yılı bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilir.***"

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

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 25.9.2013 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 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.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendinin tamamının iptalini istemiştir.

İtiraza konu kural, on ayrı memuriyet sınıfından biri olan avukatlık hizmetleri sınıfında bulunan bir kadroda memuriyete başlayacak olanların, memur olmadan önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4'ünün memurlukta geçmiş gibi değerlendirilmesi suretiyle söz konusu sürenin kazanılmış hak aylık derecesinde dikkate alınmasını düzenlemektedir.

Başvuran Mahkemedeki davanın konusu ise avukatlık hizmetinin ne şekilde yerine getirildiği ile ilgilidir. Kuralda yalnızca "*serbest*" avukatlıkta geçen hizmet sürelerinin değerlendirmeye alınacağı belirlenmiş olup bu şekilde bir çalışmanın vekâlet veya istisna akdi ile olabileceği, bunun dışında iş akdine dayalı olarak bir işverene tabi çalışanlar için "*serbest*" avukatlık şartının oluşmayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla mesleğini serbest olarak ifa eden avukatlar dışında, örneğin iş akdine dayalı olarak bir işverenin yanında sigortalı olarak çalışan avukatlar, kuralın getirmiş olduğu düzenlemeden faydalanamamaktadır.

Bu nedenle, Kanun'un 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendine ilişkin esas incelemenin, bendde yer alan "…*serbest*…" sözcüğü ile sınırlı olarak yapılmasına karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, avukatlığın kanun ile kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak düzenlendiği, mesleğini kendi nam ve hesabına yürüten avukatlar ile ücret karşılığında bir özel hukuk kişisinin sürekli avukatlığını üstlenen avukatlar arasında mesleğe kabul, staj, baroya kaydolma, hak ve ödevler ve disiplin hükümleri bakımından bir fark bulunmadığı, memuriyete girmeden önce serbest olarak görev yapan avukatlara, mesleğini farklı şekilde icra eden avukatlara tanınmayan bir hakkın verilmesinin hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkeleri ile bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural, memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukat olarak görev yapmış olanların daha sonra avukatlık hizmetleri sınıfında bir memuriyete girmeleri halinde, serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4'ünün memuriyette geçmiş sayılarak, bu sürelerin her yılının bir kademe ilerlemesine ve her üç yılının ise bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirileceğini düzenlemektedir.

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.

Avukatlık mesleğinin nitelikleri ve önemi, bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı, kamu yararını koruduğu, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun genel gerekçesinde belirtilmiştir. 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. Bu yönüyle avukatın, hukuk devletinin yargı düzeni içindeki yeri özellik taşımaktadır.

Avukatlık hizmetinin kendi nam ve hesabına serbest olarak yerine getirilmesi ile iş akdi düzenlenerek ücret karşılığında bir işverene bağlı olarak yerine getirilmesi arasında avukatlık hizmetinin niteliği açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Önemli olan yürütülen hizmetin niteliği olup her iki durumda da yürütülen hizmet avukatlık hizmetidir. Mesleğin icra ediliş şeklindeki farklılık, yürütülen hizmetin aynı olması karşısında, tek başına o meslek için tanımlanmış olan hak ve yükümlülükler üzerinde ayrıcalıklı muamelede bulunulmasını gerektirmez.

Buna göre memuriyete girmeden önce mesleğini serbest olarak icra eden avukatlarla, bir işverene iş akdi ile bağlı olarak görevini yerine getiren avukatlar arasında bir ayrım yapılmak suretiyle, eski hizmetlerin, memuriyet kazanılmış hak aylık derecesinde değerlendirilmeye alınmasını sadece serbest avukatlara tanıyan itiraz konusu kural ile adil ve makul olmayan bir ayrıcalık tanınmıştır. Zira serbest avukatlar ile mesleğini diğer şekilde yerine getiren avukatlar arasında; mesleğe kabul, staj, baroya kaydolma, hak ve ödevler ve disiplin hükümleri bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin *"Ortak Hükümler"* bölümünün (C) fıkrasının;

A- (3) numaralı bendine ilişkin esas incelemenin, bendde yer alan *"…serbest…"* sözcüğü ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

B- (3) numaralı bendinde yer alan *"…serbest…"* sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemece 657 sayılı Kanun'un 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (C) fıkrasının 3 numaralı bendinin iptali talep edilmiş; yapılan ilk inceleme sonunda işin esasına geçilmiş, ancak esas incelemede, incelemenin bentte yer alan "…serbest…" kelimesi ile sınırlı olarak yapılmasına karar verilerek, bu kelimenin iptali yoluna gidilmiştir. Davanın somutunda, iptali istenen kuralın bir başına Anayasa'ya aykırılığı söz konusu değildir ve esasen böyle bir iddia da yoktur. İptal istemi, ilgililerin memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin 3/4'ünün memuriyetten sayılmaları yolundaki kuralın, her ne suretle olursa olsun (şirket avukatlığı, kurum avukatlığı vb.) bunun dışındaki avukatlık hizmetlerine de teşmil edilmesi, yani "uygulama alanının genişletilmesi" amacıyla yapılmış ve çoğunlukça da bu istem "eşitlik" ilkesi yönünden haklı görülerek, kuralın iptaline karar verilmiştir. Diğer bir deyişle, sırf uygulama alanının genişletilmesi amacıyla,

özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen ve bir atıfet mahiyetinde olup yasa koyucunun takdir alanı içerisinde bulunan bir düzenleme iptal edilmiştir. Yeni gelmişken hemen ifade etmek gerekir ki, 657 sayılı Kanun'un 36. maddesinde, memuriyet öncesi geçirilen kimi hizmetler belli koşullarla, sadece birkaç memuriyet hizmet sınıfı için öngörülmüştür. (Avukatlık hizmetleri sınıf, teknik hizmetler sınıfı, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfı ile basın kartına sahip olarak memurluğa geçenler ve özel okullarda öğretmenlik ve yöneticilik yaptıktan sonra Milli Eğitim Bakanlığı emrinde memuriyete girenler.) Oysa, anılan 36. maddede, sayılanlar dışında altı memuriyet hizmet sınıfı daha mevcuttur ve bu sınıflar yönünden "önceki hizmetlerin memuriyetten sayılması" gibi bir atıfet öngörülmemiştir ve elbette bu husus tamamen yasa koyucunun takdir hakkı içerisindedir.

Çoğunluk kararının dayalı olduğu "eşitlik" gerekçesinin inceleme konusu kural bakımından uygulama alanının olmadığını değerlendirmekteyim. Çünkü sonuçta iptalin açık nedeni, yasadaki "düzenleme eksikliği" (eksik düzenleme)'dir. Oysa Anayasa Mahkemesinin birçok kararında, anayasanın öngördüğü ve düzenlenmesini istediği hususlar dışında, yasadaki düzenleme eksikliğinin o Yasa'nın iptalini gerektirmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, hazine avukatlarına verilen yol tazminatının öteki kamu kurumu avukatlarına verilmemesiyle ilgili davada "...Özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kuralın, uygulamanın genişletilmesi amacıyla iptali isteminde bulunulamaz..." yönündeki gerekçeyle, söz konusu eksik düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. (Any.Mah.nin 24.11.1987 tarih ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı kararı, AMKD sayı:23, s.427) Anayasa Mahkemesinin saptayabildiğimiz aynı konudaki benzer kararları şunlardır:

- 11.3.2008 tarih ve E.2013/49, K.2008/76 sayılı karar. (R.G. 28.5.2008)

- 20.3.2008 tarih ve E.2006/44, K.2008/81 sayılı karar. (R.G. 28.5.2008)

- 12.6.2008 tarih ve E.2004/103, K.2008/121 sayılı karar.

- 22.12.2011 tarih ve E.2010/97, K.2011/173 sayılı karar. (R.G. 14.2.2012)

- 22.2.2012 tarih ve E.2011/114, K.2012/28 sayılı karar. (R.G. 21.7.2012)

- 24.5.2012 tarih ve E.2011/81, K.2012/78 sayılı karar. (R.G. 13.10.2012)

Davanın somutunda, ortada eşitlik ilkesinin uygulaması bakımından, durumları özdeş olan iki kategori kişi/kişiler söz konusu değildir. Serbest avukatlık icra eden kişilerle bir başkası yanında hizmet akdiyle veya sigortalı olarak istihdam edilmek suretiyle avukatlık yapan kişilerin hukuki konumları özdeş (aynı) sayılamaz. Yasa koyucu "memuriyetten sayılma" bakımından bir atıfet getirirken, "serbest avukatlık icrasını" tercih ederek, takdir yetkisini bu doğrultuda kullanmış ve diğer surette avukatlıkta geçen süreler bakımından böyle bir atıfeti gerekli görmemiştir. Yukarıda işaret edildiği üzere, diğer altı memuriyet hizmet sınıfı yönünden ise hiçbir surette "memuriyetten sayma" atıfeti öngörmemiştir. Bu bakımdan, henüz yasa koyucunun atıfet imkânı tanımadığı "serbest avukatlık dışındaki avukatlık hizmetlerinin", serbest avukatlık hizmeti ile kıyaslanarak, bu iki farklı avukat grubunun aralarında eşitsizlik olduğu yolunda ulaşılan sonuca katılmak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz isteminde bulunulan kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığından, iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımdan; çoğunluğun kuralın iptaline dair aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

657 sayılı Kanunun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendinde yer alan "…serbest…" sözcüğünün Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Kararda, memurluktan önce veya memurluktan ayrılarak serbest avukat olarak çalışanların daha sonra avukatlık hizmetleri sınıfında memuriyete girmeleri hâlinde serbest avukatlıkta geçirdikleri sürelerin dörtte üçünün memuriyette geçmiş sayılarak kademe ve derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilmesine ilişkin mezkûr hükümle, memuriyet dışında mesleğini serbest olarak icra eden avukatlarla bir işverene iş akdi ile bağlı olarak yerine getiren avukatlar arasında bir ayrım yapılmak suretiyle, serbest avukatlara adil ve makul olmayan bir ayrıcalık tanındığı ve bunun eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

1- Kararda da belirtildiği üzere, eşitlik ilkesi hukukî durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı statüde bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamaktır. Aynı hukukî durumlar aynı, ayrı hukukî durumlar farklı kurallara tâbi tutulduğunda Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş sayılmayacağı tartışmasızdır.

Kararda, serbest avukatlar ile mesleğini başka şekilde yerine getiren avukatlar arasında, avukatlık hizmetinin niteliği açısından bir farklılık olmadığı gibi mesleğe kabul, staj, baroya kaydolma, hak ve ödevler ve disiplin hükümleri bakımından da bir fark bulunmadığı belirtilmekte ise de, serbest avukatlarla bunların dışındaki avukatların hukukî durumlarının aynı olduğu söylenemez.

Hukukî durumlarının aynı olup olmadığının belirlenmesi bakımından, kararda belirtilen "mesleğe kabul, staj, baroya kaydolma, hak ve ödevler ve disiplin hükümleri" yanında serbest avukatlarla bir işverene bağlı olarak çalışan avukatların mesleklerini hangi akdî ilişkilere dayalı olarak yürüttüklerinin ve hangi mükellefiyetler altında bulunduklarının da dikkate alınması gerekir.

Anayasa Mahkemesi de, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda özlük hakları ve yaptıkları iş bakımından aralarında önemli farklar öngörülmemesine rağmen Hazine avukatları ile diğer kamu avukatlarının aynı hukukî durumda olmadıklarını belirterek, kamu kuruluşlarında görev yapan avukatlardan sadece Hazine avukatlarına "yol tazminatı" ödenmesine ilişkin düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır (24/11/1987 tarihli ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı Karar). Kararda, işlevlerindeki benzerliğe rağmen, bu iki avukat grubunun üstlendikleri sorumluluğun özellik ve nitelikleri gözönünde tutulduğunda iptali istenen hükmün eşitlik ilkesi ile çelişen ve çatışan bir yanının görülmediği belirtilmiştir.

Memuriyete girmeden önce veya memurluktan ayrılarak mesleğini serbest olarak icra eden avukatlarla bir işverene iş akdi ile bağlı olarak yerine getiren avukatların mesleklerini yürütürken tâbi oldukları akdî ilişkiler yanında üstlendikleri sorumluluğun da, yukarıda belirtilen kararda işaret edildiği üzere farklı olduğu dikkate alındığında, bunların her yönden aynı hukukî durumda olmadıkları ve itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmadığı açıktır.

2- İtiraz konusu kuralda serbest avukatlara tanınan bir hakkın mesleğini başka şekilde yerine getiren avukatlara da tanınmamış olması sebebiyle Anayasaya aykırılık itirazında bulunulmasının temelini eksik yasal düzenleme oluşturmaktadır.

Kanun koyucunun bir konuyu düzenlerken, benzer durumlardaki bazı kişileri düzenleme kapsamına almamasının ve bunlar arasında farklı uygulamalara sebep olabilecek bir düzenleme eksikliği bırakmasının veya isterse getirebileceği bir kuralı getirmemesinin iptal nedeni sayılamayacağı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, bu hususlar kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir (24/11/1987 tarihli ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı Karar; 18/1/1989 tarihli ve E.1988/3, K.1989/4 sayılı Karar). Buna göre, özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptal isteminde bulunulamayacağı gibi aynı meslek mensupları arasında farklı uygulamaya sebep olduğu ileri sürülen eksik düzenlemenin, hükmü iptal ederek değil, diğerlerine de aynı hakkı tanıyan yasama tasarruflarıyla düzeltilmesi Anayasaya uygun olacaktır. Anayasa Mahkemesi, eksik düzenleme sonucunda eşitlik ilkesine aykırılık oluşması hâlinde kuralı Anayasaya aykırı bulmakta ise de, yukarıda açıklandığı gibi itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm tesis edemeyeceği belirtilmektedir.

İtiraz konusu sözcüğün iptali, anılan kural ile getirilen imkânın, yasama organının öngördüğü şartları taşımayanlara da tanınması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, düzenlemenin kapsamı kanun koyucunun öngörmediği ölçüde ve yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde genişletilmiş olmaktadır.

Bu sebeplerle, iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/127
Karar Sayısı : 2014/64
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Konya 2. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…aynı düzey ve sıfattaki…"* ibaresinin Anayasa'nın 5. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından, iş akdinden kaynaklanan ödenmeyen işçilik alacaklarının davalıdan tahsili, işe girerken alınan boş teminat senedinin iadesi ve iptali ile davalıya borçlu olmadığının tespitine karar verilmesi talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"...

Davaların mevzuunun aynı olması, birisi hakkında verilecek kararın diğerinin esasını etkilemesinin kaçınılmaz olacağı, dayanak tapu ve vergi kayıtlarının sıhhatli bir şekilde uygulamasının yapılıp daha sağlıklı bir sonuca ulaşılabilmesi ve ayrıca davaların en kısa zamanda ve en az masrafla sonuçlandırılması gerekeceği hususları gözönünde bulundurularak Usulün 45 ve 3402 sayılı Yasa'nın 27. maddeleri uyarınca davaların birleştirilerek yargılamanın sürdürülmesi ve ona göre karar verilmesinin zorunluluğu açıktır." şeklindeki Yargıtay kararında da açıkça ifade

edildiği şekliyle davalar arasında bağlantı olması durumunda birlikte görülmesinde zorunluluk vardır.

Somut olayda ve benzer nitelikte konuları itibariyle farklı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinin görevine giren ancak aralarında irtibat bulunan davalarda; tarafları, ayrı mahkemelerdeki davaları ayrı ayrı takip etme zorunda bırakmak, davaların birleştirilmesi yoluyla daha kısa sürede ve daha az masrafla bitirilmesini önleyici 6100 sayılı Hukuku Muhakemeleri Kanununun 1 nci fıkrasındaki "aynı düzey ve sıfattaki" hükmü, Anayasanın Devletin Temel Amaç ve Görevlerini düzenleyen 5 nci maddesi ve Hak Arama Hürriyetini düzenleyen 36 ncı madde hükmüne aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Davacının senet kefili olan kardeşi ile birlikte senedin iptali talebiyle Asliye Hukuk Mahkemesine ikame edip Mahkemenin görevsizlik kararı ile Asliye Ticaret Mahkemesine gönderilip halen derdest olan davada davacıların isbat vasıtaları ile iş sözleşmesinden kaynaklanan boş teminat senedi verildiğine ilişkin davalı işverene karşı mahkememizde görülen isbat vasıtaları davacı aleyhine farklılıklar göstermektedir. Davacı iş yargılamasından kaynaklanan isbat kolaylıklarına sahipken, kanundan kaynaklanan birleştirme yasağı nedeniyle bu isbat vasıtalarını Asliye Ticaret Mahkemesindeki yargılamada kullanamayacaktır. Asliye Ticaret Mahkemesinde senet lehtarı olan davalı ...'e karşı açılan davada red kararı verilmesi durumunda veya kabul kararı verilmesi durumunda bu kararların mahkememizde derdest dosyaya etkisi ne olacaktır. Kanundaki düzenleme ile davacının davayı uyuşmazlığın asıl konusu olan işçi-işveren platformunda tartışması imkanı elinden alınmış olmaktadır.

Başka üzerinde durulması gereken husus; davacının davalı …'ü de davalı olarak göstererek iş mahkemesinde dava açması durumunda davalılar arasındaki ihtiyari dava arkadaşlığı nedeniyle dava o haliyle görülüp sonuçlandırılabilecekken, sıfatı başka olan mahkemede aynı kişi hakkında açılan davanın yasal engel nedeniyle diğer dava ile birlikte görülememesi hususudur.

1086 sayılı Kanunun davaların birleştirilmesine ilişkin 45 nci maddesinde zaman içinde yapılan değişikliklerde hak aramayı kolaylaştırma ve çabuklaştırma amaçlı değişiklikler yapılmışsa da iptali istenen kısıtlama ile bundan geri adım atılmıştır. Maddenin hükümet gerekçesinde bu kısıtlamaya ilişkin gerekçe belirtilmezken, aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerden anlaşılması gereken açıklanmıştır. Doktrinde kısıtlamaya gerekçe olarak aynı düzey ve sıfatta olmayan mahkemelerde farklı

yargılama usullerinin uygulanması gösterilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun yargılama usullerinde sadeleştirmeye giderek yazılı ve basit usulü benimsemesi karşısında bu gerekçenin geçerliliği yoktur. Birleştirmenin mümkün olması durumunda birleştirme kararı verilen mahkemede cari yargılama usulünün uygulanmasına bir engel olmadığı gibi aynı zamanda kanundan kaynaklanan bir zorunluluktur.

İptaline ilişkin itiraz olunan kısıtlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 nci maddesinde düzenlenen Adil Yargılanma Hakkına aykırı olduğu da düşünülebilir. Sözleşme kapsamında kişinin hak aramasını sağlayacak tedbirlerin alınması ve engellerin kaldırılması gerekir. Mahkemeye başvurma hakkına getirilecek sınırlama meşru amaç gütmeli, hakkın özünü zedeleyecek şekilde olmamalı ve orantılı olmalıdır. Somut olay ve düzenleme açısından yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere davacının davasını tüm yönleriyle mahkeme önüne getirmesi engellenmektedir. Bu yönüyle mahkemenin tam bir yargı yetkisinin kısıtlandığı söylenebilir.

HÜKÜM : Gerekçesi yukarıda detaylı şekilde açıklanan nedenlerle;

6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Usulü Kanununun 166 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "aynı düzey ve sıfattaki" hükmünün Anayasa'nın 5 ve 36 ncı maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,... karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 166. maddesi şöyledir:

*"**Davaların birleştirilmesi***

MADDE 166- *(1) Aynı yargı çevresinde yer alan **aynı düzey ve sıfattaki** hukuk mahkemelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda, davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Birleştirme kararı, ikinci davanın açıldığı mahkemece verilir ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar.*

(2) Davalar, ayrı yargı çevrelerinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış ise bağlantı sebebiyle birleştirme ikinci davanın açıldığı mahkemeden talep edilebilir. Birinci davanın açıldığı mahkeme, talebin kabulü ile davaların birleştirilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren, bununla bağlıdır.

(3) Birleştirme kararı, derhâl ilk davanın açıldığı mahkemeye bildirilir.

(4) Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır.

(5) İstinaf incelemesi ayrı dairelerde yapılması gereken davaların da bu madde hükmüne göre birleştirilmesine karar verilebilir. Bu hâlde istinaf incelemesi, birleştirilen davalarda uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait kararı inceleyen bölge adliye mahkemesi dairesinde yapılır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 5. ve 36. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 141. ve 142. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince 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 11.12.2013 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 ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, davaların, aynı düzey ve sıfatta olmayan mahkemelerde birleştirilebilmesi suretiyle daha kısa sürede ve daha az masrafla bitirilmesi ve tüm yönleriyle mahkeme önüne getirilmesini engellediği belirtilen kuralın, Anayasa'nın 5. 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 141. ve 142. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralla, aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesinin, mahkemelerin aynı düzey ve sıfatta olması hâlinde olabileceği öngörülmektedir. Aynı düzey ve aynı sıfattaki mahkemelerden anlaşılması gereken ise maddenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi her iki davanın da görüldüğü mahkemenin, örneğin asliye hukuk mahkemesi veya sulh hukuk mahkemesi yahut iş mahkemesi ya da aile mahkemesi olmasıdır.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 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.*" denilmektedir.

Anayasa'nın 141. maddesinde, *"Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir."* denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği ifade edilmiştir.

Anayasanın 142. maddesinde ise *"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. Bu bağlamda getirilen usul kurallarının, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen *"adil yargılanma hakkı"*nın öngördüğü güvencelere aykırılık taşımaması bir zorunluluktur.

Kanun, hukuk mahkemelerinde uygulanacak yargılama usullerini düzenlemektedir. Kanun'un 166. maddesinde düzenlenen davaların

birleştirilmesi müessesesi, hukuk davalarında, ayrı ayrı açılmış davalar arasında maddede gösterilen anlamda bir bağlantı bulunması hâlinde, bu davaların birleştirilmesi suretiyle daha az giderle ve daha süratli bir şekilde görülmesini sağlamak amacıyla kabul edilen bir usul hukuku müessesesidir.

İtiraz konusu kuralla, hukuk mahkemelerinde açılan ve aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilebilmeleri için bir koşul getirilmiş ve bu davaların görüldüğü mahkemelerin aynı düzey ve sıfatta olması gerektiği öngörülmüştür. Kanun koyucu itiraz konusu kuralda, davaların birleştirilmesi açısından davaların niteliğini ve buna bağlı olarak mahkemelerin görev alanını esas almış, farklı nitelikteki ve buna bağlı olarak farklı mahkemelerin görev alanına giren davaların birleştirilmesini uygun görmemiştir. Aynı nitelikte olan ve aynı mahkemenin görev alanına giren davaların birleştirilmesi, birleştirme kurumunun takip ettiği amaca ve usul ekonomisine daha uygundur. Zira farklı nitelikteki, buna bağlı olarak farklı mahkemelerin görev alanına giren davaların birleştirilmesi, bu davalarda uygulanacak yargılama usulünün de bazı hâllerde farklı olması nedeniyle güçlükler yaratacak, davaların birleştirilmesiyle takip edilen amaca uygun olmayan sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Bu bağlamda söz konusu güçlükleri gidermeye yönelik itiraz konusu kuralın usul ekonomisine aykırı olduğu söylenemez. Öte yandan, davaların birleştirilmesine yönelik bir belirleme yapan itiraz konusu kuralda tarafların davasını tüm yönleriyle mahkeme önüne getirmesine engel bir durum da yoktur. Dolayısıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, davaların birleştirilmesi hakkında esasa etkili olmayan bir usul hükmü niteliğindeki itiraz konusu kuralda Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 36., 141. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 5. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...aynı düzey ve sıfattaki..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2014/5
Karar Sayısı : 2014/65
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin (1) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan *"…ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar."* ibaresinin Anayasa'nın 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından, adına tescil ettirdiği markanın davalılar tarafından kullanımının durdurulması, tecavüzün önlenmesi ve tazminat talebiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İstanbul 3 Nolu Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinin 2013/132 Esas sayılı dava dosyasında, belirtilen davanın, Mahkememizin iş bu dava dosyası ile bağlantılı olduğu gerekçesiyle birleştirme kararı verilmiş ve dosya Mahkememize gönderilmiştir.

6100 sayılı HMK'nın 166/1. maddesinin son cümlesi gereği bu karar Mahkememizi bağlayıcı bir niteliğe sahiptir. Buna göre birleştirme kararını veren Mahkemenin değerlendirmesi hatalı olsa bile, birleştirilen dosyanın görüldüğü

Mahkemenin bu davaya bakması zorunludur. Zira HMK'nın 167. maddesi gereğince tefrik kararı verilse bile davaya bakmaya devam edecektir.

Birleştirme kararının hatalı olması durumunda yasa yolu da fiilen kapalıdır. Zira HMK'nun 168. maddesi gereğince birleştirme kararları ancak hüküm ile birlikte temyiz edilebilir ve bu durumda dahi birleştirme kararının hatalı olması tek başına hükmün kaldırılması veya bozma sebebi teşkil etmemektedir.

Bu durumda birleştirme kararı veren Mahkemenin iradesi aynı düzeydeki bir başka Mahkemenin önüne geçmekte ve gerekmediği halde birleştirme kararı verilse bile dosyalar kendisinde birleştirilen Mahkemenin bu yanlış birleştirme kararına karşı hiçbir değerlendirme hakkı bulunmamaktadır.

Birleştirme kararının diğer Mahkemeyi bağlaması Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesinde yer alan Hak Arama Hürriyeti'ne aykırıdır. Zira davası birleştirilen davacı ve davalı taraflar da bu birleştirme kararına karşı hiçbir başvuru hakkına sahip değildir ve bu durum adil yargılama hakkı ile çelişmektedir.

6100 sayılı Yasanın 166/1. maddesinde yer alan "ve bu karar diğer mahkemeyi bağlar" ibaresi Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesine de aykırıdır. Zira aynı düzeydeki bir mahkeme kararı, diğerinden üstün tutulmakta ve bunun "etkin denetimi" dahi yapılmamaktadır.

Açıklanan gerekçe ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152. maddesi ile 6216 sayılı Yasanın 40. maddesi gereğince 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 166/1. maddesinde yer alan "ve bu karar diğer mahkemeyi bağlar" ibaresinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 36. maddesi ile 138. maddesine aykırı olduğundan, iptali konusunda Yüksek Mahkemenizin takdiri ve gereği arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 166. maddesi şöyledir:

"Davaların birleştirilmesi

MADDE 166- *(1) Aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalar, aralarında bağlantı bulunması durumunda,*

davanın her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir. Birleştirme kararı, ikinci davanın açıldığı mahkemece verilir ***ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar.***

(2) Davalar, ayrı yargı çevrelerinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış ise bağlantı sebebiyle birleştirme ikinci davanın açıldığı mahkemeden talep edilebilir. Birinci davanın açıldığı mahkeme, talebin kabulü ile davaların birleştirilmesine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren, bununla bağlıdır.

(3) Birleştirme kararı, derhâl ilk davanın açıldığı mahkemeye bildirilir.

(4) Davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması durumunda, bağlantı var sayılır.

(5) İstinaf incelemesi ayrı dairelerde yapılması gereken davaların da bu madde hükmüne göre birleştirilmesine karar verilebilir. Bu hâlde istinaf incelemesi, birleştirilen davalarda uyuşmazlığı doğuran asıl hukuki ilişkiye ait kararı inceleyen bölge adliye mahkemesi dairesinde yapılır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 36. ve 138. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 141. ve 142. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 29.1.2014 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 ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, aralarında bağlantı bulunan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalarda, ikinci davanın açıldığı mahkeme tarafından verilen birleştirme kararıyla birinci davanın açıldığı mahkemenin bağlı olduğu ve bu karara karşı başvuru hakkının olmadığı bu nedenle bir mahkeme kararının diğerinden üstün tutulduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 36. ve 138. 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 141. ve 142. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralla, aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalarda, ikinci mahkeme tarafından verilen birleştirme kararının, davanın gönderildiği birinci mahkemeyi bağlayacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* denilmektedir.

Anayasa'nın 138. maddesinde, hâkimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri belirtildikten sonra, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 141. maddesiyle yargıya, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi verilmiş; 142. maddesiyle de mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin kanun ile düzenlenmesi öngörülmüş, usul kanunlarının Anayasa'ya

uygun olmak koşulu ile düzenlenmesi hususu kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bu bağlamda kanun koyucu, kamu yararı amacıyla kararların özelliklerine göre farklı kanun yolları öngörebilir yahut bazı kararlar için de hiçbir kanun yolu öngörmeyebilir. Zira Anayasa'da tüm mahkeme kararlarıyla ilgili mutlaka bir kanun yolunun öngörülmesine ilişkin hükme yer verilmemiştir.

Kanun, hukuk mahkemelerinde uygulanacak yargılama usullerini düzenlemektedir. Kanun'un 166. maddesinde düzenlenen davaların birleştirilmesi müessesesi, hukuk davalarında, ayrı ayrı açılmış davalar arasında maddede gösterilen anlamda bir bağlantı bulunması hâlinde, bu davaların birleştirilmesini öngören bir usul hukuku müessesesidir. İtiraz konusu kural ise aynı yargı çevresinde yer alan aynı düzey ve sıfattaki hukuk mahkemelerinde açılmış davalarda verilen birleştirme kararlarının, davanın gönderildiği birinci mahkemeyi bağlayacağını öngörmektedir. Kişiler arasındaki uyuşmazlıkların daha kısa süre içinde kesin bir şekilde çözümlenmesi, usul ekonomisi bakımından önemli olduğu gibi davanın taraflarını davaların uzaması nedeniyle oluşabilecek mağduriyetlere karşı korumak bakımından da önemlidir. Kanun koyucunun, itiraz konusu kuralla, uyuşmazlığın esasına ilişkin olmayan birleştirme kararlarının ilk davaya bakan mahkemeyi bağlayacağı kabul edilerek davaların görülmesi ve sonuçlandırılmasının hızlandırılmasını amaçladığı açıktır. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, davaların hızlı bir şekilde görülmesi ve sonuçlandırılması için kamu yararı amacıyla kabul edilen itiraz konusu kuralda Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan, itiraz konusu kural davanın esasına ilişkin olmayan bir usul hukuku düzenlemesidir. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralın, hâkimlerin görevlerini bağımsız olarak yürütmelerini, uyuşmazlığın esası hakkında Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermelerini engelleyen bir yönü bulunmadığı gibi yargı yetkisinin kullanılması bakımından mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilmesine yol açan bir yönü de yoktur.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 36., 138., 141. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin (1) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan *"…ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/128
Karar Sayısı : 2014/66
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :

1- Yahyalı Sulh Ceza Mahkemesi (E.2013/128)
2- Adıyaman 2. Sulh Ceza Mahkemesi (E.2014/10)

İTİRAZLARIN KONUSU : 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 340. maddesiyle değiştirilen ek 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Kooperatif genel kurulunu olağan toplantıya çağırmamak suçundan açılan kamu davalarında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZ BAŞVURULARININ GEREKÇELERİ

1- E.2013/128 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Yahyalı Cumhuriyet Başsavcılığınca sanıklar hakkında 1969 tarihli 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun cezai sorumluluk başlıklı ek 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kooperatif genel kurul toplantısını yapmadıkları gerekçesiyle cezalandırılmaları için iddianame düzenlenmiştir. Kooperatifin tanımı Kooperatifler Kanununun 1. maddesinde yapılmıştır. Buna göre; tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet

suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli ortaklıklara kooperatif denir. Kooperatiflerin kuruluşu ise aynı Kanunun 2. ve 3. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun kooperatiflerin kurulması için her kurum ve kuruluşun kurulmasında olduğu gibi belli şartlar aramaktadır. Kanunun izin verme, tescil ve ilan başlıklı 3. maddesinde kooperatifin kuruluşuna Ticaret Bakanlığının izin vereceği belirtilmiştir. Kanunda belirtildiği gibi kooperatiflerin amacı karşılıklı yardım ve dayanışmadır. Ve kuruluşu için çok nitelikli şartlar aranmamaktadır. Kanun bu yardımlaşmaya yasal dayanak olmakta fakat vatandaşın kooperatifler aracılığıyla mağdur olmaması için genel kurul toplantısının yapılmamasını suç olarak kabul etmiştir.

Toplumun geneli için tehlike arz eden bir durumun bir zarar tehlikesi aranmaksızın suç olarak düzenlenmesiyle ihdas edilen suçlara soyut tehlike suçları denir. Bu suçta bir soyut tehlike suçudur. Yani suçun oluşması için bir tehlikenin meydana gelmesi gerekmez. Genel kurul toplantısının yapılmaması nedeniyle kooperatifin ekonomik geleceğinin tehlikeye girebileceği bununda üyelerin mağduriyetine neden olabileceği düşünülerek kanun koyucu tarafından bu suç ihdas edilmiştir. Vatandaşın kendi isteğiyle üye olduğu kendi isteğiyle kurduğu bu kuruluşlar için genel kurulun yapılmaması suç olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucu vatandaşın kendi isteğiyle kurup üye olduğu kuruluşun genel kurulunun yapılmamasını bile suç olarak düzenleyerek aşırı korumacı bir anlayış sergilemektedir. Bu anlayış hukuk mantığından uzaktır. Vatandaşa bir imkan tanımakta kooperatif kuruluşuna izin vermekte fakat paranoyak bir anlayışla en ufak tehlikeyi suç kabul etmektedir. Toplum için tehlike arz eden durum elbette ki tehlikenin ağırlığına göre suç olarak düzenlenebilecektir, fakat burada sınır iyi belirlenmelidir. Çok tehlikeli durumlara izin verilmesi toplumun tehlikeli insan ve eylemlere karşı korunamamasına neden olur. Fakat basit nitelikte her eylemin suç olması da topluma zarar verir. Bunun sınırı asli kurucu iktidarı bile bağlayan hukuk normu olan toplumun sosyal yapısına ve ayrıca modern hukuk sistemlerine göre belirlenmelidir. Kanun koyucumuz her tehlikeli durumu suç ihdas ederek vatandaşı koruyacağını sanmaktadır. Aşırı korama içgüdüsüyle her şeye yasak getiren her hukuka aykırılığı suç kabul eden anlayış toplumu ancak geriye götürür.

Somut olayda kooperatife üye olmak vatandaşın isteğine bağlıdır bu nedenle toplumun geneli için bir tehlike söz konusu değildir. Kooperatife üye olan kişi bunun arzettiği riski bilmelidir. Ona göre kendi haklarını da korumayı düşünmelidir. Vatandaşın her hakkını devlet koruyamaz zaten bu uygunda değildir. Çünkü vatandaşın bilinçlenmesini engeller. Tabi bunun değerlendirmesi kanun koyucuya

ait olmakla birlikte hukukçuya düşen görevlerde vardır. Hukukçu kanunu aynen uygulayan kişi olursa iyi bir memur olur fakat hukukun gelişmesine hiçbir katkı yapamaz adil karar verdim diyemez hukukçu özellikle toplumun sosyal yapısından bağımsız olamaz.

Somut olaya gelince söz konusu kanun kişilerin mağduriyetini engellemek amacıyla kooperatif genel kurul toplantısının yapılmamasını suç kabul etmektedir. Kişilerin mağduriyetini önleme amacı olan bu Kanunun mağdur ettiği kişi sayısı mağduriyetini önlediği kişi sayısından fazladır. Çünkü genel kurulun yapılmaması nedeniyle oluşan ciddi bir tehlike yoktur. Dolandırıcılık evrakta sahtecilik bunlar zaten suçtur. Bu suçlar oluşacak olursa bunlara teşebbüs edenler zaten cezalandırılacaklardır. Fakat hiçbir suç katı bulunmayan insanlar bu suç nedeniyle cezalandırılmaktadır ki sanıklardan bu suçtan sabıkası olanlarda vardır.

Türk kanun koyucusunun genel özelliğidir hukuk mantığından uzak olarak fayda ve zararını toplumdaki etkilerini düşünmeden genel nitelikte ve aşırı yasaklayıcı anlayışla suç ihdas etmek. Türk kanun uygulayıcıları da kanunu hukuk mantığı ile incelemeden hukuk süzgecinden geçirmeden uygulamaktadırlar. Kısacası ülkemizde şekli bir hukukçuluk vardır şekli şartlar olursa kişiler cezalandırılmaktadır. Bu ise hem hukukun hem toplumun gelişmesinin önüne geçmektedir.

Somut olaya uygulanacak olan Kooperatifler Kanununun ek 2. maddesinin 2. fıkrası Genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri altı aya kadar hapis ve otuz günden üçyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar şeklindedir. Kanun sadece yönetim kurulunun üyelerinin cezalandırılacağını belirtmektedir. Fakat aynı Kanunun çağrıya yetkisi olanlar başlıklı 43. maddesi Yönetim kurulu veya ana sözleşme ile bu hususta yetkili kılınan diğer bir organ ve gerektiğinde denetçiler kurulu, ortağı olduğu üst birlik ve tasfiye memurları genel kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahiptirler. Ancak genel kurul yukarıda belirtildiği şekilde toplanamadığı takdirde ilgili bakanlık genel kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahiptir. Şeklindedir. Yani Kanun gerektiğinde denetçiler kuruluna da yetki vermektedir. Yönetim kurulu üyeleri toplantıya çağırmadığında cezalandırılmakta denetim kurulu toplantıya çağırmadığında cezalandırılmamaktadır. Buda eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca ilgili bakanlığı da toplantıya çağırma yetkisi vermiştir. Bu yollar denenmeksizin yapılan tespitle yönetim kurulu toplanmadı diyerek ilgili bakanlık ilçe tarım müdürlüğü tarafından suç duyurusunda bulunulmuştur. İlgili maddenin son cümlesi ancak genel kurul yukarıda belirtildiği şekilde toplanamadığı takdirde ilgili bakanlık genel

kurulu toplantıya çağırma yetkisine sahiptir şeklindedir. Toplum için genel kurul toplantısının yapılmaması suç olarak kabul edilecek kadar tehlike arz ediyorsa neden ilgili bakanlık genel kurulu toplantıya çağırma yetkisini kullanmamaktadır da suç duyurusunda bulunmaktadır. Bu uygulama kişilere çok şekli bir anlayışla ceza verilmesine neden olmaktadır. Bilindiği gibi ceza hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır ve kişinin cezalandırılması için bir suç kastının bulunması gerekir. Burada sanıklarda suç kastının bulunmadığı gibi TCK.nun 30. maddesinin 4. fıkrası anlamında haksızlık yanılgısı da söz konusudur.

Hiçbir istatistiksel araştırma yapmamış olsakta kanaatimizce bu Kanunun mağdur ettiği kişi sayısı mağduriyetini önlediği kişi sayısından fazladır ve gene tahmin edilmektedir ki Türkiye Cumhuriyeti devletinde bunun gibi pek çok kanun vardır. Fakat hukuk devleti olma yolunda ilerleyeceksek bu kanunların hukuk süzgecinden geçirilmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun elbette ki takdir yetkisi vardır fakat kanun koyucunun bu yetkisi hukuk ve adalete uygun olmak zorundadır. Zira adalet devletin kuruluş amacıdır. Adalet amaç devlet araçtır. Amaç olan adalet araç olan devletin takdir yetkisine bırakılarak heba edilemez. Kanunlar ne kadar hukuk süzgecinden geçirilerek uygulanırsa o kadar hukuk devleti olunur, yoksa yasama meclisince yasa yapılıp ceza ihdas edilerek buna göre ceza verilince devlet hukuk devleti olmaz kanun devleti olur. Kanunsuz suç ve ceza verilmemiş, fakat hukuksuz suç ve ceza verilmiş olur.

Bütün bu kanaat ve düşüncelerle Kanunun Anayasaya uygunluğunu denetleme yetki vicdani kanaat ve sorumluluğu Anayasa Mahkemesinde olduğundan mahkememizce aşağıdaki şekilde ara karar verilmiştir.

KARAR:

Somut olayda sanıklar hakkında uygulanacak olan 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu ek 2/2 maddesinin Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varıldığından Yasanın Anayasaya uygun olup olmadığının incelenmesi için dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

Bu nedenle duruşmanın 11/02/2013 günü saat: 09:00'a bırakılmasına karar verildi."

2- E.2014/10 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"…

İddia, sanık savunmaları ve tüm dosya kapsamı incelendiğinde;

Bilindiği üzere derdest davamıza konu olup sanıkların yönetim kurulu üyeleri oldukları ve bir özel hukuk tüzel kişisi olan kooperatifler ekonomik ve ticari hayatın işleyişinde sağladığı bir takım kolaylıklar nedeniyle en küçük yerel idari birimlerde ikamet eden kişilerce en önemsiz görülen yakın mesafeler arası yolcu taşıma faaliyeti gibi faaliyetlerde dahi sıklıkla rastlanan ticari şirketlerdir. Anayasal varlığını ise 48. maddede düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetinden ve yine kooperatifçiliğin geliştirilmesi başlıklı 171. maddesinden almaktadırlar. Bu şirketlerin kuruluş, işleyiş ve faaliyet alanlarını düzenleyen 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu Ek 2/2. maddesinde "Genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri ile 2 nci maddenin dördüncü fıkrasına, 8 inci maddenin ikinci fıkrasına, 16 ncı maddenin birinci fıkrasına, 66 ncı maddenin ikinci fıkrasına ve 90 ıncı maddenin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden kooperatif ve üst kuruluşlarının yönetim kurulu üyeleri altı aya kadar hapis ve otuz günden üçyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar." hükmü yer almaktadır.

Öte yandan Anayasamızın 13 üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine riayet edileceği düzenlenmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 3 üncü maddesinde düzenlenen yaptırımların orantılı olması ve ceza hukukunun son çare olma özelliği (ikincillik ilkesi) bu anayasal ilkenin bir yansımasıdır. Buna göre, cezai yaptırım uygulanarak yaptırımın üzerinde uygulandığı eylem ya da faaliyetin belli bir yöne kanalize edilmesiyle elde edilebilecek yarar ceza ile muhatabının uğraması muhtemel zarar arasında bir oranın bulunması gerekmektedir. Ceza hukukunun ve bu hukuğun içerdiği hapis cezası ya da adli para cezası gibi kişinin adli sicil kaydına işleyecek ve ileri safhada TCK.nun 53. maddesi bağlamında bir takım hak yoksunluklarına neden olarak kişinin icra etmekte olduğu faaliyet konusunun da sekteye uğramasına neden olabilecek cezai yaptırımların son aşamada ve artık başvurulması kaçınılmaz olduğu zamanlarda devreye girmelidir. Buna göre, sadece hukukî veya idarî yaptırımların yetersiz olduğu durumlarda adlî nitelikteki cezalar verilmelidir.

Modern suç ve ceza teorilerinin kabul ettiği önemli ilkelerinden biri de "ekonomik suça ekonomik ceza, sportif suça sportif ceza verilmesi"dir. Buna göre,

derdest davamızda olduğu üzre, kooperatif olağan genel kurulunu süresi dahilinde toplantıya çağırmamak gibi salt şekilsel bir aykırılık içeren, özünde ve bünyesinde ahlaki yönden de kınanabilir veya başkaca suç tiplerine vücut verebilir bir nitelik bulunmayan böylesi ekonomik/ticari nitelikteki suçların yaptırımlarının da faaliyet alanlarının ilgili olduğu şekilde ekonomik ya da ticari yahut idari yaptırımlar şeklinde olmalıdır. Aksi uygulamalar ise ekonomik ve ticari hayatın ve bu hayata can veren, işler kılan müteşebbislerin girişim kabiliyet ve isteklerinin ciddi şekilde sarsılmasına veya sona ermesine neden olmaktadır.

Sonuç olarak 1163 sayılı Kooperatifler Yasası'nın Ek 2/2. maddesinin Anayasamızın 2. maddesinde düzenlenen toplumsal ve ekonomik hayatın gereklerini dikkate alması gerekir. Demokratik hukuk devleti ilkesine, 13. maddesinde yer bulan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken özlerine dokunmama, demokratik toplum düzeninin ve ölçülülük ilkesinin ruhuna aykırı olmama ilkelerine ve Anayasamızın 48/2. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olduğu kanaatiyle dosyamızın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve dosyamızın Anayasa Mahkemesinden dönüşüne kadar yargılamanın durmasına dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

HÜKÜM : Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

Bilindiği üzere derdest davamıza konu olup sanıkların yönetim kurulu üyeleri oldukları ve bir özel hukuk tüzel kişisi olan kooperatifler ekonomik ve ticari hayatın işleyişinde sağladığı bir takım kolaylıklar nedeniyle en küçük yerel idari birimlerde ikamet eden kişilerce en önemsiz görülen yakın mesafeler arası yolcu taşıma faaliyeti gibi faaliyetlerde dahi sıklıkla rastlanan ticari şirketlerdir. Anayasal varlığını ise 48. maddede düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetinden ve yine kooperatifçiliğin geliştirilmesi başlıklı 171. maddesinden almaktadırlar. Bu şirketlerin kuruluş, işleyiş ve faaliyet alanlarını düzenleyen 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu Ek 2/2. maddesinde "Genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri ile 2 nci maddenin dördüncü fıkrasına, 8 inci maddenin ikinci fıkrasına, 16 ncı maddenin birinci fıkrasına, 66 ncı maddenin ikinci fıkrasına ve 90 ıncı maddenin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden kooperatif ve üst kuruluşlarının yönetim kurulu üyeleri altı aya kadar hapis ve otuz günden üçyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar." hükmü yer almaktadır.

Öte yandan Anayasamızın 13 üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine riayet edileceği düzenlenmiştir. 5237 sayılı

Türk Ceza Kanununun 3 üncü maddesinde düzenlenen yaptırımların orantılı olması ve ceza hukukunun son çare olma özelliği (ikincillik ilkesi) bu anayasal ilkenin bir yansımasıdır. Buna göre, cezai yaptırım uygulanarak yaptırımın üzerinde uygulandığı eylem ya da faaliyetin belli bir yöne kanalize edilmesiyle elde edilebilecek yarar ceza ile muhatabının uğraması muhtemel zarar arasında bir oranın bulunması gerekmektedir. Ceza hukukunun ve bu hukuğun içerdiği hapis cezası ya da adli para cezası gibi kişinin adli sicil kaydına işleyecek ve ileri safhada TCK.nun 53. maddesi bağlamında bir takım hak yoksunluklarına neden olarak kişinin icra etmekte olduğu faaliyet konusunun da sekteye uğramasına neden olabilecek cezai yaptırımların son aşamada ve artık başvurulması kaçınılmaz olduğu zaman devreye girmelidir. Buna göre, sadece hukukî veya idarî yaptırımların yeterli olduğu durumlarda adlî nitelikteki cezalar verilmemelidir.

Modern suç ve ceza teorilerinin kabul ettiği önemli ilkelerinden biri de "ekonomik suça ekonomik ceza, sportif suça sportif ceza verilmesi"dir. Buna göre, derdest davamızda olduğu üzre, kooperatif olağan genel kurulunu süresi dahilinde toplantıya çağırmamak gibi salt şekilsel bir aykırılık içeren, özünde ve bünyesinde ahlaki yönden de kınanabilir veya başkaca suç tiplerine vücut verebilir bir nitelik bulunmayan böylesi ekonomik/ticari nitelikteki suçların yaptırımlarının da faaliyet alanlarının ilgili olduğu şekilde ekonomik ya da ticari yahut idari yaptırımlar şeklinde olmalıdır. Aksi uygulamalar ise ekonomik ve ticari hayatın ve bu hayata can veren, işler kılan müteşebbislerin girişim kabiliyet ve isteklerinin ciddi şekilde sarsılmasına veya sona ermesine neden olmaktadır.

Sonuç olarak 1163 sayılı Kooperatifler Yasası'nın Ek 2/2. maddesinin Anayasamızın 2. maddesinde düzenlenen toplumsal ve ekonomik hayatın gereklerini dikkate alması gerekir. Demokratik hukuk devleti ilkesine, 13. maddesinde yer bulan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında gözetilmesi gereken özlerine dokunmama, demokratik toplum düzeninin ve ölçülülük ilkesinin ruhuna aykırı olmama ilkelerine, Anayasamızın 48/2. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı olduğu kanaatiyle dosyamızın kül halinde onaylı ve okunaklı örnek dosya hazırlandıktan ve Uyap ortamına aktarımı tamamlandıktan sonra Anayasaya aykırılık iddiasını değerlendirmek ve nihai olarak karara bağlamak üzere ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMEK ÜZERE YARGILAMANIN DOSYANIN ANAYASA MAHKEMESİNDEN DÖNÜŞÜNE KADAR DURMASINA,

Dosyanın Anayasaya aykırılık iddiasını karara bağlamak üzere Anayasa Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

Yargılama gideri ve sair hususların bilahare değerlendirilmesine,

Dair, sanıkların yokluklarında gerekçeli kararın tebliğ tarihinden 7 GÜN içerisinde Adıyaman Nöbetçi Asliye Ceza Mahkemesine İTİRAZ yolu açık olmak üzere verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren ek 2. maddesi şöyledir:

"***Ek Madde 2-*** *(Ek: 6/10/1988 - 3476/26 md.; Değişik: 23/1/2008-5728/340 md.)*

1. 8 inci maddenin üçüncü fıkrasına, 16 ncı maddenin beşinci fıkrasına, 56 ncı maddenin altıncı fıkrasına, 59 uncu maddenin dördüncü, altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralarına ve 90 ıncı maddenin beşinci fıkrasına aykırı hareket eden kooperatif ve üst kuruluşlarının yönetim kurulu üyeleri ve memurları üç aydan iki yıla kadar hapis ve elli günden beşyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar.

2. Genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri ile 2 nci maddenin dördüncü fıkrasına, 8 inci maddenin ikinci fıkrasına, 16 ncı maddenin birinci fıkrasına, 66 ncı maddenin ikinci fıkrasına ve 90 ıncı maddenin üçüncü fıkrasına aykırı hareket eden kooperatif ve üst kuruluşlarının yönetim kurulu üyeleri altı aya kadar hapis ve otuz günden üçyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar.

3. 56 ncı maddenin ikinci ve dördüncü fıkralarına, 66 ve 67 nci maddeye aykırı hareket eden kooperatif ve üst kuruluşlarının denetim kurulu üyeleri bir aydan altı aya kadar hapis ve otuz günden üçyüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılırlar.

İlgili bakanlık, kooperatifler ve üst kuruluşlarının yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile memurları hakkında görevlerine ilişkin olarak işledikleri suçlardan dolayı açılan kamu davalarına katılma talebinde bulunabilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca E.2013/128 sayılı dosyanın 11.12.2013, E.2014/10 sayılı dosyanın ise 29.1.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

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.

İtiraz yoluna başvuran mahkemeler, Kanun'un ek 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının tamamının iptalini talep etmişlerdir.

Kanun'un ek 2. maddesinin (2) numaralı fıkrası, kooperatif yönetim kurulu üyelerinin genel kurulu olağan toplantıya çağırmamaları durumu ile Kanun'un 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, 66. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ve 90. maddesinin (3) numaralı fıkrasında kendilerine yüklenen diğer görevleri yerine getirmemeleriyle ilgili olarak ceza sorumluluklarını düzenlemektedir. Başvuran mahkemelerin baktıkları davalar, bu görevlerden biri olan genel kurulun zamanında toplantıya çağrılmamasıyla ilgilidir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralda geçen *"2 nci maddenin dördüncü fıkrasına, 8 inci maddenin ikinci fıkrasına, 16 ncı maddenin birinci fıkrasına, 66 ncı maddenin ikinci fıkrasına ve 90 ıncı maddenin üçüncü fıkrasına"* aykırı hareket edildiği iddiası ile açılmış bir kamu davası bulunmamaktadır. Bu nedenlerle esasa ilişkin incelemenin kuralda yer alan *"Genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri ile…"* ibaresiyle sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle;

A- 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 340. maddesiyle değiştirilen ek 2. maddenin (2) numaralı fıkrasının esasının incelenmesine,

B- Esasa ilişkin incelemenin fıkrada yer alan *"Genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri ile…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 340. maddesiyle değiştirilen ek 2. maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"Genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri ile…"* ibaresinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2014/10 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2013/128 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, E.2014/10 sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2013/128 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 29.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları 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 kararlarında, *"genel kurulun toplantıya çağrılmaması"* sonucunda oluşabilecek sorunların, hukuki ya da idari nitelikteki önlemlerle giderilebileceği, buna rağmen söz konusu eylemin ceza yaptırımına bağlanmasının ekonomik ve toplumsal hayatın gerekleriyle örtüşmediği, bu türlü bir yaklaşımın toplumsal yaşama zarar vereceği, başka önlemler kullanılarak elde edilebilecek olumlu sonuçlar varken hapis ve adli para cezası içeren yaptırımların uygulanmasının ölçülü olmadığı, ekonomik ya da ticari nitelikteki bu eylemin hapis cezasıyla yaptırım altına alınmasının Devletin ekonomik ve ticari hayatın gelişmesiyle ilgili gerekli önlemleri

alma yükümlülüğüyle bağdaşmadığı, kooperatif genel kurulunu toplantıya çağırma konusunda yönetim kuruluna ve gerekli durumlarda denetim kuruluna yetki verildiği, buna karşın toplantıya çağrı yapmayan denetim kurulu üyelerine ceza verilmezken itiraz konusu kuralla yönetim kurulu üyelerinin cezalandırılacağının öngörülmesinin eşitlik ilkesiyle de çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla kooperatiflerde her yıl en az bir kez yapılması zorunlu olan olağan genel kurul toplantısına çağrı yapmayan yönetim kurulu üyelerinin altı aya kadar hapis ve otuz günden üç yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacakları 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 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 kimlerin hangi eylemlerinin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Genel kurul toplantıları, kooperatiflerin varlığını sürdürebilmesi ve yönetim kurulunun denetiminin sağlanabilmesi açısından büyük öneme sahiptir. Kooperatifler çoğunlukla düşük ve orta gelir düzeyine sahip kişilerin, karşılıklı güven temelinde bir araya gelerek kurdukları ortaklıklardır. Kanun koyucu belirli gelir düzeyine sahip olan kooperatif üyelerinin mali menfaatlerinin kötü niyetli davranışlarla ihlâl edilmesini önlemek adına, yönetim kuruluna genel kurulu yılda en az bir kez toplantıya çağırma görevi vermiştir. Bu şekilde kooperatifin amacına uygun yönetilip yönetilmediğinin ve kooperatifin malvarlığı üzerindeki tasarrufların usule uygun biçimde

yapılıp yapılmadığının, genel kurulu oluşturan üyeler tarafından etkin biçimde denetlenmesine olanak tanınmak istenmiştir. Kanun koyucunun kooperatiflerde güven ilkesinin zedelenmesini önlemek ve ortakların mali menfaatlerini korumak üzere, genel kurulu yılda bir kez olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri hakkında hapis ve adli para cezası içeren yaptırım öngörmesi takdir yetkisi kapsamında olup kuralın hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 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.

Kanun'da, yönetim kurulu ve denetim kurulu arasında bir astlık ya da üstlük ilişkisine yer verilmemiştir. Ancak bu durum iki organın birbirine eşit olduğu anlamına gelmemektedir. Kooperatiflere özgü işbölümü esaslarına göre her iki organa farklı işlev ve statüler tanınmıştır. Bu durumuyla her iki organın birbiriyle eşit değil, birbirini tamamlayıcı statüde olduklarını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla farklı hukuksal konumda bulunan kişiler hakkında farklı kuralların uygulanmasını öngören itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 340. maddesiyle değiştirilen ek 2. maddesinin

(2) numaralı fıkrasında yer alan *"Genel kurulu olağan toplantıya çağırmayan yönetim kurulu üyeleri ile…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/158
Karar Sayısı : 2014/68
Karar Günü : 27.3.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 9. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 7.7.2010 günlü, 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasının "*İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır.*" biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Dışişleri Bakanlığında bilgisayar işletmeni olarak görev yapan davacının yaptığı izin başvurusunun sonucunu beklemeden evlendiğinin saptanması nedeniyle istifa etmiş sayıldığını bildiren işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"*Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.*

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 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.

İtiraz konusu kuralla, Dışişleri Bakanlığı personelinin yaptığı görevin niteliğinin dikkate alınması suretiyle Devlet güvenliğinin sağlanabilmesinde bir sorunla karşılaşılmaması için personelin evleneceği kişi yönünden kısıtlama getirilmesi amaçlanmaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan yöntem ise, kişinin evlenmeden önce Bakanlığın iznini almakla yükümlü olması ve izin almadan evlenmesi durumunda ise istifa etmiş sayılması yoluna gidilmesidir.

Dışişleri Bakanlığı personelinin yaptığı görevin niteliği dikkate alındığında, Devlet güvenliğini sağlamak amacıyla düzenlemeler yapılması gerekli olmakla birlikte, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerin de hukuka ve adalete uygun ve makul olması gerekmektedir.

Bu itibarla, Devlet güvenliği adına Dışişleri Bakanlığı personelinin evleneceği kişi yönünden kısıtlama getirilmesi doğal olmakla birlikte, personelin evleneceği kişinin Devlet güvenliği bakımından sakıncalı bir durumunun bulunup bulunmadığı yönünde herhangi bir araştırma yapılmaksızın, personelin izin almadan evlenmesi durumunda Devlet memurluğundan istifa etmiş sayılmasının, ölçülülük ilkesine ve bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesine uygun olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin o dava sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısını gösteren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektirdiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri hakkında Kanunun 20. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "...İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır." cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu kanaati ile iptali ve bakılan davalar açısından bu hükmün uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç ve olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptali istenilen düzenlemenin yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dosyadaki belgelerin onaylı birer örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, davanın Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar bekletilmesine, 29/11/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

6004 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 20. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"(4) Bakanlık, kendi yapacağı yarışma sınavları ile alacağı memurlar başta olmak üzere, yurtiçi ve yurtdışı teşkilatında istihdam edeceği personel ve eşleri için güvenlik soruşturması yaptırabilir. Güvenlikle bağlantılı gerekçelerle, Bakanlık memurları evlenmeden önce Bakanlığın iznini almakla yükümlüdür. ***İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır."***

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmış, Anayasa'nın 41. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, 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 2.1.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

7.7.2010 günlü, 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun' un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasının *"İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır."* biçimindeki son cümlesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin yöntemine uygun olmadığından REDDİNE, 2.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Yunus Emre YILMAZOĞLU 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, kanun koyucunun hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu ve kanunla öngörülen bir yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında söz konusu ilke gereğince makul bir dengenin bulunmasının zorunlu olduğu, Dışişleri Bakanlığı memurlarının yaptığı görevin niteliği dikkate alındığında, devletin güvenliğini sağlamak amacıyla düzenlemeler yapılması gerekli olmakla birlikte, bu amacı gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerin de hukuka, adalete uygun ve makul olması gerektiği, bu kapsamda Bakanlık memurlarının evlenmeden önce Bakanlığın iznini almakla yükümlü kılındıkları, ancak izin almadan evlenmeleri durumunda Devlet memurluğundan istifa etmiş sayılmasını öngören itiraza konu kuralın ölçülü olduğundan söz edilemeyeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 41. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, Bakanlığın, kendi yapacağı yarışma sınavları ile alacağı memurlar başta olmak üzere, yurtiçi

ve yurtdışı teşkilatında istihdam edeceği personel ve eşleri için güvenlik soruşturması yaptırabileceği ve güvenlikle bağlantılı gerekçelerle, Bakanlık memurlarının evlenmeden önce Bakanlığın iznini almakla yükümlü oldukları öngörülmektedir. İtiraz konusu kuralda ise bu yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda memurun istifa etmiş sayılacağı düzenlenmektedir.

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

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

Anayasa'nın 41. maddesinde, "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.*" denilmiştir. Aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde, ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş; Devlete, ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Böylece aile kurumuna anayasal koruma sağlanmıştır. Bu düzenlemeyle eşler ve çocuklardan oluşan ailenin birlik ve bütünlüğünün korunması amaçlanmaktadır. Nitekim uluslararası hukukun temel belgelerinden olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddelerinde de ailenin, toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunmasının gerektiği belirtilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de herkesin, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 41. maddesiyle Devlete yüklenen pozitif ödevlerin bir gereği olarak, Devlet, kurulan aile birliğinin huzur ve refahını bozacak nitelikte ölçüsüz müdahalelerden kaçınmak durumundadır.

Dışişleri Bakanlığı, Türkiye Cumhuriyetinin dış politikasının tespiti için hazırlık yapma, Hükümet tarafından tayin ve tespit edilen hedef ve esaslara göre dış politikayı uygulama ve koordine etme, Türkiye Cumhuriyetini ve Hükümetini yabancı devletler ve uluslararası kuruluşlar nezdinde yetkili makam olarak temsil etme, yabancı devletler ve uluslararası kuruluşlarla temas ve müzakereleri yürütme ve ülkenin çıkarlarını koruma gibi ülke menfaatleri açısından oldukça önemli görevler üstlenmiştir. Bakanlık bu görevleri istihdam ettiği kamu görevlileri eliyle yerine getirmektedir.

Dışişleri Bakanlığının, yürüttüğü görevlerin ülkenin çıkarlarına yönelik hassas konumu nedeniyle istihdam ettiği memurların kendisi, eşleri ve eş adayları hakkında güvenlik açısından sakınca doğurabilecek bir hâlin bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla düzenleme yapılması, bu kapsamda personele bazı yükümlülükler öngörülmesi ve bu yükümlülüğe aykırı davranışın da yaptırıma bağlanması hususu kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Ancak, hukuk devletinde bir yükümlülüğe aykırılığın yaptırımı belirlenirken, bireylerin hak ve hürriyetlerinin gözetilmesi ve yaptırımın hakkaniyete uygun nitelikte olması gerektiği açıktır.

Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "*ölçülülük ilkesi*" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

Devletin dış politikasının güven içinde yürütülebilmesi için, Dışişleri Bakanlığı memurlarına evlenmeden önce izin alma yükümlülüğü öngörülmesinde kamu yararı bulunduğu yadsınamaz. Ancak, evlenilen kişi hakkında dış politika hizmetlerinin gerektirdiği güvenlik esasları yönünden herhangi bir olumsuz tespitin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, salt evlilik öncesi izin almamasından dolayı, kişinin belli bir süre kamu hizmetine girmesine engel olan memuriyetten istifa etmiş sayılma yaptırımının öngörülmesinin, ulaşılmak istenen amaç karşısında orantılı bir tedbir olduğu söylenemez. Bu durum, hukuk devletinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine

aykırı düştüğü gibi Devletin, ailenin birliği ve refahını koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünün de ihlali sonucunu doğurur.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 41. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VII- SONUÇ

7.7.2010 günlü, 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasının *"İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır."* biçimindeki son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.3.2014 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 Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz istemine konu 7.7.2010 tarih ve 6004 sayılı *"Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"*un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ***"İzin almadan*** *evlenen memurlar istifa etmiş sayılır."* şeklindeki son cümlesi, çoğunluk tarafından, Anayasa'nın 2. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir. İptal edilen son cümle (4) numaralı fıkranın ilk iki cümlesiyle öngörülen düzenlemenin yaptırımı mahiyetine olup; ulusal güvenlik ve kamu düzeni bakımından Dışişleri Bakanlığı gibi bir teşkilatta görev alacak meslek memurları ile diğer idari personelin kendileri ile evlenmek istedikleri kişiler için idarece güvenlik soruşturması yaptırılması

yapılan işin mahiyetine uygun bulunduğundan, bu lazımeye riayet etmeyenler bakımından bir yaptırımın öngörülmesi doğaldır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin uluslararası platformda temsili gibi çok önemli bir görev ifa edecek kamu görevlilerinin kendilerinin yanı sıra eşlerinde de belli nitelikleri taşıma şartı öngörülmesinde Anayasaya aykırı bir yön olmadığı gibi; *"izin"* koşulunun yerine getirilmemesi durumunda eşin temsil niteliğini haiz olmadığının yapılacak güvenlik soruşturmasıyla saptanması olasılığı ve bunun yol açacağı kamu güvenliği zaafiyeti düşünülerek öngörülen itiraz konusu yaptırımın bu nedenle ölçüsüz ve hukuk devleti ilkesine aykırı düştüğü söylenemez. Ayrıca, kanunun Anayasa'nın 41. maddesi ile doğrudan bir ilgisi de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasaya aykırı bir yönünü görmediğimden, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılamıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2013/122
Karar Sayısı : 2014/74
Karar Günü : 9.4.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU : 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı şirket tarafından 24.7.2012 günlü Resmî Gazete'de yayımlanan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik'in bazı maddelerinin iptali ve yürütmenin durdurulması için açılan davada, Danıştay Onüçüncü Dairesince yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verilmesi üzerine davacı, kararın kaldırılması ve dava konusu Yönetmelik'in yürütmesinin durdurulması istemiyle itiraz etmiştir. Devam eden yargılama sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

" (…)

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan

haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde 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.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin "Başlangıç"ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış, 176. maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan "Başlangıç" bölümünde ise, güçler ayrılığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilke gereği yasama, yürütme ve yargı, bu yetkileri kullanacak organlar olarak belirlenmiş; Anayasa'nın 7. maddesinde; Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

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

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının, Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekmektedir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırları çizmeden, yürütmeye düzenleme yetkisi veren bir kuralın, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşeceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmeyeceği gibi, yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi de 7. maddenin bu şekilde değerlendirilmesini ve uygulamaya geçilmesini gerektirir.

5809 sayılı Yasa'nın 51. maddesinde yer alan düzenlemeye bakıldığında ise kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme, bu konuda düzenleme yapma yetkisi bütünüyle yürütme organına bırakılmıştır. Yasama organı tarafından, temel ilkeleri koyulmadan, çerçevesi çizilmeden, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, Anayasanın 13. ve 20. maddesine aykırı olduğu gibi, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 7. maddesine ve sonuçta Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmaktadır.

Sonuç olarak 51. maddesinin düzenleme yetkisinin bütünüyle yürütme organına bırakılmış olması nedeniyle Anayasanın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 17/3. maddesi uyarınca, Danıştay İdari Dava Dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak baktıkları davalarda yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verdikleri kararları itiraz yoluyla inceleme ile görevli olup bu aşamada Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmasına engel yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca YD. İtiraz No:2009/1036 sayılı başka bir davada 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4/C maddesi ile 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kurumu Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; Anayasa Mahkemesince de 30/03/2011 günlü, E:2010/46, K:2011/60 sayılı karar ile itirazın esası hakkında hüküm verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın 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 birinci fıkrası gereğince, 5809 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin

Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 26/09/2013 gününde Üye İbrahim ALİUSTA ve Yalçın EKMEKÇİ'nin karşı oyu ve oyçokluğu ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kural olan 51. maddesi şöyledir:

"MADDE 51- (1) Kurum, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. 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, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 14.11.2013 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 Hakan ATASOY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kural ile kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme ve bu konuda

düzenleme yapma yetkisinin bütünüyle yürütme organına bırakıldığı, yasama organı tarafından temel ilkeleri koyulmadan, çerçevesi çizilmeden, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılmasının Anayasa'nın 7., 13. ve 20. maddelerine ve sonuçta Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu hükme bağlanmıştır.

Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.

Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Bilişim teknolojilerindeki gelişmeler sonucunda, geleneksel yöntemlerle mümkün olmayan çok sayıda verinin toplanabilmesi; daha önce birbirinden ilişkisiz şekilde tutulan pek çok verinin merkezi olarak bir araya getirilebilmesi; verilerin, veri eşleştirme ve veri madenciliği gibi ileri teknolojik imkânlarla analize tabi tutulmak suretiyle, veriden yeni veriler üretme kapasitesinin artması; verilere erişim ve veri transferinin kolaylaşması; kişisel verilerin ticari işletmeler için kıymetli bir varlık niteliği kazanması neticesinde, özel sektör unsurlarınca yaratılan risklerin daha yaygın ve önemli boyutlara ulaşması ve terör ve suç örgütlerinin kişisel verileri ele geçirme yönündeki faaliyetlerinin artması gibi etkenler, günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde, *"Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."* hükmüne yer verilerek kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye bağlanmış ve

bu şekilde kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alınmıştır.

Yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemez. Elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirleme yetkisini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna veren itiraz konusu kural, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceye aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 20. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 20. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden dolayı Anayasa'nın 2., 7. ve 13. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu maddeye ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesine ilişkin iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 9.4.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VIII- SONUÇ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, 9.4.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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 : 2013/147
Karar Sayısı : 2014/75
Karar Günü : 9.4.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İstanbul (4) No'lu Fikrî ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 24.6.1995 günlü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'nın 2., 35. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Marka hakkına tecavüz edildiği iddiasıyla açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Mahkememizin 2013/209 Esas sayılı dosyasının yargılama sırasında, somut olayda uygulama yeri bulunduğu düşünülen 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu düşünülerek Anayasanın 152. maddesi gereğince itiraz yoluyla Yüksek Mahkemenize iptal başvurusunun yapılması gerekmiştir.

2- Dava konusu uyuşmazlık, asıl dava yönünden davacıya ait markaya tecavüzün durdurulması, maddi ve manevi tazminat ve davalı adına tescilli 2003/20195 no'lu markanın hükümsüzlüğü ve ilan taleplerine ilişkin olup, karşı davada ise davacının 99/022976 no'lu markasının kullanmama nedeniyle

hükümsüzlüğü dava edilmektedir. Mahkememizce 01/03/2012 tarihinde asıl davanın kısmen kabulüne ve davalı adına tescilli 2013/20195 no'lu markanın hükümsüzlüğüne sair taleplerin reddine, karşı davanın kısmen kabulüne ve karşı davada davalı adına tescilli 99/022697 no'lu markanın kullanmama nedeniyle 3. sınıftaki kremler emtiası dışında kalan tüm emtia bakımından hükümsüzlüğüne, krem emtiası yönünden hükümsüzlük talebinin reddine karar verilmiş ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucunda "karşı davada davacının markasının krem emtiası dışındaki 3. sınıf emtialarda ve diğer sınıflarda hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Bu durumda mahkemece davacı markasında sadece hükümsüz kılınmayan krem emtiası ile, davalı markası kapsamındaki emtiaların karşılaştırılması suretiyle iltibas bulunup bulunmadığı hususunda ek rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir" gerekçesi ile, bozulmuş ve bu bozma kararında kullanmama nedenine bağlı hükümsüzlük hali, "geçmişe etkili olarak" sonuç doğurduğundan hareketle davacının 99/22697 no'lu markasının "geçmişe etkili olacak şekilde" hükümsüz olacağı kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu kabulü 556 sayılı KHK'nın 14. maddesinde iptal yaptırımı ile düzenlenen "kullanmama" halinin, KHK mn 42/1-c maddesinde bir "hükümsüzlük" sebebi olarak düzenlenmesi ve KHK'nın 44. maddesi gereğince "hükümsüzlük kararının geçmişe etkili sonuç doğurması"na dayalıdır. Yüksek Mahkeme'nin bozma ilamına uyulması ve davacının 99/22697 no'lu markasının geçmişe etkili olarak hükümsüz kılınması durumunda davacı "önceki marka sahibi" konumundan, "sonraki marka sahibi" konumuna düşeceğinden, esasen hükümsüzlük kararının kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade etmesi gereken yaptırım bundan çok daha geriye ve başvuru tarihine kadar geri gidebileceğinden, davacının özünde bir mülkiyet hakkı olan marka hakkı geçmişe etkili olacak şekilde ihlal edileceğinden, 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesi somut olayda uygulama yeri bulunan bir yasa hükmü olup bu nedenle itiraz yoluyla başvuruda, iptali istenen yasa hükmünün somut olayda uygulanma ihtimali bulunması gerektiğine dair şekli şartın gerçekleştiği düşünülmüştür.

3- Somut olayda, uygulama yeri bulunduğu ve Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen yasa hükmü, 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesi olup, madde başlığı "Hükümsüzlük Halleri" olan bu maddenin 1. fıkrasının (c) bendi aşağıdaki gibidir;

"c) 14. maddeye aykırılık, (ancak 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme davanın açılmasından önceki 3 ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz)"

4- Markanın kullanılmamasının bir hukuki yaptırıma bağlanması doğru ve gereklidir. Ancak öğretide de kabul edildiği gibi bu yaptırım "hükümsüzlük" değil, "iptal" olmalıdır. (Dr. Aslan KAYA, Marka Hukuku sh. 344-345, Prof. Hamdi YASAMAN, Marka Hukuku, Cilt-1, sh.651). Nitekim Anayasa'ya aykırılık sorunu da markanın kullanılmamasının bir "iptal sebebi" olarak değil, bir "hükümsüzlük sebebi" olarak düzenlenmesinden ve KHK'nın 44. maddesi gereğince hükümsüzlük kararlarının geçmişe etkili olacak şekilde hüküm ifade etmesinden kaynaklanmaktadır.

5- Markanın kullanılmaması gerek uluslararası düzenlemelerde, gerek AB mevzuatında, gerekse birlik ülkeleri mevzuatında bir "iptal" sebebi olarak düzenlenmektedir ve "baştan itibaren gerçersizlik" söz konusu değildir. Türkiye'nin de taraf olduğu, TRIPS Anlaşması'nın (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) 19. maddesine göre markanın kullanılmamasının yaptırımı "iptal"dir. Buna göre kullanılmayan marka ancak 3 yıllık minimum süre geçtikten sonra iptal edilebilir. AB Marka Direktifi'nin (2008/95 EC) 12. maddesinde ve Topluluk Marka Tüzüğü'nün (207/2009) 51. maddesinde de markanın kullanılmamasının yaptırımı "hükümsüzlük" değil, "iptal"dir. Aynı şekilde İngiltere Markalar Kanunu'nun 46/1-a maddesinde, Alman Markalar Kanunu'nun 49/1-a maddesinde, İtalyan Marka Kanunu'nun 42/1 maddesinde ve Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L714-5 maddesinde de kullanmama hali birer "iptal" sebebi olarak düzenlenmiştir.

6- 556 sayılı KHK'nın, "Hükümsüzlüğün Etkisi" başlıklı 44/1 maddesi gereğince "Markanın Hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde kararın sonuçları geçmişe etkilidir." Maddenin 2. fıkrasında geçmişe yönelik etkinin istisnaları arasında kullanmama nedeniyle hükümsüzlük kararı verilmesi durumunda kararın aslında 5 yıllık surenin dolmasından itibaren hüküm ifade edeceği hususu yer almamaktadır. Oysa kullanmama nedeniyle hükümsüzlük hali sonradan ortaya çıkan bir "iptal" hali olduğu için, kullanmama nedeniyle verilecek karar marka tescil başvuru anına kadar değil, marka tescilinden sonra 5 yıllık sürenin geçmesinden itibaren ve nihayet dava tarihine kadar geriye gidebilmelidir. Buna karşılık 556 sayılı KHK'da "kullanmama" hali, Avrupa Birliği Marka Direktifi ve Topluluk Marka Tüzüğünden farklı olarak bir "iptal" sebebi değil, bir "hükümsüzlük" sebebi olarak düzenlenmiş ve KHK'nın 14. maddesinde isabetli bir şekilde kullanılmayan markanın "iptal" edileceği yazılı iken, 42. maddede bu durum diğer "hükümsüzlük" sebepleri arasında sayılarak, "hükümsüzlük" yaptırımına tabi tutulmuştur.

7- Marka hukukunda "hükümsüzlük" halleri "sonradan ortaya çıkan haller" olmayıp, "markanın tescil başvurusu anında mevcut olan" hallerdir. Bu nedenle,

başlangıçta mevcut olan bu sebeplerden dolayı hükümsüzlük kararı verilmesi durumunda, hükümsüzlük kararının geçmişe etkili olması ve tescil başvuru anından itibaren hüküm ifade etmesi doğrudur. Buna karşılık aslında bir "iptal" sebebi olan "kullanmama" hali başlangıçta mevcut bir hal olmayıp, 5 yıllık "kullanmama" süresinin sonunda ortaya çıkan bir "iptal" sebebidir. Bu nedenledir ki, kullanmama nedeniyle markanın iptal edilmesi durumunda, bu kararın etkisi, tescil başvuru anına kadar geri gitmeyecek, 5 yıllık sürenin bitmesinden ve hükümden sonra hukuki sonuç doğuracaktır. Buna rağmen özünde bir "iptal" sebebi olan "kullanmama" halinin, yaptırımının "iptal" biçiminde değil, KHK'nın 44/1-c maddesinde yazılı olduğu üzere bir "hükümsüzlük" sebebi olarak düzenlenmesi durumunda, verilecek "hükümsüzlük" kararı marka tescil başvurusu anına kadar geriye etkili olabileceğinden, kullanılmadığı için hükümsüzlüğüne karar verilen marka, karıştırma ihtimali incelemesi şırasında hiç dikkate alınmayacak adeta yok sayılacaktır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi dosya içerisinde bulunan 03/05/2013 tarih ve 2012/9599 Esas, 2013/9029 Karar sayılı bozma ilamının 3. bendinin 2. paragrafında bu hususa işaret ederek, "hükümsüz kılınan emtia bakımından benzerlik incelemesi yapılamayacağını" belirtmektedir. Bu durumda davacının 1999 tarihli markası, kullanılmayan ve bu nedenle hükümsüz sayılan emtia yönünden benzerlik ve karıştırma ihtimali incelemesinde dikkate alınmadığı takdirde, davacının aslında önceki tarihli markası, kullanılmayan mallar bakımından hükümden düşmüş gibi değerlendirilip yok sayılacaktır. Böylece sözgelimi somut davada davacı taraf "önceki marka sahibi" iken "sonraki marka sahibi" konumuna düşecektir. Zira davacının 1999 tarihli markasından sonra ikinci markası 2007 tarihli iken, davalı-karşı davacının markası 2003 tarihini taşımaktadır. Bu şekilde davacı taraf "sonraki marka sahibi" konumuna geçirildiği ve 556 sayılı KHK'nın 8/1-b maddesi çerçevesinde karıştırma ihtimali incelemesi yapılır iken "önceki marka sahibi" konumunda kabul edilmediği takdirde, daha sonradan aynı ibareyi marka olarak tescil ettiren kimse, "önceki marka sahibi" gibi görülecek ve benzer marka incelemesi sırasında, tescil tarihi eski olan marka nedeniyle tescil tarihi daha yeni olan marka hükümsüz kılınacağından, aslında marka tescil tarihi daha sonra olan taraf avantajlı konuma geçecektir. Buna bağlı olarak sözgelimi somut davada kullanmama nedeniyle davacının 99/22697 no'lu markası yönünden hükümsüzlük kararı tescil başvuru anına kadar geri götürüldüğü takdirde, davacının marka hakkı geçmişe doğru 5 yıl daha erken bir süre ile ortadan kaldırılmaktadır.

8- Oysa 207/2009 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 51. maddesi ile, 2008/95 EC sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi 12. maddesinde olduğu gibi, gerçekte sonradan ortaya çıkan bir "iptal" sebebi olmasından dolayı kullanmama

hali bir "hükümsüzlük" sebebi değil, olması gerektiği gibi bir "iptal" sebebi olarak kabul edilse idi, bu iptal kararı marka tescil başvuru anına kadar geri gitmeyecek ve bu nedenle davacının 99/22697 no'lu markası kullanılmayan mallar bakımından hükümsüz kabul edilerek eski tarihli markasının karıştırma ihtimali incelemesinde yok sayılması söz konusu olmayacak ve davacı taraf, karıştırma ihtimali incelemesi bakımından "önceki marka sahibi" olmaktan çıkıp, "sonraki marka sahibi" konumuna düşmeyecektir. Mevcut düzenleme uygulandığı takdirde ise davacının 99/22697 sayılı markasının kullanmama nedeniyle hükümsüz hale geldiği kabul edilen emtiası karıştırma ihtimali incelemesinde dikkate alınmayacak ve bu nedenle davacının özünde bir "mülkiyet hakkı" olan "marka hakkı", hukuka aykırı bir şekilde geçmişe etkili olacak ve kazanılmış hakları ihlal edecek biçimde ortadan kaldırılabilecektir. Bu durum, Hukuki İşlem Güvenliği ve Kazanılmış Hakların Korunması yönünden Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın, 2. maddesindeki "Hukuk Devleti" ilkesi ile, marka hakkı soyut bir mülkiyet hakkı olduğundan, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 35. maddesindeki "Mülkiyet Hakkının Korunması" hükümlerine aykırıdır.

9- Böylece, Anayasa'ya aykırılık, markanın kullanılmamasının yaptırımının "iptal" değil, "hükümsüzlük" biçiminde düzenlenmiş oluşu sonucunda ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, markanın kullanılmamasının yaptırımının "iptal" olarak öngörülmesi durumunda marka hakkı geçmişe doğru ortadan kalkmayacağından, geçmişe etkili şekilde mülkiyet hakkına müdahale edilmemiş olacak, kazanılmış haklara dokunulmayacak ve böylece hukuk devleti ilkesine aykırılık ve mülkiyet hakkı ihlali söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla tescilli bir markanın kullanılmamasının yaptırımının 556 sayılı KHK'de "iptal" yerine, "hükümsüzlük" biçiminde düzenlenmiş oluşu, takdir sınırlarını aşarak, Anayasa'ya aykırılık hali meydana getirmektedir. Bu nedenle Yüksek Mahkemenizce yapılacak inceleme, "yerindelik denetimi" değildir.

10- Nihayet 556 sayılı KHK'nın 42/1-c maddesi gereğince, kullanılmayan marka geçmişe etkili olacak biçimde hükümsüz kabul edildiğinden, marka sahibinin mülkiyet hakkına sınırlama getirilmekte olup, özünde bir "mülkiyet hakkı" olan "marka hakkı" ancak yasa ile sınırlanabilecek iken, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 91. maddesine aykırı şekilde Kanun Hükmünde Kararname ile Marka Hakkının sınırlanması Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olup, bu nedenle dahi anılan KHK'nın 42/1-c maddesinin iptali gereklidir.

11- Yukarıda açıklanan nedenler ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152/1 maddesi ile 6216 sayılı Yasanın 40. maddesi gereğince, 556 sayılı Markaların

Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42/1-c maddesinin iptali konusunda Yüksek Mahkemenizin takdir ve gereği arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralı

Kanun Hükmünde Kararname'nin itiraz konusu kuralı da içeren 42. maddesi şöyledir:

"Aşağıdaki hallerde markanın hükümsüz sayılmasına yetkili mahkeme tarafından karar verilir:

a) 7 nci maddede sayılan haller. (Ancak, 7 nci maddenin (ı) bendinde belirtilen tanınmış markalarla ilgili davanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içerisinde açılması gerekir. Markanın tescilinde kötü niyet varsa iptal davası süreye bağlı değildir.

b) 8 inci maddede sayılan haller. (Ancak, 8 inci maddenin son fıkrası çerçevesinde açılan davada önceki hak sahibi koruma süresinin bitiminden itibaren 2 yıl içerisinde markasını kullanmamışsa bu bir hükümsüzlük nedeni sayılmaz.)

c) 14 üncü maddeye aykırılık. (Ancak, 5 yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanma hükümsüzlük nedeni sayılmaz. Dava açılacağı düşünülerek kullanma gerçekleşmiş ise, mahkeme davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almaz.)

d) Marka sahibinin davranışları nedeniyle, marka mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmiş ise,

e) Hak sahibi veya yetkili kıldığı kişi tarafından kullanım sonucunda tescil edildiği mal ve hizmetlerin niteliği, kalitesi, üretim yeri ve coğrafi kaynağı konusunda halkta yanlış anlama ihtimali var ise,

f) 59 uncu maddeye aykırı kullanım.

Hükümsüzlük nedenleri, markanın tescil edildiği bir kısım mal veya hizmete ilişkin bulunuyorsa, yalnız o mal veya hizmet ile ilgili olarak kısmi hükümsüzlüğe karar verilir.

(Ek fıkra : 3/11/1995 - 4128/5 md.;Değişik:22/6/2004 – 5194/15 md.) Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise 7 nci maddenin birinci fıkrasının (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili hükümsüz sayılamaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 35. ve 91. 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, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 11.12.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Yunus Emre YILMAZOĞLU 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, itiraza konu kuralın, marka hakkının, tescil tarihi itibarıyla sona ermesi sonucunu doğurması nedeniyle Anayasa'nın 2., 35. ve 91. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148.

maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamına öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimi de girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnamelerin bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle, kanun hükmünde kararnameler ile dayandıkları yetki kanunu arasında çok sıkı bir bağ vardır. Kanun hükmünde kararnamenin yetki kanunu ile olan bağı, kanun hükmünde kararnameyi aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. Kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerin içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Kanun hükmünde kararnameler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Anayasa'da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*"in kanun hükmünde

kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi, "*Bakanlar Kurulu*"na ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

B- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralının Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

İtiraz konusu kuralla, KHK'nin 14. maddesine yollamada bulunularak, markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir nedene dayanmaksızın kullanılmaması veya kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilmesi hâlleri hükümsüzlük nedeni olarak belirlenmiş, beş yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında markanın ciddi biçimde kullanılması hâlinde hükümsüzlük nedeninin oluşmayacağı öngörülmüş, ancak dava açılacağı düşünülerek marka kullanılmışsa, mahkemenin davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanmayı dikkate almayacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında *"Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."*in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın *"Mülkiyet hakkı"* başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu; ikinci fıkrasında bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği; üçüncü fıkrasında ise, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın *"Kişinin Hakları ve Ödevleri"* başlıklı ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrîmaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınaî mülkiyet hakları gayrîmaddi mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise *"marka hakkı"* olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuraldaki düzenleme, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan kural, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırı görülerek iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 2. ve 35. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

24.6.1995 günlü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 9.4.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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 : 2014/14
Karar Sayısı : 2014/77
Karar Günü : 9.4.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Aydın İnfaz Hâkimliği (E.2014/14)
2- Erzincan İnfaz Hâkimliği (E.2014/27)
3- Manavgat 1. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2014/67)

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) bendi ve son paragrafının Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Cezalarının, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilen hükümlülerin, bu tedbirin uygulanmaya başlanmasından sonra işledikleri iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesi uyarınca tutuklanmaları nedeniyle denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına ilişkin kararların kaldırılması ve kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri istemleriyle açılan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- E.2014/14 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 Kanunu'nun 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 Kanununun 100 üncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

b) Anayasa Mahkemesi'nin 26/12/2013 tarih ve 2013/133 esas, 2013/169 karar sayılı kararı iptal edilmiştir.

c) Anayasa Mahkemesi'nin 26/12/2013 tarih ve 2013/133 esas, 2013/169 karar sayılı kararı iptal edilmiştir.

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) ve (c) fıkraları Anayasa Mahkemesi'nin 2013/133 esas, 2013/169 karar sayılı kararı ile 26/12/2013 tarihinde iptal edilmiş, ancak gerekçeli karar henüz Resmi Gazete'de yayınlanmamıştır.

Bu maddenin (a) ve (son) fıkrasının düzenlemesine göre hükümlünün 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesine göre işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı CMK'nun 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklanması hâlinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi ve tutuklandığı suçtan dolayı kovuşturmaya yer olmadığına, davanın reddine, düşmesine, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi hâlinde denetimli serbestlik tedbirinin uygulanarak devamına karar verilmesi gerekmektedir.

Hükümlünün faydalandığı denetimli serbestlik tedbirinin mahrum kalması ve faydalandığı denetimli serbestlik tedbirinin kaldırılarak tutuklanmış olduğu suçtan ileride tahliye olması hâlinde dahi tekrar dönüşü olmaksızın infaz etmekte olduğu cezanın türüne göre koşullu veya hakederek salıverilme tarihine kadar bu cezasını kapalı ceza infaz kurumunda çekmesi için işlediği iddia olunan başka bir suçtan tutuklanması yeterli görülmektedir.

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 hâlinde 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 işlediği iddia olunan başka bir suçtan tutuklanması ile hakkındaki soruşturma veya kovuşturma sonuçlanmaksızın suç işlediği kabul edilerek hakkındaki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmekte ve faydalandığı denetimli serbestlik tedbiri ile ilgili cezasını tekrar dönüşü olmaksızın infaz etmekte olduğu cezanın türüne göre koşullu veya hakederek salıverilme tarihine kadar kapalı ceza infaz kurumunda çekmesine neden olunmaktadır. Bu karar verilirken hükümlünün ileride tahliye olması durumunda tekrar denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına devam edilmesi mümkün kılınmamaktadır. Kişi hakkında tekrar denetimli serbestlik tedbirinden faydalanabilmesi için tutuklandığı suçtan dolayı tahliye olması yeterli görülmemiştir. Tutuklandığı suçtan dolayı hakkındaki soruşturma veya kovuşturma sonucunda, kovuşturmaya yer olmadığına, beraat, düşme, ceza verilmesine yer olmadığına veya davanın reddine karar verilmiş olması gerekir.

Oysa ki kısaca olması gerekeni açıklamak gerekirse, hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanan hükümlü, başka bir suçu işlediği iddiası ile tutuklanması hâlinde elbette kapalı ceza infaz kurumuna -tutuklanması sebebiyle- girecektir. Tutuklanarak cezaevine giren bir kişi aynı zamanda hükümlü (kişi zaten denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasını infaz etmekte olduğundan hükümlüdür) ise, öncelikli olarak hakkındaki kesinleşmiş cezayı çekmesi gerektiği açıktır. Cezasını çekmekte olduğu suçtan dolayı infaz ettiği cezasının türüne göre koşullu veya hakederek salıverilme tarihine kadar tahliye olmaması durumunda bir sorun oluşmamaktadır. Ancak tahliye olması durumunda ise, tutuklanmasından tahliye olana kadar geçecek olan sürede tutuklanmadan önceki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması suretiyle cezasını infaz ettiği cezasını çekecektir. Tutuklandığı suçtan dolayı tahliye olduğu tarihte ise, cezaevinden çıkarılmalı ve varsa kalan cezasını çekmek üzere denetimli serbestlik tedbirinden faydalanmaya devam etmelidir. Yani hükümlü, tutuklu kaldığı tarihler arasındaki cezaevinde kaldığı sürede elbette denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kesinleşmiş cezayı çekmelidir. Oysaki sözkonusu maddenin varlığı uygulamanın bu şekilde gerçekleştirilmesini engellemekte, tutuklanan bir kişinin ileride tahliye olabileceği hatta tutuklandığı suçtan dolayı hakkında kovuşturmaya karar verilebileceği veya beraat edebileceği gerçeğini görmeksizin salıverilme tarihine kadar cezasının kapalı ceza infaz kurumunda çekmesine neden olmaktadır.

Kaldı ki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmesine neden olan hükümlünün başka bir suç işlediği iddiası ile tutuklanmasına ilişkin uygulamanın bir tedbir olduğu gerçeği gözardı edilerek kişinin tutuklanması nedeniyle peşinen suçlu muamelesi uygulandığı 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 tutuklanıp tahliye olmasının önceki çekmekte olduğu cezadan faydalandığı lehine olan infaz usulünü -geçici olmaksızın- tamamen kaybetmesine 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 hâlinde ise, telafisi imkansız zararlara neden olunacağı, söz konusu 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 2014/51 esas sayılı olan davasında uygulama yeri bulunan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen "Hükümlü hakkında;

a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

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." şeklindeki 105/A maddesinin 7. fıkrasının (a) ve (son) bendinin Anayasa'nın 38/2. maddesine aykırı görmesi nedeniyle ANAYASA MAHKEMESİ'NE İPTAL TALEBİ İLE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2- Hükümlü … hakkındaki denetimli serbestlik tedbiri uygulanan cezanın İNFAZININ DURDURULMASINA,

3- Hâkimliğimizin 2014/51 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."

B- E.2014/27 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. Hakkında tutuklama kararı verilip henüz mahkûm olup olmayacağı belli olmayan hükümlü hakkındaki denetimli serbestlik kararının geri alınarak kapalı cezaevine gönderilmesine karar verilmesinin "suçsuzluk karinesi" ile çelişip, bu nedenle itiraz konusu 5275 sayılı Kanunu'nun 105/A maddesinin 7. fıkrasının (a) bendi Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.

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.

Ceza hukukunda bir kişinin suçlu olarak kabul edilebilmesi için hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir. Ceza muhakemesinin evrelerinden olan soruşturma ve soruşturma sürecindeki tedbir mahiyetinde olan tutuklama kararı kovuşturma aşamalarında ise kişi kesin hükümle mahkûm olmadığından suçlu olarak nitelendirilemez ve bu suç nedeniyle hakkında ceza hukuku alanına giren yaptırımlar uygulanamaz.

İtiraz konusu 5275 sayılı Kanunu'nun 105/A maddesinin 7. fıkrasının (a) bendi uyarınca hükümlüler hakkında; İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100 ncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kural 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.

5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasının uygulanmasında, işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100'cü maddesinde sayılın nedenlerle tutuklama kararı verilmesi hâlinde 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 somut durumda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmesine neden olan tutuklama tedbiri hakkında kovuşturma aşamasına geçilmiş ise de, Anayasa Mahkemesinin 26/12/2013 tarih ve 2013/133-169 E.K. sayılı ilamı ile 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 iptallerine karar verilmiş, böylelikle 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 ve 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 gönderilmesi yolu kapanmış olup benzer mahiyette olan (a) bendinin halen yürürlükte olması Anayasanın eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hakkı, suçlu olduğuna ilişkin ima veya ilan eden beyanlara dahi uygulaması karşısında, kişinin tekrar ceza infaz kurumuna girmesine neden olacak bir kararın masumiyet karinesine aykırı olmadığını kabul etmesi imkansızdır. Ayrıca itiraz konusu 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen 105/A maddesinin 7. fıkrasının (a) bendi, 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. İtiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddeleri ile 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.

5- TALEP : Ayrıntısıyla açıkladığımız üzere;

Mahkememizce görülmekte olan davada, Mahkememizce Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen 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) bendinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali,

Zikredilen fıkranın Anayasa'nın gerekçemizde yazdığımız maddelerine aykırı olduğu kabul edilerek iptal edilmesine karar verilmesini arz ederiz."

C- E.2014/67 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Hükümlü … hakkında mahkememizin 2014/7 değişik iş sayılı kararına yapılan itiraz sonrasında Manavgat 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2014/250 Değişik İş sayılı kararı ile mahkememizce verilen görevsizlik kararının kaldırılarak dosyanın infaz hâkimliği sıfatıyla gereği için mahkememize iade edilmesine istinaden;

Cumhuriyet Savcısı (107438) yazılı mütalaasında; Sanık hakkında başka bir suçtan hakkında tutuklama kararı olmadığı nedeniyle sanığın kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilmesi yönünde mütalaa beyanında bulunmuştur.

Manavgat Cumhuriyet Başsavcılığı İlamat ve İnfaz Bürosunun 04/01/2014 tarihli yazısı ile hükümlü …'ın mahkememizin 2013/101 esas ve 2013/182 karar sayılı kararı ile 2.700 TL adli para cezasından çevrilme 90 günlük hapis cezasının infazı sırasında yeni bir suç işlediği ve Manavgat 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 2013/69 sorgu sayılı kararı ile tutuklandığından bahisle hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilip gönderilmeyeceği hususunda bir karar verilmesi talep edilmekle hükümlüye ait infaz dosyası mahkememize gönderilmiştir. Mahkememizce yapılan değerlendirmede, 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanununa göre Manavgat ilçesinde Ceza İnfaz Kurumu olmadığından İnfaz Hâkimliğinin kurulmadığı ve Asliye Ceza Mahkemesi'nin de İnfaz Hâkimliği sıfatıyla karar veremeyeceğinden mahkememizin görevsizliğine karar verildiği, mahkememiz kararına hükümlünün itiraz etmesi sonucunda incelenmek üzere Manavgat 2. Ağır Ceza Mahkemesine

gönderildiği, mahkemenin 18/02/2014 tarih ve 2014/250 Değişik İş sayılı kararı ile mahkememizin 2014/7 Değişik İş sayılı kararının kaldırılmasına ve dosyanın İnfaz Hâkimliği sıfatıyla gereği için mahkememize iade edildiği görülmüştür.

Somut durumda dosyada uygulama yeri olan 6291 sayılı Yasanın 1. maddesiyle 5275 sayılı Yasaya eklenen 105/A maddesinin 7 No'lu fıkrasının (a) bendinin incelenmesinde;

Hakkında kalan cezasının denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazına karar verilen hükümlülerin işlediği iddia olunan başka bir suçtan tutuklanmaları durumunda kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilecekleri öngörülmektedir.

Bu maddenin 7. fıkrasının son bendinde ise; hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığına, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi durumunda ise hükümlünün cezasının infazını denetimli serbestlik tedbirini uygulanarak devam edilmesi yönünde karar verileceği öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 2013/13 esas, 2013/169 karar nolu 26/12/2013 tarihli kararı ile 5275 sayılı Yasanın 105-A, 7-b, c bentlerini iptal ettiği anlaşılmakla karardaki gerekçelere göre aynı maddenin 105/A, 7-a bendinin de Anayasanın 38/4 ve 2. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM : Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere,

1- Dosyada uygulama yeri olan 6291 sayılı Yasanın 1. maddesi ile 5275 sayılı Yasaya eklenen 105/A maddesinin 7. fıkrasının (a) bendinin Anayasanın 2. ve 38/4. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasa Mahkemesine iptal talebi ile İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2- Kararın ve dosyanın onaylı suretinin ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

3- Kararın hükümlüye tebliğine,

Dair dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda mütalaaya aykırı olarak karar 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,

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 Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- E.2014/14 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 11.2.2014 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 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) bendi ile son paragrafının iptali istenilmiştir. Bakılmakta olan dava, hükümlü hakkında işlediği iddia edilen başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi sebebiyle denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına ilişkin kararın kaldırılarak hükümlünün kapalı cezaevine gönderilmesi talebine ilişkindir. Bu durumun düzenlendiği Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) bendi ile son paragrafın ilk cümlesi bakılmakta olan davada uygulanacak kuraldır.

Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının son paragrafının ikinci cümlesi ise 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 verilmesine ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Bakılmakta olan davada, kuralda belirtilen ve hükümlü hakkında verilmiş olan kovuşturmaya yer olmadığı, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi ya da düşme kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının son paragrafının ikinci cümlesi Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Bu nedenle;

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;

1- Son paragrafının ikinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- (a) bendi ile son paragrafının birinci cümlesinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE, karar verilmiştir.

B- E.2014/27 ve E.2014/67 Sayılı Başvurular Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 18.2.2014 ve 9.4.2014 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 (a) bendinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan E.2014/27 sayılı itiraz başvurusunun 18.2.2014 gününde, E.2014/67 sayılı itiraz başvurusunun ise 9.4.2014 gününde, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2014/14 sayılı dava ile birleştirilmesine, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2014/14 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 kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kural uyarınca hükümlünün, işlediği iddia olunan bir başka suçtan tutuklanması nedeniyle bu konudaki soruşturma veya kovuşturma sonuçlanmaksızın suç işlediği kabul edilerek, hakkındaki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verildiği, hükümlünün, henüz bir karar verilmemiş, sonuca bağlanmamış, mahkûm olup olmayacağı belli olmayan bir dava nedeniyle denetimli serbestliğinin geri alınarak kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesinin hukuki güvenlik ilkesi ve masumiyet karinesi ile bağdaşmadığı belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 105/A maddesinin itiraz konusu kuralın da bulunduğu (7) numaralı fıkrasında, hükümlü hakkında; işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi 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 Kanun'un 2. maddesinde, soruşturmanın, Kanun'a 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 iddiname düzenleyeceği, 175. maddesinde ise iddianamenin kabulüyle, kamu davasının açılmış olacağı ve kovuşturma evresinin başlayacağı öngörülmektedir.

Yine 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde, tutuklama nedenleri olabilecek hususlar belirtilerek, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebileceği, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde, tutuklama

kararı verilemeyeceği belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 101. maddesinde ise soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen mahkemece karar verileceği, bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterileceği ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verileceği, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a- Kuvvetli suç şüphesini,

b- Tutuklama nedenlerinin varlığını,

c- Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterileceği hükme bağlanmıştır.

Ceza hukukunda bir kişinin suçlu olarak kabul edilebilmesi için hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir. Ceza muhakemesinin evrelerinden olan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, 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 belirtilmek suretiyle suçlunun da diğer bireyler gibi onurlu bir yaşam hakkının bulunduğu bilincine vurgu yapılmış ve çağdaş ceza hukukunda benzer haklara ilişkin düzenlemelere yer verildiği de görülmüştür.

Denetimli serbestlik suretiyle hapis cezasının infazı, özgürlüğü bağlayıcı cezanın kanunlarla belirlenecek alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözlemleyerek cezasının

koşullu salıverilmeden önceki bir yılını dışarıda geçirmesini sağlayan bir sistemdir. İşlenen suçun, denetimli serbestlik açısından belirleyici bir niteliği bulunmamakta, verilen cezanın infaz edilen süresi ve iyi hâlli 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 sağlanması amaçlanmaktadır.

İtiraz konusu kural uyarınca hükümlü hakkında; işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi hâlinde, tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kural bu kişilerin kesinleşen bir suçları olmaksızın haklarında yaptırım uygulanmasına neden olmaktadır. Bunun yanında kural, denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı da ortadan kaldırmaktadır. Kanun'un çıkarılma amacı ile çelişen bu hususlar ise hükümlülerin henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir suçtan dolayı yaptırıma tabi olmalarına yol açmakta ve Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen *"suçsuzluk karinesi"* ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, itiraz konusu kural, ilgililerin, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesini de ihlal etmektedir.

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

Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

VII- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

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) bendi ve son paragrafının birinci cümlesinin iptalleri nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan son paragrafın ikinci cümlesinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

VIII- SONUÇ

A- 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) bendi ve son paragrafının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 5275 sayılı Kanun'a, 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) bendi ve son paragrafının birinci cümlesinin iptalleri nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan son paragrafın ikinci cümlesinin de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

9.4.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a, 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) bendinde, "***İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi****, ... halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hakimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir"* denilmektedir.

Daha önce, 26/12/2013 tarihli ve E.2013/133, K.2013/169 sayılı kararıyla aynı fıkranın (b) ve (c) bentlerini iptal eden Mahkememiz, itiraz konusu (a) bendini, kişilerin "masumiyet karinesi"ni ve "hukuk güvenliği"ni ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir.

Aşağıdaki gerekçelerle çoğunluğun bu görüşüne katılmıyoruz.

1) 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. Bu çerçevede tutukluluk veya yurt dışına çıkış yasağı gibi tedbirler masumiyet karinesiyle çelişmemektedir. Bu nedenle, masumiyet karinesinin, tanımı ve gerekleri anayasal sınırların ötesine geçecek şekilde genişletilerek, tutuklamaya bağlı hukuki sonuçları işlevsiz kılacak şekilde yorumlanması isabetli değildir.

İptali istenen kuralın, masumiyet karinesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Bu kural, denetimli serbestlikten faydalanacak kişilerin başka bir suçtan dolayı tutuklanması halinde yeniden kapalı cezaevine gönderilmelerini düzenlemektedir. Bu durumdaki kişilere yönelik denetimli serbestlik tedbirinin kaldırılması, bir yaptırımdan ziyade, denetimli serbestlikten yararlanma şartlarına sahip olmamalarının doğal sonucudur.

Denetimli serbestlik tedbirinin kaldırılması, bir an için yaptırım olarak nitelense bile, bu yaptırımın masumiyet karinesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Kişilerin, işledikleri ileri sürülen başka bir suçtan dolayı haklarında tutuklama

kararı verilmesi ve bu durumda denetimli serbestlikten yararlanamamaları, 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.

Diğer yandan, Mahkememiz çoğunluğunun, itiraz konusu kuralın "*denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı ortadan kaldırmakta*" olduğu ve bu nedenle *"Kanun'un çıkarılma amacı ile çelişen"* bir durum teşkil ettiği yönündeki görüşüne de katılmak mümkün değildir. Kanun koyucu, denetimli serbestlikten beklenen yarar ile toplumun korunması temelindeki yararı dikkate almak suretiyle, hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması sırasında başka bir suçtan dolayı tutuklanmasını denetimli serbestliğin sağlayacağı amacın gerçekleşmesi önünde bir engel olarak görmüştür.

Esasen, Kanun'un 105/A maddesinin itiraz konusu kuralın da içinde bulunduğu (7) numaralı fıkrasının, hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulamaya başlanmasından önce veya sonra bir soruşturma veya kovuşturmanın başlaması ve devam etmesi durumunda denetimli serbestlik tedbirinin sona ereceğini belirten (b) ve (c) bentlerinin de daha önce iptal edildiği dikkate alındığında, fıkrada yer verilen denetimli serbestlikten yararlanma şartlarının tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğuran iptal kararlarının "toplum lehine" olduğu, dolayısıyla Kanun'un çıkarılma amacıyla bağdaştığı söylenemeyecektir.

2) Anayasa'nın 2. Maddesi Bakımından İnceleme

Mahkememiz çoğunluğu, iptali istenen kuralın "*ilgililerin, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmekte*" olduğundan hukuk devleti ilkesine de aykırı olduğu görüşündedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, kuralda kişilerin masumiyet karinesinin sağladığı imkanlardan yararlanmasını engelleyen hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Zira masumiyet karinesi, suçluluğu sabit oluncaya kadar hiç kimsenin işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı tutuklanması halinde 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 kuralda bir orantısızlık da söz konusu değildir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesi, bir kişinin ancak kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması durumunda tutuklanabileceğini, işin önemi, verilmesi beklenen ceza ve güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde tutuklama kararının verilemeyeceğini belirtmektedir. Diğer yandan, aynı Kanun'un 101. maddesi gereğince, ancak hakim/mahkeme tarafından verilebilecek olan tutuklama kararında adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağının ve tutuklama nedenlerinin varlığının somut delillerle gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, tutuklama ancak kuvvetli suç şüphesinin varlığı halinde başvurulabilecek bir tedbir niteliğindedir. Bu nedenle, denetimli serbestlik imkanından yararlanan kişilerin, başka bir suçtan dolayı haklarında tutuklama kararı verilmesi halinde kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesinde bir ölçüsüzlük yoktur. Kaldı ki, Kanun'un 105/A maddesinin itiraz konusu kuralın da içinde bulunduğu (7) numaralı fıkrasının son paragrafının ikinci cümlesinde, hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi durumunda denetimli serbestlik uygulamasına devam edileceği öngörülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine 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 (a) bendi ile son paragrafının ilk cümlesinin, hukuk devleti ilkesi ve suçsuzluk karinesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğundan, son paragrafının ikinci cümlesinin ise uygulanma imkânı kalmadığından iptaline karar verilmiştir.

Hükümlülerin topluma uyum sağlamalarının kolaylaştırılması ve yeniden suç işleme risklerinin azaltılması için cezaevinden erken salıverilmelerini amaçlayan denetimli serbestlik tedbirinin kapsamının kanunla belirlenmesi ve belli şartları taşıyan hükümlülere bu imkânın sağlanması öngörülmüştür. İptaline karar verilen bentte de, hükümlünün işlediği iddia olunan bir suçtan dolayı hakkında CMK'nın 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesinin denetimli serbestliğin sona ermesini gerektirdiği hükme bağlanmıştır.

Böylece, yasama organının, hükümlü hakkında başka bir suçtan dolayı tutuklama kararı verilmemesini, hükümlünün denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için kişiliğine ve iyi hâline ilişkin bir şart olarak öngördüğü anlaşılmaktadır. Denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmak hükümlü açısından bir hak değil, yasama organı tarafından bir atıfet olarak düzenlenen ve hükümlünün iyi hâlli olmasına bağlı olarak uygulanabilecek şartlı bir tedbir olduğundan, şartların bulunmadığının anlaşılması veya kaybedilmesi hâlinde denetimli serbestliğin sona erdirilmesi gerekir.

İtiraz konusu kurala dayanılarak infazına devam edilen hapis cezası, işlendiği iddia olunan ve tutuklama kararının konusu olan suçun değil, önceden işlenen ve kesinleşmiş yargı kararı ile mahkûmiyetle sonuçlanan suçun sonucudur. İşlediği iddia edilen başka bir suçtan dolayı hakkında tutuklama kararı verilen hükümlünün, henüz mahkûmiyetle sonuçlanmayan bu suçun cezasının infazı için değil, önceki hapis cezasının kalan kısmı için cezaevine gönderilmesine karar verileceğinden, (a) bendinde yer verilen kuralın suçsuzluk karinesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Anılan kuralın, 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, bu şartların bulunmadığı veya sonradan kaybedildiği konusunda şüphe oluşması hâlinde anılan tedbir uygulamasının sona erdirilmesine imkân sağlayan bir düzenleme getirmek yasama organının 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.

Diğer taraftan, yedinci fıkranın (b) ve (c) bentlerinin 26/12/2013 tarihli ve E.2013/133, K.2013/169 sayılı Kararla iptal edilmesinden sonra, fıkranın (a) bendinin ve son paragrafının da bu Kararla iptali ile denetimli serbestlik tedbirinin sona ermesini gerektiren bir durum kalmamıştır. Denetimli serbestlik, esasen hükümlünün kişiliğine ve iyi hâlli olmasına bağlı olarak uygulanabilecek bir tedbir olarak düzenlendiğinden, bu tedbirin devam ettirilmesi de bu niteliklerin kaybedilmemesi şartına bağlıdır. Karşıoy gerekçemde belirtilen sebeplerle katılmadığım mezkûr Karardan sonra bu Kararla da fıkranın kalan hükümlerinin iptal edilmesi ile hükümlünün denetimli serbestlik sırasında bu şartları kaybedip kaybetmemesinin bir önemi kalmamıştır. Bu ise, denetimli serbestlik müessesesinin Kanunun gerekçelerinde ifade edilen özellikleriyle ve getiriliş gayesiyle bağdaşmadığı gibi denetimli serbestlik müessesesinin kapsamını, bundan yararlanma ve sona erdirme şartlarını belirleyen yasama organının takdir yetkisini de tamamen ortadan kaldıran bir neticedir.

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 : 2014/26
Karar Sayısı : 2014/78
Karar Günü : 9.4.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :

1- Akhisar İnfaz Hâkimliği	(E.2014/26)
2- Ankara 1. İnfaz Hâkimliği	(E.2014/32)
3- Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesi	(E.2014/33)
4- Bafra Ağır Ceza Mahkemesi	(E.2014/41)
5- Bafra İnfaz Hâkimliği	(E.2014/43)
6- İstanbul Anadolu 1. İnfaz Hâkimliği	(E.2014/48)
7- Ceyhan İnfaz Hâkimliği	(E.2014/55)

İTİRAZLARIN KONUSU : 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Hükümlülerin, kapalı ceza infaz kurumuna iadelerine ilişkin kararların onaylanması ve bu kararlara itiraz edilmesi üzerine açılan davalarda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- E.2014/26 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Anayasa Mahkemesinin 09/01/2014 tarihli ve 28877 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26/12/2013 tarihli ve 2013/133-2013/169 esas ve karar sayılı kararı ile, "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." denilmek suretiyle 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a, 05/04/2012 tarihli ve 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE karar verilmiştir.

Anılan Anayasa Mahkemesi kararında da değinildiği üzere, 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. Öte yandan, 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.

5275 sayılı Kanunun 14/1. maddesinde, açık ceza infaz kurumları, hükümlülerin iyileştirilmelerinde, çalıştırılmaları ve meslek edindirilmelerine öncelik verilen, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen kurumlar olarak tanımlanmıştır.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 14/4. maddesi uyarınca açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler hakkında soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olunması hâli kanun koyucu tarafından kapalı ceza infaz kurumuna iade gerekçesi olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kural bu kişilerin suçlu sayıldıkları gerekçesiyle bir yaptırım niteliğine dönüşmektedir.

Bunun yanında söz konusu kural, hükümlülerin iyileştirilmesi kapsamında çalıştırılmasına ve meslek edindirilmesine öncelik verilen, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimindeki erkek, kadın ve genç hükümlülere yönelik açık ceza infaz kurumlarına ayrılma hakkını ve bu suretle 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 kural, 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, somut olayda uygulanması gereken söz konusu yasa maddesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından, anılan hükmün iptali için Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurulmasına, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar işin geri bırakılmasına, beş aylık yasal süresi içinde Anayasa'ya aykırılık konusunda bir karar verilmezse başvurunun yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına ve hükümlü açısından telafisi imkansız zararlara neden olunabileceği öngörülmekle infazın durdurulmasına karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

KARAR : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 14. maddesinin dördüncü fıkrasındaki, "veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar" şeklindeki ibarelerinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanısıyla İPTALİ için Anayasa'nın 152. maddesine göre Anayasa Mahkemesine BAŞVURULMASINA,

2- Anayasa'nın 152/3. maddesi uyarınca beş aylık yasal süresi içinde Anayasa'ya aykırılık konusunda bir karar verilmezse başvurunun yürürlükteki kanun hükümlerine göre SONUÇLANDIRILMASINA,

3- Başvurunun mahiyetine göre hükümlü açısından telafisi imkansız zararlara neden olunabileceği öngörülmekle başvuru hakkında bir karar verilinceye değin hükümlü … hakkındaki İNFAZIN DURDURULMASINA,

Dair dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verildi"

B- E.2014/32 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" hükmü ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına göre "Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır." hükmü Bu madde masumiyet karinesini güvence altına alan temel düzenlemelerdir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun "Açık ceza infaz kurumları kenar başlıklı 14. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden… hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı hakkında soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar'... 'kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler. Bu karar, infaz hâkiminin onayına sunulur." hükmü,

02/09/2012 tarih ve 28399 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin "Kapalı kuruma iade" kenar başlığı ile düzenlenen 12. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde düzenlenen "Açık kurumlarda cezası infaz edilmekte olan hükümlülerden; Haklarında üst sınırı yedi yıldan az olmayan başka bir suçtan soruşturma veya kovuşturması devam etmekte olanlar ile üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan henüz kesinleşmemiş mahkûmiyet kararı bulunanlar, kurum yönetim kurulu kararı ile kapalı kurumlara iade edilir ve bu karar derhâl infaz hâkimliğinin onayına sunulur." hükmü,

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun "Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı" kenar başlıklı 105/A maddesinde;

"(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 eğitim evinde 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."

Hükümleri düzenlenmiştir.

5275 sayılı Kanunun 14. maddesi ve buna dayalı olarak çıkarılan Yönetmeliğin "Kapalı kuruma iade" kenar başlığı ile düzenlenen 12. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi hükmü hükümlünün açık ceza infaz kurumuna ayrılamamasına veya bu sebepten kapalıya iade edilmesine ve bu suretle kanunda belirtilen diğer koşulları taşımasına rağmen denetimli serbestlik tedbirinden mahrum kalmasına neden olacak ve haksız bazı uygulamalarla kişilerin mağduriyetine yol açabilecektir. Örnek vermek gerekir ise açık ceza infaz kurumunda bulunan bir kişi hakkında, üst sınırı yedi yıldan az olmayan başka bir suçtan soruşturma veya kovuşturması devam etmekte olanlar ile üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan henüz kesinleşmemiş mahkûmiyet kararı bulunanların kurum yönetim kurulu kararı ile kapalı kurumlara iade edileceği veya kapalı ceza infaz kurumunda olup da bu durumda olanların açık ceza infaz kurumuna ayrılamayacağı dikkate alındığında bu durumda bulunan hükümlülerin yasada belirlenen diğer koşulları taşımalarına rağmen hiçbir zaman denetimli serbestlik tedbiri uygulamasından yararlanamayacağı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 tarihli, 2013/133 Esas, 2013/169 sayılı kararında da belirtildiği üzere; yukarıda belirtilen kişiler bakımından öncelikli olarak Anayasa'nın 38. maddesinin ikinci fıkrası ve AİHS'nin 6. maddesinin ikinci fıkrası ile koruma altına alınan "masumiyet karinesi"nin dikkate alınması gerekmektedir.

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 belirlenen miktarının 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.

Yukarıda anılan düzenlemeler uyarınca hükümlüler hakkında uygulanan hükümlerde cezalarının alt ve üst hadleri gösterilen suçları işledikleri iddiasıyla soruşturma veya kovuşturmaya başlanmış olması veya devam edilmesi hâlinde tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri veya kapalı ceza infaz kurumunda bulunanların açık ceza infaz kurumuna ayrılamamaları durumu, kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu düzenlemeler bu kişilerin suçlu sayıldıkları gerekçesiyle bir yaptırım niteliğine dönüşmektedir. Bunun yanında bu düzenlemeler aynı zamanda hükümlünün 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, anılan yasal düzenlemeler, 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.

Avrupa İnsan Hakları (Allenet de Ribemont - Fransa, Y.B ve Diğerleri - Türkiye, Çelik - Türkiye) kararlarında vurgulanan "suçsuzluk karinesi" gereği kişi hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmaksızın peşinen suçlu kabul edilerek bu durumun bir yaptırım niteliğine dönüştüğü, denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı ortadan kaldırmakla sonuçlanacak bir uygulamanın ileride kişinin mahkumiyet dışında başka bir kararla sonuçlanması hâlinde ise telafisi imkansız zararlara neden olunacağı, söz konusu madde de yer alan ibarelerin masumiyet karinesini düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesinin ikinci fıkrasına ve AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu 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 hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna iadesinin onaylanmasına ilişkin kararın kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.

KARAR : Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Hâkimliğimizin 20/12/2013 tarih ve 2013/2153 Esas, 2013/2191 Karar sayılı olan davasında uygulama yeri bulunan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun "Açık ceza infaz kurumları" kenar başlıklı 14. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden… "soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar ile"…. ibaresinin Anayasa'nın 38. maddesinin ikinci fıkrası ve AİHS'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı görmesi nedeniyle ANAYASA MAHKEMESİNE İPTAL TALEBİ İLE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2- Hükümlü hakkında daha önce Hâkimliğimizce verilen 20/12/2013 tarih ve 2013/2154 Esas, 2013/2189 sayılı Kararın kaldırılmasına,

3- Kararın hükümlüye ve ilgili ceza infaz kurumlarına tebliğine,

4- Karar aslının ve dosyanın onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine,

Dair karar; dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda verildi."

C- E.2014/33 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"KONUSU : 29.12.2004 Yayın Tarihli 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 14/4. Maddesinin İptali için itirazdır.

OLAYLAR : Hükümlü …'ın Keşan Asliye Ceza Mahkemesinin 2011/103-101 E-K sayılı 24.02.2011 tarihli kararı ile göçmen kaçakçılığı suçundan 2 yıl 6 ay hapis cezasının infazı için Edirne Açık Ceza İnfaz Kurumunda bulunduğu sırada İpsala Cumhuriyet Başsavcılığı hazırlık bürosunun 02.01.2014 tarih, 2011/886 esas sayılı müzekkeresi ile göçmen kaçakçılığı suçundan soruşturmanın devam ediyor olması nedeniyle hükümlünün Edirne Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Yönetim Kurulu'nun 02.01.2014 tarih ve 2014/3 sayılı kararı ile verilen Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğinin 12/1-f maddesi gereğince hakkında üst sınırı 7 yıldan az olmayan başka bir suçtan soruşturma bulunması nedeniyle kapalı ceza infaz kurumuna iadesine dair kararın Edirne 1.İnfaz Hakimliği'nin 07.01.2014 tarih ve 2014/22 esas, 2014/49 sayılı kararı ile 5275 Sayılı Yasanın 14/4 ve Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılma Yönetmeliği'nin 12/1-f maddesi gereğince onaylanmasına karar verildiği, hükümlünün bu karara itiraz ettiği, itirazı inceleyecek mahkememizin 5275 sayılı yasanın 14/4 ve 14/2. madde gereğince 02.09.2012 tarihli 28399 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin 12/1-f maddesinin Anayasa'nın 38/4. maddesinde belirlenen masumiyet karinesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2. maddesinde belirlenen masumiyet ilkesine aykırı görüldüğünden itiraz yoluna başvurulmuştur.

DELİLLER : İtiraz konusu olan Edirne 1. İnfaz Hakimliği dosyası ve ilgiliye ait infaz dosyası onaylı suretleri, Anayasa Mahkemesi'nin masumiyet ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle 5275 sayılı yasanın 105/a maddesinin 7/b-c fıkralarının iptal gerekçeleri ve benzeri konulardaki görüşleri.

HUKUKİ SEBEPLER VE SONUÇ : Mahkememizin Edirne 1. İnfaz Hakimliği'nin yukarıda tarih ve sayısı yazılı karara yönelik hükümlünün açık ceza evinde iken hakkında üst sınırı 7 yıldan fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan soruşturma olması nedeniyle açık ceza evinden kapalı cezaevine iade yönündeki ceza infaz kurumu yönetim kurulu kararının 5275 sayılı Yasanın 14/2 ve Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin 12/1-f maddesi gereğince onaylanmasına dair karara hükümlünün itirazı üzerine 5275 sayılı Yasanın 14/4. maddesinin bakmakta olunan davada uygulanacak hüküm olduğu,

buna göre "...hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında .... Veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı 7 yıldan az olmayan bir başka suçtan dolayı soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar..., kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler" şeklindeki 5275 sayılı Yasanın 14/4. maddesinde tırnak içinde yazılı olan hükmün Anayasa'nın 38/4. maddesinde yazılı "suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılmaz" şeklindeki düzenlemeye aykırı olduğu, bu haliyle soruşturma sonucunda ilgili hakkında takipsizlik kararı verilebileceği gibi, yargılama sonucunda beraatle sonuçlanıp kesinleşebilecek bir karar verilebileceği, bu haliyle ilgili hakkındaki soruşturma ya da yargılama sonucunun belirsiz olduğu, bu belirsizlik sonuçlanıncaya kadar kişi için kanuni bir hak olan açık ceza evinden kişi lehine daha aleyhe bir takım sonuçlar doğuran kapalı ceza infaz kurumuna nakli ve bu arada cezasının tamamlanabileceği bir sürece kişiyi sürüklemek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2. maddesinde belirtilen masumiyet karinesi ile Anayasamızın 38/4. maddesinde belirtilen masumiyet hükümlerine aykırıdır. Hükümlünün hakkındaki soruşturmanın takipsizlikle sona ermesi ya da yargılamanın beraatle kesinleşmesi hâlinde halen çekmekte olduğu infaz hükmü de tamamlanmış olacağından haklarının iadesi de mümkün olamayacaktır.

Bu haliyle Anayasa'ya aykırılık teşkil eden hükmün iptali oybirliğiyle saygı ile arz olunur."

D- E.2014/41 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Hükümlü … müdafii Av. … 21/01/2013 tarihli dilekçesi ile Bafra İnfaz Hâkimliğinin 09/01/2014 tarih, 2014/32-29 E.K. sayılı kararının kaldırılarak müvekkili hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak mağduriyetinin giderilmesini talep etmiştir.

Bafra İnfaz Hâkimliğinin 09/01/2014 tarih, 2014/32-29 E.K. sayılı kararı incelendiğinde,

Hükümlünün Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 01/11/2011 tarih, 2010/357-2011/275 E-K sayılı ilamından 5 Yıl 7 Ay 15 Gün Hapis cezasını Bafra Açık Ceza İnfaz Kurumunda infaz ettiği, Bafra Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığı'nın 08/01/2014 tarih 2014/41 sayılı iade kararı ile hükümlü hakkında Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 07/01/2014 tarih, 2012/236 esas sayılı dosyasından yargılandığı, hükümlü hakkında

11 Yıl 3 Ay Hapis cezasına hükmedildiği ve dosyanın temyiz incelemesine esas Yargıtay'da olduğundan bahisle hükümlünün açık ceza infaz kurumu şartlarına uymadığından bahisle Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna iadesine karar verildiği ve Bafra İnfaz Hakimliğinin 09/01/2014 tarih, 2014/32-29 E-K sayılı kararı ile bu kararın onaylandığı 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 14/4. maddesinde "Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar ve hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar, kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler. Bu karar, infaz hâkiminin onayına sunulur." hükmü yer almaktadır.

Yine Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğinin 12. maddesi f bendi "Haklarında üst sınırı yedi yıldan az olmayan başka bir suçtan soruşturma veya kovuşturması devam etmekte olanlar ile üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan henüz kesinleşmemiş mahkûmiyet kararı bulunanlar kurum yönetim kurulu kararı ile kapalı kurumlara iade edilir ve bu karar derhâl infaz hâkimliğinin onayına sunulur." hükmü yer almaktadır.

Somut olayda; hükümlünün Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 01/11/2011 tarih, 2010/357-2011/275 E-K sayılı ilamından 5 Yıl 7 Ay 15 gün hapis cezasına hükümlü olduğu ve bu cezasını Bafra Açık Ceza İnfaz Kurumunda infaz ederken, Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 07/01/2014 tarih, 2012/236 esas sayılı dosyasından yargılandığı, hakkında 11 Yıl 3 Ay Hapis cezasına hükmedildiği ve dosyanın temyiz incelemesine esas Yargıtay'da olmasından dolayı hükümlünün açık

ceza infaz kurumu şartlarına uymadığından bahisle Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna iadesine karar verildiği ve Bafra İnfaz Hakimliğinin 09/01/2014 tarih, 2014/32-29 E-K sayılı kararı ile bu kararın onaylandığı ve hükümlünün hak ederek tahliye tarihine kadar cezasının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine dair karar verilmiştir.

Hükümlü müdafii Av. … itirazında; kovuşturma aşamasının iddianamenin kabul edilmesi ile başladığını, mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesi ile son bulduğunu, bu bahsedilen süreçte kişinin suçlu olduğundan bahsetmenin ve bu sürece ilişkin olarak yaptırımlar uygulamanın masumiyet karinesine aykırı olduğunu, sonuçta müvekkilinin Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin verdiği kararda tutuksuz olarak yargılandığını, Anayasada masumiyet karinesinin söz konusu olduğunu, hiç kimsenin yargılandığı bir suçtan mahkum olmadığı sürece suçlu adledilemeyeceğini, müvekkilinin kesinleşmeyen karardan dolayı kapalı ceza infaz kurumuna iadesinin Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğundan bahisle bu karara itiraz etmiştir.

Bu hususta, Bafra İnfaz Hâkimliğine yapılan itirazı inceleme yetkisi mahkememize aittir.

Yasal mevzuat ve aşamalar, dosyadan da anlaşılacağı gibi yukarıda anlatıldığı şekildedir.

Hükümlünün kapalı cezaevine iadesine sebep olan Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 07/01/2014 tarih, 2012/236 esas sayılı yazıları incelendiğinde gerçekten de 5275 sayılı Yasa 14/4. maddesi, Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği 8/2-b ve 12/f maddelerindeki koşulların sağlandığı görülmektedir. Hükümlünün Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinden aldığı mahkumiyet kararı Yargıtay temyiz incelemesinde olup, henüz kesinleşmemiştir. Dolayısı ile Yasadaki şekli şartlar gerçekleşmiş ve bu maddeler gereğince verilen kapalıya iade kararı isabetli bir karardır.

Ancak hükümlünün çok doğru şekilde itiraz ettiği gibi, Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2012/236 esas sayılı dosyasından cinsel saldırı suçundan TCK 102/2 maddesi gereğince 11 Yıl 3 Ay Hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, kararın temyiz incelemesine esas Yargıtay'a gönderildiği, Yargıtay'ca karar kesinleştiği takdirde hükümlünün cezasını bihakkın tahliye tarihi dolana kadar kapalı ceza infaz kurumunda infaz edeceği muhakkaktır. Yani temyiz aşaması

sonuçlanıncaya kadar çoktan infaz tamamlanacaktır. Dolayısıyla pratik olarak sadece hakkında böyle bir dava bulunması nedeniyle 18 aylık süreyi cezaevinde infaz edecektir. Yani hakkında başka bir dava dosyasından karar verilmesi hususu bir ceza gibi kapalı cezaevine iade edilmekle sonuçlanan, açık cezaevinde bulunduğu esnada sahip olduğu haklardan mahrum bırakılarak cezai mahiyette bir fiili hükümlülüğe yol açacaktır.

Oysaki Anayasa'nın 38/4. maddesi gereğince Samsun 1. Ağır Ceza Mahkemesinde Cinsel Saldırı 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. Kaldı ki; kapalı ceza infaz kurumuna iadesine neden olan kovuşturma aşamasında ve hükümle birlikte de hakkında herhangi bir tedbire (tutuklama, adli kontrol, vs.) başvurma ihtiyacı hissedilmediği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin paralel düzenlemeler içeren denetimli serbestlik ile ilgili 5275 sayılı Yasanın 105/A maddesinin 7 numaralı fıkrasının a, b ve c bendlerinin iptaline karar verilmiş bulunması da birlikte değerlendirildiğinde; benzer mahiyetteki söz konusu maddelerin yürürlükte kalması ve hali hazırda ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin daha ağır şartlar taşıyan kapalı infaz kurumlarına iadesine karar verilmesi vicdanları rahatsız eden durumlara yol açmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2 maddesi de masumiyet karinesinden bahsetmektedir. Hükümlünün başka bir suçtan dolayı aldığı ceza henüz hukuken kesinleşmiş olmamasına rağmen başka bir yargısal karar veya kamu makamlarının beyanları ile hükümlünün karar kesinleşmeden önce cezai yaptırımlara maruz kalması hâlinde masumiyet karinesinin ihlal edileceği açıktır.

Dolayısıyla 5275 S.K'nun 14/4. maddesi hükümleri Anayasamızın 38/4. maddesiyle açıkça çelişmektedir.

Yine hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna iadesine neden olan cinsel saldırı suçundan suçluluğu hükmen sabit değildir, suçlu sayılmaz. Anayasa'nın 11. maddesinin emredici hükmü karşısında ekte belirtilen şekilde hüküm kurularak belirtilen gerekçelerle itirazlarımızın incelenerek karar verilmesi hususu,

Saygılarımızla arz olunur."

E- E.2014/43 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Hükümlü … Açık Ceza İnfaz Kurumunda cezasını infaz etmekte iken Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 17/01/2014 tarih ve 2008/382 esas sayılı müzekkeresiyle hükümlü Engin Eren'in TCK 158/1-i, h, j maddesinden (bu suçun cezasının üst sınırı 7 yıl), 2014/1. maddesinden ve 220/2. maddesinden yargılandığı bildirilmiştir. Bu müzekkere bildirimi sonrasında Bafra Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliğinin 12. maddesi (f) fıkrası gereğince 27/01/2014'de hükümlü …'e Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna iade kararı vermiştir. Söz konusu karar 5275 sayılı Kanunun 14. maddesi 4. fıkrası uyarınca onay alınmak için Hakimliğimize gönderilmiştir.

02/09/2012 tarih ve 28399 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin "Kapalı Kuruma İade" kenar başlığı ile düzenlenen 12. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde düzenlenen "Açık kurumlarda cezası infaz edilmekte olan hükümlülerden; "Haklarında üst sınırı yedi yıldan az olmayan başka bir suçtan soruşturma veya kovuşturması devam etmekte olanlar ile üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan soruşturma veya kovuşturması devam etmekte olanlar ile üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan henüz kesinleşmemiş mahkumiyet kararı bulunanlar, kurum yönetim kurulu kararı ile kapalı kurumlara iade edilir ve bu karar derhal infaz hakimliğinin onayına sunulur" şeklinde düzenlenmiştir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun "Açık Ceza İnfaz Kurumları" kenar başlıklı 14. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden... Hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı hakkında 'soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar'... kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler. Bu karar, infaz hakiminin onayına sunulur." şeklinde düzenlenmiştir.

26/12/2013 tarihli Anayasa Mahkemesinin 2013/133 esas, 2013/169 sayılı iptal kararından önce denetimli serbestlikten yararlanan hükümlülerin haklarında denetimli serbestlik uygulanmaya başlamadan önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı belli ağırlıkta olan bir suçtan yargılama, soruşturma olması hâlinde bu tedbire son verilmesi öngörülüyordu. Bahis konusu o düzenleme (105/A 7-b bendi); 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 hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hakimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. şeklinde düzenlenmekteydi.

Ceza hukukunda bir kişinin suçlu kabul edilebilmesi için hakkındaki mahkumiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir. Ceza muhakemesinin evrelerinden olan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında ise kişi kesin hükümle mahkum olmadığından suçlu olarak nitelendirilemez ve bu suç nedeniyle hakkında ceza hukuku alanına giren yaptırımlar uygulanmaz. Söz konusu ilke (suçsuzluk karinesi) normlar hiyerarşisinin en üstünde olan Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında vücut bulmuştur.

Denetimli serbestlik kararının verilmesinden önce veya sonra, kurallarda cezalarının alt ve üst hadleri gösterilen suçları işledikleri iddiasıyla soruşturma ve 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 4. fıkrasında düzenlenen "suçsuzluk karinesi" ile bağdaşmamaktadır. Öte yandan itiraz konusu edilen ve kaldırılan bu kararlar ilgilileri, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından ve bu olanağı yürürlüğe koyan üstün hukuk kurallarından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin ilkelerinden olan hukuk güvenlik ilkesini de ihlal etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları (Allenet de Ribemont-Fransa, Y.B ve Diğerleri-Türkiye, Çelik-Türkiye) kararlarında vurguladığı "suçsuzluk karinesi" gereği kişinin hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmaksızın peşinen suçlu kabul edilerek bir yaptırım niteliğine dönüşmekte, denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı ortadan kaldırmakla sonuçlanacak bir uygulamanın ileride kişinin mahkumiyet dışında başka bir kararla sonuçlanması hâlinde ise, telafisi imkansız zararlara neden olunacağı, söz konusu madde de yer alan ibarelerin masumiyet karinesini düzenleyen Anayasa'nın 38/2. maddesine aykırı olduğu ve AİHS'nin

adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/2 maddesi ile bağdaşmadığı gerekçeleriyle 26/12/2013 tarihinde hükümlülerin belli bir cezanın (7 yıl, 1 yıl) üstünde yargılanmaları hâlinde denetimli serbestliklerinin yanarak kapalıya iade edilmelerini düzenleyen 105/A 7/b ve c bendlerini Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğunu kabul ederek iptal etmiştir.

Şu an itibariyle yürürlükte olan 5275 sayılı Kanunun 14. maddesi Anayasa Mahkemesinin 26/12/2013 tarihinde iptal ettiği 105/A 7/b bendiyle paralel bir düzenlemedir. Bunun sonucu olarak; 5275 sayılı Kanunun 14. maddesi yürürlükte olduğu sürece Anayasa Mahkemesinin 26/12/2013 tarihinde aynı Kanunun 105/A 7/b bendinin iptal edilmesi pratikte bir değişiklik meydana getirmemiştir. Zira denetimli serbestlikten yararlanabilmenin ön şartlarından birisi de hükümlünün açık ceza infaz kurumunda olması ya da açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşımasıdır.

Bu haliyle Anayasa Mahkemesi'nin 26/12/2013 tarihinde verdiği karar ile artık üst sınırı 7 yıl ve daha üzeri ceza gerektiren suçtan yargılanan hükümlüler denetimli serbestlikten yararlanma olanağı bulsa bile aynı kişiler (yine aynı sebepten), (İnfaz Kanunu 14 ve açığa ayrılma Yönetmeliğinin 12. maddesine göre) hiçbir zaman açık cezaevine ayrılamayacaklarından ve açık ceza evine ayrılma şartlarını taşıyamayacağından, dolayısıyla denetimli serbestlikten yine yararlanamayacaktır.

Anayasa Mahkemesinin 105/A 7/b ve c bendlerine ilişkin 26/12/2013 tarihli iptal kararı neticesinde 7 yıl ve daha fazla cezayı gerektiren suçtan soruşturması ya da kovuşturması olan hükümlüler diğer şartları da taşımaları sonucunda denetimli serbestlik kurumundan yararlanarak bir nevi özgürlüklerine kavuşmaktadırlar. Öte yandan açık cezaevinde bulunan ya da açık cezaevine ayrılmaya hak kazanan hükümlülerin sırf 7 yıl ve daha fazla cezayı gerektiren bir suçtan soruşturma ya da kovuşturması olması nedeniyle 5275 sayılı Kanunun 14. maddesine göre cezalarını infaz koruma memurlarının gözetim ve denetimi altında infaz edebilme imkanını yitirmeleri masumiyet ilkesinin yanında eşitlik ilkesini de zedelemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kişinin suçlu olduğuna ilişkin ima veya ilan eden beyanlarla dahi suçsuzluk karinesinin zarar gördüğüne ilişkin kararları karşısında (Allenet de Ribemont-Fransa, Y.B ve Diğerleri-Türkiye, Çelik-Türkiye) kişinin kapalı ceza infaz kurumunda kalmasını ya da açık cezaevinden kapalı cezaevine girmesine yol açacak bir kararın masumiyet karinesine aykırı olduğu aşikardır. Bu durumda hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmadan peşinen

suçlu kabul edilerek bu tür bir uygulamanın yapılmasının ileride kişinin mahkumiyet dışında başka bir kararla sonuçlanması hali de telafisi imkansız zararlara neden olacağı, söz konusu maddenin masumiyet karinesini düzenleyen Anayasa'nın 38/2. maddesine ve 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/2. maddesi ile bağdaşmadığı anlaşıldığından aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.

KARAR : Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

Dosyanın Anayasa'ya aykırılık nedeniyle incelenmek ve 5275 SK'nun 14. maddesinin 4. fıkrasında yer alan "... Soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturma veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılanması devam etmekte olanlar ile ..." bölümünün Anayasa'nın 38. maddesinin ikinci fıkrasına ve 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi talebinin sonuca bağlanması için Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

Hükümlü … hakkında verilen Bafra Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığı'nın 27/01/2014 tarih ve 2014/166 sayılı kararın İNFAZININ DURDURULMASINA,

Gerekçeli kararın hükümlüye tebliği ile gereğinin yapılması için Bafra Açık Ceza İnfaz Kurumuna yazı yazılmasına,

Hakimliğimizin 2014/130 Esas sayılı dosyasında 6216 sayılı Kanunun 40/5. maddesinde düzenlenen 5 aylık sürenin gözönüne alınmasına,

Karar aslının ve dosyasının onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildi."

F- E.2014/48 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Yüce mahkeme yukarıda tarih ve maddesi yazılı kararında 105/A-b ve c maddesini iptal ederken çok açık şekilde 7 yıl ve üstü bir suçtan yargılanmakta olmanın veya bu konuda hakkında bir dava açılmış olmasının Anayasanın 38. maddesine göre suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz, şeklinde bu ibarenin Anayasaya aykırı olduğunu ve masumiyet karinesi gereğince bu davaların hükümlünün ceza evindeki gerek denetimli serbestlik yasasından

faydalanma gerekse kapalı ceza infaz kurumuna iadeleri durumunu etkileyemeyeceğini zaten kararın gerekçe bölümünde çok açık bir şekilde belirtmiştir. Bu konuda karar verirken yüce mahkeme 14/4. maddesindeki ibare hakkında da çok açık bir şekilde gerekçesinde bu ibarenin artık göz önüne alınarak uygulamayacağını zaten önceki kararında belirtmiştir. Dolayısı ile bütün karar gerekçe bölümü ile birlikte değerlendirildiğinde iptal edilen hususun 7 yıl ve üstü bir suçtan dolayı yargılanmakta olmanın masumiyet karinesi gereğince suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz demek sureti ile bu ibarenin zaten iptaline karar vermiştir. 14/4. maddede yer alan ibarede aynıdır. Bu madde Anayasanın 38. maddesinin 2. ve 4. maddelerine aykırı olduğu dolayısı ile yüce mahkemenin yukarıda belirtilen önceki iptal kararında belirttiği gerekçelerle Hakimliğimizde aynı şekilde talep konusu 14/4. maddesine göre kapalı ceza infaz kurumuna iadesi yönünde karar vermenin Anayasanın 2 ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 41. maddesinin 2. fıkrası gereğince, Anayasa Mahkemesinin kararına kadar bu dosyamız ve şuan Hakimliğimiz onayına sunulmuş başka dosya bulunmadığından bundan sonra aynı mahiyette gelecek dosyaların bekletici mesele sayılarak, dosyalar hakkında yüce mahkemeden karar verilene kadar bu konuda Hakimliğimizce verilecek kararın ertelenmesine dair karar verilmiştir.

KARAR:

1- 5275 sayılı Kanun 14/4. maddesinde belirtilen hükümlülerin 7 yıl ve üstü bir suçtan dolayı haklarında soruşturma ve kovuşturma olması nedeni ile kapalı ceza infaz kurumuna iadesinin, Anayasa Mahkemesinin 26/12/2013 tarih, 2013/133 esas, 2013/169 sayılı kararına aykırı olduğu anlaşıldığından iptali için ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA,

2- Hükümlü … hakkında verilen Kartal Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Disiplin Kurulu Başkanlığının 23/01/2014 tarih ve 2014/100 sayılı kararının değerlendirilmesinin Anayasaya aykırılık talebimizin sonuçlanıncaya kadar bekletilmesine,

3- Hakimliğimiz onayına sunulan 2014/498 sayılı dosyalar ile bu tarihten sonra Hakimliğimiz onayına sunulacak hücre hapsini içeren dosyaların itiraz başvurusu sonuçlanıncaya kadar bekletici mesele olarak sayılmasına ve bu konudaki kararının yüce mahkemenin kararından sonra verilmesine,

4- Kararın bir suretinin bilgi için Kartal Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne gönderilmesine,

5- Kararın bir suretinin hükümlüye tebliğine,

Dair, Hakimliğimiz onayına sunulan Kartal Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Disiplin Kurulu Başkanlığının 30/10/2013 tarih ve 2013/2401 sayılı kararının değerlendirilmesinin Anayasaya aykırılık talebimizin sonuçlanıncaya kadar bekletilmesi yönünden, 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanununun 6/5-6 ve 5271 sayılı CMK'nın 268 ve diğer maddeleri gereğince, kararın tebliğden itibaren 7 gün içinde Hakimliğimize gönderilmek üzere, ceza infaz kurumu yetkililerine verilecek dilekçe veya sözlü olarak yapılacak itirazın tutanağa bağlanması suretiyle, İstanbul Anadolu 2. Ağır Ceza Mahkemesi Hakimliğine itiraz yolu açık olmak üzere, itiraz olmadığı taktirde kararın kesinleşeceği ihtar olunarak, dosya üzerinde karar verildi."

G- E.2014/55 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Ceyhan Açık Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nün 30.01.2014 tarih ve 2014/21 kararı ile hükümlü hakkında Adana 3. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2013/195 esas sayılı dosyasında 29.01.2014 tarihli kararı ile 6 yıl 3 ay 15 gün hapis ve 25 gün adli para cezası ile cezalandırıldığı, kararın henüz kesinleşmediği, hükümlülerin Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin 12/1-f bendindeki (Haklarında üst sınırı yedi yıldan az olmayan başka bir suçtan soruşturma veya kovuşturması devam etmekte olanlar ile üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan henüz kesinleşmemiş mahkûmiyet kararı bulunanlar) düzenleme gereği hükümlünün Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'na iadesine karar verildiği, verilen kararın 5275 sy. Kanun 14/4. maddesi doğrultusunda Hakimliğimizin onayına sunulduğu, ayrıca hükümlü tarafından da itiraz dilekçesi sunulduğu anlaşılmıştır.

Hükümlünün Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna iadesine ilişkin kararın Hakimliğimiz tarafından onanması için uygulanması gereken dayanak 5275 sy. Kanun'un 14/4. maddesinin "veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar" ibaresinin Anayasa'nın 38., 10. ve 2. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi'nin 26/12/2013 tarih ve 2013/133 E., 2013/169 K. sayılı kararı ile 5275 sy. Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının;

(b) ve (c) bentlerinin iptal edildiği, ilgili iptal kararının gerekçesinde de değinildiği üzere iptal edilen 5275 sy. Kanun'un 105/A 7-b, c maddelerindeki düzenlemenin suçsuzluk karinesi ile bağdaşmadığı değerlendirilmiş olup iptal edilen düzenleme ile benzer bir düzenlemeye 5275 sy. Kanun'un Açık Ceza İnfaz Kurumlarını düzenleyen 14/4. maddesinde yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 26/12/2013 Tarih ve 2013/133 E., 2013/169 K. sayılı iptal kararı ile Denetimli Serbestlik Kurumu'ndan yararlanma aşamasındaki hükümlüler için Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçsuzluk karinesinin göz önüne alınması ve kabul edilmesine rağmen Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Şartlarını Düzenleyen Yönetmelik (Madde 8/2-b ve 12/1-f) ile dayanak Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'na İadeye İlişkin Kanun hükümlerinin (5275 Sy. Kanun 14/4) denetimli serbestlik kurumundan henüz yararlanamayan hükümlüler için Açık Ceza İnfaz Kurumu'na ayrılamama veyahut Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'na iade sonucunu doğurduğu; bu durumdaki hükümlüler için Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen iptal kararının gerekçesinde de değinilen "suçsuzluk karinesinin" bulunmadığı veyahut uygulanmayacağından söz edilemeyeceği, bu itibarla ilgili kanun hükmünün Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Yine ilgili hükmün varlığını devam ettirdiği ve düzenlendiği şekli ile uygulanmaya devam edilmesi hâlinde, anılan iptal kararı da dikkate alındığında (iptal kararından yararlanan hükümlülerin varlığı karşısında) bir takım hükümlüler için kabul edilen suçsuzluk karinesinin diğer bir takım hükümlüler için kabul edilmediği, kesinleşmiş bir mahkumiyeti bulunmamasına rağmen üst sınırı 7 yıldan az olmayan bir suçtan soruşturması bulunan hükümlülerin (itiraza konu infaz dosyasında olduğu gibi yargılama sonucunda 7 yıldan az ceza alsalar bile) Açık Ceza İnfaz Kurumu'na ayrılmalarının mümkün olmayacağı/olmadığı veyahut Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'na iade edilecekleri/edildikleri, bu itibarla söz konusu kanun hükmünün (5275 sy. Kanun 14/4) varlığını devam ettirmesi hâlinde 5275 sy. Kanun'un 105/A 7-b, c maddelerinin iptali ile lehine hukuki sonuç doğan hükümlüler dikkate alındığında Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırı olduğu düşünülmektedir.

Yine hakkında kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunmamasına rağmen, yapılan soruşturma ve kovuşturmaların hükümlülerin kesinleşmiş mahkumiyetlerinin infazı aşamasındaki hukuki durumlarına olumsuz olarak yansıtılmasının hukuki güvenilirlik ilkesi ile de bağdaşmayacağı -sonuçları önceden belli olmayan ve kesinleşmemiş durumdaki soruşturmaların üst sınırlarındaki ceza miktarları baz alınarak, peşinen- hükümlülerin lehlerine olan infaz hükümlerinden yararlanmasını

engelleyen söz konusu kanun hükmünün (5275 Sy. Kanun 14/4) Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen Hukuk Devleti ilkesine de aykırı olduğu, yapılan soruşturma ve kovuşturmalar neticesinde ceza verilmesi ve bu cezanın kesinleşmesi hâlinde devletin bu cezaların infazını her zaman yeniden Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarında sağlayabileceği düşülmektedir.

Yukarıda değinilen gerekçeler ile 5275 sy. Kanun'un 14/4. maddesindeki "veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar" ibaresinin Hakimliğimizde oluşan tam ve bağımsız vicdani kanaat doğrultusunda Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirildiğinden iptali için Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurulmasına dair aşağıdaki karar verilmiştir.

NETİCE VE İSTEM : Yukarıda Değinilen Gerekçeler İle;

1- Hakimliğimizin 2014/183 Esas sayılı dosyasında uygulanma yeri bulunan 5275 sy. Kanun'un 14/4. maddesindeki "veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar" ibaresinin Anayasa'nın 38., 10. ve 2. maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden; ilgili ibarenin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenerek iptal edilmesi,

2- İş bu itiraz başvuru kararının Hakimliğimizde görülmekte olan aynı nitelikteki infaz dosyalarının arasına alınarak Anayasa Mahkemesi kararının bu dosya ve benzer dosyalar için bekletici mesele yapılmasına ve başvurunun sonuçlanmasının 5 aylık süre için beklenilmesine,

3- Karar aslının ve dosya ve infaz dosyasının onaylı örneğinin gereğinin takdiri için Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine,

Dair, dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5275 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 14. maddesi şöyledir:

*"**Açık ceza infaz kurumları***

***Madde 14-** (1) Açık ceza infaz kurumları, hükümlülerin iyileştirilmelerinde, çalıştırılmaları ve meslek edindirilmelerine öncelik verilen, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen kurumlardır. Açık ceza infaz kurumları ihtiyaca göre ayrıca;*

a) Kadın açık ceza infaz kurumları,

b) Gençlik açık ceza infaz kurumları,

Şeklinde kurulabilir.

(2) Hükümlülerin açık cezaevlerine ayrılmalarına ilişkin esas ve usûller yönetmelikte gösterilir.

(3) İlk kez suç işleyen ve iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlü bulunanların cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilebilir.

(4) Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar ve hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar, kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler. Bu karar, infaz hâkiminin onayına sunulur. "

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

A- E.2014/26 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca 27.2.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "*…veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar…*" ibaresinin esasının incelenmesine, sınırlama sorununun esas inceleme evresinde ele alınmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2014/32, E.2014/43 ve E.2014/55 Sayılı Başvurular Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca E.2014/32 sayılı dosyanın 27.2.2014, E.2014/43 ve E.2014/55 sayılı dosyaların ise 13.3.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında; dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C- E.2014/33 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca 27.2.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama 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.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan *"…hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında … veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar … kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler."* ibarelerinin iptalini istemiştir.

Bakılmakta olan dava, hükümlü hakkında soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturmasının devam etmesi nedeniyle açık ceza infaz kurumunda iken kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilmesine dair kararın onaylanması konusundaki karara itiraza ilişkindir.

İtiraz konusu ibarelerden *"…hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında…"* ibaresi, hükümlünün, başka bir suçtan dolayı tutuklaması ile ilgili olup dosyada hükümlüye yönelik bir tutuklama kararı bulunmamaktadır. Dolayısıyla *"…hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında…"* ibaresi, bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

Öte yandan, itiraz konusu ibarede yer alan, *"…olanlar…"* ibaresi hem hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı olanlar hem de soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması hem de böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar için geçerli, uygulanması gereken ortak düzenlemeleri içermektedir. İptali istenilen *"…kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler."* ibaresi ise hem yukarıda belirtilen durumlar, hem de kuralda yer alan *"Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar… ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar…"* bölümü için geçerli ve ortak düzenlemeleri içermektedir.

Bu nedenle;

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan;

1- "*…hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında…*" ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- "*… veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar …*", "*… kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler.*" ibarelerinin esasının incelenmesine,

3- "*… veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar …*", "*… kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler.*" ibarelerinin esasına ilişkin incelemenin, "*… veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte…*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

D- E.2014/41 ve E.2014/48 Sayılı Başvurular Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca 13.3.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemeler, Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptalini istemişlerdir.

Bakılmakta olan davalar, hükümlülerin haklarında, kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yılın üzerinde olan başka bir suçtan dolayı tutuksuz yargılanmaları nedeniyle, kapalı ceza infaz kurumuna iadelerine ilişkin kararların onaylanmalarına ilişkindir.

İtiraz konusu kuralda, dava konusu olan açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen

cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar dışında;

- Kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar,

- Hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı olanlar,

- Soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan başka bir suçtan soruşturması devam etmekte olanlar,

- Yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar,

hakkında da kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilmelerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Dolayısıyla, itiraz konusu kuralda yer alan "*Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar ve hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı veya…*", "*…bir başka suçtan soruşturması …*" ve "*… ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar,*" ibareleri ile "*Bu karar, infaz hâkiminin onayına sunulur.*" cümlesi bakılmakta olan davalarda uygulanacak kural değildir.

Bu nedenle,

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinde yer alan "*Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar ve hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı veya…*", "*…bir başka suçtan soruşturması …*" ve "*… ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar,*" ibareleri ile "*Bu karar, infaz hâkiminin onayına sunulur.*" biçimindeki ikinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemelerin bakmakta olduğu

davalarda uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibarelere ve cümleye ilişkin başvurunun Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- Birinci cümlesinde yer alan "*… soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan…*", "*…veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar…*" ve "*… kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler.*" ibarelerinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARLARI

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasının tamamının ve belirli bölümlerinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan E.2014/32 ve E.2014/33 sayılı itiraz başvurularının 27.2.2014 gününde, E.2014/41, E2014/43, E.2014/48 ve E.2014/55 sayılı itiraz başvurularının ise 13.3.2014 gününde, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2014/26 sayılı dava ile birleştirilmelerine, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2014/26 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 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, başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

İlk inceleme kararları göz önüne alındığında, Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasının "*… veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya*

böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar ile…" ve *"…kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler."* ibarelerinin esasının incelenmesi gerekmektedir.

Ancak, itiraz konusu kuralda yer alan *"…olanlar ile…"* ibaresi, hem başvuruda bulunan mahkemelerin bakmakta oldukları davalarda, hem de bu davalardaki uyuşmazlıklar dışında kalan *"…hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı…"* olanlar için de geçerli, ortak bir kuraldır.

İtiraz konusu kuralda yer alan "… *kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler…"* bölümü ise Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "…*soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte…"* hükmü dışında, açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden,

- Kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar,

- Hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı olanlar,

- Yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar,

yönünden de geçerli, uygulanması gereken ortak düzenlemelerdir.

Bu nedenle, *"... veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar ile…"* ve *"… kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler."* ibarelerine ilişkin esas incelemenin, *"…veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararlarında, hükümlülerin, kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan dolayı soruşturulmaları veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılamalarının devam etmesi hâlinde kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilmelerinin, kişilerin suçlu olup olmadıkları kesinleşmeden suçlu sayılmaları ve yaptırım uygulanması anlamını taşıdığı, itiraz konusu kuralın hükümlülerin açık ceza infaz kurumlarına ayrılma haklarını ve bu suretle hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı ortadan kaldırdığı, bir kısım hükümlüler için kabul edilen suçsuzluk karinesinin diğer bir kısım hükümlüler için kabul edilmemesinin eşitsizliğe yol açtığı belirterek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 14. maddesinin itiraz konusu kuralın da bulunduğu (4) numaralı fıkrasında, açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar ve hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananların, kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderileceği ve bu kararın, infaz hâkiminin onayına sunulacağı 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; Kanun'a 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.

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 belirtilmek suretiyle suçlunun da diğer bireyler gibi onurlu bir yaşam hakkının bulunduğu bilincine vurgu yapılmış ve çağdaş ceza hukukunda benzer haklara ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmüştür.

Açık ceza infaz kurumları, hükümlülerin iyileştirilmelerine, çalıştırılmaları ve meslek edindirilmelerine öncelik verilen, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen kurumlardır. Bu kurumlar, çağdaş ceza infaz sistemlerine uygun olarak, hapis cezasının infazı bakımından, hükümlünün suçluluk nedeni, suç sicili, fizik ve ruhsal yeteneği ve sınırları, kişisel doğası, arz edebileceği tehlike hâli ve hapis cezasının

süresi de dikkate alınarak, iş ve çalışma esasına dayalı olarak kurulmuş olup, bu suretle, hükümlülerin çalışmaları suretiyle iyileştirilmelerini ve meslek edinmelerini sağlayarak topluma yeniden kazandırılmaları amaçlanmıştır.

İtiraz konusu kural uyarınca, hükümlü hakkında kanunda öngörülen cezanın üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılamasının devam etmesi hâlinde, hükümlü cezasını açık ceza infaz kurumunda çekmekte iken, kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmekte ve söz konusu kural nedeniyle cezasını açık ceza infaz kurumunda çekme imkânından yoksun kılınmaktadır.

İtiraz konusu kural, kanun koyucu tarafından hükümlünün açık ceza infaz kurumlarına ayrılma şartlarının ortadan kalkması ve toplum için bir tehlike oluşturabilecek olmasını gözeterek tedbir amaçlı olarak düzenlenmiş ise de kural uyarınca bu kişilerin kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri, suçlu sayıldıkları gerekçesiyle kendilerine verilen bir yaptırım niteliğine dönüşmektedir. Ayrıca, itiraz konusu kural, açık ceza infaz kurumlarından beklenen kamusal yararı da ortadan kaldırmaktadır. Kanun'un çıkarılma ve açık ceza infaz kurumlarının kurulma amaçları 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 kural, ilgililerin, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesini de ihlal etmektedir.

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

Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ve Zühtü ARSLAN bu görüşe, yalnızca itiraz konusu kuralda yer alan *"…soruşturması veya…"* ibareleri yönünden farklı gerekçeyle katılmışlar, kalan bölümler yönünden ise katılmamışlardır.

M. Emin KUZ iptale ilişkin görüşe katılmamıştır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmemiştir.

VII- SONUÇ

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan;

A- *"…veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte olanlar ile…"* ve *"…kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler."* ibarelerine ilişkin esas incelemenin, *"…veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

B- *"…veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile Zühtü ARSLAN'ın ibarede yer alan *"…soruşturması veya …"* sözcüklerinin iptaline, kalan bölüme ilişkin itirazların ise reddine karar verilmesi gerektiği yönündeki görüşleri ve karşıoyları, M. Emin KUZ'un ise itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmesi gerektiği yönündeki karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

9.4.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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	

FARKLI GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇESİ

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, "*Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerden kınamadan başka bir disiplin cezası alanlar ve hükümlü oldukları suçtan başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı* ***veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte*** *olanlar ile yaş, sağlık durumu, bedensel veya zihinsel yetenekleri bakımından çalışma koşullarına uyum sağlayamayacakları saptananlar, kurum yönetim kurulunun kararı ile kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilirler*" denilmektedir.

Mahkememiz, fıkrada yer alan *"veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte"* ibaresinin, kişilerin masumiyet karinesini ve hukuk güvenliğini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. İptal kararına, kuralda yer alan "*soruşturması veya*" ibaresi yönünden farklı gerekçeyle katılıyor, kalan kısmı yönünden ise katılmıyoruz.

I- FARKLI GEREKÇE

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 kuralda, açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler hakkında cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturmanın olması veya böyle bir suçtan dolayı yargılamanın devam etmesi halinde, bu kişilerin kapalı infaz kurumuna gönderileceği hükme bağlanmıştır. 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 açık infaz kurumundan kapalı infaz kurumuna gönderilmeleri ölçülü değildir. Bu nedenle, itiraz konusu kuralda yer alan "*soruşturması veya*" ibaresinin, hukuk

devletinin gerektirdiği hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmadığından iptali gerekir.

II- KARŞIOY GEREKÇESİ

Mahkememiz çoğunluğu itiraz konusu kuralın 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.

1) Anayasa'nın 38. Maddesi Bakımından İnceleme

Mahkememiz kararında da belirtildiği üzere, açık ceza infaz kurumları hükümlülerin ıslahına ve meslek edindirilmelerine öncelik veren, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen infaz kurumlarıdırlar. Kanun koyucu, açık ceza infaz kurumlarına ayrılabilmek ve buralarda kalabilmek için belli şartlar getirmiştir. İtiraz konusu kural da, cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan başka bir suçtan dolayı hükümlü hakkında soruşturma veya devam eden yargılamanın bulunması durumunda, bu kişilerin kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmelerine yönelik bir düzenleme içermektedir.

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 kuralın, masumiyet karinesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Bu kurallar, açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturmasının bulunması veya böyle bir suçtan dolayı yargılamasının devam etmesi halinde, kapalı infaz kurumuna gönderileceğini öngörmektedir. Bu durum, ilgili hükümlülere yönelik bir yaptırımdan ziyade, açık ceza infaz kurumunda bulunma şartlarına sahip olmamalarının doğal sonucudur.

Kapalı ceza infaz kurumuna gönderme, bir an için yaptırım olarak nitelense bile, bu yaptırımın masumiyet karinesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Zira 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, bir suç işlediği şüphesinin bulunmasını, açık ceza infaz kurumuna ayrılmanın ve Kanun'un 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi hükmüyle birlikte değerlendirildiğinde denetimli serbestliğin sağlayacağı yararın gerçekleşmesi önünde bir engel olarak görmüştür.

Bu gerekçelerle, kuralın Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

2) Anayasa'nın 2. Maddesi Bakımından İnceleme

Mahkememiz çoğunluğu, iptali istenen kuralın "*ilgililerin, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmekte*" olduğundan hukuk devleti ilkesine de aykırı olduğu görüşündedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, kuralda kişilerin masumiyet karinesinin sağladığı imkanlardan yararlanmasını engelleyen hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Zira masumiyet karinesi, suçluluğu sabit oluncaya kadar hiç kimsenin cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan başka bir suçtan dolayı soruşturmasının veya kovuşturmasının bulunması nedeniyle, açık ceza infaz kurumunda bulunma imkanından mahrum bırakılmaması gibi bir sonucu gerektirmemektedir.

Diğer yandan, iptali istenen kuralın kişilerin hukuk güvenliğini ihlal ettikleri de söylenemez. Kanun koyucunun, açık ceza infaz kurumunda kalmayı belli şartların gerçekleşmesine bağlaması ve bu şartları sağlamadığı anlaşılanların söz konusu imkandan 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 kuralın bu şartları sağlamadığı, dolayısıyla kişilerin hukuki güvenliklerini ihlal ettiği söylenemez.

İptali istenen kuralda yer alan "*soruşturması veya*" ibaresi dışındaki hüküm 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 gerekir. Nitekim, kovuşturma evresinin Cumhuriyet savcısının topladığı deliller çerçevesinde hazırladığı iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesiyle başlaması da bunu göstermektedir.

Bu çerçevede, iptali istenen kuralda yer alan "*soruşturması veya*" ibaresi dışında kalan kısmın gerek suçun işlenmiş olabileceğine dair kuvvetli bir şüphe içermesi, gerekse "kovuşturma" şartının kanunda üst ceza sınırı gösterilen suçlar için geçerli olması nedeniyle ölçülü olmadıkları söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuraldaki "*soruşturması veya*" ibaresi dışındaki kısmın 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 14. maddesinin, açık ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerin kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilmelerini gerektiren durumları belirleyen dördüncü fıkrasında yer alan "… veya soruşturma konusu olan suçun kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir başka suçtan soruşturması veya böyle bir suçtan tutuksuz yargılaması devam etmekte …" ibaresinin, hukuk devleti ilkesi ve suçsuzluk karinesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Maddede, açık ceza infaz kurumlarının, firara karşı engelleri ve dış güvenlik görevlisi bulunmayan, güvenlik bakımından kurum görevlilerinin gözetim ve denetimi ile yetinilen kurumlar olduğu belirtilmekte; madde gerekçesinde ise, hükümlünün suçluluk nedeni, suç sicili, kişisel doğası, arz edebileceği tehlike hâli ve hapis cezasının süresi de dikkate alınarak infaz için açık cezaevine gönderileceği açıklanmaktadır. Böylece, belli şartları taşıyan hükümlülere bu imkânın sağlanması öngörülmektedir. İptaline karar verilen ibarede de bazı şartlar yer almaktadır. Buna göre, hükümlünün hapis cezasının açık cezaevinde infazına devam edilebilmesi için, dördüncü fıkrada sayılan diğer şartların dışında, işlediği iddia olunan ve kanunda öngörülen cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı hakkında soruşturma veya yargılamanın devam etmemesi de gerekmektedir.

Yasama organının, bu şartları, hükümlünün hapis cezasının açık cezaevinde infaz edilebilmesi için kişiliğine ve iyi hâline ilişkin şartlar olarak belirlediği ve bu şartların ortadan kalkmasını, hükümlünün toplum için tehlike oluşturabilecek ve açık cezaevinden rahatça kaçabilecek durumda bulunmasını gözönünde bulundurarak, kapalı cezaevine geri gönderilme sebebi olarak öngördüğü anlaşılmaktadır.

Hapis cezalarının açık cezaevinde infazı, hükümlü açısından bir hak değil, yasama organı tarafından bir atıfet olarak düzenlenen ve hükümlünün kişiliğine, suç nedenine, suç siciline, kısaca iyi hâlli olmasına bağlı olarak uygulanabilecek, belli şartlara bağlı bir infaz şekli olduğundan, bu şartların bulunmadığının anlaşılması veya kaybedilmesi hâlinde açık cezaevinde infazın sona erdirilerek hükümlünün kapalı cezaevine geri gönderilmesi gerekir.

İtiraz konusu kurala dayanılarak kapalı ceza infaz kurumunda infazına devam edilecek olan hapis cezası, soruşturma veya kovuşturma konusu olan yeni suçun değil, önceden işlenen ve kesinleşmiş yargı kararı ile mahkûmiyetle sonuçlanan suçun sonucudur. İşlediği iddia edilen bir suçtan dolayı hakkındaki soruşturma veya yargılamaya devam edilen hükümlünün, işlendiği iddia edilen ve henüz mahkûmiyetle sonuçlanmayan bu suçun cezasının infazı için değil, önceki hapis cezasının kalan kısmı için kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verileceğinden, itiraz konusu ibarede suçsuzluk karinesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, anılan kuralın, 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, hükümlünün hapis cezasının açık cezaevinde infazı bir hak değil, hükümlünün kişiliğine, suçluluk nedenine, suç siciline, arz edebileceği tehlike hâline ve hapis cezasının süresine bağlı olarak uygulanabilecek bir infaz şekli olduğundan, bu şartların bulunmadığı veya sonradan kaybedildiği konusunda şüphe oluşması hâlinde anılan uygulamanın sona erdirilmesine imkân sağlayan bir düzenleme getirmek de yasama organının 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, hapis cezalarının açık ceza infaz kurumlarında infazı ile açık ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerin kapalı ceza infaz kurumlarına geri gönderilmesine ilişkin şartları 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 uygulamanın sona erdirilmesi bakımından soruşturmanın kovuşturmadan farklı olarak ölçülülük ilkesine aykırı olduğu düşünülebilirse de, yukarıda belirtildiği gibi, cezaların infazına ilişkin düzenlemeler konusunda da takdir yetkisine sahip bulunan yasama organının, hapis cezalarının açık cezaevlerinde infazının kapsamını, bundan yararlanma

ve sona erdirme şartlarını belirlerken itiraz konusu kuralda belirtilen suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi arasında fark gözetmediği, soruşturmaya devam edilmesini de açık cezaevinde bulunanların kapalı cezaevine geri gönderilmesi için yeterli bulduğu ve hükümlünün kişiliğinin 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 ibarenin Anayasaya aykırı olmadığını ve itirazın reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2014/34
Karar Sayısı : 2014/79
Karar Günü : 9.4.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 5. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen (E) bendinin Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Ankara İl Jandarma Komutanlığında uzman sivil memur olarak görev yapan davacının, 2011 yılı askerî hâkim alım sınavına katılmak amacıyla yaptığı başvurunun *"askerliğini kısa dönem er olarak yaptığı"* gerekçesiyle reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun "Kaynaklar" başlıklı 2. maddesinde "Askeri hakim ve askeri savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan sağlanacağı hususunun düzenlendiği, aynı maddenin (E) fıkrasında kaynaklardan biri olarak gösterilen "Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanlar." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının Ankara İI Jandarma Komutanlığı emrinde "uzman sivil memur" statüsünde görev yaparken 2011 yılı Türk Silahlı

Kuvvetleri Askeri Hakim alımlar sınavına girmek için yaptığı başvurusunun "askerlik hizmetini, kısa dönem er olarak yapmış olması" gerekçesiyle 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin (E) fıkrası doğrultusunda reddedildiği anlaşıldığından, davacının başvurusunun reddine ilişkin işlemin dayanağı olan 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin (E) fıkrasına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddiası dikkate alınarak Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesi gerekli görülmüştür.

Anayasa'nın 145. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında; "Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adlî yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir. Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

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." denilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesinin hukuk devletini geniş bir şekilde tanımladığı kararları da vardır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 1991 tarih ve K. 1991/43 sayılı kararında şöyle demiştir: "Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez."

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesini çok geniş bir şekilde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, hukuk devleti kavramı

içinde, insan hakları, adalet, eşitlik, Anayasaya saygı, hukukun üstün kurallarına saygı, evrensel hukuk kurallarına saygı, yargı denetimine tâbi olma gibi unsurlar bulunmaktadır.

Kişilerin, devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar. Ayrıca, Devletin, yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa'nın 5. maddesinin de bir gereğidir. (Anayasa Mahkemesinin 20.5.2010 tarih ve E:2009/34, K:2010/72 sayılı kararı)

Anayasa'nın 10. maddesinde; "Herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu; kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu, devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu ve bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı; hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı; devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları" hüküm altına alınmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 14. maddesinde; "Ayırımcılık yasağı bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırımcılık yapılmadan sağlanır." hükmüne yer verilmiştir.

Sözleşmenin 14. maddesi; eşitlikle bağdaşmayan ayrımcı eylemlere ilişkindir. Haklı nedenlere dayanmayan ayrımcı bir eylem ya da farklı işlem, hak ve özgürlüklerin eşitlik koşullarına uygun biçimde kullanılmasını doğrudan yasaklama ve/ya da kısıtlama biçiminde gerçekleştirilebileceği gibi, hak öznelerinin dışlanması ya da yeğlenmesi biçiminde de kendini gösterebilir.

Eşitlik kuralı ve ayrım yasağı ayniyet veya benzerlik gösteren durum ve kişiler için geçerli olup farklı koşullar ve durumlar bakımından ayırım yapılması mümkündür. Sözleşme ile teminat altına alınan haklarla ilgili her türlü ayırım

yasaklanmış olmadığı gibi eşitlik de mutlak değildir. Farklı durum ve koşullar için ayırım mümkündür ama ayırım meşru olması için objektif ve makul bir nedene dayanması, meşru bir amaca yönelik olması ve amaç / araç orantısının makul olması gereklidir.

Askerliğini kısa dönem er olarak yapmış olanlar ile askerliğini hiç yapmamış ya da yedek subay olarak yapmış erkek vatandaşlar arasında ayırım getiren 357 sayılı Yasa'nın kaynaklar başlıklı 2. maddesinin (E) bendinin; farklı düzenleme getirmesinin haklı bir nedeninin olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; kamu yararı ve haklı nedenin, "anlaşılabilir", "amaçla ilgili", "makul ve adil" olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu ölçütten birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır denilebilir.

Nitekim İHAM Belçika Eğitim Dili Davası'nda; "Belirli bir faklılaşma, hiçbir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibinin ihlal edildiği kabul edilir...Makul bir sebebin var olup olmadığı, ele alınan tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki, kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen hedefler arasındaki orantılılık söz konusu toplumun yaşamını belirleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilir." yorumu getirilmiştir.

Anayasa'nın 70. maddesinde; "Her Türk kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." hükmüne yer verilmiştir.

Kanun'un getirdiği sınırlayıcı hükmün amacı meşru ve kamu yararına uygun olsa dahi, amaç ile sınıflandırmanın birbiriyle ilişkili olmadığı durumlarda, kısıtlayıcı hüküm amaca hizmet etmiyorsa eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilir. 357 sayılı Yasada belirtilen koşulları taşıyan erkek vatandaşların, vatani görevlerini kısa dönem er olarak yapmaları durumunda, vatani hizmetlerini yapmaları Askeri Hakimlik sınavına başvuru yapmalarına engel bir hal oluşturmaktadır. Kişinin vatani görevini kısa dönem er olarak yapmaması, görevin gerektirdiği bir nitelik sayılmamalıdır.

Vatan hizmetinin, Anayasa'nın siyasi hak ve ödevler kısmında ödev olarak düzenlendiği, vatandaşların bu ödevi yerine getirmelerinin Anayasal zorunluluk olduğu, vatandaşların vatan hizmetini yapmama gibi bir tercih hakkının bulunmadığı, Anayasal ödevin layıkıyla vatandaşlar tarafından yerine getirilmesi üzerine kendi

aleyhlerine bir durum yaratmaması gerektiğinin kabulü ile kamu hizmetlerine girme hakkının, siyasi haklar ve ödevler kısmında bir hak olarak düzenlendiği ve hizmete alınmada görevinin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemeyeceğine ilişkin amir hüküm karşısında, kamu hizmetinin sağlanmasına yönelik askeri hakim kaynakları arasında askerlik hizmetini yapmamış olmak gibi bir hüküm getirip, askerlik hizmetini kısa dönem er olarak yapmış olanlar aleyhine ayrıma gidilmesi hukuka aykırıdır.

Uyuşmazlık konusu işleme dayanak gösterilen Kanun maddesi kapsamında hukuk fakültelerinden mezun olan erkek vatandaşların, vatani görevlerini kısa dönem er olarak yapmaları durumunda, artık 357 sayılı Yasanın "Kaynaklar" başlıklı maddesinde düzenlenen hiçbir fıkra kapsamında Askeri Hakim sınavına başvuruları kabul edilemeyecektir. Oysaki aynı konumda askerlik hizmetini henüz yapmamış olan hukuk fakültesi mezunu bir kişinin, Askeri Hakimlik sınavına başvurusu 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesi (E) fıkrası uyarınca kabul edilecektir.

Öte yandan, Türkiye'de zorunlu askerlik hizmeti uygulandığı, Yasaya göre Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki her erkek için 20 yaşına geldiğinde ilk askerlik yoklamasının yapıldığı, günümüzde uzun dönem (tam dönem) zorunlu askerlik süresinin 15 ay, Yüksek öğrenim bitirenler için zorunlu hizmet süreleri yedek subay olanlar için 12 ay, kısa dönem er olanlar için 6 ay olduğu, Ön lisans mezunlarının er/erbaş statüsünde uzun dönem askerlik yaptığı, lisans, yüksek lisans veya doktora mezunlarının ise yedek subay adayı olarak askerlik şubelerine müracaat edebildikleri, ancak Türk Silahlı Kuvvetlerinin o anki subay ihtiyacına ve kişinin kendi isteğine göre kişi uzun dönem yedek subay olarak 12 ay (aylıklı) ya da 6 ay Kısa Dönem Er/Erbaş olarak zorunlu askerlik görevlerini tamamladıkları bilinmekte olup, askerlik hizmetinin bir vatan hizmeti olduğu gerçeği karşısında davacının vatan ödevini yerine getirdiği gerekçesiyle başvurusunun kabul edilmemesinin adeta cezalandırıcı bir boyutu olduğu düşünülerek ilgili sınav için yapılan başvurunun sırf askerliğini kısa dönem er olarak yaptığı gerekçesiyle reddedilmesi Anayasal dayanaktan yoksun bulunmaktadır.

Bu itibarla, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin (E) fıkrası Anayasa'nın 2., 10., 70. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. maddesinin 1. fıkrası ile 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bir davaya bakmakta olan Mahkemenin,

taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması öngörüldüğünden; 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun "Kaynaklar" başlıklı 2. maddesinin (E) fıkrasının, Anayasanın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından, anılan hükmün iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dava dosyasının onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar 5 ay süreyle davanın geri bırakılmasına, 04.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 2. maddesi şöyledir:

*"**Kaynaklar:***

***Madde 2-** Askerî hâkim ve askerî savcı ihtiyacı aşağıda belirtilen kaynaklardan sağlanır:*

A) Muvazzaf subay olan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerine giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

B) Askerî liseleri bitirerek harb okullarına kabul olunan isteklilerden, üniversitelerce aranıyorsa, hukuk fakültelerinin giriş sınavlarını veya testlerini kazananlardan bu fakültelere gönderilip öğrenimlerini başarı ile bitirenler,

C) Kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesi bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar.

D) (Ek: 19/1/1981 - 2372/1 md.; Değişik: 1/6/2005 – 5359/1 md.) Harp okulu mezunu ya da en az dört yıllık fakülte veya yüksekokulu Türk Silâhlı Kuvvetleri nam ve hesabına okuyarak muvazzaf subay nasbedilenlerden veya 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine göre dış kaynaktan muvazzaf subay nasbedilenlerden hukuk fakültesi mezunu üsteğmen rütbesinde

veya yüzbaşı rütbesinin ilk üç yılında bulunanlar. Bu subayların taşımaları gereken diğer özel şartlar yönetmelikle belirlenir.

E) (Ek: 22/9/1983 - 2894/1 md.; Değişik: 1/6/2005 – 5359/1 md.) Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanlar.

F) (Ek: 24/5/1989 - 3562/1 md.) Liseleri bitirerek hukuk fakültelerine devam hakkını kazanmış olanlar ile hukuk fakültelerinde okudukları sınıfı başarı ile geçenlerden lüzum ve ihtiyaç duyulduğunda askerî öğrenciliğe kabul edilip, öğrenimlerini tamamlayanlar.

(Değişik: 19/1/1981 - 2372/1 md.) Bu kaynaklardan faydalanmaya ilişkin şekil ve esaslar, Genelkurmay Başkanlığının teklifi üzerine, Milli Savunma Bakanlığınca tespit olunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 18.2.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ 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.

Mahkemede bakılmakta olan davanın konusunu, davacının 2011 yılı askerî hâkim alım sınavına katılmak amacıyla yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlem oluşturmaktadır. Mahkemece gönderilen bilgi ve belgelerden, idari işlemin, davacının askerliğini tamamladıktan sonra hâkimlik sınavına başvurmuş olması nedeniyle talebin reddi yolunda tesis edildiği anlaşılmaktadır. Askerliğini yapanların askerî hâkim olamaması, itiraz konusu kuralda yer alan *"…ve henüz askerliğini yapmamış…"* ibaresinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, anılan ibare davada uygulanacak kural olup itiraz konusu kuralın kalan bölümünün bakılmakta olan davadaki uyuşmazlığın çözümüne bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 357 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen (E) bendine ilişkin incelemenin *"…ve henüz askerliğini yapmamış…"* ibaresiyle sınırlı olarak yapılmasına karar verilmesi gerekmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, askerlik hizmetini kısa dönem olarak yapanların askerî hâkim olmasının engellendiği, askerlik hizmetinin zorunlu olarak yerine getirilmesi gereken anayasal bir ödev olduğu gözetildiğinde, askerî hâkim olabilmenin *"kısa dönem askerlik yapmamış olmak"* şartına bağlanmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ve askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği bir şart olmadığı, ayrıca hukuk fakültesi mezunu erkek vatandaşlardan henüz askerliğini yapmamış olanların askerî hâkim olabilmesi mümkün iken askerliğini kısa dönem olarak yapanların askerî hâkim olamamalarının eşitlik ilkesini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 2. maddesinde, askerî hâkim ve askerî savcı ihtiyacının hangi kaynaklardan sağlanacağı düzenlenmektedir. Maddenin birinci

fıkrasının itiraz konusu (E) bendinde, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadınlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanların askerî hâkim ve askerî savcı olabilmelerine imkân sağlanmaktadır. Sözü edilen bentle, diğer bentlerde sayılanların yanında, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren kadın ve erkek Türk vatandaşlarının da askerî hâkim olabilmesine olanak tanınmakta, ancak itiraz konusu ibareyle, erkek vatandaşlar yönünden bu hak, *"askerliğini yapmamış olmak"* şartına bağlanmaktadır. Buna göre, askerliğini uzun dönem veya kısa dönem er ya da erbaş olarak yapanlar ile yedek subay olarak yapanların, hukuk fakültesini tamamlamış olsalar bile askerlik görevleri bittikten sonra askerî hâkim ve askerî savcı olabilmeleri mümkün değildir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin birinci fıkrasında, *"Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir."* denilmiş; ikinci fıkrasında ise *"Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."* hükmüne yer verilmiştir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hükmü getirilmekle, bir yandan kamu hizmetine alımda aranacak koşulların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanınmakta, diğer yandan da öngörülecek koşulların görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması gereği vurgulanarak kanun koyucunun bu takdiri sınırlandırılmaktadır.

Askerî hâkimlik mesleği, başta hukuk formasyonu olmak üzere sivil hâkimlerde aranan kimi niteliklerin yanında, askeri hizmetin özelliklerine vâkıf olmayı da gerektirebilmektedir. Bu nedenle, askerî hâkimlik görevinde

bulunacaklarda, sivil hâkimlerden farklı olarak askeri hizmetin gerektirdiği farklı bir takım şartların aranması kanun koyucunun takdirindedir. Ancak öngörülen şartların, askerî hâkimlik ve askerî savcılık mesleklerinin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması ve ayrıca hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak adalet ve hakkaniyet ölçüsünü zedelememesi gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralla, askerî hâkim olabilmek için askerlik hizmetinin yapılmamış olması şartı getirilmiştir. Önceden zorunlu askerlik hizmetini yapmış olmanın, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği hangi niteliklerle uyumlu olamayacağı hususu, gerek Kanun'un 2. maddesine gerekse bu maddede sonradan yapılan değişikliklere ilişkin yasama süreçlerinden anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan, askerliğini yapmış olmanın, askerî hâkimlik görevinin nitelikleriyle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmayı haklı kılacak objektif bir neden de tespit edilememektedir. Esasen, askerî hâkimlik mesleğinin gerektirdiği özellikler, adaylık döneminde verilecek eğitimlerle kazandırılabilmekte ve bu dönemde, adayın askerî hâkimlik hizmetinin gerektirdiği donanım ve niteliklere sahip olması temin edilebilmektedir. Kişinin önceden zorunlu askerlik hizmetini yapmış olması, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği tarafsızlık ve diğer niteliklere sahip olamayacağının karinesi olarak da görülemez. Kaldı ki, kişinin askerî hâkimlik mesleğine elverişli olmadığının sonradan anlaşılması durumunda gerek bir yıllık adaylık döneminde gerekse üç yıllık yardımcılık döneminde Türk Silahlı Kuvvetleriyle ilişiğinin kesilmesi mümkündür. Bu itibarla, askerî hâkimlik mesleğine alınmada aranan, *"askerliğini yapmamış olmak"* şartının, Anayasa'nın 70. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında görevin gerektirdiği bir nitelik olduğu söylenemez.

Öte yandan, Anayasa'nın 72. maddesinde, vatan hizmeti olarak nitelenen askerliğin, her Türkün hakkı ve ödevi olduğu belirtildikten sonra, bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceğinin veya getirilmiş sayılacağının kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu yetkiye dayanılarak çıkarılan 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 1. maddesiyle, askerlik hizmeti, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkeğe mecburi kılınmıştır. Her erkek Türk vatandaşının Anayasa ve kanunlar çerçevesinde yerine getirmekle yükümlü olduğu bir vatani görev olan zorunlu askerlik hizmetinin ifasının, askerî hâkimlik ve askerî savcılık mesleğine alınmama nedeni olarak kurallaştırılması ve bu suretle askerlik hizmetine olumsuz bir sonuç bağlanması, hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen;

A- (E) bendine ilişkin esas incelemenin *"…ve henüz askerliğini yapmamış…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

B- (E) bendinde yer alan *"…ve henüz askerliğini yapmamış…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

9.4.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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

26.10.1963 tarih ve 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 2. maddesi, askeri hâkim ve askeri savcı ihtiyacının, sayılan altı ayrı kaynaktan sağlanacağını hüküm altına almaktadır. Anılan maddenin iptal istemine konu (E) bendinde, kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren **"ve henüz askerliğini yapmamış"** erkek vatandaşlardan istemde bulunanların da askeri hâkim olarak başvuruda bulunacakları hüküm altına alınmış; Anayasa Mahkemesince "...ve henüz askerliğini yapmamış..." ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

Hangi kaynaklardan askeri hâkim istihdam edileceği hususu yasa koyucunun takdir hakkı içerisinde olup, askerlik hizmetinin özelliği ve gerekleri dikkate alınarak bu yetki yasa koyucu tarafından kullanılmış ve iptal istemine konu (E) bendinde kendi hesabına hukuk fakültelerini bitiren erkek vatandaşlardan yalnız "askerliğini yapmamış olanların" başvuruda bulunabilecekleri esası öngörülmüştür. Esasen 2. maddenin (c) bendinde, kıtada başarı göstermiş ve bir hukuk fakültesi bitirmiş bulunan yedek subaylardan askerlik görevleri sırasında istemde bulunanlar bakımından da bir imkân öngörülmüştür. Kaldı ki potansiyel askeri hâkim kaynakları sadece 2. maddede sayılanlarla da sınırlı değildir. Örneğin, Türk Silahlı Kuvvetlerinde görev yapmakta olan astsubaylar ve devlet memurlarından bir hukuk fakültesini bitirenler de, maddede sayılmadıkları için askeri hâkimliğe kabul edilemeyecektir. Çoğunluk gerekçesi dikkate alındığında, bu statüdekiler yönünden de bir "olumsuz düzenleme"nin, dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığın ileri sürülmesi kaçınılmazdır. Oysa askerlik hizmetinin özelliği ve gerekleri yasa koyucu tarafından dikkate alınarak, sadece altı bent halinde sayılan kaynaklardan istifade yoluna gidilmiştir.

Söz konusu ibarenin iptali (E) bendindeki kuralın genişletilmesi sonucunu doğurduğu gibi, kanaatimizce, mevcut kuralın Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'ya uygun olduğunu değerlendirdiğimizden; iptale yönelik çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Nuri NECİPOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

357 sayılı Kanunun 2. maddesinin birinci fıkrasının "Kendi hesabına hukuk fakültesini bitiren bayanlar ile aynı durumda olan ve henüz askerliğini yapmamış erkek vatandaşlardan istemde bulunanlar" şeklindeki (E) bendinin Anayasaya aykırılığı itirazında bulunulması üzerine, bu bentte geçen "… ve henüz askerliğini yapmamış…" ibaresinin Anayasanın 2. ve 70. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

1- 357 sayılı Kanunun 2. maddesinde askerî hâkim ve savcı ihtiyacının karşılanacağı kaynaklar sayılmakta; iptaline hükmedilen ibarenin de bulunduğu (E) bendinde ise hukuk fakültesini bitiren erkek vatandaşların askerî hâkim ve savcı olabilmesi, askerliğini yapmamış olma şartına bağlanmaktadır.

Anılan maddede altı bentte sayılan kaynaklar incelendiğinde, askerlik hizmetini yedeksubay veya uzun ya da kısa dönem er yahut erbaş olarak tamamlamış olanların bunlar arasında bulunmadığı görülmektedir. Böylece, kanun koyucunun henüz askerliğin yapılmamış olmasını görevin gerektirdiği nitelikler arasında değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

Anayasanın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin ikinci fıkrasında, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Kararda, anılan hükme göre, hizmete alınmada aranacak şartların belirlenmesi hususunda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu, ancak bu takdirin sınırlı olduğu ifade edilerek itiraz konusu kurala ilişkin takdir yetkisinin de askerî hâkimlik ve savcılık mesleklerinin gerektirdiği niteliklerle sınırlı olduğu; askerliği yapmamış olmanın görevin gerektirdiği bir nitelik olmadığı; askerlik hizmetinin anayasal bir görev olması karşısında bu görevin ifa edilmiş olmasının askerî hâkimliğe alınmama sebebi olarak öngörülmesinin, hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığı belirtilmektedir.

Kararda da belirtildiği üzere, askerî hâkimlik mesleği, diğer hâkim ve savcılarda aranan niteliklerin yanında, askerî hizmetin özelliklerine vâkıf olmayı da gerektirdiğinden, bazı ilâve şartların aranması kanun koyucunun takdirindedir. Anayasanın ilgili hükmünde açıkça öngörülmeyen ve kanuna bırakılan niteliklerin belirlenmesi konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Bu itibarla, kanun koyucunun, askerî hâkimlik görevine alınacaklarda aranacak şartları belirlemede takdir yetkisini kullanırken aradığı "askerliğini yapmamış olma" şartının, görevin gerektirdiği niteliklerden olup olmadığının belirlenmesi anayasallık denetiminin dışındadır. Maddenin (A), (B), (C), (D) ve (F) bentlerinde öngörülen şartlar gibi (E) bendinde öngörülenler de yasama organının, askerî hâkimlik görevinin gerektirdiği nitelikler olarak değerlendirip aradığı şartlardır. Anayasa gereğince söz konusu nitelikleri belirleme yetkisi yasama organına aittir. Yasama organının takdir yetkisini kullanırken belirlediği mezkûr niteliklerin görevin gerektirdiği niteliklerden olmadığının belirtilmesi yerindelik denetimine girer.

2- Maddenin altı bendinde sayılan niteliklerin birbiriyle uyumlu olduğu ve aynı hukukî durumda bulunanlar arasında farklı düzenlemeler öngörmediği de anlaşılmaktadır. Bu sebeple kanun koyucunun anılan şartları belirlerken "askerliğini yapmamış olma" şartını öngörmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı yönündeki tespite katılmak da mümkün değildir.

3- Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin bir kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde hüküm tesis edemeyeceği belirtilmektedir.

İtiraz konusu kuraldaki "…ve henüz askerliğini yapmamış…" ibaresinin iptali, anılan kural ile getirilen imkânın, yasama organının öngördüğü şartları taşımayanlara da tanınması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, düzenlemenin kapsamı kanun koyucunun öngörmediği ölçüde ve yeni bir uygulamaya yol açacak şekilde genişletilmiş olmaktadır.

Bu sebeplerle, iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2014/38
Karar Sayısı : 2014/80
Karar Günü : 9.4.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Muş Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.9.2004 günlü 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 250. maddesine, 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkrada yer alan "*…ve mağdurun ekonomik durumu…*" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

İl Özel İdaresinde kamu görevlisi olarak çalışan sanıkların iş yeri açma ruhsatı almak için başvuran kişilerden haksız menfaat elde ettikleri gerekçesiyle icbar suretiyle irtikâp ve irtikâba teşebbüs suçlarını işlediklerinden bahisle Kanun'un 250. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince cezalandırılmaları istemiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanıklar hakkında TCK.nun 250/1. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasına ilişkin sanıklar hakkında 6352 sayılı Yasa ile eklenen 5237 sayılı TCK.nun 250/4. maddesinin uygulanma kabiliyetinin bulunması karşısında, anılan yasa maddesinde aynen "İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir." şeklindeki hükmünde

belirtilen "mağdurun ekonomik durumu" kriterinin Anayasa'nın 152/1. maddesi gereğince Anayasa'nın 2/1. maddesinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasa'nın 10/1. maddesinde belirtilen "kanun önünde eşitlik", Anayasa'nın 38/3. maddesinde belirtilen "suç ve cezaların kanuniliği", Anayasa'nın 38/7. maddesinde belirtilen "cezaların şahsiliği" ilkelerine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiştir.

Şöyle ki; mevcut kanuni düzenlemenin tatbiki halinde; atılı "irtikap" suçu sabit görülen bir sanığa, suçun mağdurunun ekonomik durumunun iyi olması halinde farklı ceza, kötü olması halinde de farklı ceza uygulanabilecektir. Bu durumun da kamu otoritesini zaafa uğratacağı, kamu kurumundan idari eylem veya işlem talebinde bulunan mağdurun ekonomik durumunun iyi olması halinde, kamu görevlilerinin bu durumun bilinciyle hareket etmesi, mağdurların da işinin daha erken görülebileceği düşüncesiyle, irtikap suçuna zemin hazırlanacağı, bu durumun herşeyden önce hukuk devleti ve devamında eşitlik ilkesine ve ayrıca cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil edeceği muhakkaktır. Kaldıki kanun metninde, mağdurun ekonomik durumunun iyi olması halinde mi yoksa kötü olması halinde mi, veyahut kime ve neye göre iyi veya kötü olması halinde uygulanabileceği de açık değildir, ve bu hususun da suçta ve cezada da kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği açıktır. Bu durum karşısında, irtikap suçunda "mağdurun ekonomik" durumu kriteri ile sanıklar hakkında yasal indirim öngören düzenlemenin 1982 Anayasası'nın 2/1, 10/1, 38/3 ve 38/7. maddelerine aykırılık teşkil ettiği değerlendirilmiştir.

İrtikap suçunun faili kamu görevlisidir. Kamu görevlisi olan fail, bu suçu, icbar suretiyle, ikna suretiyle ve kişinin hatasından faydalanmak suretiyle üç farklı biçimde işleyebilir. Bu suç açısından korunan hukuki değerin; kamu iradesi açısından ve kamu hizmetinden faydalanacak kişiler açısından iki farklı yönü olduğu kabul edilir. Bu sebeple, suçla korunan hukuki değer; idare açısından dürüstlük, kamu idaresinin itibarı ve güvenilirliği iken, hizmetten faydalanılacak kişiler açısından ise zarara uğramalarının önlenmesidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 250/4. maddesinde ise irtikap suçu açısından cezada indirim hükmü getirilmiştir. İrtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak mahkeme verilecek cezadan indirim yapabilecektir. Bu hüküm doktrinde bazı yazarlar tarafından; mağdurun gelir düzeyinin yüksek olması durumunda irtikap konusu elde edilen menfaatinde az olması durumunda verilecek cezada indirim yapılabileceği aksi halde indirim yapılamayacağını ifade etmişlerdir. Kanunun lafzi yorumu açısından mahkemeler bu

hükmü değerlendirirken irtikap edilen menfaatin değerini ve mağdurun ekonomik durumunu göz önüne almaları gerekmektedir. İrtikap edilen menfaatin değeri açısından somut objektif bir kriter kabul edilmesi mümkündür. Bu hususun Yargıtay kararları ile şekillenmesi de mümkündür. Ancak mağdurun ekonomik durumu açısından nasıl bir değerlendirme yapmak gerekecektir? Mağdurun ekonomik durumundaki objektif kıstas ne olacaktır? Bu kıstas nasıl belirlenecektir?

Ayrıca, gerek 765 sayılı TCK döneminde gerek ise 5237 sayılı TCK döneminde, düzenlenen bir takım suçlar ile ilgili olarak hafifletici nedenler öngörülmüştür. Örneğin her iki ceza kanunu döneminde mala karşı suçlarda suçun konusu olan malın değerinin azlığı hafifletici neden olarak kabul edilmiştir. Suç konusu olan malın değerinin az veya fazla olmasına göre indirim yapılmasının kendi içinde bir mantığı vardır. Ancak mağdurun ekonomik durumunun cezayı hafifletici neden olarak görülmesinin gerek hukuk ilkeleri gerekse sosyal ve ekonomik faktörler yönünden hiçbir mantığı ve açıklaması yoktur. Bu nedenle Doktrinde de mağdurun ekonomik durumunu cezayı hafifleten bir neden olarak belirlenmesi eleştirilmiştir.

Mağdurun ekonomik durumu açısından mahkemeler tarafından sosyal ve ekonomik durum araştırılması yaptırması mümkündür. Mahkemenin bunu yaptırdığını kabul edelim, peki ekonomik durumu iyi, kötü durumda olduğunu tespit için objektif kriter nasıl belirlenecektir? Bu durumda mağdura göre değişen bir suç ve ceza politikası ortaya çıkmış olacaktır. Bu fıkrayı somut olaya uygulama noktasında sıkıntılar ortaya çıkacaktır. Böyle bir uygulama Türk Ceza Kanununun geneli anlamında mevcut olmayıp TCK'nın 250 maddeye 02.07.2012 tarih, 6352 sayılı Kanunun 86. maddesi ile eklenmiştir. Örneğin TCK'nın 249. maddesi zimmet suçunda daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmiş olup, zimmete konu olan malın değerinin azlığı durumunda indirim yapılacağını belirtmektedir. TCK'nın 250/4. maddesinde ise irtikap edilen menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumunun aynı anda göz önüne alınıp bu kriterlere göre mahkemeye cezadan indirim yapmak konusunda takdir hakkı tanınmıştır. Bu maddenin doktrindeki bazı görüşlerin ifade ettiği gibi irtikap konusu değerin az ve mağdurun ekonomik durumunun da iyi olduğu zamanlarda uygulanıp verilecek cezadan indirim yoluna gidilmesi şeklinde uygulamanın bazı sakıncaları mevcut olacaktır. Bir an için uygulanmanın bu yönde geliştiğini kabul edelim; kamu görevlisi olan fail irtikap suçunu işleyeceği zaman ekonomik durumu iyi olan mağdurları seçecek, az miktarlarda irtikap konusu yararı elde ederek suçu işlemiş olacak hem de cezasından indirim yapılması ihtimali meydana gelecektir. Ekonomik

durumu iyi olmayan mağdurlara karşı fail bu suçu işlememeye özen gösterecektir. Her somut olayda şartlara göre değişmekle beraber zaten ekonomik durumu iyi olmayan mağdurlardan menfaat temin edilmesi zor bir ihtimal olarak karşımıza çıkacaktır. Bu durum suç ve cezaların belirliliği ilkesine aykırılık teşkil edecektir. İrtikap edilen menfaatin değerinin tespiti ve objektif ve hakkaniyete uygun olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak mağdurun ekonomik durumundan murad edilen nedir? Mağdurun ekonomik durumunun tespitinin ne şekilde yapılacak ve yapılan tespit neticesinde cezadan indirim yapılırken ne şekilde değerlendirilecektir? Bu suçu işlemeyi aklına koyan failin suçu işlerken maddi durumu iyi durumda olan mağdurları seçip suçu işleyip daha sonraki yargılama safahatında bir de bu fıkraya istinaden indirim talep etmesi hakkaniyetle ve TCK'nın 2 de belirtilen ceza kanununun amacı ile ve Anayasanın 38. maddesi ile bağdaşmayacaktır. İlk başlangıç kısmında bu TCK'nın 250. maddesi ile korunan hukuki değerin hem kamu idaresinin saygınlığının itibari, hem de kamu hizmetinden faydalanacak kişilerin korunması olduğunu belirtmiştik. Peki kamu hizmetinden faydalanan kişinin ekonomik durumunun iyi veya kötü olması niye ceza verilirken indirim nedeni olarak gözönüne alınacaktır? Anayasamızın 10. maddesine göre tüm kişiler hiçbir ayrım, farklılık gözetmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. İrtikap suçunun mağduru hiç şüphesiz toplumu oluşturan kişilerdir. Sosyal Hukuk Devleti olmanın gereği toplumu oluşturan kişiler arasında farklı gelir grubuna sahip kişiler mevcuttur. Kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine ilişkin suçlar içerisinde önemli bir suçu teşkil eden TCK'nın 250. maddesindeki irtikap suçu açısından; mağdurun ekonomik durumuna göre cezada indirim yapılmasını gerektiren bir yaklaşım maddenin cezalandırma amacı ile bağdaşmamaktadır. Suçun faili konumundaki kamu görevlilerine adeta bir çıkış yolu oluşturulmuştur. Bu suçların yaygınlaşmaması, Devletin ve kamu idarelerinin güvenilirliği ve saygınlığı açısından, TCK'nın 250/4. fıkrasındaki "mağdurun ekonomik durumu" ibaresinin iptali gerekmektedir. İrtikap suçunun mağduru kim olursa olsun suçun faili bir kamu görevlisi ve korunmak istenen hukuki değerde bellidir. TCK'nın 250/4. fıkrası kamu görevlisi konumundaki faili işleyeceği suçun mağdurunu seçme hakkı getirmektedir. Fail hem suçun mağdurunu seçecek hem de bu fıkraya istinaden indirim talep edecektir. Bu hususun izahı ne Anayasamız ne de hukukun genel ilkeleri ile mümkün değildir.

Tüm bilgilere göre; sanıklar hakkında TCK.nun 250/1. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasına ilişkin sanıklar hakkında 6352 sayılı Yasa ile eklenen 5237 sayılı TCK.nun 250/4. maddesinin uygulanma kabiliyetinin bulunması karşısında, anılan yasa maddesinde aynen "İrtikap edilen menfaatin

değeri ve mağdurun ekonomik durumu göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir." şeklindeki hükmünde belirtilen "mağdurun ekonomik durumu" kriterinin Anayasa'nın 152/1. maddesi gereğince Anayasa'nın 2/1. maddesinde belirtilen "hukuk devleti", Anayasa'nın 10/1. maddesinde belirtilen "kanun önünde eşitlik", Anayasa'nın 38/3. maddesinde belirtilen "suç ve cezaların kanuniliği", Anayasa'nın 38/7. maddesinde belirtilen "cezaların şahsiliği" ilkelerine aykırılık teşkil ettiği değerlendirildiğinden 5237 sayılı TCK'nın 250/4. maddesinde yazılı "ve mağdurun ekonomik durumu" ibaresinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu ibareyi de içeren 250. maddesi şöyledir:

*"**Madde 250**- (1) (Değişik fıkra: 02/07/2012-6352 S.K./86.md.) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kamu görevlisinin haksız tutum ve davranışları karşısında, kişinin haklı bir işinin gereği gibi, hiç veya en azından vaktinde görülmeyeceği endişesiyle, kendisini mecbur hissederek, kamu görevlisine veya yönlendireceği kişiye menfaat temin etmiş olması halinde, icbarın varlığı kabul edilir.*

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

*(4) (Ek fıkra: 02/07/2012-6352 S.K./86.md.) İrtikap edilen menfaatin değeri **ve mağdurun ekonomik durumu** göz önünde bulundurularak, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 18.2.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Başraportör Mustafa ÇAĞATAY 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, kuralda yer alan menfaatin değeri kriterinin objektif ve hakkaniyete uygun bir kavram olmasına karşılık mağdurun ekonomik durumu kriterinin objektif olmadığı, kuralla yapılacak cezai indirimin mağdurun ekonomik durumunun iyi olması hâlinde mi yoksa kötü olması hâlinde mi yapılacağı hususunun belli olmadığı gibi ekonomik durumun kime ve neye göre uygulanacağı hususunun da açık olmadığı, kuraldaki düzenlemenin kamu görevlilerinin mağdurların ekonomik durumlarını dikkate alarak hareket etmelerine neden olacağı ve mağdurların da işlemlerinin daha hızlı yapılacağı düşüncesiyle suçun işlenmesine katkıda bulunacakları, ayrıca irtikâp suçunun sabit olması durumunda, itiraz konusu kural uyarınca, mağdurların ekonomik durumları dikkate alınarak sanıklara farklı cezaların verilmesi olasılığının ortaya çıkacağı, bu durumun ise eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 250. maddesinin itiraz konusu ibareyi de içine alan (4) numaralı fıkrasında, maddenin ilk üç fıkrasında düzenlenen irtikâp suçlarının

tümü için geçerli olan cezayı hafifletici hâl düzenlenmektedir. Buna göre, irtikâp edilen *"menfaatin değeri ve mağdurun ekonomik durumu"* göz önünde bulundurularak, suç nedeniyle verilecek ceza yarısına kadar indirilebilecektir. Kuralda *"ve"* bağlacına yer verilmiş olması nedeniyle hâkim, ceza indiriminin uygulanmasına gerek olup olmadığını takdir ederken hem *"menfaatin değerini"* hem de *"mağdurun ekonomik durumunu"* birlikte değerlendirerek bir sonuca varacaktır. Bir başka ifadeyle hâkim, tek başına *"menfaatin değerini"* ya da *"mağdurun ekonomik durumunu"* bir birinden bağımsız olarak dikkate alarak bir karar veremeyecektir. Kural, hâkime, bu gibi durumlarda mutlaka cezadan indirim yapılması gerektiğini de buyurmamaktadır. Hâkim önüne gelen her somut olayda suçun işleniş şeklini, suçla ortaya çıkan sonuçları, taraflara ilişkin birçok hususu dikkate alarak bu konudaki takdir hakkını gerekçelendirmek suretiyle kullanabilecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen 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.

Kanun koyucunun, Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

İrtikâp suçunda korunan hukuki değer, kamu idaresinin güvenilirliği ve saygınlığına karşı inancın korunması yanında, kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanarak vatandaşlara zarar vermelerinin engellenmesi düşüncesidir. Bir başka ifadeyle suçun mağdurunun uğradığı zararın da suçla korunmak istenen yarar kapsamında bulunduğu dikkate alındığında, kanun koyucunun söz konusu suçla korunan hukuki menfaati esas alarak, irtikâp suçunda cezai hafifletici neden olarak *"menfaatin değeri"* yanında

"mağdurun ekonomik durumunu" da kabul etmesinin takdir yetkisi kapsamında kaldığı açıktır.

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.

İtiraz konusu kuralda öngörülen ekonomik durum kavramı, kişinin işi veya mesleği ve mali durumunu ifade eden bir kavramdır. Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, 52. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, 92. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ve 109. maddesinin (4) numaralı fıkrasında da bu kavramın kullanıldığı görülmektedir.

İtiraz konusu kural uyarınca, hâkim, suçtan elde edilen menfaatin değeri ile mağdurun ekonomik durumunu birlikte dikkate alarak, sanığın cezasından indirim yapılıp yapılmayacağına karar verecektir. Bu bağlamda, itiraz konusu ibarenin hâkime, sanığa vereceği cezayı kişiselleştirirken keyfi hareket etmesinin önüne geçmek ve böylece ortaya çıkabilecek belirsizliği önlemek amacıyla getirilmiş bir kriter olduğu açıktır. Söz konusu kriter, soyut bir kavram olmakla birlikte, her bir olayın mağduruna göre bu kavramın içeriği cezanın kişiselleştirilmesi ve belirlenmesi yoluyla somutlaştırılacaktır.

Diğer taraftan hangi meblağın az veya çok olduğu konusunda kanunla önceden bir belirlemede bulunmanın mümkün olmadığı, her bir mağdurun ekonomik durumu ve buna bağlı olarak da elde edilen menfaatin her

somut olayda hâkim tarafından değerlendirilmesinin, bir başka ifadeyle bu konuda hâkime bir takdir yetkisi tanınmasının zorunlu olduğu dikkate alındığında kuralda, belirsiz bir durumun varlığından söz edilemez.

Ceza muhakemesinde, cezaların miktarının saptanmasının, hiçbir ölçüt getirilmeden tamamen hâkimin takdirine bırakılması takdirin genişliğine paralel olarak, hataları çoğaltacağı gibi kişisel takdirler sonucu aynı suç için çelişkili sonuçlar doğurabilecektir. Buna karşılık, aynı suçu işleyenler için aynı cezaların öngörülmesi suçun işleniş şekil ve şartlarını, suçlunun kişiliğini, onu suça iten etkenleri göz önüne alma olanağı vermeyeceğinden ve hâkimi sadece maddede yazılı cezayı bildiren bir konuma sokarak cezanın kişiselleştirilmesi olanağını önleyecektir. Ceza hukukunda kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri göz ardı edilerek her yönden aynı cezayla cezalandırılmalarını gerektirmemektedir.

Kanun koyucunun suçla korunan hukuki menfaatten hareketle, mağdurun ekonomik durumunu esas alarak sanığın cezasından indirim yapılmasını öngörmesinde eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır. Esasen, mağdurların ekonomik ya da kişisel durumları dikkate alınarak sanıklar hakkında farklı cezalar verilmesi, cezaların bireyselleştirilmesinin doğal ve zorunlu sonucu olup bu tür kişiye özgü sonuçlardan yola çıkarak bir kuralın eşitlik ilkesine aykırı olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 250. maddesine, 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkrada yer alan *"…ve mağdurun ekonomik durumu…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 9.4.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	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	

I- ALFABETİK İNDEKS

1- İptal ve İtiraz Davaları

A

1. 16.5.2012 günlü, 6306 sayılı **Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun**'un; 1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…" ibaresi ile (c), (ç) ve (d) bentlerine, 2- 3. maddesinin (1), (3), (4), (6) ve (7) numaralı fıkralarının, 3- 4., 5. ve 6. maddelerinin, 4- 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (9) numaralı fıkrasının, 5- 8. maddesinin (1), (3) ve (7) numaralı fıkralarının, 6- 9. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının, 7-12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın, 8- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek madde 5 ve geçici 14. maddenin, 9- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, 10- 19. maddesinin (a) fıkrasıyla, 29.6.2011 günlü, 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendinin, 11- 22. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 17., 35., 36., 43., 56., 57., 63., 65., 90., 123., 125., 127., 138., 153., 163. ve 166. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/5, E: 2012/87) (YD)……... 2293**

2. 16.5.2012 günlü, 6306 sayılı **Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun**'un; 1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…" ibaresi ile (c), (ç) ve (d) bentlerinin, 2- 3. maddesinin (1), (3), (4), (6) ve (7) numaralı fıkralarının, 3- 4., 5. ve 6. maddelerinin, 4- 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (9) numaralı fıkrasının, 5- 8. maddesinin (1), (3) ve (7) numaralı fıkralarının, 6- 9. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının, 7- 12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun

15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın, 8- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek 5. madde ve geçici 14. maddenin, 9- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine mevcut üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen dördüncü fıkranın, 10- 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle, 29.6.2011 günlü 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendinin, 11- 22. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 13., 17., 35., 36., 43., 56., 57., 63., 65., 90., 123., 125., 127., 138., 153., 163. ve 166. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/41, E: 2012/87)**..... **2299**

3. 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu**'nun, 12.5.1941 günlü, 4026 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 48. maddesinin (A) fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/59, E: 2013/91)**..... **2555**

4. 26.10.1963 günlü, 357 sayılı **Askeri Hâkimler Kanunu**'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen (E) bendinin Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/79, E: 2014/34)**..... **2763**

C

5. 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) bendi ve son paragrafının Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2014/77, E: 2014/14)**..... **2697**

6. 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'**un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/78, E: 2014/26)**..... **2723**

D

7. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/63, E: 2013/101)……... 2629**

8. 7.7.2010 günlü, 6004 sayılı **Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasının "İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/68, E: 2013/158)…….. 2671**

E

9. 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı **Elektronik Haberleşme Kanunu**'nun 51. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/74, E: 2013/122)…… 2679**

H

10. 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**'nun 166. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…aynı düzey ve sıfattaki…" ibaresinin Anayasa'nın 5. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/64, E: 2013/127)…….. 2643**

11. 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**'nun 166. maddesinin (1) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan "…ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar." ibaresinin Anayasa'nın 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/65, E: 2014/5)…….. 2651**

İ

12. 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanunu**'nun; 1- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını…" ibaresinin, 2- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin, Anayasa'nın 41. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2014/57, E: 2013/102)…….. 2539**

K

13. 25.6.2001 günlü, 4688 sayılı **Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu**'nun 15. maddesinin, 4.4.2012 günlü, 6289 sayılı Kanun'un 31. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen birinci fıkrasının (j) bendinin Anayasa'nın 5., 11., 13. ve 51. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/18, E: 2013/130)…….. 2257**

14. 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanunu**'nun, 24.5.2013 günlü, 6487 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının "Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/28, E: 2014/20)……... 2285**

15. 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanunu**'nun, 8.3.2000 günlü, 4550 sayılı Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 31. maddesinin ikinci fıkrasının "Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/60, E: 2013/97)…… 2567**

16. 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı **Kooperatifler Kanunu**'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 340. maddesiyle değiştirilen ek 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/66, E: 2013/128)**…….. **2657**

M

17. 24.6.1995 günlü, 556 sayılı **Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'nın 2., 35. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/75, E: 2013/147)**……. **2687**

O

18. 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı **Orman Kanunu**'nun 82. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/58, E: 2013/38)**…….. **2547**

P

19. 24.6.1995 günlü, 551 sayılı **Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 158. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/14, E: 2013/100)..** **2205**

R

20. 15.2.2011 günlü, 6112 sayılı **Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun**'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/16, E: 2013/115)**…….. **2225**

S

21. 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu**'na, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle eklenen geçici 36. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "…bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla…" ibarelerinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir. **(K: 2014/17, E: 2013/126)…… 2239**

T

22. 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı **Turizmi Teşvik Kanunu**'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (3) numaralı bendinin ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/15, E: 2013/108)……... 2215**

23. 1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun; a- 300. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, b- 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının, 2- 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 36., 90. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2014/61, E: 2013/99)…... 2579**

24. 26.9.2004 günlü 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 250. maddesine, 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkrada yer alan "…ve mağdurun ekonomik durumu…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/80, E: 2014/38)… 2777**

25. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı **Türk Medeni Kanunu**'nun 617. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...ret tarihinden başlayarak altı ay içinde…" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/62, E: 2013/148).. 2621**

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
357	Askeri Hâkimler Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının, 1.6.2005 günlü, 5359 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen (E) bendinin Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/79	2014/34	İTZ	2763
551	Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 158. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/14	2013/100	İTZ	2205
556	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'nın 2., 35. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/75	2013/147	İTZ	2687
657	Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (C) fıkrasının (3) numaralı bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/63	2013/101	İTZ	2629
1163	Kooperatifler Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 340. maddesiyle değiştirilen ek 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/66	2013/128	İTZ	2657
1632	Askeri Ceza Kanunu'nun, 12.5.1941 günlü, 4026 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 48. maddesinin (A) fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/59	2013/91	İTZ	2555

2004	İcra ve İflas Kanunu'nun; 1- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını…" ibaresinin, 2- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin, Anayasa'nın 41. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2014/57	2013/102	İTZ	2539
2634	Turizmi Teşvik Kanunu'nun 8. maddesinin (A) fıkrasının (3) numaralı bendinin ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/15	2013/108	İTZ	2215
2918	Karayolları Trafik Kanunu'nun, 24.5.2013 günlü, 6487 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının "Ayrıca, aracın sürücü belgesiz kişilerce sürülmesine izin veren araç sahibine de tescil plakası üzerinden aynı miktarda idari para cezası verilir." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/28	2014/20	İTZ	2285
2918	Karayolları Trafik Kanunu'nun, 8.3.2000 günlü, 4550 sayılı Karayolları Trafik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 31. maddesinin ikinci fıkrasının "Sürücü aynı zamanda araç sahibi değilse ayrıca, tescil plakasına da aynı miktar için ceza tutanağı düzenlenir." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/60	2013/97	İTZ	2567
4688	Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinin, 4.4.2012 günlü, 6289 sayılı Kanun'un 31. maddesinin (b) bendiyle değiştirilen birinci fıkrasının (j) bendinin Anayasa'nın 5., 11., 13.	2014/18	2013/130	İTZ	2257

	ve 51. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.				
4721	Türk Medeni Kanunu'nun 617. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...ret tarihinden başlayarak altı ay içinde…" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/62	2013/148	İTZ	2621
5237	1- Türk Ceza Kanunu'nun; a- 300. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, b- 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının, 2- 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 36., 90. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2014/61	2013/99	İTZ	2579
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 250. maddesine, 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Kanun'un 86. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkrada yer alan "…ve mağdurun ekonomik durumu…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/80	2014/38	İTZ	2777
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) bendi ve son paragrafının Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2014/77	2014/14	İTZ	2697
5275	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 14. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/78	2014/26	İTZ	2723

5510	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle eklenen geçici 36. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "…bu maddenin yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde talepte bulunması kaydıyla…" ibarelerinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.	2014/17	2013/126	İTZ	2239
5809	Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 51. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2014/74	2013/122	İTZ	2679
6004	Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 20. maddesinin (4) numaralı fıkrasının "İzin almadan evlenen memurlar istifa etmiş sayılır." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2014/68	2013/158	İTZ	2671
6100	Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…aynı düzey ve sıfattaki…" ibaresinin Anayasa'nın 5. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/64	2013/127	İTZ	2643
6100	Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin (1) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan "…ve bu karar, diğer mahkemeyi bağlar." ibaresinin Anayasa'nın 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/65	2014/5	İTZ	2651
6112	Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 32. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2014/16	2013/115	İTZ	2225

6306	Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un; 1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…" ibaresi ile (c), (ç) ve (d) bentlerine, 2- 3. maddesinin (1), (3), (4), (6) ve (7) numaralı fıkralarının, 3- 4., 5. ve 6. maddelerinin, 4- 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi ile (9) numaralı fıkrasının, 5- 8. maddesinin (1), (3) ve (7) numaralı fıkralarının, 6- 9. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının, 7-12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın, 8- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek madde 5 ve geçici 14. maddenin, 9- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, 10- 19. maddesinin (a) fıkrasıyla, 29.6.2011 günlü, 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendinin, 11- 22. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 17., 35., 36., 43., 56., 57., 63., 65., 90., 123., 125., 127., 138., 153., 163. ve 166. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2014/5	2012/87	İPT YD	2293
6306	Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un; 1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde…" ibaresi ile (c), (ç) ve (d) bentlerinin, 2- 3. maddesinin (1), (3), (4), (6) ve (7) numaralı fıkralarının, 3- 4., 5. ve 6. maddelerinin, 4- 7. maddesinin (1) numaralı	2014/41	2012/87	İPT İTZ	2299

	fıkrasının (b) bendi ile (9) numaralı fıkrasının, 5- 8. maddesinin (1), (3) ve (7) numaralı fıkralarının, 6- 9. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının, 7- 12. maddesiyle, 4.11.1983 günlü, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen birinci cümlesi ve sekizinci fıkrası ile maddeye onbirinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın, 8- 14. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'na eklenen ek 5. madde ve geçici 14. maddenin, 9- 16. maddesiyle, 16.6.2005 günlü, 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun'un 4. maddesine mevcut üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen dördüncü fıkranın, 10- 19. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle, 29.6.2011 günlü 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına eklenen (n) bendinin, 11- 22. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 13., 17., 35., 36., 43., 56., 57., 63., 65., 90., 123., 125., 127., 138., 153., 163. ve 166. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6831	Orman Kanunu'nun 82. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/58	2013/38	İTZ	2547

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2014/5	2012/87	YD……..	2293
2014/14	2013/100	İİD……..	2205
2014/15	2013/108	İİD……..	2215
2014/16	2013/115	İİD……..	2225
2014/17	2013/126	İİD……..	2239
2014/18	2013/130	İİD……..	2257
2014/28	2014/20	İİD……..	2285
2014/41	2012/87	İİD……..	2299
2014/57	2013/102	İİD……..	2539
2014/58	2013/38	İİD……..	2547
2014/59	2013/91	İİD……..	2555
2014/60	2013/97	İİD……..	2567
2014/61	2013/99	İİD……..	2579
2014/62	2013/148	İİD……..	2621
2014/63	2013/101	İİD……..	2629
2014/64	2013/127	İİD……..	2643
2014/65	2014/5	İİD……..	2651
2014/66	2013/128	İİD……..	2657
2014/68	2013/158	İİD……..	2671
2014/74	2013/122	İİD……..	2679
2014/75	2013/147	İİD……..	2687
2014/77	2014/14	İİD……..	2697
2014/78	2014/26	İİD……..	2723
2014/79	2014/34	İİD……..	2763
2014/80	2014/38	İİD……..	2777

***İİD:** İptal ve İtiraz Davası, **YD:** Yürürlüğü Durdurma Kararı

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2012/87	2014/5	YD……..	2293
2012/87	2014/41	İİD…….....	2299
2013/38	2014/58	İİD…….....	2547
2013/91	2014/59	İİD…….....	2555
2013/97	2014/60	İİD…….....	2567
2013/99	2014/61	İİD…….....	2579
2013/100	2014/14	İİD…….....	2205
2013/101	2014/63	İİD…….....	2629
2013/102	2014/57	İİD…….....	2539
2013/108	2014/15	İİD…….....	2215
2013/115	2014/16	İİD…….....	2225
2013/122	2014/74	İİD…….....	2679
2013/126	2014/17	İİD…….....	2239
2013/127	2014/64	İİD…….....	2643
2013/128	2014/66	İİD…….....	2657
2013/130	2014/18	İİD…….....	2257
2013/147	2014/75	İİD…….....	2687
2013/148	2014/62	İİD…….....	2621
2013/158	2014/68	İİD…….....	2671
2014/5	2014/65	İİD…….....	2651
2014/14	2014/77	İİD…….....	2697
2014/20	2014/28	İİD…….....	2285
2014/26	2014/78	İİD…….....	2723
2014/34	2014/79	İİD…….....	2763
2014/38	2014/80	İİD…….....	2777

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
01.03.2014	28928	2012/87	2014/5	YD…….	2293
09.04.2014	28967	2013/158	2014/68	İİD…….	2671
09.05.2014	28995	2013/108	2014/15	İİD…….	2215
09.05.2014	28995	2013/115	2014/16	İİD…….	2225
09.05.2014	28995	2013/126	2014/17	İİD…….	2239
09.05.2014	28995	2014/20	2014/28	İİD…….	2285
13.05.2014	28999	2013/130	2014/18	İİD…….	2257
23.05.2014	29008	2013/97	2014/60	İİD…….	2567
23.05.2014	29008	2013/148	2014/62	İİD…….	2621
23.05.2014	29008	2014/14	2014/77	İİD…….	2697
23.05.2014	29008	2014/26	2014/78	İİD…….	2723
23.05.2014	29008	2014/38	2014/80	İİD…….	2777
29.05.2014	29014	2013/100	2014/14	İİD…….	2205
22.07.2014	29068	2013/91	2014/59	İİD…….	2555
22.07.2014	29068	2013/101	2014/63	İİD…….	2629
24.07.2014	29070	2013/102	2014/57	İİD…….	2539
24.07.2014	29070	2013/147	2014/75	İİD…….	2687
26.07.2014	29072	2012/87	2014/41	İİD…….	2299
26.07.2014	29072	2013/122	2014/74	İİD…….	2679
09.09.2014	29114	2014/34	2014/79	İİD…….	2763
12.09.2014	29117	2013/128	2014/66	İİD…….	2657
12.12.2014	29203	2013/38	2014/58	İİD…….	2547
12.12.2014	29203	2013/127	2014/64	İİD…….	2643
12.12.2014	29203	2014/5	2014/65	İİD…….	2651
24.12.2014	29215	2013/99	2014/61	İİD…….	2579

4-Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
29.01.2014	2013/100	2014/14	İİD……...	2205
29.01.2014	2013/108	2014/15	İİD……...	2215
29.01.2014	2013/115	2014/16	İİD……...	2225
29.01.2014	2013/126	2014/17	İİD……...	2239
29.01.2014	2013/130	2014/18	İİD……...	2257
11.02.2014	2014/20	2014/28	İİD……...	2285
27.02.2014	2012/87	2014/5	YD……...	2293
27.02.2014	2012/87	2014/41	İİD……...	2299
27.03.2014	2013/102	2014/57	İİD……...	2539
27.03.2014	2013/38	2014/58	İİD……...	2547
27.03.2014	2013/91	2014/59	İİD……...	2555
27.03.2014	2013/97	2014/60	İİD……...	2567
27.03.2014	2013/99	2014/61	İİD……...	2579
27.03.2014	2013/148	2014/62	İİD……...	2621
27.03.2014	2013/101	2014/63	İİD……...	2629
27.03.2014	2013/127	2014/64	İİD……...	2643
27.03.2014	2014/5	2014/65	İİD……...	2651
27.03.2014	2013/128	2014/66	İİD……...	2657
27.03.2014	2013/158	2014/68	İİD……...	2671
09.04.2014	2013/122	2014/74	İİD……...	2679
09.04.2014	2013/147	2014/75	İİD……...	2687
09.04.2014	2014/14	2014/77	İİD……...	2697
09.04.2014	2014/26	2014/78	İİD……...	2723
09.04.2014	2014/34	2014/79	İİD……...	2763
09.04.2014	2014/38	2014/80	İİD……...	2777

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 2294, 2403, 2408, 2412, 2414, 2415, 2417, 2418, 2420, 2421, 2424, 2425, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2466, 2467, 2471, 2473, 2474, 2475, 2476, 2479, 2480, 2484, 2487, 2489, 2490, 2504, 2505

m. 2: 2214, 2221, 2224, 2234, 2236, 2247, 2248, 2250, 2253, 2289, 2291, 2294, 2403, 2404, 2405, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2414, 2415, 2417, 2418, 2420, 2421, 2424, 2425, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2449, 2450, 2451, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2466, 2467, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2479, 2480, 2484, 2485, 2486, 2487, 2489, 2502, 2503, 2504, 2511, 2514, 2536, 2562, 2563, 2564, 2574, 2576, 2610, 2614, 2620, 2625, 2626, 2628, 2635, 2636, 2667, 2668, 2674, 2675, 2677, 2683, 2684, 2693, 2696, 2711, 2712, 2714, 2718, 2719, 2720, 2751, 2753, 2754, 2755, 2756, 2757, 2758, 2759, 2760, 2770, 2771, 2773, 2774, 2775, 2782, 2783, 2785

m. 5: 2262, 2266, 2267, 2270, 2294, 2403, 2406, 2408, 2410, 2411, 2412, 2414, 2415, 2417, 2418, 2420, 2421, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2466, 2467, 2469, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2479, 2487, 2489, 2618, 2647, 2648

m. 6: 2294, 2403, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2415, 2417, 2418, 2420, 2421, 2424, 2425, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2438, 2439, 2440, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2466, 2467, 2471, 2472, 2473, 2474, 2487, 2489, 2490

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 7: 2294, 2403, 2404, 2405, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2415, 2417, 2418, 2420, 2421, 2424, 2425, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2438, 2439, 2440, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2466, 2467, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2487, 2489, 2683, 2684

m. 8: 2294, 2403, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2415, 2417, 2418, 2420, 2421, 2424, 2425, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2438, 2439, 2440, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2466, 2467, 2471, 2472, 2473, 2474, 2480, 2484, 2487, 2489, 2490, 2504, 2505

m. 9: 2480, 2484, 2504, 2505

m. 10: 2214, 2247, 2248, 2250, 2253, 2294, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2467, 2468, 2469, 2471, 2472, 2474, 2475, 2476, 2479, 2480, 2484, 2562, 2564, 2610, 2612, 2614, 2635, 2636, 2639, 2667, 2668, 2751, 2754, 2770, 2773, 2782, 2785

m. 11: 2212, 2262, 2266, 2267, 2270, 2294, 2403, 2408, 2410, 2411, 2412, 2415, 2417, 2418, 2420, 2421, 2424, 2425, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2438, 2439, 2440, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2466, 2467, 2471, 2472, 2473, 2474, 2487, 2489, 2490, 2610, 2614, 2694

m. 13: 2221, 2222, 2224, 2262, 2264, 2265, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2277, 2278, 2279, 2282, 2294, 2416, 2417, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2443, 2444, 2445, 2447, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2499, 2511, 2518, 2519, 2520, 2610, 2613, 2614, 2616, 2625, 2626, 2628, 2667, 2668, 2683, 2684

m. 14: 2610, 2614

m. 15: 2717, 2757

m. 17: 2294, 2436, 2438, 2441, 2442, 2443

m. 20: 2499, 2500, 2502, 2683, 2684

m. 25: 2610, 2613, 2614

m. 26: 2610, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2620

m. 35: 2213, 2214, 2221, 2222, 2224, 2294, 2416, 2417, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2436, 2443, 2445, 2447, 2449, 2463, 2464, 2465, 2498, 2500, 2502, 2511, 2518, 2519, 2520, 2693, 2695, 2696

m. 36: 2214, 2221, 2222, 2224, 2294, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2479, 2480, 2484, 2485, 2486, 2487, 2503, 2514, 2533, 2536, 2552, 2554, 2625, 2626, 2628, 2647, 2648, 2654, 2655

m. 38: 2234, 2236, 2289, 2290, 2291, 2471, 2472, 2552, 2553, 2554, 2574, 2575, 2576, 2711, 2712, 2714, 2716, 2717, 2719, 2720, 2751, 2753, 2754, 2755, 2757, 2758, 2760, 2782, 2784, 2785

m. 41: 2499, 2545, 2546, 2674, 2675, 2677, 2678

m. 43: 2294, 2418, 2420, 2477, 2478, 2479

m. 44: 2477, 2478, 2479

m. 45: 2426, 2427, 2428, 2477, 2478, 2479

m. 46: 2445, 2447, 2448, 2449

m. 48: 2667, 2668

m. 51: 2262, 2263, 2264, 2265, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2277, 2278, 2279, 2282

m. 56: 2294, 2406, 2414, 2415, 2425, 2426, 2427, 2428, 2431, 2432, 2433, 2435, 2436, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2447, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2475, 2477, 2478, 2479, 2502, 2503, 2504, 2509, 2510, 2523

m. 57: 2294, 2431, 2432, 2433, 2435, 2436, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2502, 2503, 2509, 2510

m. 63: 2294, 2477, 2478, 2479, 2487, 2488, 2489

m. 65: 2294, 2438, 2451, 2452, 2469, 2471

m. 70: 2770, 2771, 2772, 2773, 2774, 2775

m. 72: 2772

m. 73: 2468

m. 90: 2269, 2273, 2278, 2289, 2291, 2294, 2429, 2430, 2466, 2467, 2610, 2614

m. 91: 2211, 2212, 2213, 2214, 2693, 2694, 2695, 2696

m. 123: 2294, 2403, 2404, 2405, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2415, 2417, 2418, 2420, 2421, 2423, 2424, 2425, 2429, 2430, 2431, 2433, 2436, 2438, 2439, 2440, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2466, 2467, 2473, 2474, 2487, 2489, 2506, 2507, 2508, 2521, 2522, 2524, 2528, 2529, 2530, 2535, 2536

m. 124: 2473

m. 125: 2221, 2223, 2224, 2294, 2405, 2414, 2431, 2432, 2433, 2436, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2473, 2474, 2475, 2476, 2479, 2480, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2504, 2505, 2512, 2513, 2530, 2531, 2533

m. 127: 2294, 2403, 2405, 2408, 2409, 2412, 2415, 2417, 2421, 2422, 2423, 2424, 2434, 2436, 2444, 2445, 2449, 2450, 2452, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2460, 2461, 2462, 2463, 2465, 2485, 2486, 2507, 2508, 2521, 2524, 2528, 2529, 2530, 2535, 2536

m. 138: 2214, 2294, 2480, 2484, 2503, 2504, 2505, 2654, 2655

m. 141: 2647, 2648, 2654, 2655

m. 142: 2458, 2647, 2648, 2654, 2655

m. 148: 2211, 2212, 2693, 2694

m. 152: 2250, 2252, 2573, 2634, 2749, 2770

m. 153: 2255, 2294, 2474, 2475, 2476, 2479, 2493, 2494, 2495, 2641, 2684, 2685, 2776

m. 155: 2483

m. 163: 2213, 2294, 2469, 2471, 2695

m. 166: 2294, 2469, 2471

m. 169: 2464, 2466, 2477, 2478, 2479