ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 45
2. Cilt

2008

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN ???
ISBN 978-????

2008 yılında Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararlarının özgün şekliyle yer aldığı bu dergide, sınıflandırma "karar numarasına" göre yapılmıştır.

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

Kitabı Yayıma Hazırlayan
Nuray ÖZCAN Yayın İşleri Müdür Vekili

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

Baskı ve Cilt
SFN Televizyon Tanıtım
Tasarım Yayıncılık Ltd. Şti.
Dr. Mediha Eldem Sok. 61/6
06640 Kocatepe/ANKARA
Telefon : 0312 435 15 95
Faks : 0312 435 05 85
http://www.sfn.com.tr

Baskı Tarihi
Aralık 2009

Dizinler

1. Alfabetik İndeks 1359
2. Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 1371
3. Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 1379
4. Anayasa Maddeleri Dizini 1387

Esas Sayısı : 2004/25

Karar Sayısı : 2008/42

Karar Günü : 17.1.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Aksaray Kadastro Mahkemesi Esas Sayısı: 2004/25

2- Kartal 1. Asliye Hukuk Mahkemesi Esas Sayısı : 2005/71

İTİRAZLARIN KONUSU: 5.1.1961 günlü, 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un;

A- 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine,

B- 3. ve 4. maddelerinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 40., 46., 90. ve 125. maddelerine,

aykırılığı savıyla iptalleri istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un itiraz konusu kurallarının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

Aksaray Kadastro Mahkemesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İTİRAZ NEDENLERİ: 221 sayılı Yasanın 1. maddesi "6830 sayılı İstimlâk Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır", 2. maddesi "Gayrimenkulde amme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması

bakımından fiilen tahsistir" hükmü ile kamulaştırma kararı ve işlemleri yapılmaksızın fiilen işgal ve el koymaya ve işgali kamulaştırma olarak kabul ederek, bireyin temel haklarından sayılan ve Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının özüne dokunur ve Anayasanın 46. maddesinde yer alan mülkiyet hakkını sınırlayan kamulaştırma ilkelerine de aykırı bir şekilde ve Anayasanın 90. maddesi son fıkrası gereğince Türkiye Cumhuriyeti, bireylerin mülkiyet hakkına saygı göstereceğini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin l Nolu Protokolün 1. maddesi gereğince taahhüdüne aykırı hükümler içermesi nedeniyle anılan Yasa maddeleri Anayasanın 2., 13., 35., 46. maddesindeki hükümlerine aykırıdır. Bu nedenle iptali gerekmektedir.

SONUÇ VE İSTEM: Yukarıda anılan sebeplerle 2942 sayılı Yasanın geçici 4. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 221 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerinin Anayasanın 2., 13., 35., 46. maddelerine aykırı olması nedeniyle 221 sayılı Kanunun diğer hükümlerinin bu maddelerin iptali halinde uygulama olanağı kalmayacağından iptaline karar verilmesini saygı ile arz ederim."

Kartal 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mülkiyet hakkı TMK ve Anayasanın 35. maddesi ile kişilere tanınmış olup TMK'nın mülkiyet hakkını düzenleyen maddeleri uyarınca başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlara uymak koşulu ile sahip olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma hakkı verir. Kusurlu davranış olan el atma, tapu kütüğüne güven ilkesi uyarınca el atmayı geç öğrenen kişilere karşı kamu idarelerine kendi kusurlu davranışından yararlanma sonucunu doğuracağından Anayasanın 2. maddesine aykırı görüldüğünden iptali için başvurulmuştur.

Anayasanın 5. maddesi devletin temel amaç ve görevlerinden birisinin kişinin temel hak hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, ekonomik engelleri kaldırmak olduğundan özel hukuk tüzel kişilerine ve gerçek kişiler tarafından herhangi bir üstün hakkı olmaksızın el atıldığında süreye tabi olmaksızın hak aranabildiği halde kamu tüzel kişisinin aynı eyleminden dolayı hak düşürücü süre zırhına sığınılması Anayasanın 10. maddesindeki yasalar önündeki eşitlik ilkesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle kısıtlanabileceği, bu

kısıtlamanın da Anayasanın özüne, ruhuna, demokratik toplum düzenine, ölçülü olma ilkesine aykırı olamayacağı kabul edildiği halde 3. ve 4. maddede mülkiyet hakkının özünü zedeler şekilde sınırlama yapıldığından Anayasanın 13. maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Anayasanın 46. maddesi mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve karşılığı peşin ödenmek koşulu ile sınırlanabileceğini öngörmüş olup, bu hakkın kullanılmasında yasama organına kesin yetki verildiğinin düşünülmesi mülkiyet hakkının Anayasal güvence altına alınmış olması esasına aykırı olacağından kamulaştırma dahi sıkı kurallara bağlanmışken, dayanağını herhangi bir idare işleminden almayan kamulaştırmasız el atmanın iptali istenen yasa maddesinde belirtilen sürenin geçmesinden sonra yasal kamulaştırmanın sonuçlarını idareye verdiğinden, malikin her türlü dava açma hakkının elinden alınmasına sebebiyet vereceğinden, dava açma hakkına getirilen bu sınırlama hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 36. maddesine ve hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin en kısa sürede ilgili makama başvurma hakkını düzenleyen 40. maddeye aykırı olduğundan iptali gerekir.

Hak düşürücü yargı yoluna başvurmayı iptali istenen yasa maddesinde belirtilen sürenin geçmesi ile idarenin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu ilkesini düzenleyen Anayasanın 125. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Ayrıca Avrupa İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye Ek Protokol'ün 1. maddesinde "her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullarla ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez" denilmekte olup, Anayasanın 90. maddesi son fıkrası uyarınca Türkiye Cumhuriyeti, bireylerin mülkiyet hakkına saygı göstereceğini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 numaralı protokolünün 1. maddesi uyarınca taahhüt ettiğinden bu maddeye de aykırı olduğu düşünülmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi iptali istenen 221 sayılı Kanunun hak düşürücü süreye ait 3 ve 4. maddeleri ile aynı sonucu doğuran 2942 sayılı

Kanunun 38. maddesini de Anayasanın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı bularak iptal ettiğinden mahkememizce iddia ciddi bulunmuştur.

SONUÇ: Gerekçeleri yukarıda izah edildiği üzere;

221 sayılı Yasanın "Birinci maddede yazılı gayrimenkuller tapuda kayıtlı ise, kayıt sahipleri veya mirasçıları ancak fiili tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrimenkul bedelini isteyebilirler. Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkında fiili tahsis tarihinden itibaren 10 sene geçmemiş ise o tarihte zilyetlikle iktisap şartları tahakkuk eden zilyetleri veya mirasçıları birinci fıkra hükmünden faydalanabilirler.

Herhalde gayrimenkule müdahalenin meni ve tazminat davası dinlenmez." hükmünü içeren 3. maddesi ile "Gayrimenkulun bedelini dava hakkı bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki sene sonra düşer" hükmünü getiren 4. maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2., 5., 10., 13., 36., 40., 46., 125. ve 90. madde delaleti ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 numaralı Protokolünün 1. maddesine aykırı olduğu düşünüldüğünden Anayasanın 152. maddesi uyarınca iptaline karar verilmesi talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un;

1- 1. maddesi şöyledir:

"6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili âmme hükmî şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır."

2- 2. maddesi şöyledir:

"Gayrimenkulde âmme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsistir."

3- 3. maddesi şöyledir:

"Birinci maddede yazılı gayrimenkuller tapuda kayıtlı ise, kayıt sahipleri veya mirascıları ancak fiilî tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrimenkul bedelini istiyebilirler. Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkında fiilî tahsis tarihinden

itibaren on sene geçmemiş ise o tarihte zilyedlikle iktisap şartları tahakkuk eden zilyedleri veya mirasçıları birinci fıkra hükmünden faydalanabilirler.

*Herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i ve **tazminat** dâvası dinlenmez."*

4- 4. maddesi şöyledir:

"Gayrimenkulün bedelini dava hakkı bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten iki sene sonra düşer."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 35., 36., 40., 46., 90. ve 125. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince;

A- E.2004/25 sayılı dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, 7.4.2004 gününde OYBİRLİĞİYLE,

B- E.2005/71 sayılı dosyada;

1- 221 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 3. maddesinin birinci fıkrasında, aynı Yasa'nın birinci maddesine göre, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın yapılan el atmalarda, gayrimenkullerin tapuya kayıtlı olup olmadıklarına göre, kayıt sahipleri ya da mirasçıların tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrimenkul bedeli isteyebilecekleri, ikinci fıkrasında, herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i ve tazminat davası dinlenmeyeceği hükmüne yer verilmiş, 4. maddede ise, gayrimenkulün bedelini dava hakkının 221 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl sonra düşeceği belirtilmiştir. Mahkeme'de bakılmakta olan dava, el atmaya razı olarak **tazminat** istemiyle açılmıştır. Davada, gayrimenkulün rayiç bedelinin istenilmesi ya da gayrimenkulün bedelini dava gibi istemlere yer verilmemiştir.

221 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrası ile 4. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bunlara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 221 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının esasının incelenmesine,

3- Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlı tutulmuştur.

221 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin başvuru konusu ikinci fıkrasında herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i ve tazminat davası dinlenmeyeceği belirtilmiştir. İtiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'de bakılmakta olan dava, tazminat talebiyle ilgili olduğundan, davanın, gayrimenkule müdahalenin men'ini kapsamaması nedeniyle, 3. maddenin ikinci fıkrasının esasına ilişkin incelemenin, "… tazminat …" sözcüğü ile sınırlı olarak yapılmasına,

18.7.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE,

Karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

Kartal 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvurusuna ilişkin E.2005/71 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2004/25 sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2004/25 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 17.1.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamı

5.1.1961 günlü, 221 sayılı "Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun", 12.1.1961 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yasa'nın 1. maddesinde, 31.8.1956 günlü, 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma yasalarının gözönünde tutulduğu amaçlara fiilen tahsis edilmiş olan taşınmaz malların kamu kurum ve kuruluşları adına, tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılmaları öngörülmüş,

kamulaştırılmadan el konulmuş taşınmaz mallara genel ve yasal bir kamulaştırma düzeni tanınmıştır. Kamulaştırılmış sayılmayla ilgili kural süreli olarak getirilmiştir. Kamulaştırma yapılmaksızın, amaca tahsis edilme işleminin 6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği 9.10.1956 tarihine kadar yapılması gerekmektedir.

İtiraz konusu 2. maddede ise fiilen tahsisin tanımı yapılmıştır. Buna göre, 1. madde kapsamında olup kamulaştırılmış sayılan taşınmazların üzerinde kamu hizmetinin konu ve amacına uygun şekilde "tesisler ve inşaat" yapılmış olması, bu Yasa'nın uygulanması bakımından fiilen tahsis olarak nitelendirilecektir. Maddede, fiilen tahsisin koşulları, "kamu hizmetinin nitelik ve amacına uygunluk", "tesis veya inşaatın vücuda getirilmesi" ve "tahsisin varlığı ve yeterliliği" olarak ortaya çıkmaktadır.

İtiraz konusu kurallarla, ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamulaştırma yapılmadan el konulmuş olan taşınmazlar, el koyma tarihinde kamulaştırılmış sayılarak, 6830 sayılı Yasa ile yapılan kamulaştırma işlerine istisna getirilmiş, uygulamada fiilen ortaya çıkan, ancak hukuksal olarak tamamlanmayan işlemlere yasal durum kazandırılmıştır.

Yasa'nın diğer maddelerinde, 1. maddede yazılı taşınmazların tapuya kayıtlı olup olmamalarına göre kayıt sahipleri veya mirasçılarının isteyeceği taşınmaz bedeli, taşınmazın bedelini dava hakkının düşme süresi, uyuşmazlıkların çözümü, tapu kaydının sicilden düşmesi, işlemlerin harç ve resme tabi olmaması gibi konular düzenlenmiştir. 221 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrasında ise, Yasa kapsamında kamulaştırılmış sayılan taşınmazlar için herhalde "müdahalenin men'i" ve "tazminat" davasının dinlenmeyeceği belirtilmiştir.

Yasa'nın gerekçesinde, *"Kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için taşınmaza gereksinim duyulduğu zaman 'İstimlak' kanunlarının uygulanması suretiyle taşınmaza sahip olunur. Bir taşınmazın önceki yıllarda kamulaştırılmasına karşın, kamulaştırma işleminin tapu siciline işlenmemiş olması veya evrakının kaybı nedeniyle kamulaştırma işleminin ispatı mümkün olamamaktadır. Öte yandan, kamu tesislerinin oluşturulabilmesi için taşınmaz sahipleri tarafından kamu emrine bağış ve terk edildiği halde, bu durumun Tapu Dairesinde yapılması gereken 'ferağ' işlemine bağlanmaması nedeniyle sahibinin mülkiyeti devam edegelmiştir. Bu tür tahsis işlemine karşın, tapu kayıt sahipleri tarafından da herhangi bir hak talebinde bulunulmamıştır. Ancak bir takım kayıt sahiplerinin ölümünden sonra, mirasçılar tarafından idare aleyhine men'i müdahale, ecrimisil vesair şekillerle tazminat ve bedel davaları açıldığı görülmektedir. Çok önceleri kamu hizmetine tahsis edilen bu taşınmazlar için daha önceleri dava açılmadığı halde, taşınmaz fiyatlarında büyük*

yükselmeler görülmesi nedeniyle yeni davaların açılmakta olduğu saptanmıştır. Şahıslar mülkiyetinde bulunan taşınmazların fiilen kamu hizmetine tahsis edilmiş olmasının mülkiyet hakkını düşürmeyeceği kuşkusuzudur. Ancak yukarıda açıklanan nedenlere ve tahsis tarihinden itibaren geçen zamana göre bu Yasa'nın yürürlüğe gireceği tarihe kadar geçerli olmak üzere 'tapu kayıtlarının tasfiyesi cihetine gidilmesi' yerinde görülmüştür" denilmektedir. Böylece tasarının, *"uygulamadaki uyuşmazlıkları gidermek ve onları tasfiye etmek için"* yasalaştığı anlaşılmaktadır.

221 sayılı Yasa, bir istisna olarak, belirli bir süre içinde yapılan, ancak kamulaştırması yapılmayan taşınmaz malların kamu adına tescil işlemleri için yürürlüğe girmiştir. Genel ve yasal bir kamulaştırma düzeni tanıyan bu Yasa, 1956 yılına kadar geçen süreyi içeren ve kamulaştırma amacına yönelik olarak tahsis edilen taşınmazları kapsamakta, 1956 yılından sonra ise bu Yasa kapsamındaki iş ve işlemler nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü için devam eden davalar nedeniyle uygulaması sürmektedir. 6830 sayılı Yasa'yı yürürlükten kaldıran, ek ve değişiklikleriyle bugün yürürlükte bulunan 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 4. maddesinde, *"5 Ocak 1961 tarih ve 221 sayılı Kanunun kapsamına girmeleri nedeniyle kamu tüzelkişileri veya kurumları adına kamulaştırılmış sayılan taşınmaz malların eski malik, zilyed veya bunların halefleri tarafından açılmış ve kesin hükme bağlanmamış davalarda sözü edilen 221 sayılı Kanunun hükümleri uygulanır"* denilmek suretiyle, devam eden davalarda 221 sayılı Yasa'nın uygulanma olanağı sağlanmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Yasa'nın 1. ve 2. Maddelerinin İncelenmesi

Başvuru kararında, Yasa'nın 1. ve 2. maddeleriyle, kamulaştırma kararı ve işlemleri yapılmaksızın fiilen işgal ve el koymanın kamulaştırma kabul edilerek, bireyin temel haklarından sayılan mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu, mülkiyet hakkını sınırlayan kamulaştırma ilkelerine aykırı şekilde düzenleme yapıldığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

koyucunun da uyacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen ve temel öğesinin "kamu yararı" olduğu kabul edilen kamulaştırma, bir taşınmaz üzerindeki özel mülkiyet hakkının, malikin rızası olmaksızın, kamu yararı için ve karşılığı ödenmek koşuluyla Devlet tarafından sona erdirilmesidir. Kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddenin birinci fıkrasında; "Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, 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" denilmektedir. Kamu yararı bulunması, kamulaştırma kararının yasada gösterilen esas ve usullerine uyulması, gerçek karşılığın peşin ve nakden ödenmesi kamulaştırmanın anayasal öğeleridir.

İtiraz konusu kurallarla, 6830 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce kimi taşınmaz mallar üzerinde kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamulaştırmasız el konulmak suretiyle yaratılan fiili duruma hukuksal bir nitelik kazandırılmakta, kamulaştırma işlem ve kararının yerine yasa geçmekte ve fiilen el koyma işlemi, el koyma tarihini esas alarak kamulaştırma sayılmaktadır. Taşınmaz malın kamulaştırma yasalarının gözönünde tuttuğu amaçlara fiilen tahsis edilmiş olması yeterli görülmekte, bu koşulların gerçekleşmesi durumunda, taşınmaz mal, tahsis tarihinden geçerli olmak üzere kamulaştırılmış kabul edilmektedir.

Kamu yararı amacıyla ve şekil ve koşulları yasayla belirlenmek suretiyle kamulaştırma yoluyla özel mülkiyetin sona erdirilmesi, sosyal hukuk devleti ilkesinin doğal sonucudur. 221 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde, "kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş" olmaktan söz edilmekle kamu yararı kastedilmiş, 2. maddede de Yasa'nın uygulanması bakımından fiilen tahsis sayılması gereken durumlar sayılarak kamulaştırılmış sayılmanın esası Yasa ile gösterilmiştir.

Bu durumda, itiraz konusu 1. maddede, kamu yararı gözetildiğinden, 2. maddede de kamulaştırılmış sayılmanın koşulu olan fiilen tahsis tarihinin tanımı yapıldığından, kamulaştırılmış sayılan taşınmaz malların bedelleriyle ilgili düzenlemenin de başvuru konusu yapılmaması nedeniyle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 46. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Şevket APALAK bu görüşe değişik gerekçeyle katılmıştır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ile Zehra Ayla PERKTAŞ 1. madde yönünden, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ 2. madde yönünden de bu görüşe katılmamıştır.

2- Yasa'nın 3. Maddesinin İkinci Fıkrasında Yer Alan "… tazminat …" Sözcüğünün İncelenmesi

Başvuru kararında, mülkiyet hakkının başkalarının hakkına zarar vermemek ve yasalara uymak koşuluyla malike sahip olduğu şeyi dilediği gibi kullanma hakkı tanıdığı, yasalara dayanmayan el atma sonucu, idarenin yaptığı işlem nedeniyle malikin zarara uğradığı, bu durumda bir sınırlama olmaksızın hakkın aranması gerektiği, herhangi bir idari işleme dayanmayan el atma sonucunda malikin dava açma hakkının elinden alındığı, uğranılan zararın bile karşılanmasının önlendiği, idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı yoluna açık olması gerektiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 40., 46., 90. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu sözcüğün yer aldığı kuralda, 221 sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre kamulaştırılmış sayılan taşınmaz mala ilişkin olarak tazminat davası dinlenmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur.

Anayasa'nın 36. maddesinde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz"* denilmektedir. Maddeyle güvence altına

alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın 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.

İtiraz konusu kuralla, taşınmaz malı kamulaştırılmış sayılan kişiye tazminat davası açma hakkı tanınmamaktadır. "Bedel artırımına" dönük olmaması kaydıyla açılan tazminat davasının yargı denetiminin engellenmesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir, hukuk devleti ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan Anayasa'nın 5., 10., 13., 40., 46., 90. ve 125. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe farklı gerekçeyle katılmışlardır.

VII- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ancak başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir" denilmektedir.

221 sayılı Yasa'nın, 3. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "… tazminat …" sözcüğünün iptali nedeniyle, uygulama olanağı kalmayan "… ve …" sözcüğünün de 2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptali gerekir.

VIII- SONUÇ

5.1.1961 günlü, 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 2. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 3. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... tazminat ..." sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 3. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... tazminat ..." sözcüğünün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan fıkradaki "… ve …" sözcüğünün de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

17.1.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

Kamulaştırma, Anayasanın 46. maddesinde düzenlenmiş olup, buna göre özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların kamulaştırılması ancak gerçek karşılıklarının peşin ödenmesiyle gerçekleştirilebilir. Bu temel ilke karşısında, taşınmazların, kamulaştırma işlemlerine dayanmaksızın fiilen tahsis esasına göre "kamulaştırılmış sayılması" olanaklı değildir.

221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrımenkuller Hakkında Kanun'un 1. maddesi, belirli bir tarihe kadar fiilen tahsis edilmiş taşınmazları kamulaştırılmış saydığından, Anayasanın 46. maddesine açıkça aykırıdır. İptali gerekir. Kanunun, 1. maddesinde "kamulaştırılmış sayılma" olarak kabul ettiği "fiilen tahsis" i tanımlayan ve birinci maddeye işlevsellik kazandırmak suretiyle onu tamamlayan 2. maddesi de, Anayasaya aykırı bir olguyu düzenlediğinden, iptali gerekir.

Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

5.1.1961 günlü 221 sayılı Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, "6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır", 2. maddesinde de "Gayrimenkulde amme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsistir" denilmektedir.

Yasa'nın 1. maddesiyle fiili tahsis (kamulaştırmasız el koyma) tarihi kamulaştırılma tarihi olarak kabul edilmiştir. Ancak fiili tahsis tarihinin saptanabilmesi için gayrimenkul üzerindeki tesis ve inşaatların hangi tarihte, hangi kurum veya kuruluş tarafından ve hangi amaçla yapıldığının bilinmesi gerekir. Özellikle üzerinden çok uzun süre geçmiş tahsislerde söz konusu tarihin saptanmasında zorluklarla karşılaşılmasının kaçınılmaz

olmasına karşın, yasakoyucunun 6830 sayılı Yasa'nın ya da 521 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihi gibi belirli bir tarihi değil de hak sahipleri bakımından saptanmasındaki zorluk açık olan bir tarihi öngörmesi, hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez koşulu olan hukuk güvenliğini zedelemektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, temel bir hak olup, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı verir. Mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Anayasa'nın 46. maddesinde koşulları gösterilen kamulaştırma ise, malikin rızası olmaksızın kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir işlemdir. Bu nedenle malikin mülkiyet hakkının zedelenmemesi için gerçek karşılık esası benimsenerek, mülkiyet hakkı ile kamu yararının zorunlu kaldığı kamulaştırma arasında adil bir denge oluşturulması amaçlanmıştır. Bu bağlamda, kamulaştırmasız el koyma olgusuna itiraz konusu kurallarla getirilen çözümün neyi amaçladığının, başka bir anlatımla mülkiyet hakkı ile kamulaştırma arasındaki Anayasal dengenin kurulup kurulmadığının saptanması için yasanın diğer kurallarının da incelenmesi gerekir. Çünkü ilk bakışta Anayasa'ya aykırı görünen bir kuralın Yasa'nın diğer kurallarıyla sakıncalarının giderilerek Anayasa'ya uygun hale getirilmesi olanaklıdır. Bu nedenle Yasa'nın bütününü ve getiriliş amacını gözardı ederek yapılan değerlendirmelerin Anayasa'ya uygunluk denetimini üstlendiği işlev doğrultusunda sağlıklı sonuçlara ulaştıramayacağı açıktır. Yasa'nın 3. maddesinde yer alan, hak sahiplerinin, ancak fiili tahsis tarihindeki bu bağlamda, çok eski tarihlere de ait olabilecek bir rayiç değer üzerinden gayrimenkul bedelini isteyebileceklerine ilişkin kuralla birlikte değerlendirildiğinde itiraz konusu düzenlemelerin, Anayasa'nın 46. maddesinde öngörülen kamulaştırmanın, ancak taşınmaz malların gerçek karşılıklarının peşin ödenmesi yoluyla gerçekleştirilebileceğine ilişkin kuralla bağdaşmadığı gibi mülkiyet hakkını da zedelediği sonucuna varılmaktadır.

Bu nedenlerle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 35. ve 46. maddelerine aykırıdır.

Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasında "Herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i ve tazminat davası dinlenmez" denilerek diğer maddelerinin getiriliş amacıyla uyum sağlanmış ve bu amacın gerçekleşmesinin herhangi bir yolla engellenmesi önlenmek istenmiştir. Bu

fıkraya ilişkin inceleme, sınırlama kararı uyarınca sadece "tazminat" sözcüğü bakımından yapılmıştır. Çoğunluk gerekçesinde bu sözcük, birinci fıkradaki "fiili tahsis" dışında gayrimenkule verilen zararların tazmini biçiminde yorumlanarak sonuca ulaşılmıştır. Oysa ne 3. maddenin ikinci fıkrasının içeriği ne de Yasa'nın tümünün değerlendirilmesi bu yoruma olanak vermektedir. Çünkü, Yasa'nın bu kuralının da amacı diğerleri gibi el konulan taşınmazın gerçek değerinin istenmesini engellemektir.

Açıklanan nedenlerle "tazminat" sözcüğünün iptal gerekçesine katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin iddianın incelenmesi;

Anayasaya aykırılığı ileri sürülen maddelerden, 6830 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce bir kısım taşımaz mallar üzerinde kamu kurum ve kuruluşları tarafından kamulaştırmasız el konulmak suretiyle yaratılan fiili duruma, yasallık kazandırılmak istendiği, bunun için aranan koşullar gerçekleştiğinde de sözü edilen taşınmaz malların tahsis tarihinden geçerli olmak üzere kamulaştırılmış sayılacakları anlaşılmaktadır.

Anayasanın 46. maddesinde yer alan kamulaştırma, mülkiyet hakkını ortadan kaldıran bir işlemdir. Bu işlem ile Devlet, özel mülkiyeti malikin rızası olmaksızın kamu yararına sona erdirebilmektedir. Bu nedenle de mülkiyet hakkının zedelenmemesi için 46. maddede gerçek karşılıkların peşin olarak ödenmesi esası benimsenmiştir.

Kamulaştırmanın, kamu yararının gerektirdiği durumlarda gerçek karşılığının peşin ödenmesi şartıyla Anayasanın 35. maddesinde korunan mülkiyet hakkını zedelemediği kabul edilmektedir. Kamulaştırmada koşul olarak aranan kamu yararı, 35. maddede mülkiyet hakkının sınırlandırılabilme nedeni olarak gösterilmektedir. Böylece, kamulaştırma mülkiyet hakkına getirilen bir sınırlama olarak Anayasaya aykırılık oluşturmamaktadır.

Ancak, kurallarda yer alan "tahsis tarihinde kamulaştırılmış" sayılma, "fiilen tahsis"tir biçimindeki ibareler ile geçmişten geçerli olacak biçimde kamulaştırma işleminin yapılmış sayılmasının mümkün olabileceği öngörülmektedir. Böylece, geriye yürüyen bir kamulaştırma işlemine izin verilmektedir. Kamulaştırılmış sayılma işlemi, tahsis tarihi veya fiilen tahsis tarihinden başlatılmaktadır. Kamulaştırılmış sayılma işlemi geriye yürütülünce, taşınmazın gerçek karşılığı olarak saptanması gereken rayiç değer de geriye yürümekte ve tahsis tarihindeki ekonomik veriler esas alınarak saptanan değer, Anayasada aranan gerçek değer olmaktan çıkmaktadır. Nitekim, Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un uygulanacak kural durumunda olmayan 3. maddesinde, taşınmaz bedelinin fiili tahsis tarihindeki rayiç bedel üzerinden istenebileceğine işaret edilmesi de bunu göstermektedir.

Bir çok hakkın başlangıcına esas olabilen kamulaştırma işleminin geriye yürütülmesi, taşınmaz sahiplerinin haklarına zarar vermesi nedeniyle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi taşınmazların gerçek değer karşılığında kamulaştırılması gerektiğini öngören Anayasanın 46. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle 221 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerinin iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

221 sayılı Yasanın 1. maddesinde 6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği 9.10.l956 tarihine kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrımenkullerin ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılacağı öngörülmüş, 2. maddesinde de fiilen tahsisin tanımı yapılmıştır. Buna göre, gayrımenkulde amme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsistir.

Kamulaştırma, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve bu hakkı ortadan kaldıran bir işlemdir. Ancak, kamu yararının kamulaştırmayı zorunlu

kılması halinde Devlet ve kamu tüzel kişileri bu hakkı kullanabilirler. Hakların çatışması halinde bir dengenin bulunması demokratik hukuk devletinin gereği olduğundan taşınmazı elinden alınan kişinin de onun gerçek değerini isteyebilmesi gerekir. Bu değerin kamulaştırma günündeki gerçek değer olması gerektiği açıktır. Nitekim, 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun 74. maddesinin 1. fıkrasında "Umumi menfaatler için lüzumu, usulüne göre anlaşılmadıkça ve mahsus kanunla mucibince değer pahası peşin verilmedikçe hiçbir kimsenin malı istimval ve mülki istimlak olunamaz" denilmiş, aynı esas 1961 Anayasasının 38. maddesinde korunmuş, bu maddede 1488 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle kamulaştırmada "gerçek karşılık" yerine getirilen "vergi değeri" ölçütü ile ilgili ikinci ve üçüncü fıkralar Anayasa Mahkemesinin 12.10. 1976 tarih ve 1976/38 - 46 sayılı kararıyla iptal edilmiş, 1982 Anayasasının 46. maddesinin özgün halinde kamulaştırma bedelinin hesaplanma tarz ve usullerinin kanunla düzenleneceğine ve bu hesaplamada dikkate alınacak ölçülere ilişkin düzenleme 4709 sayılı Yasayla değiştirilerek "gerçek karşılığın peşin ödenmesi" esası getirilmiş ve yalnızca taksitlendirmeye ilişkin istisnai kurallara yer verilmiştir.

Devlet ve kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde ve gerçek karşılıkları peşin ödenmek kaydıyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malları kamulaştırmaya yetkili oldukları halde, çeşitli nedenlerle kamulaştırma yapmaksızın bazı taşınmazları kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis etmiş oldukları, bu taşınmazlar hakkında 6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra da kamulaştırma işlemlerinin yapılmadığı, 221 sayılı Yasadan anlaşılmaktadır. Bu fiili durum, diğer bir deyişle kamulaştırmasız el atma, anılan yasa ile hukuki bir baza oturtulmakta ve hukuk devleti olmanın gereği yerine getirilmiş olmaktadır. Ancak, bu yapılırken kamulaştırmanın "tahsis tarihinde" yapılmış sayılması, "gerçek karşılığın peşin ödenmesi" ilkesinin göz ardı edildiğini göstermektedir. Oysa, kamulaştırma yasayla yapılmış sayıldığına göre, mülk sahiplerinin talep edebilecekleri taşınmaz malın gerçek değerinin de bu yasanın yürürlük tarihi olan 12.1.1961 tarihi esas alınarak saptanması gerekmektedir.

221 sayılı Yasanın 1. maddesinde kamulaştırmış sayma işleminin "fiilen tahsis tarihi" esas alınarak kabul edilmiş olması, gerçek karşılığın ödenmesini engellemesi nedeniyle Anayasanın 46. maddesine, mülk sahiplerinin mülkiyet haklarını geriye dönük düzenlemelerle kısıtlaması ve bu nedenle hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaması nedeniyle de

Anayasanın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğundan bu maddenin iptali gerektiği, 2. maddesinde ise "fiilen tahsis" işleminin tanımı yapılarak kapsamı belirlenmiş olduğundan bu maddede anayasa aykırılık bulunmadığı görüş ve kanaatinde olduğum için birinci maddeye ilişkin çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
A.Necmi ÖZLER

DEĞİŞİK GEREKÇE YAZISI

Yasa'nın 1. ve 2. maddeleriyle ilgili gerekçenin itiraz konusunu irdeleyen bölümüne ilişkin yaklaşımım şöyledir:

1956 yılında yürürlüğe giren 6830 sayılı İstimlâk Kanunu'nun öncesinde ve Cumhuriyet'in kuruluş yıllarını da kapsayan süreçte kamu yararının ve kamu hizmetlerinin zorunlu kıldığı durumlarda gerçekleşmiş ve yerleşik bir konum kazanmış oluşumların yasal sınırları itiraza konu kurallarla çizilerek hukuksal boyutları belirlenmektedir. Böylelikle 221 sayılı Yasa'nın kuralları, İstimlâk Kanunu'ndan önce kamu hizmetinin nitelik ve amaçları doğrultusunda gerçekleşen eylemli özgülenmenin hukuksal neden ve gerekçelerini yansıtan ve kamusal iradenin bu yönde sergilendiğini gösteren metinler olmaktadır. Denebilir ki, 6830 sayılı Yasa'dan önceki süreçle sonrası arasında tutarlılık sağlanarak, geçici nitelikteki bu Yasa'yla eylemli oluşumların yeni kamulaştırma düzenine uyumu gerçekleştirilmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kararın sözünü ettiğim bölümüne değişik gerekçeyle katılıyorum.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

05.01.1961 günlü ve 221 Sayılı Amme Hükmü Şahısları veya Müesseseleri Tarafından fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un 1. maddesinde; "6830 sayılı İstimlak Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının gözönünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmü şahsı veya müessesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır. "2. maddesinde ise "gayrimenkulde amme hizmetinin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsistir." denilmektedir.

İtiraz konusu madde hükmü ile 6830 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce kamulaştırmasız el konulma suretiyle yaratılan fiili durum tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılmak suretiyle hukukileştirilmek istenilmektedir.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen "mülkiyet hakkı" ile 46. maddede yer alan "kamulaştırma" arasında yakın bir bağlantı bulunmaktadır. Bu meyanda kamulaştırma mülkiyet hakkını ortadan kaldıran ve onun özüne dokunan hukuksal bir işlemdir. Bu nedenle kamu yararının gerektirdiği durumlarda gerçek karşılığının peşin ödenmesi koşuluyla mülkiyet hakkına getirilen sınırlama yönünden Anayasa'ya aykırılıktan söz edilemeyecektir.

İtiraz konusu kuralda ise, kamu yararı için tahsis edilen taşınmaz malın tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılması ile geçmişten geçerli kamulaştırma öngörülmek suretiyle; Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen "kamulaştırma" için aranan koşullardan "gerçek karşılığının peşin ödenmesi" ilkesine aykırılık oluşturduğundan, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkını da zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 35. ve 46. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Aynı Yasa'nın itiraz konusu sözcüğü de içeren 3. maddesinde ise "Birinci maddede yazılı gayrimenkuller tapuda kayıtlı ise, kayıt sahipleri veya mirasçıları ancak fiili tahsis tarihindeki rayiç üzerinden gayrimenkul bedelini isteyebilirler. Tapuda kayıtlı olmayan gayrimenkuller hakkında fiili tahsis tarihinden itibaren on sene geçmemiş ise o tarihte zilyedlikle iktisap

şartları tahakkuk eden zilyedleri veya mirasçıları birinci fıkra hükmünden faydalanabilirler.

Herhalde gayrimenkule müdahalenin men'i ve tazminat dinlenmez." denilmekte olup, bu fıkraya ilişkin inceleme, sınırlama kararı uyarınca "tazminat" sözcüğü bakımından yapılmıştır.

Çoğunluk kararında "tazminat" birinci fıkradaki "fiili tahsis" dışında gayrimenkule verilen zararların tazmini şeklinde yorumlanmak suretiyle karara varılmıştır.

Yukarıya aynen alınan 3. maddenin ikinci fıkrasında ve 221 sayılı Yasa'nın tümünün değerlendirilmesinde böyle bir yoruma imkan vermediği gibi, asıl amacın el konulan taşınmazın gerçek değerinin istenmesini engellemek olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenle "tazminat" sözcüğünün iptali yolundaki karara gerekçe yönünden katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2007/76

Karar Sayısı : 2008/46

Karar Günü : 24.1.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ ile birlikte 137 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle, 18.4.2001 tarihli ve 4646 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesine eklenen (e) bendinin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

28.06.2007 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

18.04.2001 Tarih ve 4646 Sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun Geçici 3'üncü Maddesine, 25.05.2007 Tarih ve 5669 Sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1'inci Maddesi İle Eklenen (e) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun geçici 3'üncü maddesine, 25.05.2007 tarih ve 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1'inci maddesi ile eklenen ve iptali istenen (e) bendinin birinci paragrafında yapılan düzenlemede; bu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından doğalgaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurulması, kurulacak bu şirkete, şirketin kurulduğu tarihten itibaren iki ay içinde EGO (Ankara Elektrik ve Havagazı Müessesesi) Genel Müdürlüğü ile şirket arasında yapılacak protokolle EGO Genel Müdürlüğünün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesisleri, varlıklar, taşınır ve taşınmaz-

lar, hak, alacak ve borçlar (EGO Genel Müdürlüğünün devir tarihine kadar BOTAŞ'a olan doğal gaz alım borçları ile Hazine Garantisi altında ve dış borcun ikrazı sureti ile EGO Genel Müdürlüğüne doğal gaz yaygınlaştırılması ve dağıtım şebekesi kapsamında sağlanan dış krediler hariç), leh ve aleyhe açılmış olan davalar ile icra takipleri ve iş mevzuatına tâbi personelin devredilmesi öngörülmüştür.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 277'nci maddesinde *"Bir anonim şirketin kurulması için şirkette pay sahibi en az beş kurucunun bulunması şarttır."* denilmiştir. Bu nedenle anonim şirket, şirkette pay sahibi olan en az beş kurucu ortakla kurulabilir. Bu zorunlu koşul, şirketin kuruluşundan sona ermesine kadar geçerlidir. Ortak sayısının beşin altına düşmesi, anonim şirketi sona erdiren, kanuni bir sebeptir (T.T.K. m. 434/4).

İptali istenen söz konusu (e) bendinin birinci paragrafında, kurulacak anonim şirketin sadece bir tek kurucu ortağı Ankara Büyük Şehir Belediyesi olarak belirlenmiş ancak, kurulacak bu yeni şirketin diğer dört kurucu ortağı konusunda hiçbir belirleme yapılmamıştır.

Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur (Anayasa Mahkemesinin 15.12.2006 tarih ve E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararı).

Bu durumda, iptali istenen kural hukuk devletinin en önemli öğelerinden olan "belirlilik" ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamakta, dolayısıyla Anayasanın 2'nci maddesine aykırı düşmektedir.

İptali istenen (e) bendinin birinci paragrafındaki, Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurulmasını öngören düzenleme ile; söz konusu (e) bendinin gerek birinci paragrafındaki bunun dışındaki düzenlemeler ile diğer bütün paragraflarındaki düzenlemeler arasında tam bir uygulama birliği bulunduğundan bütün bu düzenlemeler de aynı nedenle Anayasanın 2'nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan (e) bendinin birinci paragrafının dördüncü cümlesinde "*Lisansın geçerlilik süresinin ilk on yılında dağıtım şirketinin birim hizmet ve amortisman bedeli 0.05555 ABD Dolar/m3 karşılığı YTL, taşıma bedeli 0.0077 ABD Dolar/m3 karşılığı YTL olarak uygulanır."* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Böyle bir düzenlemenin, birim hizmet ve amortisman bedellerinin kurulması öngörülen şirketi özelleştirme sonucu satın alacak olan özel sermaye lehine artırılması anlamını taşıdığı açıktır. Halen EPDK (Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu)'nın çıktığı kentsel doğal gaz lisans ihalelerinde birim hizmet ve amortisman bedelleri, ilk 8 yıl için en yüksek 2.5 cent/m^3 olurken, bazı kentlerde 0 olarak gerçekleşmiştir. Oysa söz konusu düzenleme ile yeni kurulacak şirketi ve dolayısıyla EGO'yu satın alacak şirkete 10 yıl süreyle birim hizmet amortisman bedelini 5.555 cent olarak uygulama imkanı verilmektedir.

EPDK kararlarına göre lisans sahibi şirketlerin uygulayacağı iletim bedelleri, birim hizmet amortisman bedeline eşitlenirken, Ankara'da EGO'yu satın alacak şirkete, bugüne kadar öngörülen yüksek birim hizmet ve amortisman bedelinin en az % 50 fazlası ve fahiş bir fiyat olan 7.777 cent/m^3 uygulama imkanı tanınmaktadır.

Zaten EPDK kararlarıyla EGO, İZGAZ, İGDAŞ gibi şirketlere, diğer kentlere göre çok daha yüksek olan metre küp başına 0.058019 - 0.069649 YTL birim hizmet amortisman bedeli uygulama imkanı tanınırken, bu yasa ile bugünkü kurdan % 25 artış anlamına gelen 0.07444 YTL birim hizmet amortisman bedeli uygulanması öngörülmektedir.

Böyle bir düzenlemenin sonucunun ise, doğal gaz tüketecek Ankara'daki tüketiciler aleyhine tüketim bedellerinin çok daha fazla artırılması olacağı açıktır. Doğal gaz kullanımı çağdaş kentsel yaşamın bir unsurudur ve kentlilerin ucuza doğal gaz kullanması kamusal bir haktır ve bu kamusal bir hakkın kullanılmasını sınırlandıran ve güçleştiren yasal düzenlemelerin de kamu yararı nihai amacına yönelik işlemler olduğu söylenemez.

Kamu yararı amacına yönelik olmayan, kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmayan, adalet anlayışına aykırı ve makul olmayan böyle bir durumun, Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılamayacağı açıktır. Çünkü bir hukuk devletinde tüm kamu işlemlerinin nihai amacı, kamu yararıdır. Bir hukuk devleti, adil ve makul olmak durumundadır. Kamu hizmetinin gerekleriyle bağdaşmayan, adil ve makul olmayan bir düzenlemenin, kamu yararı amacına yönelik olduğu ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez.

Anayasa Mahkemesinin E.1985/1, K.1986/4 sayılı Kararında da, "Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz" denilmektedir.

İptali istenen (e) bendinin birinci paragrafının dördüncü cümlesi bu nedenle de, Anayasanın 2'nci maddesine aykırıdır.

Belediye ve il özel idarelerine ait ticari amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının özelleştirilmesi, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun kapsamında olup, "özelleştirme uygulamalarının gerektirdiği özelleştirme ile ilgili her türlü işlemi yürütmek" Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın görevleri arasındadır.

İptali istenen (e) bendinin ikinci paragrafında; dağıtım şirketinin asgari yüzde 80 hissesinin bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirilmesinin gerçekleştirilememesi durumunda. dağıtım şirketinin hisselerinin yüzde 80'inin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından özelleştirileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda, dağıtım şirketinin her türlü özelleştirme işlemlerini yapma görev ve yetkisi, iptali istenen (e) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl süre ile Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne verilmiştir.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, ilgili hizmet birimleri ile özelleştirme konusunda uzman bir idare olduğu yadsınamaz. İptali istenen (e) bendinin ikinci paragrafının birinci cümlesi ile dağıtım şirketinin asgari yüzde 80 hissesinin iki yıl süre ile uzman bir kuruluştan alınarak özelleştirme işlemleri konusunda hiçbir uzmanlığı bulunmayan Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne verilmesinin 4046 sayılı Kanunun 1'inci ve 2'nci maddelerinde belirtilen özelleştirmenin amaç ve ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır. Özelleştirme amaç ve ilkeleriyle bağdaşmayan bir düzenlemenin de, kamu yararı amacına dayanmadığı çok açıktır.

Bu nedenle de, iptali istenen (e) bendinin ikinci paragrafının birinci cümlesi Anayasanın 2'nci maddesine aykırıdır.

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

Açıklanan nedenlerle, 18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun geçici 3'üncü maddesine, 25.05.2007 tarih ve 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1'inci maddesi ile eklenen (e) bendi Anayasanın 2'nci ve 11'inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun geçici 3'üncü maddesine, 25.05.2007 tarih ve 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1'inci maddesi ile eklenen (e) bendi yapılan düzenlemeler kamu yararı amacına dayanmadığı ve nihai sonuç olarak vatandaşların ısınma giderlerinin kar amaçlı bir şirketin hizmet vermesi nedeniyle yükselmesine yol açacağı için bunların uygulanması halinde giderilmesi olanaksız zararlar doğabileceği açıktır.

Yine özelleştirme işlemleri konusunda hiçbir uzmanlığı bulunmayan Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne özelleştirme işlemleri yapma yetkisi verilmiş olduğundan, özelleştirme amacı dışına çıkılması ve bundan ülke ekonomisinin sonradan giderilmesi olanaksız zararlara uğraması söz konusu olabilecektir.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Açıklanan nedenlerle, 18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun geçici 3'üncü maddesine, 25.05.2007 tarih ve 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1'inci maddesi ile eklenen (e) bendinin Anayasanın 2'nci ve 11'inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle, 18.4.2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendi şöyledir:

"e) Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 6762 sayılı Kanuna göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurularak EGO (Ankara Elektrik ve Havagazı Müessesesi) Genel Müdürlüğünün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesisleri, varlıklar, taşınır ve taşınmazlar, hak, alacak ve borçlar (EGO Genel Müdürlüğünün

devir tarihine kadar BOTAŞ'a olan doğal gaz alım borçları ile Hazine Garantisi altında ve dış borcun ikrazı sureti ile EGO Genel Müdürlüğüne doğal gaz yaygınlaştırılması ve dağıtım şebekesi kapsamında sağlanan dış krediler hariç), leh ve aleyhe açılmış olan davalar ile icra takipleri ve iş mevzuatına tabi personel, şirketin kurulduğu tarihten itibaren iki ay içinde EGO Genel Müdürlüğü ile şirket arasında yapılacak protokolle şirkete devredilir. Devir işlemlerinden doğan kazanç kurumlar vergisinden, devir kapsamındaki mal teslimi ve hizmet ifaları katma değer vergisinden, devre ilişkin bütün işlemler ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek her türlü kağıt, damga vergisi dahil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden müstesnadır. Bu şirkete Kurul tarafından otuz yıllık dağıtım lisansı verilir. Lisansın geçerlilik süresinin ilk on yılında dağıtım şirketinin birim hizmet ve amortisman bedeli 0,05555 ABD Dolar/m3 karşılığı YTL, taşıma bedeli 0,0077 ABD Dolar/m3 karşılığı YTL olarak uygulanır. On birinci yıl ve sonrası bu bedeller şirketin teklifi ve Kurulun onayı ile belirlenir.

Şirketin asgari yüzde 80 hissesi bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirilir. Bu bent uyarınca yapılacak özelleştirmeden sağlanan kazanç kurumlar vergisinden, hisse devri ise katma değer vergisi dahil her türlü vergi, resim ve harçtan müstesnadır. Bu tarihe kadar özelleştirmenin gerçekleştirilmemesi durumunda, dağıtım şirketinin hisselerinin yüzde 80'i Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından özelleştirilir. Bu durumda elde edilen gelirlerden, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca özelleştirme giderleri düşüldükten ve aşağıdaki hükümler uyarınca kurumlara ödemeler yapıldıktan sonra arta kalan tutar Ankara Büyükşehir Belediyesine aktarılır.

Özelleştirme sonucu elde edilecek gelirden öncelikle EGO Genel Müdürlüğünün, bu bendin yürürlüğe girdiği tarihe kadar BOTAŞ Genel Müdürlüğüne olan doğal gaz alım anapara borçları BOTAŞ Genel Müdürlüğüne bir ay içinde defaten ödenir. Bu bendin yürürlüğe girdiği tarihe kadar BOTAŞ Genel Müdürlüğünün alacağını oluşturan tüm borçlara ait faizler ile fer'ileri ve cezaları silinir. Ayrıca Hazine Garantisi altında ve dış borcun ikrazı sureti ile EGO Genel Müdürlüğüne doğal gaz uygulama projeleri kapsamında sağlanan dış kredilerden, anlaşmalar çerçevesinde Hazine Müsteşarlığı tarafından kreditörlere ödenen tutarlar, kreditörlere yapılan ödeme döviz cinsleri üzerinden ödemenin yapılacağı tarihte geçerli olan T.C. Merkez Bankası döviz satış kuru esas alınarak özelleştirme bedelinden Hazineye bir ay içinde defaten ödenir. Ödemenin yapılmasını takiben Hazinenin bu kredilere ilişkin faiz ve gecikme cezaları ile fer'ileri ve cezalardan kaynaklanan alacakları, bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkin edilir.

Kalan özelleştirme geliri Ankara Büyükşehir Belediyesi bütçesine irat kaydedilir ve Büyükşehir Belediyesi veya bağlı kuruluşlarının diğer borçları gerekçe gösterilerek herhangi bir kamu kuruluşunca haciz veya kesinti işlemi yapılamaz. Belediyenin bu geliri öncelikle 4046 sayılı Kanun'un 21'inci ve 26'ncı maddelerinde belirtilen, özelleştirme uygulaması sonucu doğabilecek iş kaybı nedeniyle yapılacak tazminat ödemeleri ile devam eden Ankara Metrosu ve Ankara Büyükşehir trafik, ulaşım, su, kanalizasyon ve bunlarla ilgili alt yapı yatırımları için kullanılır.

Özelleştirme uygulamasına ilişkin olarak bu Kanun ile 4046 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Ankara Büyükşehir Belediye Meclisi yetkilidir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine dayanılmış, 47. ve 73. maddeleri ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 12.7.2007 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Bendin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanun'nun 277. maddesi gereğince bir anonim şirketin kurulması için şirkette pay sahibi en az beş kurucuya ihtiyaç bulunduğu, oysa kurulması öngörülen şirketin Ankara Büyükşehir Belediyesi dışındaki pay sahiplerinin yasada belirlenmediği, bu durumun hukuk devletinin en önemli öğelerinden olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu; lisansın geçerlilik süresinin ilk on yılında dağıtım şirketinin birim hizmet ve amortisman bedeli ile taşıma

bedeli olarak uygulanacak bedellerin şirketi satın alacak lehine artırılması nedeniyle Ankara'daki tüketicilerin daha fazla kayba uğrayacakları, bunun da kamu işlemlerinin nihai amacı olan *kamu yararı*yla bağdaşmadığı ileri sürülerek düzenlemenin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Fıkrada, bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde bir şirket kurulması, bunu takiben iki ay içinde de bu şirket ile EGO (Ankara Elektrik ve Havagazı Müessesesi) Genel Müdürlüğü arasında bir protokol yapılarak, EGO Genel Müdürlüğünün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesisleri, varlıklar, taşınır ve taşınmazlar, hak, alacak ve borçları, leh ve aleyhe açılmış olan davalar ile icra takipleri ve iş mevzuatına tabi personelin şirkete devri öngörülmektedir. Devirden, EGO Genel Müdürlüğünün devir tarihine kadar BOTAŞ'a olan doğal gaz alım borçları ile Hazine Garantisi altında ve dış borcun ikrazı sureti ile EGO Genel Müdürlüğüne doğal gaz yaygınlaştırılması ve dağıtım şebekesi kapsamında sağlanan dış krediler hariç tutulmaktadır.

Fıkranın devamında, devir işlemlerinden doğan kazancın kurumlar vergisinden, devir kapsamındaki mal teslimi ve hizmet ifalarının katma değer vergisinden, devre ilişkin bütün işlemler ve bu işlemlerle ilgili olarak düzenlenecek her türlü kağıdın, damga vergisi dahil her türlü vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden müstesna olduğu belirtildikten sonra, şirkete Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu (EPDK) tarafından otuz yıllık dağıtım lisansı verileceği; lisansın geçerlilik süresinin ilk on yılında birim hizmet ve amortisman bedelinin 0,05555 ABD Dolar/m3 karşılığı YTL, taşıma bedelinin ise 0,0077 ABD Dolar/m3 karşılığı YTL olarak uygulanacağı; on birinci yıl ve sonrasında bu bedellerin şirketin teklifi ve EPDK'nun onayı ile belirleneceği 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, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğunun bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da hukukun

evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır. Hukuk devleti, yasaların kamu yararına dayanması ilkesini de içerir. Buna göre, özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz.

Anayasa Mahkemesinin 25. 1. 2007 günlü, E.2004/79, K.2007/6 sayılı kararında da belirtildiği üzere, büyükşehir belediyelerinin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli olanlar dışındaki görev ve hizmetleri sermaye şirketleri aracılığıyla yürütmelerinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Bu çerçevede, piyasa şartları gözetilerek yürütülebilecek nitelikteki doğal gaz dağıtım hizmetinin, EGO bünyesinden ayrılarak büyükşehir belediyesi tarafından anonim şirket statüsünde kurulacak bir şirket tarafından yerine getirilmesinde Anayasaya aykırılık görülmemiştir.

Diğer yandan,, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre anonim şirket statüsünde kurulacak bu şirkette, Ankara Büyükşehir Belediyesi dışında, bağlı kuruluşlarla diğer şirketler de pay sahibi olabileceğinden, şirketin diğer ortaklarının belisizliğinden söz edilemez.

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nda, perakende satış tarifesi içerisinde değerlendirilerek Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na bırakılan birim hizmet ve amortisman bedeli ile taşıma bedeli, iptali istenen düzenlemede ABD Dolarına endekslenerek on yıl süreyle sabitlenmiştir. Gaz dağıtımının yapılacağı yerin coğrafi ve fizikî özellikleri, tüketilen gaz miktarı, piyasa şartlarıyla enflasyon gibi faktörlere bağlı olarak bu bedellerin artma ya da azalma şeklinde değişmesi mümkündür. Şirketin özelleştirilmesinden beklenen amacı da gözeterek, anılan kalemlerin döviz cinsinden karşılıklarının belli bir süreyle sabitlenmesi, ya da genel hükümler çerçevesinde Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu'na bırakılmasındaki kamu yararının tespiti yasakoyucuya aittir.

Açıklanan nedenlerle fıkranın Anayasanın 2. ve 11. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

B- Bendin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, özelleştirmenin iki yıl süreyle uzman bir kuruluş olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı yerine Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından yapılacak olmasının 4046 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddelerindeki amaç ve ilkelerle bağdaşmaması nedeniyle kamu yararına, dolayısıyla Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"un 29. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelerle bağlı olmadığından, iptali istenilen kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 47. ve 73. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Fıkrada, şirketin asgari yüzde 80 hissesinin, bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirileceği, özelleştirme sonucu sağlanan kazancın kurumlar vergisinden, hisse devrinin ise katma değer vergisi dahil her türlü vergi, resim ve harçtan müstesna olduğu ifade edilmiş; iki yıl içinde özelleştirmenin gerçekleştirilmemesi durumunda ise şirket hisselerinin yüzde 80'inin Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından özelleştirileceği, bu durumda, elde edilen gelirlerden Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca özelleştirme giderleri düşüldükten ve üçüncü fıkradaki hükümler uyarınca kurumlara ödemeler yapıldıktan sonra arta kalan tutarın Ankara Büyükşehir Belediyesine aktarılacağı öngörülmüştür.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 26. maddesinde de, belediye ve il özel idarelerine ait ticarî amaçlı kuruluşlar ile pay oranlarına bakılmaksızın her türlü iştiraklerindeki paylarının özelleştirilmesine ilişkin işlemlerin anılan Kanun'daki esaslara göre yetkili organlarınca belirlenip yürütüleceği ifade edilmiştir. Özelleştirme sonucu sağlanan kazanç için öngörülen muafiyetler bakımından, 4046 sayılı Yasa'da işlemlerin KDV dışında her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu belirtilirken, iptali istenen fıkra gereğince yapılacak özelleştirmenin kurumlar vergisi, KDV ile her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti, yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılmasını gerektirir. Buna göre, özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz.

Anayasanın devletleştirme ve özelleştirmeye ilişkin 47. maddesinin son fıkrasında, *"Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri*

tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir." denilmektedir. Böylece, Devlete, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetleri özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırabilme veya devredebilme yetkisi tanınmaktadır.

Daha önce Ankara Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı EGO tarafından yürütülürken, iptali istenen düzenlemenin birinci fıkrasına istinaden büyükşehir belediyesi tarafından kurulacak anonim şirket statüsündeki bir şirkete devredilmesi benimsenen doğal gaz dağıtım hizmetinin özelleştirilmesinde Anayasanın 47. maddesine aykırı bir yön görülmemiştir.

Öte yandan, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği belirlenebileceğinden bunun, kanunla olmak koşuluyla, hangi kurum tarafından yerine getireceğinin taktiri de yasakoyucuya aittir. Bu nedenle Büyükşehir Belediyesi'ne kuracağı Anonim Şirketin özelleştirilmesi için kanunla yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılıktan söz edilemez.

Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı açıkça belirtildiğinden, özelleştirmeyi teşvik amacıyla vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerden muaflık konusundaki yasal düzenlemelerde de Anayasaya aykırı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2., 11., 47. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

C- Bendin Diğer Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurulmasını öngören düzenleme ile bendin diğer kısımlarındaki düzenlemeler arasında tam bir uygulama birliği bulunduğundan, bendin kalan kısımlarının da Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Bendin kalan bölümünde, özelleştirme sonucu elde edilecek gelirin paylaşımıyla kalan miktarın kullanımına ilişkin hükümlere yer verildiğinden, şirket kurulması ve bunun özelleştirilmesine bağlı olarak getirilen ve uygulamaya yönelik düzenlemelerde de Anayasanın 2. maddesine aykırı bir yön görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

25.5.2007 günlü, 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 18.4.2001 günlü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendine yönelik iptal istemi, 24.1.2008 günlü, E. 2007/76, K. 2008/46 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bende ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 24.1.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

25.5.2007 günlü, 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 18.4.2001 günlü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 24.1.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

25.5.2007 günlü 5669 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendi ile EGO Genel Müdürlüğü'nün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesislerinin anonim şirket statüsünde kurulacak bir şirkete devri, bu şirketin asgari yüzde 80 hissesinin de en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirilmesi öngörülmektedir.

Yasa'nın gerekçesinden, özelleştirme sonucu elde edilecek bedelden, BOTAŞ Genel Müdürlüğüne olan borçlar ile EGO Genel Müdürlüğü tarafından kullanılan hazine garantili giderlerin ana para borçlarının faiz uygulanmaksızın ödenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 6. maddesine göre hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağından belediyelerin sermaye şirketi kurabilmelerine izin verilebilmesi için, bunun anayasal dayanağının bulunması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 127. maddesinde, Mahalli İdarelerin; il belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu, 128. maddesinde de "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmektedir.

Belediyelerin özel hukuk hükümlerine göre sermaye şirketi kurarak ticaretle uğraşmalarının, mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamında bulunmadığı, kamu tüzelkişileri olan belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği açıktır. Bu durumda, belediyelerin Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında üstlendikleri kamu hizmetlerinin, özel hukuk tüzel kişileri olan sermaye şirketleri tarafından yürütülmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 47. maddesi uyarınca, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesine veya devredilebilmesine, bunların hangileri olduğunun kanunla belirlenmesi koşuluyla olanak tanınmakta ise de söz konusu kamu tüzelkişilerinin,

kuracakları sermaye şirketleri ile bu hizmetleri doğrudan yürütmelerine izin verilmemektedir. Buna göre, belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında sermaye şirketi kurmalarının anayasal dayanağı bulunmadığı gibi bu konuda anayasal boşluktan söz etme olanağı da yoktur. Anayasa bir alanı düzenlemiş, usul ve esaslarını belirlemişse bu konuda ayrıca bir yasak konulmasına gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu (e) bendi uyarınca 6762 sayılı Kanuna göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurularak EGO Genel Müdürlüğünün, mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehir içi dağıtımı ile ilgili tüm alt yapı tesisleri, varlıkları, taşınır ve taşınmazları, hak, alacak ve borçları bu şirkete devredilmiş devir işlemlerinden doğan kazanç, kurumlar vergisinden; devir kapsamındaki mal teslimi ve hizmet ifaları, katma değer vergisinden; devre ilişkin bütün işlemler tüm vergi, resim ve harçlardan muaf tutulmuştur. Böylece, doğal gaz dağıtım faaliyetinin anonim şirket statüsünde özel hukuk kurallarına göre yürütülmesi sağlanmıştır. Bu aşamadan sonra şirketin asgari yüzde 80 hissesinin iki yıl içinde 4046 sayılı Kanun'a göre Ankara Büyük Şehir Belediyesi tarafından özelleştirilmesi, özelleştirme sonucu elde edilecek gelirden öncelikle BOTAŞ Genel Müdürlüğüne olan doğal gaz alım ana para borçlarının ödenmesi ancak, bu bendin yürürlüğe girdiği tarihe kadar oluşan söz konusu borçlara ait faizler fer'ileri ve cezalarının silinmesi, ayrıca dış kredi ve anlaşmalar çerçevesinde oluşan borçların da ödenmesi, bunlara ilişkin, faiz ve gecikme cezaları ile fer'ileri ve cezalardan kaynaklanan alacakların ise, bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkin edilmesi öngörülmüştür. Bu durumda, Ankara Büyük Şehir Belediyesi'ne, doğal gaz dağıtım faaliyetinin şirketleşme ve borçların ödenmesi aşamalarında imtiyaz tanındığı açıktır. Elde edilecek gelirin kamu hizmetlerine harcanacak olması, dava konusu kuralın hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılığını ortadan kaldırmaz. Hukuk devletinde yasaların genel, eşit, nesnel kurallar içermesi ön koşuldur. Sadece bir belediyeyi borçlarından kurtarma temel amacı doğrultusunda imtiyaz oluşturacak düzenlemeler içeren yasanın, kamu yararı düşüncesine dayandığı ileri sürülemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kuralın Anayasa'nın 2, 10 ve 47. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

İptali istenen kural 25.05.2007 tarih ve 5569 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun geçici 3. maddesine eklenen (e) bendidir. Sözü geçen kuralda; bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 6762 sayılı Kanun'a göre doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere anonim şirket statüsünde yeni bir şirket kurularak, EGO Genel Müdürlüğü'nün mülkiyet ve/veya işletmesinde bulunan doğal gazın şehiriçi dağıtımı ve ilgili tüm alt yapı tesislerinin devri, bu şirketin asgari yüzde seksen hissesinin bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4646 sayılı Kanun hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirilmesi öngörülmektedir.

Yasa'nın gerekçesinde ise özelleştirme sonucu elde edilecek gelirden öncelikle Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin Botaş Genel Müdürlüğüne olan borçları ile EGO Genel Müdürlüğü tarafından kullanılan hazine garantili anapara borçlarının ödenmesinin sağlanacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinde, mahalli idarelerin il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu, 128. maddesinde ise; Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmektedir.

Belediyelerin özel hukuk hükümlerine göre sermaye şirketi kurmaları suretiyle ticaretle uğraşmaları, 127. maddede sözü edilen mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamında olmadığı gibi, 128. madde uyarınca genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrasında; "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzelkişilere yaptırılabileceği kanunla belirlenir" hükmü yer almaktadır. Ancak madde hükmünde kamu tüzelkişilerinin görevli oldukları kamu hizmetlerinin kuracakları sermaye şirketleri tarafından yürütülmesi konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu durumda belediyelerin üstlendikleri kamu hizmeti alanında, sermaye şirketi kurmaları ve hizmetin bu şirketler tarafından yürütülmesi yukarıda açıklanan Anayasa hükümleri karşısında mümkün değildir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise kuralların genel, eşit, nesnel olmalarına bağlıdır.

İptali istenen düzenlemenin ikinci paragrafında doğal gaz dağıtım faaliyeti yapmak üzere Ankara Büyükşehir Belediyesince kurulan şirketin asgari yüzde seksen hissesinin bu bendin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki yıl içinde 4046 sayılı Yasa hükümleri uyarınca Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından özelleştirileceği, bu tarihe kadar özelleştirmenin gerçekleştirilmemesi durumunda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından özelleştirileceği belirtilmektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunla özelleştirme uygulamalarının gerektirdiği özelleştirme ile ilgili her türlü işlemi yürütmek üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kurulmuştur. Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ilgili hizmet birimleri ile özelleştirme konusunda uzman bir idare olduğu kuşkusuzdur.

Bu durumda iptali istenilen kural ile kurulacak dağıtım şirketinin asgari yüzde seksen hissesinin özelleştirilmesinin iki yıl süre ile uzman bir kuruluştan alınarak, özelleştirme konusunda hiçbir uzmanlığı bulunmayan Ankara Büyükşehir Belediyesine verilmesi ve özelleştirme sonucu elde edilen gelirlerden öncelikle Ankara Büyükşehir Belediyesi'nin Botaş Genel Müdürlüğü'ne olan doğal gaz anapara borçlarının ödeneceği ve bu borçlara ait faiz ve cezaların silineceğinin belirtilmesi, özelleştirme amaç ve ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi sadece bir belediye için imtiyaz oluşturacak nitelikte düzenlemeler içerdiği açıktır. Bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 25.05.2007 tarih ve 5569 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 18.04.2001 tarih ve 4646 sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesine eklenen (e) bendinin Anayasa'nın 2., 10. ve 47. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2004/3

Karar Sayısı : 2008/47

Karar Günü : 31.1.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Ali TOPUZ, K. Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ

İPTAL DAVASININ KONUSU: 6.11.2003 günlü, 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31. maddesinin, Anayasanın 2., 10., 11., 13. ve 28. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini de içeren 15.1.2004 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇESİ

06.11.2003 tarihli ve 5000 sayılı Kanunun 31'inci maddesi ile, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 14'üncü maddesinde öngörülen 5 yıllık süre, 15.07.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanununa tabi konularda 3 yıla indirilmiştir.

Bu düzenleme, bir eşitsizlik yaratmaktadır. Çünkü bir basın - yayın organının adının aynı zamanda marka olarak tescil edilmesi durumunda, marka olan ad 5 yıllık koruma süresine tabi olacak, marka olarak tescil edilmemiş mevkute adı ise 3 yıl korunabilecektir. Böyle bir eşitsizliği "basın özgürlüğünden yararlanılmasını kolaylaştırmak" gerekçesi ile açıklayabilmek mümkün değildir.

Bu nedenle, söz konusu 31'inci maddenin birinci fıkrası, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Diğer yandan 31'inci maddenin birinci fıkrası, 5000 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce mevkute adı üzerinde edinilmiş bulunan 5 yıllık koruma haklarını korumaya almamakta; aksine kanunun yürürlük

tarihi itibariyle bu hakları 3 yıla indirmektedir. Halbuki kazanılmış haklara saygı, hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin temel unsurlarındandır.

Anayasamızın 2'nci maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu ifade etmektedir. 31'inci maddenin birinci fıkrasındaki düzenleme, yukarıda açıklandığı gibi, kazanılmış hakları korumadığı ve zedelediği için, Anayasa'nın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

Söz konusu 31'inci maddede yapılan düzenlemenin basın özgürlüğünün kullanılmasını kolaylaştırmakla da ilgisi yoktur. Çünkü basın özgürlüğünü kolaylaştırma adı altında, mevkute adı üzerindeki hak yeterince korunmayarak ad üzerindeki hak sahipleri bakımından, Anayasa'nın 28'inci maddesinde ifade edilmiş olan basın özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Bu sınırlamanın ise, Anayasa'nın 13'üncü maddesinde yer alan demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı görülmektedir. Çünkü getirilen üç yıllık koruma süresi, "Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması"nın 15'inci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen asgari koruma süresidir. Çağdaş demokratik toplumlarda ise bu sürenin genellikle üç yıldan uzun tutulduğu görülmektedir. Bu bakımdan 31'inci maddede getirilen düzenlemenin, Anayasa'nın 28 ve 13'üncü maddelerine aykırı olarak, demokratik toplum düzeninin gereklerine uymayacak biçimde ve amacı aşan ölçüde basın özgürlüğünü sınırlandırdığını söylemek gerekmektedir.

5000 sayılı Kanunun 31'inci maddesinin ikinci fıkrası da, söz konusu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte 5680 sayılı Kanun gereğince mevkute neşretmekte olanların, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereğince mevkute neşretmekten alıkonamayacaklarını hükme bağlayarak yine, kazanılmış hakları güvencesiz bırakmakta; bunları korumaya yönelik kanun yollarını etkisiz hale getirmektedir. Çünkü bu düzenleme, koruma süresi içinde olan bir adla, bir başkasının izinsiz olarak çıkarmakta olduğu mevkutenin neşredilmekten alıkonulmasını imkânsızlaştırmaktadır. Bu, hukuka aykırı bir kullanımın hukuk eliyle korunması sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir durumun da, Anayasa'nın 2'nci maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Çünkü hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin temel unsurları, kazanılmış hakların korunması, hukuka aykırı fiillerin yaptırıma bağlanması yoluyla haksızlıkların önlenmesidir.

Hukuksuzluğu kanun yoluyla koruyan bir devlet, hukuk devleti olamaz.

Anayasa'nın çeşitli hükümlerine aykırı olan bir düzenleme, Anayasa'nın 11inci maddesinde ifade edilen Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile de bağdaşamaz.

5000 sayılı Kanunun bu nedenlerle Anayasa'nın 2, 10, 11, 13 ve 28'inci maddelerine aykırı olan 31'inci maddesinin (2 fıkrasının da) iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

06.11.2003 tarih ve 5000 sayılı Kanunun açıkça Anayasa'ya aykırı olan 31inci maddesinin uygulanması halinde, neşredilmeyen mevkute adı üzerindeki hak sahiplerinin kazanılmış hakları zedelenecek ve giderilmesi mümkün olmayan hukuki zarar ve durumlar doğacaktır. Bu tür zarar ve durumların önlenebilmesi için söz konusu 31'inci maddenin yürürlüğünün iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

06.11.2003 tarihli ve 5000 sayılı "Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"un, Anayasa'nın 2, 10, 11, 13 ve 28'inci maddelerine aykırı olan 31'inci maddesinin iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

6.11.2003 günlü, 5000 sayılı Yasa'nın iptali istenilen 31. maddesi şöyledir:

"556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 14. maddesinde öngörülen beş yıllık süre, 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu'na tabi konularda üç yıla indirilmiştir.

Bu Kanunun yürürlük tarihinde 5680 sayılı Kanun gereği mevkute neşredenler, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereği mevkute neşretmekten alıkonulamazlar."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 10., 11., 13. ve 28. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 35. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılımlarıyla 21.1.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra, dava konusu Yasa kuralında atıfta bulunulan 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu'nun, 26.6.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olmasının işin esasının incelenmesini etkileyip etkilemeyeceği konusu üzerinde öncelikle duruldu.

5000 sayılı Yasa'nın iptali istenilen 31. maddesinin atıfta bulunduğu 5680 sayılı Yasa'nın yürürlükten kalkmış olması, halen yürürlükte olan ve hukuki sonuçları itibarıyla da geçerliğini koruyan 5000 sayılı Yasa'nın 31. maddesine yönelik iptal isteminin konusuz kalması sonucuna yol açmadığından işin esasının incelenmesinin devamına, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ'nin karşı oyları ve oyçokluğuyla karar verilerek gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 31. Maddenin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 14. maddesinde öngörülen beş yıllık sürenin 5680 sayılı Basın Kanunu'na tâbi konularda üç yıla indirilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu, marka olarak tescil edilmiş bir mevkute adı ile marka olarak tescil edilmemiş bir mevkute adının farklı koruma sürelerine tâbi olmasının eşitsizliğe yol açacağı ve bu eşitsizliğin "basın özgürlüğünden yararlanılmasını kolaylaştırmak" gerekçesi ile açıklanamayacağı, kazanılmış haklara ve hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, söz konusu düzenlemenin basın özgürlüğünü demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmayan ve amacını aşan ölçüde sınırlandırdığı, belirtilen nedenlerle iptali

istenilen kuralın Anayasanın 2., 10., 11., 13. ve 28. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5000 sayılı Yasa'nın 31. maddesinin birinci fıkrasında, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 14. maddesinde öngörülen beş yıllık süre, 5680 sayılı Basın Kanununa tabi konularda üç yıla indirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."* denilmektedir.

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.

Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Markaların korunmasına ilişkin usul ve esaslar, 27.6.1995 tarihinde yürürlüğe giren 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede düzenlenmiştir. Anılan Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine uygun olarak tescil edilen bir marka, korunmakta ve marka hakkı sona ermedikçe ya da marka hükümsüz sayılmadıkça sahibine, markasının izin alınmadan kullanılmasının önlenmesi, tecavüzün giderilmesi ve zararının karşılanmasını talep etme gibi haklar sağlamaktadır. Ayrıca, marka hakkına tecavüz eden kişiler bakımından cezai hükümler öngörülmektedir.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesinde, "Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan

kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir." denilmektedir.

5000 sayılı Yasa'nın iptali istenilen 31. maddesinin birinci fıkrasında, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 14. maddesine atıfta bulunularak, bu maddede öngörülen beş yıllık sürenin 5680 sayılı Basın Kanunu'na tabi konularda üç yıla indirildiği belirtilmiştir. Buna göre, 5680 sayılı Basın Kanunu'na tabi konularda, bir markanın tescil tarihinden itibaren üç yıl içinde haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma üç yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilecektir.

Tescilli markaların kullanılmaması ya da kullanımına ara verilmesi dolayısıyla iptal edilmeleri için geçmesi gereken beş yıllık süre, aynı zamanda marka sahiplerinin kullanmadıkları markaları üzerindeki haklarının korunma süresini oluşturmaktadır. 19.11.2003 tarihinde yürürlüğe giren 5000 sayılı Yasa ile bu sürenin Basın Kanunu'na tabi konularda üç yıla indirilmesi, anılan Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce başlayan beş yıllık süreler yönünden de geçerli bulunmaktadır. Buna göre, tescilli markasını kullanmayan ya da kullanmaya ara veren bir marka sahibi yönünden başlamış olan beş yıllık süre henüz sona ermemişken, 5000 sayılı Yasa ile söz konusu sürenin üç yıla indirilmesi, hak kayıplarına yol açabilecek ve marka sahiplerinin hukuki güvenliklerini ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları ve Devlet'in bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları hükme bağlanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi"nin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu yasak, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Ancak kişisel

nitelikleri ve durumları özdeş olanların farklı kurallara tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Basın Kanunu'na tabi konulardaki markaların, nitelik ve özellikleri itibariyla diğer markalardan bir farkının bulunmaması nedeniyle, bu kapsamdaki marka sahiplerinin diğer marka sahipleri ile aynı hukuki konumda bulundukları açıktır. Markaların belirli bir süre kullanılmaması ya da kullanılmasına ara verilmesine bağlı olarak iptalini öngören kural yönünden Basın Kanununa tabi konulardaki markalar yönünden farklı bir süre getiren dava konusu kural, söz konusu marka sahiplerinin diğer marka sahiplerinden farklı kurallara tabi tutulması sonucunu doğurmakta ve Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11., 13. ve 28. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- 31. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralın kazanılmış hakları güvencesiz bıraktığı ve onları korumaya yönelik kanun yollarını etkisiz hale getirdiği, koruma süresi içinde olan bir adla bir başkasının izinsiz olarak çıkarmakta olduğu mevkutenin neşredilmekten alıkonulmasını imkansızlaştırdığı, hukuka aykırı bir kullanımın hukuk eliyle korunması sonucunu doğurduğu, hukuksuzluğu kanun yoluyla koruyan bir devletin hukuk devleti olamayacağı, hukuk devletinin temel unsurlarının kazanılmış hakların korunması ve hukuka aykırı fiillerin yaptırıma bağlanması yoluyla haksızlıkların önlenmesi olduğu, belirtilen nedenlerle söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesi yönünden incelenmiştir.

5000 sayılı Yasa'nın 31. maddesinin ikinci fıkrası, bu Yasanın yürürlük tarihinde 5680 sayılı Kanun gereği mevkute neşredenlerin, 556 sayılı

Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereği mevkute neşretmekten alıkonulamayacaklarını öngörmektedir.

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

Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinde, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmektedir.

Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrîmaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınaî mülkiyet hakları gayrîmaddi mallar kapsamında yer almaktadır.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesinde, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretin, marka olabileceği kabul edilmektedir.

Bir markanın sahibine sağladığı haklar, "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasanın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte ve marka hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır.

Marka hakkına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de, marka hakkına tecavüz halinde öncelikli olarak tecavüzün durdurulması ve giderilmesi amaçlanmaktadır.

Dava konusu kural ise 5000 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihi esas alarak, bu tarihte 5680 sayılı Basın Kanunu'na göre mevkute neşredenlerin 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereğince mevkute neşretmekten alıkonulamayacaklarını belirterek, marka hakkına bu tarihten

önce yapılmaya başlanan tecavüzlerin önlenmesini imkansız kılmakta ve mülkiyet hakkına yapılan bu tecavüzün devamına olanak sağlamaktadır.

Hukuka aykırı eylemlerin korunması sonucunu doğuracak şekilde marka hakkının sınırlandırmasında kamu yararı amacı bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu kural Anayasa'nın 35. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Anayasa'nın 35. maddesine aykırı bulunarak iptal edilen kuralın, ayrıca Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

6.11.2003 günlü, 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31. maddesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 31.1.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

6.11.2003 günlü, 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31. maddesinin;

A- Esasının incelenmesinin devamına, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

31.1.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar ki istikrar bulmuş içtihatlarına göre, soyut norm denetimi yoluyla Mahkememiz önüne getirilen davalarda iptal konusu kuralın/kuralların sonradan yasakoyucu tarafından değiştirilmesi ya da yürürlükten kaldırılması hallerinde, iptal konusu kural hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmektedir. Davanın somutunda, iptali istenen kuralın yollamada bulunduğu 15.7.1950 günlü, 5680 sayılı Basın Kanunu, davanın ikamesinden (15.1.2004 tarihinden) sonra 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Basın Kanunu ile yürürlükten kaldırıldığından, kural hakkında da karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesinin gerekli olduğunu değerlendirdiğimizden; işin esasına geçilmesine ilişkin çoğunluk kararına katılamıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Haşim KILIÇ	Sacit ADALI	Ahmet AKYALÇIN

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2004/81

Karar Sayısı : 2008/48

Karar Günü : 31.1.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri A. İsmet ÇANAKÇI, Hasan ÖREN ve 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasanın 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini de içeren 17.8.2004 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III- GEREKÇE

09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanununun 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5187 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin saklı olduğunun belirtilmesinin hemen arkasından iptali istenen ikinci cümlede, 5187 sayılı Basın Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte 5680 sayılı Kanun gereğince mevkute neşretmekte olanların, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereğince mevkute neşretmekten alıkonamayacakları hükme bağlanmak suretiyle, söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin uygulanması engellenerek kazanılmış haklar güvencesiz bırakılmış ve bunları korumaya yönelik kanun yolları etkisiz hale getirilmiştir.

Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek; markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan

markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak, 556 sayılı KHK'nin 61'inci maddesine göre marka hakkına tecavüz sayılan fiillerdir ve marka sahibine 62'nci maddede belirtilen taleplerde bulunma hakkını verir. Marka sahibini 556 sayılı KHK'nin (R.G. 27.1995, s.22326) verdiği bu talep haklarından yoksun bırakan söz konusu düzenleme; koruma süresi içinde olan bir adla, bir başkasının izinsiz olarak çıkarmakta olduğu mevkutenin neşredilmekten alıkonulmasını imkânsızlaştırmaktadır.

Diğer taraftan Türk Ticaret Kanununun 56'ncı maddesinde aldatıcı hareket veya iyi niyet kurallarına aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalin haksız rekabet teşkil edeceği açıklanmış ve aynı Yasanın 57'nci maddesinde de iyi niyet kurallarına aykırı hareketleri örnek olarak göstermiştir. TTK.nun 57/5'inci maddesinde başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları ile iltibasa meydan verebilecek surette ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları durumu bilerek veya bilmeyerek satışa arzetmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple… olursa olsun elinde bulundurmak iktisadi rekabetin suistimali olduğu kabul edilmiştir.

Ceza Hukukunun bir fonksiyonu da, diğer hukuk dallarındaki hukuka aykırı ilişkileri yaptırıma bağlayarak, bu ilişkilerin hukuka uygun biçimde gelişmesini sağlamaktır. Bu durum, bu hukuk dalları bakımından günümüzde ceza hukukunun özel kısımlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu gelişim çerçevesinde konumuyla ilgisi bakımından Ticari Ceza Hukukundan söz edilebilir. "Ticari Ceza Hukuku" terimi, ticaret hayatı ile bir suretle ilişkisi olup ta, ceza müeyyidesi ile korunan bütün hukuk kaidelerini kapsamına almaktadır. Böyle bir anlayış içerisinde, vergi suçları, iş kanunları, sosyal sigortalar kanunlarında yer alan suçlar, bankalar kanunu, markalar kanunu gibi birçok kanunda düzenlen suçlar, hep bu kategoriye girmektedir. Yine bu gelişmenin sonucudur ki, ekonomik suçlar hukuki açıdan "ticari ve sınai bir işletmenin ticari işlerinin hukuka uygun bir tarzda cereyan etmesi ve sözü geçen işletmenin bu işlerden doğan menfaatlerinin korunması maksadı ile cezalandırılan ve sadece böyle bir işletme mensupları tarafından işlenilebilen fiiller" şeklinde, doktrinde tarif edilmiştir. (S. Erman, Ticari Ceza Hukuk, 1- Genel kısım. Sh. 4).

Hal böyle iken 5187 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ile yapılan söz konusu düzenleme; hukuka aykırı bir

kullanımın hukuk eliyle korunması sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir durumun da, Anayasanın 2'nci maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Çünkü hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin temel unsurları, kazanılmış hakların korunması, hukuka aykırı fiillerin yaptırıma bağlanması yoluyla haksızlıkların önlenmesidir.

Bir hukuk devletinde, hukuksuzluğun hukuk yoluyla korunması mümkün değildir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olan bir düzenleme, Anayasanın 11'inci maddesinde ifade edilen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle 5187 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasanın 2'nci ve 11'inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA GEREKÇESİ

09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanununun iptali istenilen 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi hukuk devletinin en önemli öğelerinden olan kazanılmış hakların korunması ile hukuka aykırı fiillerin yaptırıma bağlanması yoluyla haksızlıkların önlenmesine ilişkin temel kurallarına aykırı olduğu için, uygulanması halinde giderilmesi güç veya imkansız durum ve zararlar doğacaktır. Bu nedenle iptal davası sonuçlanıncaya kadar söz konusu hükmün yürürlüğünün durdurulması istenmiştir.

V. SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanununun 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasanın 2'nci ve 11'inci maddelerine aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç veya imkansız zararlar doğacağından iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına, karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Yasa'nın iptali istenilen kuralı içeren 9. maddesi şöyledir:

"Süreli yayın sahibinin beyanname verdiği tarihten itibaren bir sene içinde süreli yayın yayımlanmaz veya yayımlandıktan sonra yayıma üç yıl müddetle ara verilirse beyanname hükümsüz kalır ve sağladığı hak ortadan kalkar.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri saklıdır. **Ancak, bu Kanunun yürürlük tarihinde 5680 sayılı Basın Kanunu gereği mevkute neşredenler, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereği mevkute neşretmekten alıkonulamazlar.**"

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 35. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A.Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 8.9.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin saklı olduğu belirtildikten sonra iptali istenilen kural ile söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin uygulanmasının engellenerek kazanılmış hakların güvencesiz bırakıldığı ve bunları korumaya yönelik kanun yollarının etkisiz hale getirildiği, koruma süresi içinde olan bir adla bir başkasının izinsiz olarak çıkarmakta olduğu mevkutenin neşredilmekten alıkonulmasını imkansızlaştırdığı, aldatıcı hareket veya iyi niyet kurallarına aykırı olarak yapılan iktisadi rekabetin Türk Ticaret Kanunu'nda haksız

rekabet olarak adlandırıldığı ve bir markanın iltibasa meydan verebilecek surette bir başkası tarafından kullanılmasının da bu anlamda rekabetin suistimali olduğu, marka hakkının ihlalinin ceza hukuku bakımından da suç oluşturduğu, iptali istenilen düzenlemenin hukuka aykırı bir kullanımın hukuk eliyle korunması sonucunu ortaya çıkardığı, böyle bir durumun hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığı, belirtilen nedenlerle dava konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesi yönünden incelenmiştir.

5187 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin saklı olduğu, iptali istenilen ikinci tümcesinde ise bu Yasa'nın yürürlük tarihinden önce 5680 sayılı Basın Kanunu gereği mevkute neşredenlerin anılan Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereğince mevkute neşretmekten alıkonulamayacakları belirtilmiştir.

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

Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinde, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmektedir.

Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrîmaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınaî mülkiyet hakları gayrîmaddi mallar kapsamında yer almaktadır.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5. maddesinde, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretin, marka olabileceği kabul edilmektedir.

Bir markanın sahibine sağladığı haklar, "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Bu nedenle marka hakkı üzerinde yapılacak sınırlandırmalarda, Anayasanın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin esas alınması gerekmekte ve marka hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesi mümkün bulunmaktadır.

Marka hakkına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de, marka hakkına tecavüz halinde öncelikli olarak tecavüzün durdurulması ve giderilmesi amaçlanmaktadır.

Dava konusu kural ise 5187 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihi esas alarak, bu tarihte 5680 sayılı Basın Kanunu'na göre mevkute neşredenlerin 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri gereğince mevkute neşretmekten alıkonulamayacaklarını belirterek, marka hakkına bu tarihten önce yapılmaya başlanan tecavüzlerin önlenmesini imkânsız kılmakta ve mülkiyet hakkına yapılan bu tecavüzün devamına olanak sağlamaktadır.

Hukuka aykırı eylemlerin korunması sonucunu doğuracak şekilde marka hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı amacı bulunmadığı anlaşıldığından, dava konusu kural Anayasanın 35. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Anayasa'nın 35. maddesine aykırı bulunarak iptal edilen kuralın, ayrıca Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 31.1.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 31.1.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/100

Karar Sayısı : 2008/50

Karar Günü : 31.1.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Buldan Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 34. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinin, Anayasa'nın 11., 22., 26., 28. ve 30. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Reklam gelirleri Üst Kurul payını ödeme yükümlülüğünü yerine getirmediği için, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından yayın izni iptal edilmesine rağmen radyo yayını yapmaya devam eden sanık hakkında, izinsiz radyo yayını yapmak suçundan dolayı 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 34. ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasının yargılama aşamasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un itiraz konusu tümceyi de kapsayan 34. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunda belirtilen istisnalar dışında, üst Kuruldan izin almadan radyo ve televizyon yayını yapan ya da izni üst Kurul tarafından geçici ya da sürekli iptal edilmesine rağmen yayında bulunan kişi veya kuruluşların sahip ve yöneticilerine fiilleri başka bir suç oluştursa bile fiilin ağırlığına göre altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ve yüz milyon Türk lirasından on milyar Türk lirasına kadar para cezası verilir. 3506 Sayılı Kanun hükümleri

saklıdır. **Ayrıca, tüm yayın cihazları 01/03/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 36'ncı maddesine göre müsadere edilir**."

B- İlgili Yasa Kuralı

3984 sayılı Kanun'a 4756 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunda belirtilen istisnalar dışında, Üst Kuruldan izin almadan radyo ve televizyon yayını yapan ya da Üst Kurul tarafından geçici ya da sürekli iptal edilmesine rağmen yayın yapan kişiye, kuruluşların ise sahip ve yöneticilerine, fiilleri bir başka suç oluştursa bile, fiilin ağırlığına göre altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ve bir milyar liradan yüz milyar liraya kadar para cezası verilir. Ancak, Türkiye Cumhuriyetinin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne karşı yıkıcı ve bölücü faaliyetlere sevk edecek şekilde yayın yaptıkları tespit edilerek yayınları durdurulan veya yayın izinleri iptal edilen kişiler, bu kuruluşların sahipleri ve yöneticileri ile bu tür yayınlarda görev alanlar Türk Ceza Kanununun 314'üncü maddesine göre cezalandırılır. Ayrıca tüm yayın cihazları Türk Ceza Kanununun 36'ncı maddesine göre müsadere edilir."

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 29.9.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa

Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları ise davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

İzinsiz radyo yayını yapmak suçundan dolayı 3984 sayılı Kanun'un 34. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle sanık hakkında açılan kamu davasında Mahkeme, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'ndan izin almadan radyo ve televizyon yayını yapan ya da izni Üst Kurul tarafından geçici ya da sürekli iptal edilmesine rağmen yayında bulunan kişi veya kuruluşların sahip ve yöneticilerinin cezai sorumluluğu, 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Kanun'un 34. maddesinde düzenlenmişken, aynı eyleme, sonradan yürürlüğe giren 15.5.2002 günlü, 4756 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle bu Kanun'a eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrasında da yer verilmiştir. Ancak, Ek 2. maddede öngörülen düzenlemede, 34. maddeden farklı olarak, izinsiz radyo ve televizyon yayını yapan ya da izni Üst Kurul tarafından geçici ya da sürekli iptal edilmesine rağmen yayında bulunan kişi veya kuruluşların yayın cihazlarının müsadere edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ek 2. maddede yayın cihazlarının müsaderesi, yalnızca birinci fıkranın ikinci tümcesinde yer alan "Türkiye Cumhuriyetinin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne karşı yıkıcı ve bölücü faaliyetlere sevk edecek şekilde yayın yaptıkları tespit edilerek yayınları durdurulan veya yayın izinleri iptal edilenler" yönünden öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle, sonradan yürürlüğe giren Ek 2. madde, 34. maddede öngörülen suçun müsadereye ilişkin hükümlerini değiştirmiştir.

Somut olayda, itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada sanığa yüklenen eylemin, reklam gelirleri Üst Kurul payını ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı yayın izni iptal edilmesine rağmen radyo yayını yapılmaya devam edilmesi olması nedeniyle sanık hakkında Ek 2. maddenin birinci fıkrası uyarınca hüküm kurulması gerekeceğinden, itiraz konusu 34. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi, başvuran Mahkeme'ce davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenlerle, başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

V- SONUÇ

13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 34. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu tümceye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, 31.1.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2002/106

Karar Sayısı : 2008/51

Karar Günü : 31.1.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEME: İstanbul 6. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 10.8.1993 günlü, 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 14.6.2000 günlü ve 602 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesi ile eklenen Ek Madde 5'in, Anayasa'nın Başlangıç kısmına, 2., 6. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Denizcilik Müsteşarlığı, Türk Boğazlarındaki her türlü gemi hareketini, İstanbul ve Çanakkale Boğazlarındaki Trafik Kontrol Merkezlerinden izleyecek, kontrol edecek, gereğinde yönlendirme yapılabilecek ve yakın geçiş, yakın takip, çarpışma, karaya oturma risklerine karşı gerekli uyarıları yapılabilecek ve tüm bu faaliyetleri kayıt altına alınabilecek Gemi Trafik Yönetim ve Bilgi Sistemi Projesini 1995 yılından itibaren uygulamaya koymuştur. Türkiye Mimarlar ve Mühendisler Odası Birliği İstanbul Şubesi, İstanbul Boğazının her iki yakasında Gemi Trafik Yönetim ve Bilgi Sistemi çerçevesinde inşa edilecek Trafik gözetleme ve radar kulelerinin inşaat ruhsatlarının iptali için İstanbul 6. İdare Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme de itiraz konusu kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6. ve 91. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptali için re'sen Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar vermiştir.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"…

ANAYASAYA AYKIRILIK KONUSU

Anayasa'da KHK'lerin siyasi denetimi yanında yargısal denetimi de öngörülmüştür. KHK'lerin, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olmaları nedeniyle bunların yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Yargısal denetimde KHK'nin öncelikle yetki yasasına sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde KHK'lerin yetki yasalarına uygunluğunun denetlemesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçimi ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de, Anayasa'ya uygunluk denetimi öncelikle KHK'nin yetki yasasına uygunluğunun denetimini gerektirir. Çünkü, Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki yasasında belirtilen sınırlar içerisinde KHK çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, KHK'yi Anayasaya aykırı duruma getirir. Bu durumda, KHK'nin yetki yasasına aykırı olması Anayasaya aykırı olması ile özdeşleştirir.

Olağanüstü Hal KHK'leri dayanaklarını doğrudan Anayasanın 121. maddesinden aldıklarından, bir yetki yasasına dayanmaları gerekli değildir. Olağan dönemlerdeki KHK'ierin ise bir yetki yasasına dayanması zorunludur. Bu nedenle, KHK'ler ile dayandıkları yetki yasası arasında çok sıkı bir bağ vardır.

KHK'nin yetki yasası ile olan bağı, KHK'yi aynı ya da değiştirerek kabul eden yasa ile kesilir. KHK'nin Anayasa'ya uygun bir yetki yasasına dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki yasası iptal edilen bir KHK'nin kuralları, içerikleri yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmasalar bile Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

KHK'lerin Anayasa'ya uygunluk denetimleri, yasaların denetimlerinden farklıdır. Anayasa'nın 31. maddesinde, "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" denilmektedir. Bu nedenle, yasaların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. KHK'ler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki yasasına hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

İtiraz konusu 451 sayılı KHK'nin ek 5. maddesinin dayanağı olan 4484 sayılı Kanunla değişik Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler Doğal Afetler nedeniyle doğan Zararların Giderilmesi için Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanunu 17 Ağustos 1999 tarihinde Marmara Bölgesinde meydana gelen depremlerden kısa bir süre sonra çıkarılmış olup, genel

olarak tüm doğal afetlere karşı önlem alınması, zararın giderilmesi, sigorta sistemi oluşturulması yeni idari yönetim birimleri kurulması, bazı kamu idarelerinin, teşkilat yasalarında değişiklik yapmak amacına dayanılmış kapsam ve ilkeleri belirlenmiştir.'

491 Sayılı KHK'nin Ek 5. maddesi ile, İstanbul ve Çanakkale Boğazları ile Marmara Denizindeki gemi trafiğinin düzenlenmesi ve can ve mal emniyetinin sağlanması amacıyla Gemi Yönetim ve Bilgi Sisteminin bir parçasını oluşturarak İstanbul Boğaziçinde yaptırılan radar kuleleri için yapı ruhsatı verilmesine yasal dayanak oluşturulmuştur.

Hal böyle olunca 17 Ağustos 1999 depreminden sonra ortaya çıkan zararların giderilmesi için ivedi ve zorunlu önlemlerin alınabilmesi davada uygulanacak kuralın kapsamında çıkarılan yetki yasasının amacı kapsamı ve ilkelerinin dışına çıkıldığı bu nedenle Anayasanın başlangıcı ile 2, 6 ve 91. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, davada uygulanacak kural olan 491 sayılı KHK'nin 5. maddesinin Anayasanın 2, 6 ve 91. maddelerine aykırı olduğu görüşü ile, bu konuda karar verilmek üzere dosyadaki belge örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 03.01.2002 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

14.6.2000 günlü ve 602 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesi ile 10.8.1993 günlü ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Ek Madde 5 şöyledir:

"EK MADDE 5- Türk boğazlar bölgesinde, can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı önlem alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için tesisler kurmak amacıyla, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerdeki mevcut Hazine arazileri Maliye Bakanlığınca, Müsteşarlığın kullanımına tahsis edilir.

Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.

Bu tesis ve inşaatların projelendirilmesi ve yapımında 3194 sayılı İmar kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu hükümleri uygulanmaz.

Bu madde kapsamındaki tahsis ve imar planlarının tasdikinden önce Turizm Bakanlığının uygun görüşü alınır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6. ve 91. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Nurettin TURAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN ve Enis TUNGA'nın katılımlarıyla 18.6.2002 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen kanun hükmünde kararname kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun hükmünde kararnamenin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduklarından bunların yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa ile Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki yasasına sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki yasalarına uygunluğunun denetlemesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de, Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki yasasına uygunluğunun denetimi de girer. Çünkü, Anayasa'da, Bakanlar Kurulu'na ancak yetki yasasında

belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir. Böylece, kanun hükmünde kararnamenin yetki yasasına aykırı olması Anayasa'ya aykırı olması ile özdeşleşir.

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

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimleri, yasaların denetimlerinden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" denilmektedir. Bu nedenle, yasaların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Kanun hükmünde kararnameler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki yasasına hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

B- İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın yetki yasasının amacı, kapsamı ve ilkeleri dışına çıkılarak düzenlendiği, bu nedenle Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6. ve 91. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

602 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 29.8.1999 günlü ve 23801 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 4452 sayılı Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılmıştır. 4452 sayılı Yetki Yasası'nın süresi, 2.12.1999 günlü ve 4434 sayılı Kanunla 3 ay ve daha sonra 29.2.2000 günlü ve 4540 sayılı Kanunla 4 ay uzatılmıştır.

İtiraz konusu Ek Madde 5 ile İstanbul ve Çanakkale Boğazları bölgesinde can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı önlem alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için tesisler kurulması öngörülmüş ve bu tesislerin tahsis, ruhsat ve inşaat işlemlerinin kimi yasal düzenlemelerden ayrık tutulması ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

İtiraz konusu kuralı içeren 602 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin dayanağı konumunda olan 4452 sayılı Yetki Kanunu'nun 1. maddesinde amaç unsuru; *"Bu Kanunun amacı; doğal afetlere karşı alınacak önlemlerin belirlenmesi, bu afetler nedeniyle doğan zararların giderilmesi, yeni yerleşim alanlarının kurulması, imar, ihale, müteahhitlik, müşavirlik hizmetleri ile kültür ve tabiat varlıklarını koruma, sivil savunma, mevcut fonların işleyişi ve gerektiğinde ilave fon kurulması, her türlü bağış ve yardımların etkin kullanımı, ekonomik konularda düzenleme, doğal afetler sonucunda doğacak zararların karşılanmasına yönelik bir sigorta sisteminin oluşturulması doğal afet bölgelerinde yeni il ve ilçeler ile yeni büyükşehir belediyeleri kurulması ve teşkilat kanunlarında yapılacak değişiklikler ile ivedi ve zorunlu hallere münhasır olmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektir."* şeklinde açıklanmakta, 2. maddesinde de kapsamla ilgili olarak*"Bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler; imar, ihale, müteahhitlik, müşavirlik hizmetleri ile kültür ve tabiat varlıklarını koruma, doğal afetler, sivil savunma, mevcut fonların işleyişi ve her türlü bağış ve yardımların etkin kullanımı ve gerektiğinde ilave fon kurulması, ekonomik konularda yapılacak düzenlemeleri, doğal afetler sonucunda doğacak zararların karşılanmasına yönelik bir sigorta sisteminin oluşturulmasını doğal afet bölgelerinde yeni il ve ilçeler kurulmasını, bunlara bağlanacak ilçe, bucak, kasaba ve köylerin tespiti ile yeni büyükşehir belediyeleri kurulmasını ve bunlarda alt kademe belediyelerinin belirlenmesini ve teşkilat kanunlarında yapılacak değişiklikler ile çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde doğal afetlerle ilgili değişiklikleri kapsar."* hükmü yer almaktadır.

4452 sayılı Yetki Kanunu'nun "ilkeler" başlıklı 3. maddesinde ise,

"Bakanlar Kurulu ivedi ve zorunlu hallere münhasır olmak kaydıyla, 1'inci madde ile verilen yetkiyi kullanırken;

a) Doğal afetlere maruz kalan yerlerde normal yaşamın devamını sağlayacak hizmetlerin verimli, etkin ve hızlı bir biçimde yürütülmesini,

b) Doğal afet bölgesindeki hasar ve tahribatın bir an önce giderilmesini,

c) Doğal afet bölgesindeki hizmetlerin yürütülmesinde ilgili kuruluşlar arasında eşgüdümün sağlanmasını,

d) Ülke çapında depreme dayanıklı çağdaş bir yapılaşmanın sağlanmasını,

e) Doğal afet meydana gelen bölgelerin ekonomisinde dengelerin ve güven ortamının sağlanmasını, istikrarın gerçekleştirilmesini ve hızlı kalkınma için gerekli tedbirlerin alınarak verimin yükseltilmesini,

f) Doğal afet bölgelerinde afetten kaynaklanan hukuki ihtilafların çözümüne dair işlemlerin hızlandırılmasını,

g) Doğal afet bölgelerinde çevrenin korunmasına yönelik hizmetlerin yürütülmesini,

Göz önünde bulundurur." denilmiştir.

Anayasa'nın 91. maddesinin ikinci fıkrasına göre, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin 'amacı', 'kapsamı' ve 'ilkeleri'nin de yetki yasasında belirtilmesi gerekir. Yetki yasasında Bakanlar Kurulu'na verilen yetki ile nelerin gerçekleştirmesinin istendiği belirlendiğinden, yetki yasasında kanun hükmünde kararnamenin amacı da somut olarak açıklanmalıdır. Kanun hükmünde kararnamenin yetki yasasında gösterilen amaç ve kapsam doğrultusunda, verilen ilkelere uygun çıkarılıp çıkarılmadığının saptanması yargısal denetim yönünden zorunludur.

Bilimsel araştırmalar, Türk Boğazlar bölgesinin coğrafi, morfolojik, oşinografik yapısı ve yoğun deniz trafiği nedeniyle can, mal ve çevre güvenliği açısından çok riskli bir konuma sahip olduğunu göstermektedir. Geçmişte yaşanan deneyimler de dikkate alınarak, bu bölgede meydana gelebilecek deprem, fırtına ve benzeri doğal afetler ile deniz kazalarından doğacak tehlike ve zararların önlenebilmesi için itiraz konusu kuralın kabul edildiği anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralla, yoğun deniz trafiğinden ve doğal afetlerden kaynaklanabilecek tehlikelere ve zararlara karşı can, mal ve çevre güvenliğini sağlamak amacıyla 'Gemi Trafik Yönetim ve Bilgi Sistemi' kapsamında çeşitli tesislerin kurulması, bu tesislerin tahsis, ruhsat ve inşaat işlemlerinin kimi yasal düzenlemelerden ayrık tutulması öngörülmüştür. Dolayısıyla itiraz konusu kural, 4452 sayılı Doğal Afetlere Karşı Alınacak Önlemler ve Doğal Afetler Nedeniyle Doğan Zararların Giderilmesi İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanunu'nun yukarıda belirtilen amacına, kapsamına ve ilkelerine aykırı görülmediğinden, Anayasa'nın 91. maddesine de aykırı görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir. Fulya

KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2. ve 6. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

10.8.1993 günlü, 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 602 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile eklenen Ek Madde 5'in Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 31.1.2008 gününde karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasa'nın "Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verme" başlıklı 91. maddesinin ikinci fıkrasına göre, Yetki Kanunu çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir. KHK'ler ile yetki yasaları arasındaki bu sıkı bağ, anayasal denetim söz konusu olduğunda, öncelikle KHK'lerin yetki yasasında öngörülen sınırlar bakımından incelenmesini zorunlu kılar. KHK'ler konu, amaç, kapsam, ilkeler yönünden hem dayandıkları yetki yasasına hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar. Bir yetki yasasına dayanmayan ya da yetki yasasının kapsamı dışında kalan KHK'lerin içeriklerinin Anayasa'ya uygun olması, aykırılığı ortadan kaldırmayacağından dava açıldığında iptalleri

gerekir. Hem dayandığı yetki yasasına hem de Anayasa'ya uygunluğu birlikte gerçekleşmeyen KHK'ler Anayasa karşısında geçerli olamaz.

Öte yandan, Anayasa'nın 91. maddesi ile Bakanlar Kurulu'na verilen KHK çıkarma yetkisi, 7. maddede düzenlenen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin istisnasını oluşturduğundan her istisna kuralı gibi dar yorumlanarak yetki yasasında açıklık bulunmadığı durumlarda KHK çıkarılamayacağının kabulü gerekir. Yetki yasasındaki amaç, kapsam ve ilkelerin sınırları aşılarak KHK ile düzenlemelere olur verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasal korumadan yararlanamaz.

17 Ağustos 1999 tarihinde Marmara Bölgesinde meydana gelen depremlerden kısa bir süre sonra çıkarılan 27 Ağustos 1999 günlü 4452 sayılı Yetki Yasası'nın "amaç" başlıklı 1. maddesi ile doğal afetlere karşı önlem alınması, zararın giderilmesi, yeni yerleşim alanlarının kurulması, bazı idari birimler ve sigorta sistemi oluşturulması, imar, ihale müteahhitlik hizmetlerinin sunulması gibi konularda ivedi ve zorunlu hallerle sınırlı olarak Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisi verilmiştir. Yasa'nın kapsam ve ilkelerin düzenlendiği 2. ve 3. maddeleri de verilen yetkinin, meydana gelmiş olan doğal afetin neden olduğu zararların giderilmesine ve bu kapsamda alınacak önlemlere ilişkin olduğunu göstermektedir. Oysa bu Yasa'ya göre çıkarılan 602 sayılı KHK'nin itiraz konusu Ek. 5. Maddesi ile Türk boğazlar bölgesinde sadece doğal afetlere değil, deniz kazalarına karşı da önlem alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için tesisler kurulması amacıyla hazine arazilerinin tahsisi gibi konular düzenlenmektedir. Bu durumda itiraz konusu kuralın Yetki Kanunu'nun amaç, kapsam ve ilkeleriyle belirlenen sınırları aştığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle Ek. 5. maddenin iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

4452 sayılı Yetki Yasası ile doğal afetlere karşı alınacak önlemlerin belirlenmesi ve bu afetler nedeniyle meydana gelen zararların giderilmesi için ihtiyaç duyulan ivedi ve zorunlu düzenlemelerin kanun hükmündeki kararnameler ile yapılmasına izin verildiği, ancak, bu yetkinin kullanım alanının doğal afetlerin önlenmesi ve bundan doğan zararların giderilmesi ile sınırlı olduğu anlaşılmaktadır.

Söz konusu Yetki Yasası uyarınca çıkartılan 602 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 1. maddesi ile eklenen itiraz konusu Ek 5. maddenin temel amacı ise boğazlardaki trafik ve seyir emniyetini düzenlemek, deniz kazalarını önlemek için gerekli olan tesisleri kurmak olduğu görülmektedir.

Boğazlarda yapılacak trafik ve seyir emniyetine ilişkin düzenleme ile deniz kazalarını önlemek için yapılacak tesislerin, doğal afetleri önlenmede ya da bu afetlerden doğan zararları tazminde herhangi bir fonksiyonlarının olmayacağı açıktır.

İtiraz konusu Ek 5. maddenin, 4452 sayılı Yetki Yasası'nın belirlediği amaca ve kapsama uygun olması zorunludur. Dolayısıyla amacının doğal afetlerin önlenmesi ve bunlardan doğan zararların tazminine yönelik olması gerekir. Oysa, kapsadığı alan Yetki Yasası'nın öngördüğü amaçla bağdaşmamaktadır.

Boğazlarda can, mal ve çevre emniyetinin etkili bir trafik düzeni ile sağlanması gerektiğine ilişkin ihtiyacın varlığını ve sağlayacağı kamu yararını reddetmek olanaklı değil ise de böyle bir ihtiyacın karşılanması ve sağlayacağı kamu yararı dahi, bu konudaki hukuk kurallarının ihlali için geçerli bir neden olarak görülemez. Hukuk devleti olmanın kaçınılmaz sonuçlarından biri de hukuki kurallara uymaktır.

Bu nedenle Yetki Yasası'nın amacına uygun olmayan itiraz konusu Ek.5. maddenin, Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olması nedeniyle iptali gerektiğinden ret görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

AZLIK OYU

Anayasa'nın 91. maddesinde yetki kanununa dayanılarak Bakanlar Kurulunca kanun hükmünde kararname çıkarılabileceği belirtilmiştir. Yetki kanunu, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını belirleyecektir.

Uyuşmazlığa konu Kanun Hükmünde Kararname'nin dayanağı 4452 sayılı Yetki Kanunu doğal afetlere karşı alınacak önlemler ve doğal afetler nedeniyle doğan zararların giderilmesi için, 17.8.1999'da gerçekleşen deprem üzerine 27.8.1999 tarihinde çıkarılmıştır.

İptali istenen kural ise Türk boğazlar bölgesinde gemi trafiğinin düzenlenmesini, can ve mal güvenliğinin sağlanmasını amaçlayan ve doğal afet olgusuyla doğrudan ilintili olmayan Gemi Yönetim ve Bilgi Sistemine ilişkin uygulamaları kapsamına almıştır. Boğazlardaki yoğun deniz trafiği ve olası tehlikeler, doğal olaylarla bağlantılı da olmadan işin özelliği ve ortamda oluşacak nedenlerle her zaman gerçekleşebilecektir. Tersi bir yaklaşım, olumsuz sonuçlara neden olabilecek ve arzla bağlantılı her olgunun doğal afetlerle ilgili yasal düzenlemelerle ilişkilendirilmesi sonucunu doğurur. Yetki kanunları ve kanun hükmünde kararnameler ise, yasama yetkisinin sınırlı ve süreli devrine olanak verebilen olağanüstü bir olanaktır. Doğal afet konusunun genişletilmesi ve başka nedenlere de bağlanabilecek oluşların kapsama alınmasıyla yetki kanunun aşılması söz konusu olacaktır. Bu durum yasama yetkisinin devredilmezliğiyle çelişecek, yetki yasasının amaç ve anlamıyla örtüşmeyecektir.

Belirtilen nedenlerle, iptali istenen kuralla yetki yasasının kapsamı ve amacı dışına çıkıldığından iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kural, 10.08.1993 günlü 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'ye 14.6.2000 tarih ve 602 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1. maddesi ile eklenen Ek 5. maddedir.

Ek 5. Madde de:

"Türk boğazlar bölgesinde, can ve mal kaybı ile deniz ve çevre kirliliği yaratacak, kültür ve tabiat varlıklarına zarar verebilecek doğal afetlere ve deniz kazalarına karşı önlem alınması, boğazlarda güvenli geçişin sağlanması için tesisler kurmak amacıyla, Bakanlar Kurulunca belirlenen yerlerdeki mevcut Hazine arazileri Maliye Bakanlığınca, Müsteşarlığın kullanımına tahsis edilir.

Tahsisle ilgili imar planları ve her türlü projeler Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca tasdik edilir ve inşaat ruhsatları bu Bakanlık tarafından verilir.

Bu tesis ve inşaatların projelendirilmesi ve yapımında 3194 sayılı İmar Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu hükümleri uygulanmaz.

Bu madde kapsamındaki tahsis ve imar planlarının tasdikinden önce Turizm Bakanlığının uygun görüşü alınır." denilmektedir.

Anayasa'nın "Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verme" başlıklı 91. maddesinin birinci fıkrasında "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez." hükmü yer almıştır. Buna göre Anayasa'nın kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğini belirlediği konularda Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Bakanlar Kuruluna düzenlemede bulunması için bir yetki verilmesi olanaksızdır. Verilen yetkinin belli olması Anayasa'nın 91. maddesindeki yetki verilmeyecek konuları kapsayıp kapsamadığının incelenmesi açısından önemlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi 24.05.2001 tarih ve E.2000-35, K.2001-90 sayılı kararında, 595 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin arazi üzerindeki inşaata ve inşaat sürecine ilişkin olması nedeniyle mülkiyet hakkı ile doğrudan ilgili

olduğu bu nedenle Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Anayasa'nın 91. maddesi ve Anayasa Mahkemesi'nin kararı karşısında, itiraz konusu kuralın değerlendirilmesi sonucunda; Türk boğazlar bölgesinde radar kulesi, gözlem istasyonu ve tesis yapımı için arazi tahsisi, imar ve inşaatı mülkiyet hakkı ile ilgili olup, dolayısıyla kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyecek hususlardandır. Her ne kadar itiraz konusu kuralda proje kapsamındaki tesis ve inşaatların Hazine arazileri üzerinde yapılacağı belirtilmekte ise de kamu mülkiyeti ile özel mülkiyet arasında Anayasal korunma bakımından bir fark olamayacağı, bu anlamda kamu mülkiyetinin de Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilen korumadan faydalanacağı açıktır.

İtiraz konusu kuralın yer aldığı Kararnamenin dayanağı olan Yetki Yasası'nın iptal edilmediği göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa'nın 91. maddesine aykırı bulunan düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 602 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesi ile eklenen ek 5. maddenin Anayasa'nın 2., 6. ve 91. maddelerine aykırılık oluşturduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2005/38

Karar Sayısı : 2008/53

Karar Günü : 7.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Konya 1. İdare Mahkemesi (E:2005/38)

2- Ordu İdare Mahkemesi (E:2005/45, E:2005/46)

İTİRAZLARIN KONUSU: 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun, 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. maddesinde yer alan *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

(B) grubu polis amiri olarak komiser yardımcısı kadrosunda görev yapan davacılar, komiser yardımcılığı kursuna başladıkları tarihte yürürlükte olan yasa kuralları gereğince (A) grubu polis amiri olarak atanmaları gerektiğini ileri sürerek yaptıkları başvuruların idarece reddi işlemlerinin iptali istemiyle açmış oldukları davalarda, itiraz konusu ibarelerin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

Konya İdare Mahkemesi'nin başvuru kararında, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğu, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken sahip olduğu takdir yetkisinin hukuk devleti ilkesiyle sınırlı olduğu, komiser yardımcılığı kursuna başladığı tarihte geçerli olan kurallara göre (A) grubu polis amiri olması gereken davacının itiraz konusu kural ile kazanılmış haklarının ihlal edildiği, kuralın davacının aleyhine olarak geçmişe yürütüldüğü ve hukuk devleti ilkelerinden belirlilik, devlete güven ve devlette istikrar kavramlarını ihlal ettiği, hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu, davacıdan bir dönem önce dört yıllık bir

yüksek öğretim kurumundan mezun olan ve komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubu polis amiri olarak atanmalarına rağmen itiraz konusu kural nedeniyle davacının (B) grubu polis amiri olarak atanmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

Ordu İdare Mahkemesi'nin başvuru kararlarında ise komiser yardımcılığı kursuna başladıkları tarihte yürürlükte olan kurallar uyarınca söz konusu kursu başarıyla bitirmeleri halinde (A) grubu polis amiri olacak davacıların 3201 sayılı Yasa'nın 55. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda (B) grubu polis amiri oldukları, kamu görevlilerinin hakları ve yetiştirilmelerine ilişkin statü hukuku kurallarının düzenlenirken kazanılmış hak, beklenen hak ve kazanılmış avantaj ilkelerine uygun hareket edilmesinin hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu, kazanılmış hakları korumak ve hukuksal güvenliği sağlamak amacıyla getirilen itiraz konusu kuralın davacılar bakımından hukuki bir koruma içermediği, belirtilen nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olan itiraz konusu kuralın iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasa ile eklenen ve iptali istenilen ibareyi de içeren geçici 20. maddesi şöyledir:

"**Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile** bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir.**"**

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. maddesinde yer alan *"…komiser yardımcılığı kursunu bitirenler…"* ibaresinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurularına ilişkin 2005/45 ve 2005/46 Esas sayılı davaların, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2005/38 Esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/38 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 18.5.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, 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:

A- Sınırlama Sorunu

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

Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasa ile eklenen ve iptali istenilen ibareyi de içeren geçici 20. maddesinde, *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir."* denilmektedir. İtiraz yoluna başvuran Konya İdare Mahkemesi, maddede yer alan "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile"* ibaresinin iptalini istemiş ise de bu ibarenin "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce,"* bölümünün, maddenin iptali istenilmeyen kısımları yönünden de uygulanması söz konusudur.

Belirtilen nedenle, itiraz konusu kurala ilişkin esas incelemenin "*dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Genel Açıklama

Polis amiri rütbelerine yapılacak atama ve terfilere ilişkin usul ve esaslar, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenmektedir.

25.9.2000 tarihinde yürürlüğe giren 611 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle 3201 sayılı Yasa'nın 55. maddesi değiştirilmiş ve *"Polis amirlerinden Polis Akademisi mezunları, Polis Akademisi mezunu sayılanlar ile Emniyet Genel Müdürlüğüne eleman yetiştirmek üzere Polis Akademisi bünyesinde en az 4 yıllık fakülte ve yüksek okullarından mezun olanlar (A), komiser yardımcılığı kursunu başarıyla bitirmiş olanlar (B) grubunu oluşturur."* hükmü getirilmiştir.

Söz konusu değişiklikten önce, dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olan polis memurlarından en az altı aylık komiser yardımcılığı kursunu başarıyla tamamlamış olanların da (A) grubu polis amiri olmaları öngörüldüğünden, bu kişilerin kazanılmış haklarının korunmasına yönelik olarak 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 3201 sayılı Yasa'ya geçici 20. madde eklenmiş ve *"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten once, 4 yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede 4 yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir."* denilmiştir.

611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, dayanağı olan 4588 sayılı Yetki Yasasının iptal edilmiş olması nedeniyle yasal ve anayasal dayanaktan yoksun kaldığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.2000 günlü, E:2000/69, K:2000/42 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve 3201 sayılı Kanun'un değişik 55. maddesi ile geçici 20. maddesinin de aralarında yer aldığı 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddelerinin *"doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince BU KURALLARA İLİŞKİN İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMİ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE"* karar verilmiştir. Bu karar 7.11.2000 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, 21.4.2001 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe

girmiştir. 4638 sayılı Yasa'nın, 1. maddesiyle değiştirilen 3201 sayılı Yasa'nın 55. maddesinde, (A) ve (B) polis amiri gruplarının kapsamını belirleyen 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'deki hükme aynen yer verilmiş, 4. maddesiyle 3201 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 20. madde ile de bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce (A) grubu olarak atanan veya (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirlerinin kazanılmış hakları korunmuştur.

C- İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Başvuru kararlarında, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk Devleti olduğu, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken sahip olduğu takdir yetkisinin hukuk devleti ilkesiyle sınırlı bulunduğu, komiser yardımcılığı kursuna başladıkları tarihte geçerli olan kurallara göre (A) grubu polis amiri olmaları gereken davacıların 3201 sayılı Yasa'nın 55. maddesinde yapılan değişiklik sonucunda (B) grubu polis amiri oldukları, kazanılmış hakları korumak ve hukuksal güvenliği sağlamak amacıyla getirilen itiraz konusu kuralın davacılar bakımından hukuki bir koruma içermediği, kazanılmış hakları ihlal ettiği ve davacıların aleyhine geçmişe yürütüldüğü, hukuk devleti ilkelerinden belirlilik, devlete güven ve devlette istikrar kavramlarını aykırı olduğu, daha önce dört yıllık yüksek öğretim mezunu olan ve komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin atamalarının (A) grubu polis amiri olarak yapılmasına rağmen itiraz konusu kural nedeniyle davacıların (B) grubu polis amiri olarak atanmalarının eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu, belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. maddesinde, 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirlerinin, (A) grubunda değerlendirileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesine göre, herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

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

4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bu tarihte henüz komiser yardımcılığı kursunu tamamlamamış olanlar aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından eşitlik karşılaştırmasına esas alınamazlar.

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.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır.

Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımadığından 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce (A) grubu polis amiri unvanını kazanmamış olan kişilerin (A) grubu polis amirliği yönünden kazanılmış haklarından söz edilebilmesi olanaklı değildir.

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.

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55. maddesini değiştiren 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa Mahkemesi'nce iptaline rağmen, Emniyet Genel Müdürlüğü'nce açılan komiser yardımcılığı kursu sınavına sadece dört yıllık yüksek öğretim kurumu mezunu polis memurlarının başvurabileceği belirtildiğinden, bu sınavda başarılı olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayan kişilerde söz konusu kursun sonunda (A) grubu polis amiri olma beklentisi yaratılmıştır. Bu durumda, komiser yardımcılığı kursu devam etmekte iken çıkarılan 4638 sayılı Yasa ile Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 20. maddede, bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubunda değerlendirileceği yolundaki düzenlemenin kapsamına anılan Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin alınmamış olması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

D- İptal Kararının Yürürlüğe Gireceği Gün Sorunu

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

İptal edilen kuralın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

A- 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanunu'nun 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. maddesinde yer alan "… dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- İptal edilen ibarenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7.2.2008 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Cafer ŞAT
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6.4.2001 günlü 4638 sayılı Yasa ile 3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanunu'na eklenen Geçici Madde 20'de, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir" denilmektedir. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayanların da madde kapsamına alınması gerekirken alınmamasının, Anayasa'nın, 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi bağlamında, kazanılmış hakları ve hukuk güvenliğini ve 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesini ihlâl ettiğini ileri sürerek ilgili bölümün iptali için başvurmuştur.

Kazanılmış hak, kişinin yeni bir yasal düzenleme yapılmadan önce, bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş, bütün sonuçlarıyla öznel hale gelmiş olan haktır. Kişisel hak haline dönüşmemiş, belli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ileride elde edilmesi olası beklenen haklar ise, "kazanılmış hak" kapsamı içinde değerlendirilemez.

4638 sayılı Yasa'dan önce bir polis memurunun polis amiri olabilmesi, açılacak komiser yardımcılığı sınavını kazandıktan sonra komiser yardımcılığı kursunu da başarıyla bitirmiş olması koşuluna bağlı olduğundan bu aşamalar tamamlanmadan kazanılmış bir haktan sözedilemez.

Hukuk devletinde, kazanılmış hak ilkesinden daha geniş hukuksal koruma alanı oluşturan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, yürürlükteki yasalara güvenerek hukuksal ilişkilerini düzenleyenlerin, bu güven duygularının zedelenmemesine özen gösterilmesini gerektirir.

4638 sayılı Yasa'dan önce polis memurlarının, komiser yardımcılığı kursuna başladıkları tarihte yürürlükte bulunan 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca (A) grubu polis amiri olmaları mümkün bulunmadığından, idarenin böyle bir kurs açarak bazı beklentilere yol açmasının, hukuk güvenliğini sarstığı kabul edilerek yasa koyucunun bu yönde düzenleme yapmaya zorlanmasının Anayasal dayanağının olmadığı açıktır.

Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırılıktan sözedilebilmesi için öncelikle aynı hukuksal durumda olanların farklı kurullara bağlı tutulmaları gerekir. Statüleri arasında özdeşlik olmayanlara aynı kuralların uygulanması ise hukuksal eşitliği bozar.

4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerle henüz bitirmemiş olanlar aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından, bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY YAZISI

Polis amiri rütbelerine yapılacak atama ve terfileri düzenleyen 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55. maddesinde, 12.7.2000 günlü, 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile köklü değişiklikler yapılmıştır.

(A) ve (B) grubu polis amiri gruplarının oluşumuna ilişkin düzenleme, bu değişikliklerden birisini oluşturmaktadır. Daha önce, dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olan polis memurlarından en az altı aylık komiser yardımcılığı kursunu başarıyla bitirmiş olanların (A) grubu polis amiri olmaları öngörülmüş iken, yeni düzenleme ile aralarında bir ayrım gözetilmeksizin "komiser yardımcılığı kursunu başarıyla bitirmiş olanlar"ın (B) grubu polis amiri olmaları öngörülmüştür.

Anılan Kanun Hükmünde Kararname ile Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen geçici 20. madde ile de, önceki mevzuata göre (A) grubu polis amiri olanların kazanılmış haklarının korunması amacıyla *"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce, 4 yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede 4 yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir."* denilmiştir.

611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, dayanağı olan Yetki Yasasının iptaline bağlı olarak Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.2000 günlü, E:2000/69, K:2000/42 sayılı kararıyla iptal edilmekle birlikte, 3201 sayılı Kanun'un

değişik 55. maddesi ile geçici 20. maddesinin de aralarında yer aldığı 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin bazı maddelerinin *"doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince BU KURALLARA İLİŞKİN İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMİ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE"* karar verilmiştir.

7.11.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararında yürürlüğe girmesi ertelenen iptal hükümleri henüz yürürlüğe girmeden, Emniyet Teşkilatı Kanununda değişiklik yapan 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasa 21.4.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

4638 sayılı Yasa'nın, polis amiri gruplarının oluşumuna ilişkin düzenlemesi ve daha önceki mevzuata göre (A) grubu polis amiri olanların kazanılmış haklarının korunmasına yönelik düzenlemesi, 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yer alan konuya ilişkin düzenlemelerle aynıdır.

Bu durumda, 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte ve öncesinde, konuya ilişkin olarak hukuki bir boşluğun varlığından söz etmek mümkün olmadığı gibi, 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam etmekte olanların kursa başladıkları tarihte yürürlükte olan kurallara göre (A) grubu polis amiri olabilmeleri de mümkün bulunmamaktadır.

Hukuk güvenliği ilkesi, kişilerin hukuka güvenerek bulundukları davranışları korumayı ve bu suretle kişilere hukuki güvence sağlamayı amaçlamaktadır. 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarih itibariyla komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin (A) grubu polis amiri olabilmeleri mümkün olmadığından, bu kişiler yönünden hukuk güvenliği ilkesinin ihlal edildiğinden söz edilmesi de mümkün bulunmamaktadır. Belirtilen nedenle itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesine ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.

Öte yandan 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlere itiraz konusu kural kapsamında yer verilmemiş olunmasının Anayasa'ya aykırı olarak nitelendirilebilmesi, "eksik düzenleme"nin varlığına ve söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının saptanmasına bağlı bulunmaktadır. Eksik düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi ise Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında yapılmaktadır.

4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursunu tamamlamış olanlar ile bu tarihte söz konusu kursu henüz tamamlamamış olanlar aynı hukuki konumda bulunmadıklarından, itiraz konusu kuralda Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığından aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadık.

Üye	Üye
Mehmet ERTEN	A.Necmi ÖZLER

AZLIK OYU

Anayasa 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine vurgu yapmıştır. Kazanılmış hak ve hukuksal güvenlik hukuk devletinin alt başlıklarını oluşturur.

Kazanılmış hak, yasal kuralların bireylere uygulanması sonucu ortaya çıkan öznel kazanımların korunmasıdır. Kazanım kişisel nitelik göstermeli ve bireyden ayrılmaz bir nitelik taşımalıdır.

Hukuksal güvenlik ise, yasal ilkelerin getireceklerinin bilinir ve varsayılır olması, bireylerin geleceklerini yasal kuralları incelediklerinde çözebilmeleridir.

İtiraz istemlerine konu olan uyuşmazlık süreçlerine bakıldığında, 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Polis Akademisi bünyesinde dört yıllık fakülte ve yüksek okulları bitirenlerin (A), diğer lisans mezunlardan komiser yardımcılığı kursunu tamamlayanların (B) grubu oluşturacaklarının, geçici 20. maddesiyle 611 sayılı K.H.K.'nin yürürlüğünden önce dört yıllık yüksek öğretim mezunlarından komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerinde (A) grubu olacaklarının öngörüldüğü anlaşılmıştır.

Anılan KHK Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş, verilen süre dolmadan iptal istemine konu kuralı içeren ve 611 sayılı Yasa'nın temel yaklaşımını yineleyen 4683 sayılı Yasa çıkarılmıştır. 611 sayılı K.H.K.'nin yürürlükte olduğu süreçte Komiser Yardımcılığı kursuna başlayanlar, kursun başladığı tarihte, anılan kararnamenin geçici maddesindeki kurs

bitirme koşulunu taşımadıklarından 4683 sayılı Yasa karşısında kazanılmış haklarından ve olmıyan edinimlerinin zedelenmesinden söz etmek olanaksızdır.

Bu oluş karşısında, komiser yardımcılığı kursuna başladığında (A) grubuna girmesi olanaksız olan bir kamu görevlisinin, ileriye dönük, beklenen bir hukuksal güvenliğinin ortadan kaldırıldığı öne sürülemez.

Anayasal eşitlik ilkesi ise, komiser yardımcılığı kursu bitiren ile bitirmemiş olan arasındaki konum farklılığı nedeniyle karşılaştırma yapılmasına olanak vermemektedir.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'ya aykırılık içermeyen kurala karşı yapılan itirazın reddi gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. maddesinde "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yüksek öğrenim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile bulunduğu rütbede dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olup (B) grubundan (A) grubuna geçen polis amirleri, (A) grubunda değerlendirilir." denilmektedir.

İtiraz yolu ile madde hükmünde yer alan "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile…" ibaresinin iptali istenilmektedir. İtiraz başvurularında Anayasa'ya aykırılık iddiası, bu maddenin kapsamına almadığı kişiler yönündendir. Bu meyanda 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam etmekte olan kişilerin, (A) grubu polis amiri olabilme haklarının korunmadığı bu yönüyle Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından birisi hukuk güvenliği ilkesidir. Hukuki güvenlik ilkesi kazanılmış hakların korunmasını da kapsamakla birlikte, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletinde yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle geleceğe

yönelik statü hukukunda yapılacak yasal düzenlemelerde, daha önce tesis edilmiş bulunan ve kişilerin lehine hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin gözetilmesi gerekmektedir.

Davacının komiser yardımcılığı sınavına girdiği ve komiser yardımcılığı kursuna başladığı tarihlerde yürürlükte olan 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, Anayasa Mahkemesi'nce 31.10.2000 tarihinde E.2000/69, K.2000/42 nolu kararla iptal edilmiş ise de Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun gerek 55. maddesi, gerekse 20. maddesine yönelik iptal kararının doğuracağı hukuksal boşluğun kamu yararını ihlal edici niteliği nedeniyle kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş ve bu süre dolmadan 21.4.2001 tarihinde 4638 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle hukuksal boşluk doldurulmuştur. Dolayısıyla davacının gerek komiser yardımcılığı sınavına girdiği, gerekse komiser yardımcılığı kursuna başladığı tarihte yürürlükte bulunan 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle değiştirilen 3201 sayılı Yasa'nın 55. maddesi ile 4. maddesine eklenen 20. maddesinin konuya ilişkin hükümleri 4638 sayılı Yasa hükümleri ile aynıdır. Bu durum karşısında davacının 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 4638 sayılı Yasa öncesinde var olan 3870 sayılı Yasa hükümlerine göre komiser yardımcılığı kursuna başladığından söz edilemeyeceğinden, yürürlükte ve geçerli olan yasal düzenleme çerçevesinde (A) grubu polis amiri olabilmesi mümkün olmayan davacının, 4638 sayılı Yasa olmasa idi (A) grubu polis amiri olacağı iddiası hukuken dayanaksızdır. Bu durumda itiraza konu kural kazanılmış hakların korunması ve hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmemekte ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 6.4.2001 günlü 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. maddesinde yer alan, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığı ve iptali isteminin reddi gerektiği düşüncesiyle verilen karara karşıyım.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2005/128

Karar Sayısı : 2008/54

Karar Günü : 7.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Yargıtay 13. Hukuk Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun, 13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Yasa ile eklenen geçici 21. maddesinin Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Avukatlık ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlık nedeniyle açılan davada Pendik 2. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen kararın temyizen incelenmesi sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Yargıtay 13. Hukuk Dairesi iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararı şöyledir:

"Pendik 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 364/575 sayılı ve 12.10.2004 tarihli kararının dairemizde yapılan temyiz incelemesinde, 1136 sayılı Avukatlık Kanununa 13.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 sayılı kanunla eklenen geçici 21. madde hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu dairemizce görülmüş, davalı tarafça da ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu sonucuna varılmıştır.

Temyiz incelemesi yapılan dava dosyasının konusu, avukatlık sözleşmesinden kaynaklanan vekalet ücretinin tahsili talebidir. Davacının dayandığı avukatlık ücret sözleşmesi 1.4.1996 tarihinde düzenlenmiş, davacının üstlendiği davayı açıp takip ettiği, davalı lehine sonuçlandığı ve kararın 23.7.1998 tarihinde kesinleştiği, davacı avukatların üstlendikleri işi bu tarih itibariyle sonuçlandırdıkları, ücret ihtilafının aynı yıl içinde ortaya çıktığı, davanın 7.7.2003 tarihinde açıldığı sabittir.

Taraflar arasındaki ihtilaf 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 163 ve 164. maddeleri hükümlerine göre çözümlenecektir. 163 ve 164. maddelerde 2.5.2001 tarihinde yürürlüğe giren 4667 sayılı ve 13.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 sayılı kanunlar ile değişiklik yapılmıştır. 13.1.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5043 sayılı Kanunun 7. maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununa eklenen geçici 21. madde, "Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin olarak hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu kanunun değişik hükümleri uygulanır" hükmünü getirmiştir.

Avukatlık Kanununa eklenen bu geçici madde ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununda 4667 ve 5043 sayılı yasa ile yapılan 2.5.2001 ve 13.1.2004 tarihlerinde yürürlüğe giren değişik yeni hükümlerin daha önceden yapılan avukatlık sözleşmesinden doğan ihtilaflarda uygulanması ve kanunun değişik yeni hükümlerine göre anlaşmazlıkların çözümlenmesi amaçlanmıştır.

Uyuşmazlığın çözümünde, 163 ve 164. maddeleri 2.5.2001 tarihinde yapılan değişiklikten önceki hükümleri veya 2.5.2001 ve 13.1.2004 tarihinde yapılan değişiklikten sonraki hükümleri uygulandığında varılacak sonuç birbirinden farklı olacaktır.

Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti, insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan toplum yaşamında adalete, eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında Anayasaya ve hukuk kurallarına uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Hukuk devleti ilkesi, devletin tüm faaliyetlerinde hukukun egemen olmasını amaçlar. Bu amacın gerçekleşmesi için, çıkarılan yasalarla konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulması gerektiği gibi, hukuk güvenliğinin de sağlanması gerekir. Bu nedenle hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Anayasamızın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devletini ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasamızın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilmiştir. Sözleşme, sözleşmeye

taraf olanda, şimdiye ve geleceğe yönelik ümit ve inançların, beklentilerin doğmasına neden olmaktadır. Bunun temelinde, kişilerin sözleşme yaparken yürürlükte olan hukuk kurallarının güvencesi altında olmalarıdır. Sözleşme yapanların irade hürriyetine sahip olmaları, onların eşit durumda bulunduklarını gösterir.

Kanunlar kamu yararına ve kamu düzeninin gerektirdiği özel durumlar dışında, ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır ve daha önceki olay, işlem ve eylemler kanunun etki alanı dışında kalır. Sonradan yürürlüğe giren kanunların daha önceki ve kesinleşmiş hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

Açıklanan ilkeler ışığında bakıldığında 1136 sayılı Avukatlık Kanunun, 4667 ve 5043 sayılı kanunlar ile değişiklik getirilen hükümlerinin, değişiklik tarihinden önce yapılan sözleşmelerle ilgili ihtilaflara uygulanmasının temini için, 5043 sayılı kanun ile Avukatlık Kanununa eklenen geçici 21. madde, Anayasamızın 2, 5, 48. maddelerine aykırı olmaktadır.

Anayasanın 152. maddesi ile 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi uyarınca, dairemizce temyiz incelemesi yapılacak dava sebebiyle uygulanacak olan 1136 sayılı Kanuna, 5043 sayılı Kanunun 7. maddesi ile eklenen "geçici 21. maddenin" yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2, 5 ve 48. maddelerine aykırı görüldüğünden iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyanın temyiz incelemesinin bekletilmesine, dava dilekçesi, cevap layihası, davalının temyiz dilekçesi ile avukatlık ücret sözleşmesi örneklerinin karara eklenmesine, 21.10.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Avukatlık Kanunu'nun 13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Yasa ile eklenen itiraz konusu geçici 21. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 8. maddesi uyarınca Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 17.11.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklama

13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Yasa ile Avukatlık Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklikler yapılmış ve geçici bir madde eklenmiştir.

Bu kapsamda, 5043 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlık ücreti" başlıklı 164. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü ve dördüncü tümceleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı yahut ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde; değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktar avukatlık ücreti olarak belirlenir. Değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesi uygulanır."

5043 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 21. maddede de, 5043 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

B- İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Başvuru kararında, Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 21. madde ile Avukatlık Kanunu'nun 163. ve 164. maddelerinde 4667 ve 5043 sayılı Yasalarla yapılan değişikliklerin bu Yasaların yürürlüğe girdiği tarihten

daha önce yapılan avukatlık sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda uygulanmasının amaçlandığı, 2.5.2001 ve 13.1.2004 tarihlerinde yürürlüğe giren 4667 ve 5043 sayılı Yasalar ile yapılan değişiklikler öncesinde ve sonrasında uygulanacak kurallara göre söz konusu uyuşmazlıklarda varılacak sonucun birbirinden farklı olduğu, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği özel durumlar dışında kanunların ilke olarak yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılmalarının ve bu tarihten önceki kesinleşmiş hukuksal durumlara etkili olamamalarının hukukun genel ilkelerinden olduğu, hukuk devleti ilkesi uyarınca yasa koyucunun yalnızca Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun hareket etmek zorunda olduğu ve yasalarla konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin yanı sıra hukuk güvenliğinin de sağlanması gerektiği, itiraz konusu kuralın ise 4667 ve 5043 sayılı Yasalardan önce yapılan sözleşmelerle ilgili uyuşmazlıklarda uygulanmasını sağlamak amacıyla getirildiği, Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunun belirtildiği, kişilerin sözleşme yaparken yürürlükte olan hukuk kurallarının güvencesi altında olduğu, belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

5043 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Avukatlık Kanunu'na eklenen geçici 21. maddede, "*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır*." denilmiştir.

Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ifade edilmiştir.

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

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

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

Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

İtiraz konusu kuralla 5043 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda uygulanacağı öngörülmek suretiyle, yürürlüğe girdiği tarihten önce ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde de esas alınması kabul edilmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü ve dördüncü tümcelerinde 5043 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle, avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu veya taraflar arasında yazılı ücret sözleşmesinin bulunmadığı veya ücret sözleşmesinin belirgin olmadığı veya tartışmalı olduğu veya ücret sözleşmesinin ücrete ilişkin hükmünün geçersiz sayıldığı hallerde, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın kazanılan bölümü için avukatın emeğine göre ilâmın kesinleştiği tarihteki müddeabihin değerinin yüzde onu ile yüzde yirmisi arasındaki bir miktarın avukatlık ücreti olarak belirleneceği, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde ise avukatlık asgari ücret tarifesinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan maddenin 5043 sayılı Yasa ile değiştirilmesinden önceki 4667 sayılı Yasa ile değişik halinde ise avukatlık ücretinin kararlaştırılmamış olduğu durumlarda, değeri para ile ölçülemeyen dava ve işlerde avukatlık ücret tarifesinin uygulanacağı, değeri para ile ölçülebilen dava ve işlerde ise asgari ücret tarifelerinin altında olmamak koşuluyla ücret itirazlarını incelemeye yetkili merci tarafından davanın sonucuna ve avukatın emeğine göre değişmek üzere ücret anlaşmazlığı tarihindeki dava değerinin yüzde beşi ile yüzde onbeşi arasındaki bir miktarın avukatlık ücreti olarak belirleneceği hükmü yer almıştır.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun avukatlık ücretine ilişkin hükümlerin yer aldığı 163. ve 164. maddelerinde 4667 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik öncesinde de, avukatlık ücret sözleşmelerinin yazılı şekilde olmasının şart olduğu, ücretten doğan davalarda yazılı sözleşmeden başka delil getirilemeyeceği ve dinlenemeyeceği ile yazılı ücret sözleşmesi yapılmamış hallerde asgari ücret tarifesinin uygulanacağı belirtilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile bu Kanunda değişiklikler yapan 4667 ve 5043 sayılı kanunlarda, avukatlık ücreti ve avukatlık ücretinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin farklı hükümler yer almakta iken itiraz konusu kuralla, 5043 sayılı Yasa öncesinde ortaya çıkan ve kesin hükme bağlanmamış uyuşmazlıkların 5043 sayılı Yasa hükümlerine göre çözümleneceğinin öngörülmesi, anılan Yasa'nın geriye yürümesi sonucunu doğurmaktadır.

5043 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı uyuşmazlıkların kapsamına, avukatlık ücretine ilişkin olarak taraflar arasında akdedilen bir ücret sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da girmektedir. Bu durumda, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunmayan yasa hükmünün o sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünde uygulanması söz konusu olmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanması, öncelikle hukuki işlemlerin sonuçlarının öngörülebilir olmasına bağlı bulunduğundan, bir sözleşmenin yapıldığı tarihte mevcut olmayan bir yasa hükmünün daha sonra geriye yürür şekilde bu sözleşmeden doğan bir ihtilafta uygulanmasının öngörülmesi, hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır.

Bu durum aynı zamanda, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne de aykırılık oluşturur. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümlerinin esas alınmasını da gerekli kılar. Tarafların özgür iradeleri ile düzenledikleri ve hukuken geçerli olan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda sözleşme hükümlerinin belirgin olmadığından ya da tartışmalı olduğundan bahisle, söz konusu sözleşmenin akdedildiği tarihte yürürlükte olmayan bir yasa

kuralının esas alınarak uyuşmazlığın çözümlenmesinin öngörülmesi, sözleşme özgürlüğüne aykırıdır.

Tarafların akdettikleri bir sözleşmenin hükümlerinin uygulanmasında ihtilafa düşmeleri o sözleşmeyi geçersiz kılmayacağından, bu sonuca yol açacak şekilde 5043 sayılı Yasa hükümlerinin geriye yürütülmesine olanak bulunmamaktadır. Kişilerin sözleşme özgürlüklerini kullanarak bir sözleşme akdetmelerinden sonra, geriye dönük düzenlemelerle söz konusu sözleşme hükümlerinin ve dolayısıyla kişilerin iradelerinin etkisiz kılınması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Cafer ŞAT, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 5. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Yasa ile eklenen geçici 21. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Cafer ŞAT, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 7.2.2008 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADAL I
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Cafer ŞAT
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK
Üye	Üye	
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İtiraz konusu 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen Geçici 21. maddesi, özü itibariyle bu Kanun'la 1136 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin (bu meyanda 164. maddenin dördüncü fıkrasının değişen üçüncü ve dördüncü cümlelerin) devam eden -kesin hükme bağlanmamış- bütün ihtilaflara da tatbikini öngörmektedir. İtiraz konusu davanın esasını teşkil eden ihtilaf avukatlık sözleşmesi ve bundan doğan vekalet ücretine ilişkin olup, mahiyeti itibariyle "usul"e ilişkindir.

Anayasa Mahkemesi'nin 3.3.2004 tarih ve E.2002/126, K.2004/27 sayılı kararında (RG.19.2.2005, Sayı: 25732) "…İtiraz konusu kuralın incelenmesinden, avukatların yaptıkları hukuksal yardımın karşılığı olarak **almaya hak kazandıkları vekalet ücretinin takdirinde,** hukuki yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarifenin esas alınacağı anlaşılmaktadır. Başvuru kararında, anılan hükmün, ceza davalarında suçun işlendiği, hukuk davalarında da dava konusu olayın her davanın açıldığı tarihteki koşula göre değerlendirilebileceği kuralına paralel olarak suç tarihine göre belirlenmesi gereken yargılama giderinin hüküm tarihine göre belirlenmesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun değişiklikten önceki 168. maddesinde avukatlık ücretinin takdirinde hukuksal yardımın başladığı veya davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan tarifeler esas alınmış ise de, itiraz konusu kuralla ekonominin gerekleri gözetilerek avukatların emeklerinin gerçek karşılıklarını almaları amaçlanmıştır. Öte yandan, **vekalet ücreti maddi ceza hukukuna değil, usul hukukuna ilişkin bir düzenleme olup,** usul hukukuna göre yargılama giderlerinde yapılacak bir artış değişiklikten önce açılmış olan davalara da uygulanacağından, **benzer bir düzenlemenin vekalet ücreti içinde öngörülmüş olması,** Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında değerlendirilemez. İptal isteminin reddi gerekir…" denilmektedir.

Kanun'dan doğan vekalet ücreti ile müvekkil-avukat arasında sözleşmeden doğan vekalet ücreti, mahiyet itibariyle "usul"e ilişkindir. İkinci sayılanın bir "sözleşme"ye dayanması, onun salt bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirmez. Çünkü, 1136 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre avukatlık bir **"kamu hizmeti"**dir ve kamu hizmetinin söz konusu olduğu durumlarda da, özel yasaya (1136 sayılı Kanun) dayalı sözleşmeler ve bundan doğan vekalet ücreti de **kamu düzenine** ilişkindir.

2- Ceza ve hukuk yargılaması kuralları da **kamu düzenine** ilişkin olduklarından, bunlarda vaki değişikliklerin de devam etmekte olan tüm yargılamalara "hemen" uygulanması asıldır. Dava konusu "vekalet ücreti"de hem usule ilişkin bir düzenleme oluşu, hem de kamu hizmeti-kamu düzenine ilişkinlik unsurlarını özünde taşıması nedeniyle; Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda işaret edilen emsal kararı doğrultusunda, devam eden yargılamalar yönünden hemen tatbiki gereken bir kural mahiyetindedir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da işaret edildiği gibi "… Geriye yürümezlik ilkesi hakkında Anayasa'da açık bir kural bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ve ölçülülük yönlerinden yargısal denetim yapar… Zorunlu nedenlerle, örneğin **kamu yararı** gibi, geriye yürüme durumunda önceyi etkileme sözkonusu olabilir… Bilindiği gibi yasalar **kamu düzeninin** gerektirdiği durumlarda geriye yürütülebilmekte ve önceye etkili olabilmektedir… Dava konusu düzenlemede… ortaya çıkan hukuksal sorunların çözümlenmesi amaçlandığına göre, yasa uygulamasının daha önceki bir tarihten başlatılması, **kamu yararı ve kamu düzeni gereği olarak** görülmüştür. Bu nedenle söz konusu hüküm Anayasa'ya aykırı değildir…" (Any.Mah. 7.11.1989 tarih ve E.1989/6, K.1989/42 sayılı kararı, AMKD., Sayı 25, sh.387-419)

Dolayısiyle, konuya bu yönü itibariyle de bakıldığında; kamu yararı düşüncesiyle kamu düzenine ilişkin bir konuyu düzenleyici mahiyetteki kuralların, devam eden davalara da tatbiki gerektiğine işaret eden kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

3- Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı söz konusu edilemeyeceğinden, kuralın iptaline yönelik istemin reddi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; kuralın iptaline dair çoğunluğun kararına katılmıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Haşim KILIÇ	Sacit ADALI	Cafer ŞAT

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2004/30

Karar Sayısı : 2008/55

Karar Günü : 7.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Konya 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 15.7.1950 günlü, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 3463 sayılı Yasa ile değiştirilen 14. maddesinin (A) bendinin son paragrafında yer alan "…yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Dâvâcının özürlü oğlunun hususi damgalı pasaportunun süresinin uzatılmasına ilişkin talebin reddi işleminin iptali istemiyle açılan dâvâda, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırılığı savını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1-) ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmüne yer verilmektedir. Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Hukuk Devleti ilkesi devletin, tüm organlarının üstünde hukuk kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir. Bu bağlamda Yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparkenki takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır. Bu duruma göre, yasa kuyucunun, anne-babanın pasaport olanaklarından çocukların da yararlanma koşulları ve şeklini düzenlerken erkek çocuk için sadece reşit olmamayı esas alması yetersiz kalıp maslahata uygun olmayan

sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü reşit olma hali 4721 sayılı Medeni Kanunda 11 ve 12. maddelerde düzenlemiş olup, sadece fiil ehliyetinin alt unsurlarını ifade etmektedir. Bir başka ifade ile, reşit olmak (erginlik) 18 yaşının doldurulması, evlenme veya mahkeme kararıyla mümkün olmakta olup, tek başına fiil ehliyetine yeterli olmamaktadır. Burada üst kavram fiil ehliyeti olup, kişisel ve sosyal haklar ile sorumlulukların doğmasında üst kavram olan fiil ehliyetinin esas alınması hakkaniyet ve adaletin gerçekleşmesinde daha gerçekli olup, hukuk devletine de daha uygun sonuç doğuracaktır.

Örneğin dava konusu olayda, davacının çocuğu 18 yaşını tamamlamış olduğu dolayısıyla reşit olduğu gerekçesiyle annesinin pasaportuna işlenmemiştir. Gerçekten de çocuk 18 yaşını doldurmuş ve reşittir. Ancak epilepsi hastası ve zihinsel engelli olup fiil ehliyeti bulunmadığı gibi hayatının her anı anne-baba ile geçmekte ve geçmek zorundadır. Bu sebeple yasada reşit olmanın değil fiil ehliyetine sahip olmanın ölçü alınması hakkaniyet-adalet ve dolayısıyla hukuk devletine daha uygun olacaktır.

2-) ANAYASANIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 10. maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz, Devlet Organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmü düzenlenmektedir. Buna göre, yasa koyucu yasal düzenlemeler yaparken, cinsiyet farkı gözeterek belli bir cins lehine veya aleyhine farklılık öngöremez. Nitekim, dava konusu işlemin yasal dayanağı olan 5682 sayılı Kanunun 14/A-5 maddesinde kız evlatlara tanınan olanak erkek evlatlara tanınmayarak cinsiyet yönünden ayrımcılık yapılmıştır. Çünkü yasa hükmü uyarınca ailesiyle yaşayıp işi olmayan ve evli olmayan kız çocuklar reşit olsa bile anne-babanın pasaportuna kaydedilirken erkek çocuklar eğer reşit ise (örnekte olduğu gibi fiil ehliyeti bulunmasa bile) bu haktan yararlanamamaktadır. Bu ayrımcılığın ise Anayasanın 10. maddesi karşısında izahı kabil olmamaktadır.

3)- ANAYASANIN 41. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 41. maddesi "Aile, Türk toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar" hükmünü düzenlemektedir. Buna göre, Devlet ailenin huzur ve refahını özellikle de ana ve çocukların korunması ilkesini ihlal etmeme yükümlülüğü yanında, ihlal edilmesine sebep olacak unsurlar yönünden önleyici tedbirleri

de almak zorundadır. Başka bir deyimle, Devletin, ailenin korunması yönünden pozitif ve negatif yükümlülükleri mevcuttur. Bu bağlamda Devlet (Yasama- yürütme-yargı olarak tüm erkleri ifade ediyor) aile hayatının sağlıklı devamına engel olan tedbirleri almak, buna aykırı her türlü düzenlemeyi ortadan kaldırmak zorundadır. Nitekim dava konusu olayda, zihinsel özürlü de olsa, çocuk anne baba için vazgeçilmez bir varlıktır. Bu sebeple onun hastalığı için yurtdışında tedavi olanakları aramaktadır. Ancak, yasal düzenleme, anneye, çocuğunu kendi pasaportuna refakatli olarak isteme olanağı vermeyip, annenin çocuğuyla birlikte olma hakkını engellemektedir. Bu sebeple, anılan hüküm, devletin aile hayatıyla ilgili yükümlülükleriyle de bağdaşmamaktadır.

4-) ANAYASANIN 90. MADDESİ DELALETİYLE AVRUPA İNSAN HAKLARISÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİ VE 12 NO'LU PROTOKOL YÖNÜNDEN:

A-) ANAYASANIN 90. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın 90/5. maddesinde "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır.

Bunun yanında Türkiye 18.05.1954 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamış olup bu tarihten itibaren adı geçen sözleşme iç hukukumuzun bir parçası olmuştur.

Türk doktrininde, Uluslar arası sözleşmelerin yeri ve normlar hiyerarşisine göre konumutartışmalıdır. Buna göre Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi; alalade bir yasa gücünde midir, nitelikli bir yasamıdır yoksa Anayasa hükmünde midir bu konuda yerleşik bir görüş birliği bulunmamaktadır. Ancak, hangi görüş benimsenirse benimsensin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin en azından yasa hükmü olduğu, Anayasaya aykırılığı ileri sürülmediğine göre de, diğer yasalara göre üstün ve nitelikli bir yasa olduğu kuşkusuzdur. Kaldı ki, Türk Devleti yönünden kararları bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, hüküm kurulurken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri, yasama, yürütme ve yargı olarak tüm Devlet faaliyetleri yönünden denetlenmekte olup, bu içtihatlar doğrultusunda Devlet, idari eylem ve işlemleri yanında yasa hatta Anayasa kurallarını bile yeniden düzenlemek zorunda hissetmektedir kendisini. Bunun yanında, Anayasa Mahkemesi de Anayasaya Uygunluk denetimi yaparken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesi kararları dikkate almakta ve kararlarında işlemektedir, (şimdilik ölçü norm olarak esas alınmamakla birlikte referans norm olarak yer verilmektedir) Bu bağlamda, devletin her faaliyetinin olduğu gibi, tüm düzenleyici işlemlerinin denetiminde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerinin de göz önüne alınması gerekir.

B-) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde de "1- Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir" hükmüne yer verilmiştir. Gerek Anayasa hükümleri gerekse anılan sözleşme maddesi uyarınca; devlet; ailenin korunması geliştirilmesi ve aile hayatına saygı anlamında, pozitif ve negatif yükümlülükler altına girmiş bulunmaktadır. Buna göre, devlet, kişilerin aile hayatını bozucu eylem ve işlemlerde bulunamayacağı gibi, bu tür eylem ve işlemlere maruz kalmamaları için gerekli tedbirleri de alınmakla yükümlüdür.

Pasaport Kanununa göre yurt dışına çıkmak için pasaport almak bir haktır. Bu hakkın kullanımı sırasında, zihinsel özürlü ve sürekli bakıma muhtaç olan çocuğun annenin pasaportuna işlenmemesi dolayısıyla anne-çocuğun ayrılması hem çocuk yönünden hem anne yönünden aile hayatına saygı gösterilmesi ilkesine uygun düşmemektedir.

C-) AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 14. MADDESİ ve 12 NOLU EK PROTOKOL YÖNÜNDEN:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde "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 ayrımcılık yapılmadan sağlanır" hükmü düzenlenmektedir. Bunun yanında, 12 Nolu Ek protokolün 1. maddesinde de "Yasayla öngörülmüş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet,

doğum veya herhangi bir statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır" düzenlenmesine yer verilmiştir. Her iki hükmün birlikte değerlendirilmesinden, Devlet, haklardan yararlanma konusunda ayrımcılık yapmama yükümlülüğünde olduğu gibi, 12 nolu protokolün başlangıç bölümünde düzenlendiği üzere "... ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasını birlikte yerine getirerek, herkesin eşit olmasını sağlamak için yeni tedbirler alma kararlılığında olarak anlaşmışlardır..." Buna göre Devlet, ayrımcılığa sebep olan mevzuat hükümlerini de düzeltme yükümlülüğü altına girmiştir.

Bu bağlamda dava konusu olay ve dayanağı yasa hükmü değerlendirilecek olursa, aile hayatına saygı, annenin çocuğuyla birlikte olma, tedavi için onu yurtdışına götürme hakkını kullanma durumunda kız çocuk ve erkek çocuk arasında farklı muamele yapılmaktadır. Anne, aynı koşullardaki kız çocuğunu pasaportuna işletip birlikte yurtdışına çıkabildiği halde, zihinsel özürlü ve bakıma muhtaç dahi olsa erkek çocuğunu pasaportuna işletemeyip, yurtdışına birlikte çıkarmamaktadır. Bu da Aileye saygı hakkının kullanılması, seyahat özgürlüğünün kullanılması gibi durumlarda cinsiyet yönünden ayrımcılığa sebep olmaktadır.

SONUÇ VE TALEP: Yukarıda açıklanan sebeplerle, davacının erkek çocuğunun, annesinin pasaportuna işlemesi talebinin reddi işleminin yasal dayanağının 5682 sayılı Yasanın 14/A- 5. maddesi olup, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak madde olduğu; anılan maddenin ise, kız ve erkek çocuklar arasında haksız ve sebepsiz ayrımcılığa yol açtığı sonuç ve kanaatine varılarak; 5682 sayılı Pasaport Kanununun 14. maddesinin A bendinin 5. fıkrasının "... yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da..." ibaresinin Anayasanın 2, 10, 41. maddelerine ve 90. maddesi delaletiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 ve 14. maddeleri ile 12 nolu Ek Protokole aykırı olduğu düşüncesiyle anılan yasa hükmünün, iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine itirazen götürülmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak Anayasa Mahkemesine sunulmasına, iş bu karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren 5 ay karar verilinceye kadar bekletilmesine 10.03.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 14. maddesinin (A) bendinin beşinci fıkrası şöyledir:

" …

Hususi damgalı pasaport alabilecek durumda bulunanların yanında yaşayıp, evli bulunmayan ve iş sahibi olmayan kız çocuklarıyla **yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da** hususi damgalı pasaport verilir veya bunlar baba veya annelerinin pasaportlarının refakathanesine kaydedilir. Refakathanesine kayıtlı bulunanlar, pasaport sahibi ile seyahat etmedikleri takdirde o pasaportu kullanamazlar.

…"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 41. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, Fazıl SAĞLAM ve A. Necmi ÖZLER'in katılımlarıyla 15.4.2004 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, yasa koyucunun anne-babanın pasaport olanaklarından çocukların da yararlanma koşulları ve şeklini düzenlerken erkek çocuk için sadece reşit olmayı esas almasının yetersiz kaldığı, itiraz konusu yasa hükmü ile kız çocukları ve erkek çocukları arasında cinsiyet yönünden ayrımcılık yapıldığı, Devletin ailenin korunması yönünde pozitif ve negatif yükümlülüklerinin mevcut olup, aile hayatının sağlıklı devamına engel olan tedbirleri almak ve buna aykırı her türlü düzenlemeyi ortadan kaldırmak zorunda olduğu, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu ibarenin de bulunduğu 5682 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin (A) bendinin beşinci fıkrasında, hususi damgalı pasaport sahibi olan kişilerin kız ve erkek çocuklarının hangi koşullar altında bu

pasaporttan yararlanabilecekleri belirlenmiştir. Buna göre, hususi damgalı pasaport sahibi kişilerin kız çocuklarının bu pasaporttan yararlanabilmeleri için hususi damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşamaları, evli olmamaları ve çalışmamaları gerekirken, erkek çocuklar için birlikte yaşama ve reşit olmama koşulları 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, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi"nin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu yasak, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Ancak kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanların, farklı kurallara tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Hususi damgalı pasaport sahibi olan kişilerin kız ve erkek çocukları aynı hukuki durumdadırlar. Aynı durumda bulunan kişilerin yasanın öngördüğü haklardan aynı esaslara göre yararlandırılmaları ya da yararlandırılmamaları eşitlik ilkesinin gereğidir.

İtiraz konusu ibarenin de yer aldığı 5682 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca kız çocukları hususi damgalı pasaport sahibi ile birlikte yaşadıkları, çalışmadıkları ve evlenmedikleri sürece hususi damgalı pasaporttan yararlanabilme olanağına sahip olmalarına karşın aynı durumda bulunan erkek çocuklarının bu imkandan ancak reşit olana kadar yararlanabilmeleri cinsiyetler arasında ayrımcılığa yol açmakta ve bu durum yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

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

İbare, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan 41. ve 90. maddeleri yönünden 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, 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal sonucunda meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 14. maddesinin (A) bendinin beşinci fıkrasında yer alan ibarenin iptal edilmesi nedeniyle doğan hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, iptal kararının, Resmî Gazetede yayınlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

A- 15.7.1950 günlü, 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 14. maddesinin 28.5.1988 günlü, 3463 sayılı Yasa ile değiştirilen (A) bendinin son paragrafında yer alan "... yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- İptal edilen ibarenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

7.2.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Cafer ŞAT
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2004/43

Karar Sayısı : 2008/56

Karar Günü : 7.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 3. Sulh Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.7.1941 günlü, 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin, 25. maddesinin birinci fıkrasının ve 26. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Dâvâcının çiftçi malına zarar vermesi nedeniyle bu zararın tazmini konusunda Çiftçi Mallarını Koruma Meclis Başkanlığı tarafından verilen karara karşı yapılan itirazın incelenmesi sırasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırılığı savını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"4081 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde istisnalar dışında koruma ve ihtiyar meclislerinin bu Yasa hükümlerine göre verecekleri kararlar aleyhine ilgilisi tarafından kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren 10 gün içinde murakabe heyetine başvurularak itirazın yapılabileceği açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 15.11.1963 tarihli ve 1963/97 esas ve 272 karar sayılı kararı ile murakabe heyetlerince itiraz üzerine verilen kararlar aleyhine yargı yolunun kapalı tutulması şeklindeki metin iptal edilmiştir.

Koruma ve ihtiyar meclisleri tarafından bu Yasa gereği verilen kararlara itiraz edilmesi halinde iptal edilen metin gereği yargı yolu açıktır. Görevli yetkili mahkeme, süresi v.b. konularda açıklık yoktur.

Yukarıda anılı merciler tarafından verilen kararlara 10 günlük sürede itiraz edilmez ise karar kesinleşecek olup KORUMA VE İHTİYAR MECLİSLERİNİN kararlarına karşı, itiraz yerinin MURAKABE YERİ OLMASI İTİRAZ SÜRESİNİN SUSKUN GEÇİRİLMESİ İLE,

KESİNLEŞMEYİ SAĞLAYARAK, YARGI DENETİMİNE İLK İTİRAZ YERİ OLARAK OLANAK VERİLMEMESİ ANAYASA'NIN 125. MADDESİNDEKİ "İDARENİN HER TÜRLÜ EYLEM VE İŞLEMLERİNE KARŞI YARGI YOLU AÇIKTIR.." ilkesine aykırıdır.

Esasen maddenin tamamının dava konusu edilip edilmediği, yukarıda anılı 1963/272 karar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı oluşturulurken de tartışılmış ancak sonuçta aykırılık iddiasının yalnızca murakabe heyetlerince verilen kararlara karşı yargı yolunun kapatılması noktasında olduğu kanısına varılmış idi.

4081 sayılı Yasa'nın 25/1. maddesinde zararın oluştuğunun iddia edilmesi halinde inceleme yöntemini belirlemektedir.

Bir zarar ileri sürüldü ise,

Korunma veya ihtiyar meclisi bir bilirkişi seçecek,

Olayı haber veren bekçi ile birlikte bilirkişi olay yerine gidecek,

Zararın miktarını ve hangi şartlar altında oluştuğunu tahmin ve tespit edecek, bir tutanak tanzim edecek,

Önemli işlerde ise bu heyete koruma veya ihtiyar meclisi üyelerinden birisi veya birkaçı da katılabilecek,

HUYY; 275. madde de "Mahkeme çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir." şeklinde düzenleme mevcuttur. Aynı Yasa'nın 368. maddesi ise kanıtların tespitinden bunun mahkemece yerine getirilmesinden söz etmektedir.

4081 sayılı Yasa'nın 25. maddesinde tanımlanan işlemde kanıt tespitidir. İleriki aşamalarda (Dava aşamasında) sağlıklı değerlendirme yapılabilmesi bakımından delillerin tespitinin de noksansız, işten anlayan bilirkişilerce yerine getirilmesi ve teknolojik imkanlarında bu saptama da kullanılması zorunludur ve esasen çağdaş yargılamanın bir gereği olarak yanların huzurunda tespitlerin yapılması asıldır.

Anayasa'nın 36. maddesinde "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." temel ilkesine yer verilmiştir. (Aynı paralelde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6)

Korunma ve ihtiyar meclisinin seçeceği bilirkişi tarafından (ya da bilirkişiler) verilen raporlar baz alınarak ileriki aşamalarda (bilirkişilerin

idari mercilerce atanması dikkate alınıp) kanıtlar toplandıktan sonra kaybolacak olup dava edilen miktarların milyarlarla ifade edildiği konularda (miktar küçük bile olsa) adil yargılanma hakkından yoksun kalındığı da bir gerçektir. Bu yukarıya alınan 25. madde de Anayasa'nın 36. maddesine açıkça aykırıdır.

4081 sayılı Yasa'nın 26. maddesi

1. madde de yazılı bulunan çiftçi mallarına verilen ve miktarı 50 lirayı geçmeyen zararların tazminine yönelik işleri koruma ve ihtiyar meclisleri köy yasasındaki usul dairesinde çözüme bağlar.

Ödence isteminin reddine ya da 20 liraya kadar olan kararlara karşı 5 gün içinde sulh hakimine itiraz edebilir. (Sulh hakiminden kasıt sulh hukuk hakimi) Mahkemece 7 gün içinde evrak üzerinde inceleme yapılıp karar değiştirilir ya da aynen onaylanır.

20 liradan yukarı olan ödence kararlarına karşın ilgilisi 5 gün içinde sulh yargıcına itiraz eder, inceleme umumi hükümler gereği yerine getirilir.

Koruma ve ihtiyar meclislerinin itiraz olunmayan kararları ile sulh hakimlerinin itiraz üzerine verecekleri kararlar kesindir.

Dikkat edileceği gibi miktara göre sulh yargıcı bir kısım ödence kararlarını duruşmasız, bir kısmını da umumi hükümler dairesinde duruşma yaparak inceleyebilecektir. HUYY'nın 440. maddesi hangi türden kararların, Yargıtay incelemesine açık olduğunu bildirmiştir. 4081 sayılı Yasa'nın 26. maddesi sulh yargıcının verdiği kararları miktarı ne olursa olsun Yargıtay denetimine kapatmıştır. Bu durum HUYY 440. maddesi ile de çelişmektedir.

4081 sayılı Yasa'nın 25. maddesi uyarınca kanıtların toplanış yöntemi bunun adil yargılanma kuralına aykırı oluşu, uygulamada milyarlarla ifade edilen zarar giderimi kararlarının Yargıtay denetiminden geçirilmemesi, bu yolun kapalı tutulması hak arama özgürlüğü ile de bağdaşmamaktadır.

Bu itibarla 4081 sayılı Yasa'nın 10., 25/1. ve 26/son maddelerinin Anayasa'nın 125. ve 36. maddelerine aykırılığı sebebi ile iptali gerektiği kanısına varılarak davacı yanın anılı maddelerin Anayasa'ya aykırı olduğu tezi ciddi görülüp konunun incelenmesi yönünden arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 10., 25. ve 26. maddeleri şöyledir:

"**Madde 10 – Bu kanunda yazılı istisnalar dışında koruma ve ihtiyar meclislerinin bu kanun hükümlerine tevfikan verecekleri kararlar aleyhine alâkalılar tarafından kararın kendilerine tebliği tarihinden itibaren on gün zarfında murakabe heyetine müracaat ve itiraz olunabilir. Müddeti zarfında aleyhine itiraz edilmeyen kararlar katileşir. Bu suretle katileşen veya … ve bunlar derhal icra olunur**."

"**Madde 25 – Koruma veya ihtiyar meclisinin seçeceği vukuf ehli fiili haber veren bekçi ile birlikte en geç yirmi dört saat zarfında vaka mahalline giderek zararın miktarını ve hangi şartlar altında yapıldığını tahmin ve tesbit ve bunu bir zabıt varakasile tevsik eder. Mühim işlerde vukuf heyetine koruma veya ihtiyar meclisi azasından bir veya bir kaçı katılır.**

Tutulacak zabıt varakaları ve işe mütaallik evrak derhal koruma veya ihtiyar meclisine tevdi olunur.

Zarar ve ziyanın tesbitine taallûk eden tetkikler Köy Kanunu hükümlerine göre yapılır."

"Madde 26 – Birinci maddede yazılı çiftçi mallarına iras edilen ve miktarı elli lirayı geçmiyen zararların tazminine mütaallik işleri koruma ve ihtiyar meclisleri Köy Kanunundaki usule göre tetkik ve hallederek bir karara bağlar.

Tazminat talebinin reddine ve yirmi liraya kadar olan kararlara karşı beş gün içinde sulh hâkimine itiraz edilebilir. Şu kadar ki, zararı yapan tarafından vukubulan itirazlarda tazminine karar verilen paranın koruma sandığına aynı müddet içinde depo edilmesi şarttır. Bu fıkraya taallûk eden işlerde mahkeme, tetkikatını evrak üzerinde icra ve itiraz olunan kararı tadil veya tasdik suretile işi bir hafta içinde intaç eder. Maddî hata vukuu veya sahtelik iddiası halinde mahkeme, lüzum görürse duruşma yapabilir.

Yirmi liradan yukarı olan tazmin kararlarına karşı alâkalılar, yukarıki fıkrada yazılı depo şartı olmaksızın beş gün içinde sulh hâkimine itiraz

edebilir. Bu fıkraya göre yapılan itirazların tetkiki umumî hükümlere göre yapılır.

İtirazlar mahkemeye veya koruma ve ihtiyar meclislerine de yapılabilir.

Meclisler itiraz evrakını derhal salâhiyetli mahkemeye gönderir ve muterize bedava bir ilmühaber verir.

Koruma ve ihtiyar meclislerinin itiraz olunmıyan kararları ile sulh hâkimlerinin itiraz üzerine verecekleri kararlar kat'î olup bunlar aleyhine hiç bir kanun yoluna baş vurulamaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, Fazıl SAĞLAM ve A. Necmi ÖZLER'in katılımlarıyla 17.6.2004 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dâvâda uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddelerine göre mahkemeler, bakmakta oldukları dâvâlarda uygulayacakları bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dâvâ bulunması ve iptali istenen kuralın da o dâvâda uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, dâvânın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya dâvâyı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu dâvâ, Çiftçi Mallarını Koruma Meclis Başkanlığının kararına yapılan itiraza ilişkindir. İtiraz konusu kurallardan 4081 sayılı Yasa'nın 10. maddesi, bu kanunda yazılı istisnalar dışında koruma ve ihtiyar meclislerinin bu kanun hükümlerine göre verecekleri kararlar aleyhine murakabe heyetine müracaat ve itiraz ile ilgili konuları düzenlemekte, 25 maddesinin birinci fıkrası ise zarar tesbiti

usulüne yönelik hükümler içermektedir. Söz konusu bu kurallar, dâvâ konusu ile ilgili olmayıp, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin dâvâda uygulayacağı kurallar değildir.

Belirtilen nedenlerle, 2.7.1941 günlü, 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesi ile 25. maddesinin birinci fıkrasının itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu dâvâda uygulanma olanağı bulunmadığından bu kurallara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, dosyada eksiklik bulunmadığından 4081 sayılı Kanun'un 26. maddesinin son fıkrasının esasının incelenmesine,

oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla sulh hakimlerinin itiraz üzerine verecekleri kararların Yargıtay denetimine kapatıldığı, bu durumun ise Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4081 sayılı Yasa'nın iptali istenen kuralı da içeren 26. maddesinde çiftçi mallarına verilen ve miktarı elli lirayı geçmeyen zararların tazminine ilişkin işleri koruma ve ihtiyar meclislerinin karara bağlayacağı ve bu kararlara karşı beş gün içinde sulh hakimine itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında yer alan itiraz konusu kuralda ise koruma ve ihtiyar meclislerinin itiraz olunmayan kararları ile sulh hakimlerinin itiraz üzerine verecekleri kararların kesin nitelikte olduğu ve bunlar aleyhine hiçbir kanun yoluna başvurulamayacağı hükme bağlanmıştır. Yasa'da belirtilen elli lira geçen süre içerisinde herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Dolayısıyla koruma ve ihtiyar meclisleri ancak 50 liraya kadar olan zararlar konusunda karar verebileceklerdir.

Hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz*" denilerek yargı mercilerine dâvâcı ve dâvâlı olarak başvurabilme ve bunun tabiî sonucu olan iddia, savunma, âdil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinde de; *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilmektedir.

Anayasa'nın 141. maddesiyle yargıya, dâvâların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi verilmiş, 142. maddesiyle de, mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin yasa ile düzenlenmesi öngörülmüş, usûl yasalarının Anayasa'ya uygun olmak koşulu ile düzenlenmesi yasakoyucunun takdirine bırakılmıştır. Yargı denetiminin bir yerde kesilmesi gerektiğinden yasakoyucu kanun yollarını dâvâların özelliklerine göre düzenleyip kimi kararların kesin olduğunu belirtebilir.

Anayasa'da tüm mahkeme kararlarının temyiz edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Öğretide de bu yönde bir zorunluluk olduğu kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları da, kamu yararı gerektirdiğinde ve hukuk devleti kavramı ile bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığının bulunmadığı durumlarda kimi kararlar için kanun yollarına başvurmanın önlenebileceği yönündedir.

İtiraz konusu hükmün de yer aldığı 4081 sayılı Yasa'nın 26. maddesi ile yasakoyucu, çiftçi mallarında meydana getirilen ve miktarı 50 lirayı geçmeyen zararların tazminini karara bağlama yetkisini koruma ve ihtiyar meclislerine vermiş, ancak kişilerin haklarını korumak amacıyla bu kararlara karşı sulh hakimlerine itiraz yolunu açmıştır. Koruma ve ihtiyar meclislerince verilen kararlara itiraz edildiğinde sulh hakimliklerince uyuşmazlık incelenmekte ve idarenin vermiş olduğu karar bir yargı faaliyeti sonucunda kesinlik kazanmaktadır. Yasama organının bu tür dâvâların görülmesinde ve sonuçlandırılmasında basit fakat hızlı bir usûl öngörerek genel hükümlerden ayrılmakta kamu yararı gördüğü anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralla verilebilecek tazminat miktarı da gözetildiğinde, koruma ve ihtiyar meclislerinin itiraz edilmeyen kararları ile bunlara itiraz üzerine sulh hakimliklerinin vermiş oldukları kararlara karşı, dâvâların hızlandırılması ve mahkemelerin iş yükünün azaltılması için kamu yararı amacıyla temyiz yoluna gidilmesine ilişkin sınırlamanın adalet duygusunu rencide ettiğinden ve hak arama özgürlüğünü kısıtladığından söz edilemez. Bununla birlikte, kişilerin kendi iradeleri ile koruma ve ihtiyar meclisleri tarafından verilen karara itiraz etmemeleri de kanun yolunun kapalı olduğu anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Cafer ŞAT bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

2.7.1941 günlü, 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'un 26. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Cafer ŞAT'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 7.2.2008 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Cafer ŞAT
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞI OY

4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'un 26. maddesinin son fıkrası hükmü şöyledir. "koruma ve ihtiyar meclislerinin itiraz olunmıyan kararları ile sulh hakimlerinin itiraz üzerine verecekleri kararlar kati olup bunlar aleyhine hiçbir kanun yoluna başvurulamaz."

4041 Sayılı Yasanın 1. maddesi hükmüne göre korunacak çiftçi malları şunlardan ibarettir.

1- Ekili, dikili veya kendiliğinden yetişen bütün nebatlarla Orman Kanunun kapsamına girmeyen ağaçlar ve ağaçlıklar,

2- Ziraatte kullanılan veya ziraatle alâkalı olan her nevi menkul ve gayrimenkul mallar,

3- Su arkları, set ve bentlerle hendek, çit, duvar ve emsali manialar, tarla ve bahçe yollarıdır.

1. maddede yazılı çiftçi mallarına zarar verilmesi halinde zarara uğrayan çiftçinin günümüzün ulaşım imkanları da göz önünde tutulduğunda hakim huzuru ve uzman bilirkişiler marifetiyle uğradığı zararını tespit ettirip bunun tazmini için umumi hükümlere göre yargı yollarına başvurması

Anayasanın 36. maddesinde ifadesini bulan hak arama hürriyetinin bir gereğidir.

Görüldüğü üzere 1941 yılında yürürlüğe giren ancak günümüzde artık uygulamada pratik bir faydada sağlamayan ve uygulama olanağı da kalmayan 4041 Sayılı Yasanın söz konusu hükmü Anayasanın 36. maddesine aykırı olup iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluğun iptal isteminin reddine ilişkin görüşlerine katılmıyorum.

Üye
Cafer ŞAT

Esas Sayısı : 2005/25

Karar Sayısı : 2008/57

Karar Günü : 7.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Ankara 9. İdare Mahkemesi Esas Sayısı: 2005/25

2- Ankara 8. İdare Mahkemesi Esas Sayısı: 2006/86

İTİRAZLARIN KONUSU: 8.5.1985 günlü, 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinde yer alan "… en çok iki yıl içinde …" ibaresinin, Anayasa'nın 2,. 10., 60., 61., 62. ve 65. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

- Ankara 9. İdare Mahkemesinin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun Geçici 1. maddesinde, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönmüş olmakla birlikte, 30/5/1978 tarih ve 2147 sayılı Kanuna göre hizmet sürelerini değerlendirmemiş olanlar;

a) Prim, kesenek ve karşılık ödemek suretiyle sigortalısı veya iştirakçisi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna;

b) Sosyal güvenlik kuruluşlarından hiçbirine tabi bulunmamaları halinde Sosyal Sigortalar Kurumuna;

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en çok iki yıl içinde yazılı istekte bulunmak, Yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya

dilediği kadarını, 4. madde hükümlerine göre tahakkuk ettirilecek borç miktarını ödeme tarihindeki doların, Türk Lirası karşılığı esası ile ödemek,

Suretiyle değerlendirebilirler" hükmü yer almış ve bu kanunun yürürlüğünden önce yurda dönenlerden hizmet sürelerini değerlendirmemiş olanlara yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanabilmelerini, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl içinde başvurma koşuluna bağlamıştır.

2709 sayılı Anayasa'nın 10. maddesinin 3. fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne, 60. maddesinde; "herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" hükmüne ve 62. maddesinde de, "Devlet yabancı ülkelerde çalışan Türk Vatandaşlarının... sosyal güvenliklerinin sağlanması... için gerekli tedbirleri alır" hükmüne yer verilmiştir.

3201 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinde ise bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönenlerin yurt dışı hizmetlerinin borçlanmak suretiyle sosyal güvenlik bakımından değerlendirilmesini belli bir süreyle sınırlamak suretiyle kısıtlamıştır.

Bu durum Anayasa'nın gerek yukarıda açılan 60. maddesindeki herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin bu güvenliği sağlayacağı ve gerekli tedbirleri alacağı kuralına, gerekse 62. maddesindeki Devletin yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması için gerekli tedbirlerini alacağı kuralına aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlik Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun Geçici 1. maddesi 2. fıkrasını oluşturan "bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en çok iki yıl içinde istekte bulunanlar" cümlesindeki "en çok iki yıl içinde" ibaresinin Anayasa'nın 10., 60. ve 62. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varıldığından, anılan kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar dosyanın bekletilmesine 21.06.2004 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

- Ankara 8. İdare Mahkemesinin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"3201 sayılı Yurtdışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un 3/2. maddesinde;

"Türkiye'ye döndükten sonra yurtdışında geçen hizmetlerini borçlanmak isteyenler;

a) Herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olmayanlar, Sosyal Sigortalar Kurumuna,

b) Müracaat tarihinde çalışmakta olanlar tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

c) Başvuru tarihinde herhangi bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olamamakla birlikte yurda dönüş tarihinden sonraki çalışmalarından dolayı son defa tabi oldukları sosyal güvenlik kuruluşuna,

d) Hizmetlerinden bir kısmı yurt dışında iken borçlananlardan kalan hizmetlerini yurda dönüş yaptıktan sonra borçlanmak isteyenler ilk borçlanmayı yapan sosyal güvenlik kuruluşuna,

e) Ev kadınları Bağ-Kur'a,

yazılı olarak müracaat etmek suretiyle borçlanabilirler" hükmüne yer verilmiş olup aynı kanunun Geçici 1. maddesinde "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönmüş olmakla birlikte, 30.05.1978 tarih ve 2147 sayılı Kanuna göre hizmet sürelerini değerlendirmemiş olanlar;

a) Prim, kesenek ve karşılık ödemek suretiyle sigortalısı veya iştirakçisi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna;

b) Sosyal güvenlik kuruluşlarından hiçbirine tabi bulunmamaları halinde Sosyal Sigortalar Kurumuna;

bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en çok iki yıl içinde yazılı istekte bulunmak.

Yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya dilediği kadarını, 4'üncü madde hükümlerine göre tahakkuk ettirilecek borç miktarını ödeme tarihindeki doların, Türk Lirası karşılığı esası ile ödemek,

suretiyle değerlendirilebilirler" hükmü yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 1982 yılında Türkiye'ye dönüş yaptığı, 22.05.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal

Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi çerçevesinde, süresi içinde borçlanma talebinde bulunmadığından dolayı borçlanma isteminin reddedildiği, ancak anılan kanunda davacı ile ilgili herhangi bir düzenlemenin olmamasının Anayasa'ya aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, 10. maddesinde Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunluluğu, 60. maddesinde Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı, 62. maddesinde Devletin yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alacağı ve 65. maddesinde de Devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu olayda ise, 22.05.1985 tarihinde yürürlüğe giren 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un daha önce yurda dönenler için yürürlüğe girdikten sonra iki yıl içerisinde başvuru şartını koşması ve davacının bu süre içerisinde başvuru yapmaması Anayasa'nın 2., 10., 60., 62., ve 65. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle 3201 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesinde başvuru için iki yıl şartının yer alması Anayasa'nın 2., 10., 60., 62., ve 65. maddelerine aykırı olduğu sonucuna Mahkememizce varıldığından, T.C. Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca bu konuda bir karar verilmek üzere konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, 17.02.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un iptali istenilen ibareyi de içeren Geçici 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönmüş olmakla birlikte, 30/5/1978 tarih ve 2147 sayılı Kanuna göre hizmet sürelerini değerlendirmemiş olanlar;

a) Prim, kesenek ve karşılık ödemek suretiyle sigortalısı veya iştirakçisi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna;

b) Sosyal güvenlik kuruluşlarından hiçbirine tabi bulunmamaları halinde Sosyal Sigortalar Kurumuna;

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren **en çok iki yıl içinde** yazılı istekte bulunmak.

Yurt dışında geçen sürelerinin tamamını veya dilediği kadarını, 4'üncü madde hükümlerine göre tahakkuk ettirilecek borç miktarını ödeme tarihindeki doların, Türk Lirası karşılığı esası ile ödemek,

Suretiyle değerlendirebilirler."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 2., 10., 60., 61., 62. ve 65. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E.2005/25 ve E.2006/86 sayılı dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

E.2006/86 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2005/25 sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2005/25 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 6.6.2006 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, 3201 sayılı Yasanın geçici 1. maddesinde, Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yurda dönenlerden yurt dışında geçen hizmet süreleri sosyal güvenlik bakımından değerlendirilmemiş olanların bu sürelerini borçlanabilmelerinin iki yıl içinde başvurma koşuluna bağlandığı,

böylece 3201 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yurda dönenlerin yurt dışı hizmetlerinin borçlanmak suretiyle soysal güvenlik bakımından değerlendirilmesinin belli bir süre ile sınırlandırılarak kısıtlandığı, bu durumun Anayasa'nın 2., 10., 60., 61., 62. ve 65. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 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 çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

İtiraz konusu kurala göre, 3201 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yurt dışından dönmüş olanlar, bu Yasanın yürürlük tarihinden itibaren iki yıl içinde başvurmaları durumunda yurt dışı hizmet borçlanmasından yararlanabilecekler, aksi halde bu Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önce yurt dışında geçirdikleri hizmet süreleri sosyal güvenlik bakımından değerlendirilemeyecektir.

3201 sayılı Yasanın 3. maddesi, bu Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yurda kesin dönüş yapanların kesin dönüş tarihinden itibaren borçlanma ile ilgili isteklerini en geç iki yıl içinde yapmaları gerektiğini kurala bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi, 12.12.2002 günlü, E.2000/36 ve K.2002/198 sayılı kararı ile borçlanma işleminin yapılabilmesi için yasanın zorunlu kıldığı yurda kesin dönüş yapmış olma koşulunu ve aranan iki yıllık süreyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin anılan kararının ve bu karar uyarınca 3201 sayılı Yasanın 3. maddesinde 4958 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmasının ardından, yurt dışında çalışmış olan veya yurda dönmüş bulunan kişiler diledikleri zaman yurt dışındaki hizmet süreleri nedeniyle hizmet borçlanmasından yararlanabilir hale gelmişlerdir. Ancak, itiraz konusu kural uyarınca 3201 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yurda dönenler iki yıl içinde ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna başvurmamış iseler hizmet borçlanmasından yararlanamamaktadırlar.

Yurt dışında belli bir süre çalışmış olanlar, hangi tarihte dönerlerse dönsünler yurt dışında geçirdikleri sürelerin sosyal sigorta kurumlarında değerlendirilmeleri bakımından aynı durumdadırlar. Yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararı sonucunda yapılan yasal değişiklikle, 3201 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yurda dönenler yurda döndükleri tarihe bakılmaksızın hizmet borçlanmasından yararlanabilirken, 3201 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarih olan 22.5.1985 tarihinden önce yurda dönmüş, ancak iki yıl içinde hizmet borçlanması için başvurmamış olanların geçici 1. madde uyarınca bu işlemden yararlanamamaları Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 2., 60., 61., 62. ve 65. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VII- SONUÇ

8.5.1985 günlü, 3201sayılı YurtDışındaBulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinde yer alan "...en çok iki yıl içinde..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 7.2.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Cafer ŞAT
Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2003/52

Karar Sayısı : 2008/58

Karar Günü : 21.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 3. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2320 sayılı Yasa ile değiştirilen dördüncü fıkrasının *"...Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan..."* bölümünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İş Kanunu'nun 13. maddesine göre iş akdi feshedilen, yaşlılık aylığına hak kazanmış davacıya çalıştığı kamu kuruluşlarındaki hizmet sürelerinin tamamı yerine sadece son kamu kuruluşunda geçen hizmeti dikkate alınarak kıdem tazminatı ödenmesi nedeniyle açılan davada, itiraz konusu bölümün Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İstanbul 3. İş Mahkemesi'ne 21.8.2001 tarihli dava dilekçesiyle davacı Sami Topcu vekili tarafından davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi aleyhine açılan davada davacının 8.7.1977 tarihinde Sümerbanka bağlı Yıldız Porselen de işe girdiği, 1995 yılında yine aynı kuruma bağlı Beykoz Deri Kundura Sanayii İşletmesinin tüm hakları ile nakledildiği ve 11.11.1996 tarihinde de İstanbul Büyükşehir Belediyesine naklinin yapıldığı İstanbul Büyükşehir Belediyesinin hükümetin tasarruf genelgesi doğrultusunda çalışanlardan 700 işçinin işine son verme kararı aldığını ve bu nedenle 30.4.2001 tarihinde İş Yasası'nın 13. maddesi uyarınca davacının iş aktinin fesh edildiğinin ancak işverenin davacıya yanlızca belediye de çalıştığı süre için tazminat ödediğini, borçlandığı askerlik süresi ve kamudaki hizmet sürelerinin birleştirmediğinden, kıdem tazminatının 4 yıl üzerinden değil 26

yıl üzerinden ödenmesi gerektiğinden bahisle açılan davada yapılan yargılama sonunda mahkememizin 2001/1160 esas 2002/109 karar sayılı 14.3.2002 tarihli kararı ile davacının Sümerbank Holding A.Ş. bünyesinde geçen 19 yıl 4 ay 3 günlük hizmet süresi ile 4.3.1970 – 4.11.1971 devresi 1 yıl 6 aylık borçlanılan muvazzaf askerlik süresi dahil toplam 21 yıl 3 günlük hizmet süresi itibariyle bakiye 15.238.601.519.- TL kıdem tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararın davalı İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili tarafından temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 2002/23479 sayılı 9.12.2002 tarihli ilamı ile bozularak mahkememize iade edilmiştir. Yargıtay bozma ilamında davacının hizmet aktinin davalı işveren tarafından 1475 sayılı İş Kanunu'nun 13. maddesi gereğince sona erdirildiği, başka bir anlatımla davacı işçinin 1475 sayılı Yasa'nın 14/4. maddesinde düzenlenen koşulları gerçekleştirerek Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malulluk aylığının ya da toptan ödemeye hak kazanarak hizmet aktini sona erdirmiş olmadığını bu nedenle davalıya ait işyerinde çalışmaya başlamadan önce değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet süreleri ile askerlik borçlanma süresinin kıdem tazminatı süresinin belirlenmesinde nazara alınması ve bu sürelerle ilgili kıdem tazminatından davalının sorumlu tutulmasının mümkün bulunmadığı ayrıca işyeri devride söz konusu olmadığından somut olayda 1475 sayılı Yasa'nın 14/2. maddesindeki koşulların oluşmadığı belirlenmiştir.

Usul veya yasaya uygun bulunan Yargıtay bozma ilamına uyulmasına karar verilmiştir.

Davacı vekili 8.5.2003 tarihli dilekçesi ile İş Yasası'nın 14. maddesinin 4. bendindeki "Sosyal Sigortalar Kanunu göre yaşlılık veya malulluk aylığının ya da toptan ödemeye hak kazanan" ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ile kıdem tazminatının amacına aykırı olduğunun Anayasa'ya aykırılık iddiasının iyiniyetle yapılmış olması nedeniyle istemin ciddi olduğunun, iddianın ciddiliğine karar verilerek dosyanın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesini talep etmiştir.

Davacı vekilinin Anayasa'ya aykırılık iddiasına ilişkin 8.5.2003 tarihli dilekçesi davalı İstanbul Büyükşehir Belediyesi vekiline tebliğiyle çıkartılmış ancak herhangi bir yazılı beyanda bulunmadıkları gibi 20.5.2003 tarihli oturuma da katılmamışlardır.

Davacı 8.7.1977 - 11.11.1996 tarihleri arasında Sümerbank Holding A.Ş. bünyesinde 19 yıl 4 ay 3 gün çalışmış, 4.3.1970 - 4.11.1971 tarihleri arası 1 yıl

6 aylık muvazzaf askerlik süresini de borçlanarak toplam 21 yıl 3 günlük hizmet süresi de gözetilerek değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet süreleri birleştirilerek toplam çalışma süresi üzerinden yasal haklarının ödenmesi gerekirken sadece son çalıştığı İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nde geçen hizmet süresine göre yasal hakları ödenmiştir. Davacının iş aktinin İş Yasası'nın 13. maddesi uyarınca 30.4.2001 tarihinde fesh edildiği tarihte emekliliğe hak kazanmış durumda olduğu ancak sırf emeklilik için başvurusunun olmaması nedeniyle 1475 sayılı Yasa'nın 14/4 maddesi gereğince Sümerbank Holding A.Ş bünyesinde geçen 19 yıl 4 ay 3 günlük hizmetinin yok sayılmasının Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğuna ilişkin iddia, Anayasa'ya aykırılık iddiası davacı tarafından ileri sürüldüğünden davayı uzatmak maksadı sözkonusu olmadığından iddia mahkememizce ciddi olarak kabul edildiğinden 20.5.2003 tarihli oturumda dosyamızın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar Anayasa'nın 152. maddesi gereğince davanın geri bırakılmasına karar verilmiş olduğundan, dosyamızın tasdikli örneği ekte sunulmaktadır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2320 sayılı Yasa ile değiştirilen ve itiraz konusu kuralı da içeren dördüncü fıkrası şöyledir:

"T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle ***Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malûllük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan*** *işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN ve Mehmet ERTEN'in katılımlarıyla 18.6.2003 gününde

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

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, davacının iş akdinin 1475 sayılı Yasa'nın 13. maddesine göre fesh edildiği tarihte emekliliğe hak kazanmış durumda olduğu halde, emeklilik için başvurusunun olmaması nedeniyle kendisine 1475 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin dördüncü fıkrasına göre son kamu kuruluşu işverenince hizmet birleştirmesi yolu ile kıdem tazminatının ödenmediği, sadece son kamu kuruluşunda çalışılan süreye ilişkin kıdem tazminatının ödendiği, bunun da emeklilik dolayısıyla işten ayrılanlarla emekliliğe hak kazandığı halde başka nedenle işten ayrılarak kıdem tazminatı alanlar arasında farklı uygulamaya yol açtığı belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* denilerek eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

İtiraz konusu bölümün yer aldığı dördüncü fıkrada, T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle yaşlılık veya malûllük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenmesi öngörülmektedir.

İptali istenilen bölümde belirtilen Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre yaşlılık veya malullük aylığı ya da toptan ödemeye hak kazanmış olma durumu, Sosyal Sigortalar Kanunu kurallarına göre Sosyal Sigortalar Kurumu'nca belirlenmektedir.

Buna göre hizmet akdinin 14. maddenin birinci fıkrasında belirtilen koşullardan biri ile sona erdirilmesi ve T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve

Sosyal Sigortalar Kanunu'na veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle yaşlılık veya malûllük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanılması durumunda işçinin kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatının ödeneceği açıktır.

Kişinin emekli olacağını bildirip bildirmemesi şart olmayıp, önemli olan yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanmasıdır. Bu ödemelere hak kazanmışsa son kamu kuruluşunca kamu kuruluşlarında geçirilen hizmet sürelerinin tamamı üzerinden kıdem tazminatının ödenmesi gerekeceği kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazananların başvurup başvurmamaları yönünden bir ayrım yapılamayacağından kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 17.10.1980 günlü, 2320 sayılı Yasa ile değiştirilen 14. maddesinin dördüncü fıkrasının "...Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE**,** Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 21.2.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

25.8.1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan ve iptali istenen "…Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan…" ibaresinin aşağıda açıklanan nedenlerle iptali gerekmektedir:

1- Anılan Kanun'un 14. maddesinin dördüncü fıkrası, gerçekte kamu işverenlerine hitap etmekte olup, dava konusunda olduğu gibi muhtelif kamu kuruluşlarında işçi statüsünde çalışan, kamu kurumları arasında kıdem tazminatı almaksızın (iş akdi feshedilmeksizin) işyeri değiştiren ve son çalıştığı kamu işverenince iş akdi sona erdirilen işçilere "salt SSK'na göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanması halinde", birleştirilen kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden, kendisine son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödeneceğini öngörmektedir. Diğer bir deyişle, davanın somutunda olduğu gibi, kıdem tazminatı almaksızın, naklen geçiş, özelleştirme v.b. nedeniyle başka kamu işverenine devredilme halinde, kişi (işçi) yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye müstahak değilse; önceki kamu işverenlerince ödenmeyen (işten çıkarılma değil, başka kamu kuruluşuna naklen geçiş söz konusu olduğu için) kıdem tazminatlarından son kamu işvereni sorumlu olmayacak, sadece kendisi yönünden olan çalışma sürelerini dikkate alarak kıdem tazminatı ödeyecektir. İşçi de uzun yıllara varan emeğinin karşılığını tam alamamak gibi bir sonuçla karşı karşıya kalacaktır.

2- Kural, belirtilen bu niteliği itibariyle Anayasa'nın 2. maddesindeki "Sosyal hukuk devleti" ilkesine aykırı düştüğü gibi, Anayasa'nın 49. maddesindeki "çalışanları korumak…" ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

3- 1475 sayılı Kanun'un 14. maddesinin ilk üç fıkrasının öngördüğü hükümler dikkate alındığında da, kamuda çalışan işçiler ile kamuda çalışmayan işçiler yönünden "kıdem tazminatı" bakımından farklı kriterler getirilmesinin Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesi ile de bağdaşır yanının olmadığını söylemek gerekir.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 49. maddelerine aykırı düşmesi nedeniyle, iptali gerektiğini değerlendirdiğimden; davanın reddi yolundaki çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

AZLIK OYU

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa 60. maddesiyle de herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu açıklamıştır.

1475 sayı İş Kanunu, hizmet sözleşmelerinin Yasada belirtilen şekillerde feshi halinde kıdem tazminatı ödeneceğini öngörmüştür. Kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddenin dördüncü fıkrası kamu kuruluşlarında görev yapan işçilerle ilgilidir. Fıkraya göre, kamu kuruluşlarında çalışan işçilerden hizmet süresi birleştirilerek Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malüllük aylığı ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye kıdem tazminatı son çalıştığı kurumca ödenecektir.

Hizmet sözleşmesi sona erdiğinde çalışmada geçen her tam yıl sayısınca ödenen kıdem tazminatını, hizmet birleştirilenlerle ilgili olarak iş sözleşmesinin feshi sırasında yaşlılık aylığı alma ya da toptan ödeme koşuluna bağlamak, sosyal güvenlik ilkesine dayanan bir hak olan kıdem tazminatının yetkin anlamda tanınmaması sonucunu doğuracaktır. Başka bir anlatımla, işçinin daha önce çalıştığı kamu kuruluşlarında geçen hizmet süreleriyle ilgili kıdem tazminatları, sözleşmenin feshedildiği tarihte yaşlılık aylığı alınmaması halinde ödenememiş olacaktır. Bu durum yaşlılık aylığı alarak işten ayrılanlarla, yaşlılık aylığını başka bir kamu kuruluşunda çalışmaya başlamadığı halde bir süre sonra alanlar arasında kıdem tazminatı yönünden farklı uygulamalara neden olacak ve böylece doğacak hak yoksunluğu da Anayasal eşitlik ilkesiyle çelişecektir. Anayasal eşitlik ilkesi hiç kuşku yokki durgun bir aynılığın değil, oluşan konumların getirdiklerinin zamansız yayılımıyla oluşan kapsayıcı bir eşitliğin yansımasıdır. Maddenin yazılış biçimi ve öngörülüşündeki amaç da başka bir yorumla eşitsizliğin uygulamadan kaldırılmasına elverişli değildir.

Açıklanan nedenlerle Kuralın iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2005/73

Karar Sayısı : 2008/59

Karar Günü : 21.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Üçüncü Daire

İTİRAZIN KONUSU: 6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (I) sayılı listenin (A) ve (B) cetvellerinde yer alan mallara ilişkin özel tüketim vergisi tutarlarının yeniden belirlenmesi yolundaki 10.12.2003 günlü, 2003/6607 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi eki Kararın iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Üçüncü Daire iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararı aynen şöyledir:

"Jet Turizm Uluslararası Yolcu Taşımacılığı Ticaret Limited Şirketi tarafından, 3.1.2004 gün ve 25335 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (I) sayılı listede yer alan mallar için maktu vergi tutarları belirlenmesine ilişkin 10.12.2003 gün ve 2003/6607 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına ek Kararın iptali istemiyle Başbakanlık ve Maliye Bakanlığı'na karşı açılan davaya ait dosya incelenerek gereği görüşüldü.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, Yasa'ya ekli (I) sayılı listedeki malların ithalatçıları veya rafineriler dahil, imal edenler tarafından tesliminin, bir defaya mahsus olmak üzere özel tüketim vergisine tabi olduğu kurala bağlanmış, 4'üncü maddesinde bu malları imal ve ithal edenler, bu verginin mükellefi kabul edilmiştir. 4760 sayılı Yasa'ya eklenen (A) ve (B) işaretli iki ayrı cetvelden oluşan (I) sayılı listede; Gümrük Tarife İstatistik Pozisyonları gösterilen

mallar için Yasa'nın 11'inci maddesinin 1'inci fıkrası gereğince vergilendirme ölçüsü olan kilogram, litre veya metreküp birimine ve verginin bu listede öngörülen tutarda alınmasını düzenleyen 12'nci maddesine göre maktu vergi tutarları gösterilmiştir.

Verginin oranı ve tutarına ilişkin 12'nci maddenin 2'nci fıkrasının (a) bendinde ise Bakanlar Kuruluna, topluca veya ayrı ayrı olmak üzere (I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını; her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit yetkisi tanınmıştır.

Davaya konu yapılan 2003/6607 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına ek Karar, bu yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulmuştur. 4760 sayılı Yasa'ya ekli (I) sayılı listenin (A) cetvelinde yer alan mallardan özel bir işleme tabi tutulacak hafif yağlar ve müstahzarları, uçak benzini, benzin tipi jet yakıtı, kerosen, petrol gazları ve diğer gazlı hidrokarbonlar, kalsine edilmiş veya edilmemiş petrol kokları, petrol yağlarının veya bitümenli minerallerden elde edilen yağların diğer kalıntıları için kilogram veya litre birimine göre 1000 (TL) maktu özel tüketim vergisi belirlenmişken; dava konusu Kararname eki Kararın 1'inci maddesiyle aynı mallar için vergi tutarı, (0) sıfır olarak yeniden tespit edilmiştir.

Dairemizin E:2004/498 sayılı dosyasında incelenmekte olan dava, karayoluyla yolcu taşımacılığı yapan bir ticaret şirketi tarafından açılmış ve dava dilekçesinde; davaya konu yapılan 2003/6607 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına ek Kararın 1'inci maddesi ile uçak benzini için özel tüketim vergisinin sıfır (0) olarak tespit edilmesinin rekabet eşitliğini karayolu taşımacılığı aleyhine bozduğunu, 4760 sayılı Yasa'nın 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin Anayasa'nın 2'nci ve 73'üncü maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın vergi ödevini düzenleyen 73'üncü maddesinin üçüncü fıkrası; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirilmesi ve kaldırılmasını öngörmekle benimsediği yasallık ilkesi gereğince vergi koyup, kaldırmak veya değiştirmek konusunda yetkili organ, yasama organıdır. Aynı maddenin son fıkrası, yasama organının bu yetkisini; kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde kalmak koşuluyla vergi yasalarında öngörülen muaflık ve istisnalar, indirimler ve vergi oranlarına ilişkin hükümlerde değişiklik yapmak yönünden Bakanlar Kuruluna devretmesine olanak tanımıştır. Yetki devrine olanak tanıyan ve yasallık ilkesine istisna oluşturan bu kural, vergi koyma ve konulmuş bir

vergiyi kaldırma yetkisini kapsamamaktadır. Bu nedenle vergi koyma ve kaldırma yetkisi, yasama organının devredilemez yetkilerindendir.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde öngörülen, Bakanlar Kurulunun (I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etmeye yetkili olduğuna ilişkin düzenleme, Anayasa'nın 73'üncü maddesinin yetki devrine ilişkin son fıkra hükmüne uygun düşmemektedir:

1- (I) sayılı listedeki malların özelliğine göre vergilendirme ölçüsü olarak belirlenen her biriminden alınacak vergi tutarları gösterilmek suretiyle bu mallar, maktu vergiye tabi tutulmuştur. Anayasa'nın 73'üncü maddesinin son fıkrası vergi miktarını değiştirme yetkisini kapsamamaktadır. Sadece vergi oranlarının yasada öngörülen üst ve alt sınırlar arasında değiştirilmesi yetkisi, miktarı yasada gösterilen vergileri değiştirme yetkisinin dışında kaldığından yasama organının Bakanlar Kuruluna, maktu vergileri tespit yetkisini devredemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

2- Maktu vergi tutarının sıfıra kadar indirilmesi yetkisi, verginin kaldırılması sonucunu doğurmaktadır. 4760 sayılı Yasa'nın 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (a) bendinde yer alan maktu vergi tutarlarını sıfıra kadar indirmek suretiyle tespit yetkisinin Bakanlar Kurulunca kullanılabileceğine ilişkin kural, Anayasal temelden yoksundur.

Davaya konu yapılan 2003/6607 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına ek Kararın 1'inci maddesiyle (I) sayılı listenin (A) Cetvelinde, uçak benzini ile yukarıda değinilen bazı mallar için maktu vergi tutarının sıfır olarak yürürlüğe konulmasına ilişkin tespit, Anayasal temelden yoksun olan bu kurala dayanmaktadır.

3- Bilindiği gibi ithalatçı veya imalatçılar tarafından özel tüketim vergisine tabi malların teslimi nedeniyle yüklenilen vergi, fiyat mekanizması yoluyla bu malların nihai tüketicisine kadar uzanarak yansımaktadır. Dolayısıyla, Yasa'nın vergi konusuna aldığı bir mal için öngörülen maktu verginin sıfır olarak tespiti, bu malın vergisiz teslimi anlamına geldiğinden, vergi yükünün adil ve dengeli dağılımını sağlamak amacıyla yasallık ilkesinin de bir gereği olarak Anayasadan dolayı yasa yapıcının kurduğu denge, maktu vergi tutarı sıfır olarak saptanan malları teslim edenler lehine bozulmaktadır. Bu bozulma, söz konusu malların intikal ettiği diğer mal ve

hizmetlerin nihai kullanıcısına dek uzanmaktadır. Bu sonuç, Anayasa'nın 73'üncü maddesinin son fıkrasına ilişkin gerekçede belirtilen 4760 sayılı Yasa'nın 12'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yasa yapıcının gözettiği amaca da aykırıdır. Bilindiği gibi söz konusu 3'üncü fıkrada; (I) sayılı listede belirlenen maktu vergi tutarlarının, her ay, bir önceki ayda uygulanan vergi tutarları esas alınmak üzere Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık olarak duyurulan toptan eşya fiyat endeksinde önceki aya göre oluşan değişim oranında ve söz konusu duyuruyu izleyen günden başlayarak değişmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme aynı zamanda Anayasa'nın 73'üncü maddesinin son fıkrasının öngörülen amacının gerçekleştirilmesi, daha açık anlatımla vergi tutarının fiyat hareketleri karşısında değer yitirmesini önlemek amacının göstergesidir.

Yukarıda belirtilen tüm nedenlerle, davacı tarafından ileri sürülen Anayasa'nın 2'nci ve 73'üncü maddelerine aykırı olduğu yönündeki iddia ciddi görüldüğünden, 4760 sayılı Yasa'nın 12'nci maddenin 2'nci fıkrasının (a) bendinde yer alan ve Bakanlar Kuruluna, ... "(I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etmeye" yetki tanıyan düzenlemenin iptali istemiyle ve 2949 sayılı Yasa'nın 28'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına; dava dosyasındaki belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine ve Anayasa Mahkemesi'nce itiraz yoluyla yapılan başvuru hakkında karar verilmesine kadar yargılamanın ertelenmesine, 26.4.2005 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının itiraz konusu (a) bendi şöyledir:

"Oran veya tutar

MADDE 12- 1. *Özel tüketim vergisi, bu Kanuna ekli listelerde yazılı malların karşılarında gösterilen tutar ve/veya oranlarda alınır.*

2. *Bakanlar Kurulu, topluca veya ayrı ayrı olmak üzere;*

a) (I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etmeye,

…

Yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A.Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 11.7.2005 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anlam ve Kapsam

6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu ile 1.8.2002 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe giren özel tüketim vergisi, tek aşamalı dolaylı bir vergidir. Bu verginin kapsamına giren mallar, 4760 sayılı Yasa'ya ekli dört ayrı listede sıralanmıştır. Yasa'nın genel gerekçesinde, bu malların vergilendirilmesine ilişkin oldukça karmaşık hale gelen mevcut yapının basitleştirilmesinin sağlanması ve öte yandan dolaylı vergiler alanında Avrupa Birliği müktesabatına uyum sağlanması, Yasa'nın hedefleri arasında gösterilmiştir.

Yasa'ya ekli (I) sayılı liste, (A) ve (B) cetveli olarak ikiye ayrılmış ve listede yer alan malların Gümrük Tarife İstatistik Pozisyon Numaraları, isimleri tek tek sıralanmış, karşılarında da kilogram, litre veya metreküp

olarak belirtilen birimler itibariyle özel tüketim vergisi tutarları gösterilmiştir. Buna göre bu mallar için özel tüketim vergisi "maktu" olarak belirlenmiştir. Daha sonra çıkarılan kimi yasalarla, 4760 sayılı Yasa'ya ekli (I) sayılı listede yer alan mallarda ve bunlara ilişkin özel tüketim vergisi tutarlarında değişiklikler yapılmıştır.

Yasa'nın "*Oran veya tutar*" başlıklı 12. maddesinin birinci fıkrasında, "*Özel tüketim vergisi, bu Kanuna ekli listelerde yazılı malların karşılarında gösterilen tutar ve/veya oranlarda alınır*" ve ikinci fıkrasında ise, "*Bakanlar Kurulu, topluca veya ayrı ayrı olmak üzere;*" denildikten sonra itiraz konusu (a) bendinde, *"(I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etmeye,*

…

Yetkilidir" denilmiştir.

Buna göre Bakanlar Kurulu, topluca veya ayrı ayrı olmak üzere; Yasa'ya ekli (I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırabilecek, sıfıra kadar indirebilecek, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit edebilecektir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasında, vergi oranlarını yasada öngörülen yukarı ve aşağı sınırlar içinde değiştirme yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilebileceğinin belirtildiği, bunun, Bakanlar Kurulu'na vergi miktarlarını da değiştirme yetkisinin verilebileceği anlamını taşımadığı, bu nedenle itiraz konusu kural ile Bakanlar Kurulu'na verilen vergi tutarlarını değiştirme yetkisinin, Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasına aykırı olduğu, öte yandan, maktu vergi tutarını sıfıra kadar indirme yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilmesinin, verginin Bakanlar Kurulu'nca kaldırılması sonucunu doğurduğu, yasakoyucunun özel tüketim vergisi kapsamına aldığı bir mal için öngörülen maktu vergi tutarını sıfıra kadar indirme yetkisinin Bakanlar Kurulu'na bırakılmasının, o malın vergisiz teslimi anlamına geldiği, özel tüketim vergisinin yansıtılabilir olması nedeniyle, maktu vergi tutarı Bakanlar Kurulu'nca sıfır olarak belirlenen malların hem mükellefleri hem de tüketicileri lehine vergi adaletinin bozulacağı, vergi tutarının sıfır olarak belirlenmesinin ayrıca 4760

sayılı Yasa'nın 12. maddesinin üçüncü fıkrasında yasakoyucunun gözettiği amaca da aykırı olduğu, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

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

Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş ve diğer fıkralarında da bu yükümlülüğün ilkeleri gösterilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*" denilerek verginin kanuniliği ilkesi benimsenmiştir. Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfî uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide, yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur.

Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında ise, "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir*" denilmektedir. Bakanlar Kurulu'na ancak vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapabilme yetkisi verilebilecektir. Bakanlar Kurulu'na yetki verilirken bu yetkinin kullanılabileceği alt ve üst sınırların da yasada belirtilmesi gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralda, Bakanlar Kurulu'na, 4760 sayılı Yasa'ya ekli (I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırma, sıfıra kadar indirme, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etme yetkisi verilmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasında, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde Bakanlar Kurulu'na verilebileceği belirtilen değişiklik yapma yetkisi, maktu vergi tutarlarını da kapsamaktadır.

4760 sayılı Yasa'ya ekli (I) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, yasayla belirlenen alt ve üst sınırlar içerisinde değiştirme ve bu sınırlar içinde kalmak kaydıyla, mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etme yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilmesine ilişkin itiraz konusu kuralda, Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasına aykırılık yoktur.

Öte yandan, vergi oran ya da tutarlarının, yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde Bakanlar Kurulu'nca değiştirilebilmesi, mevcut ekonomik koşulların özeliklerine göre önemli sosyo-ekonomik amaçlara ulaşabilmek için gereklidir. Bir vergi tutarının Bakanlar Kurulu'nca sıfıra kadar indirilmesi hiçbir zaman o verginin kaldırılması anlamına gelmez. Bu durumda vergi bir kurum olarak devam etmekte olup Bakanlar Kurulu, ekonomik koşullara göre dilediği zaman bu tutarı yasa ile belirlenen sınırlar içinde kalarak arttırabileceğinden, vergi tutarının Bakanlar Kurulu'nca sıfıra kadar indirilmesinin verginin kaldırılması anlamını taşıdığı ve bunun verginin yasallığı ilkesine aykırılık oluşturduğu yönündeki sav da yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2. ve 73. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, A.Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 21.2.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde, maktu vergi tutarlarını artırma veya sıfıra kadar indirmek, mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etmek hususunda Bakanlar Kurulu'nun yetkili kılınmış olmasında Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılık bulunduğu düşüncesindeyim.

Serbest piyasa ekonomisine dayandığı kabul edilen bir ekonomik ve ticari düzende, marjinal karlarla rekabet ortamı içinde faaliyet gösteren özel tüketim vergisi mükelleflerinin, hukuk güvenliğinin icabı olan belirlilik, öngörülebilirlik ve istikrar ilkelerinin güvencesi altında bulunmaları Anayasal bir gerekliliktir. Anayasa'nın 73. maddesi, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ve kaldırılacağını; muaflık, istisna ve indirimlerle ilgili yasa hükümlerinde yasanın belirttiği aşağı ve yukarı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilebileceğini öngörmüştür.

Kanun yapma süreci açık ve şeffaf bir süreç olup, yasama faaliyetleri bütün vatandaşlarca izlenebilir, bir kanun teklifi ve tasarısı Meclis gündemine gelip yasalaşıncaya kadar, o yasanın muhtemel ekonomik sonuçlarından herkes haberdar olabilir. Bu nedenle yasa ile vergi kanunlarında yapılacak değişikliklerin serbest piyasa ve rekabet ortamını bozacak şekilde bazı mükellefler yönünden sürprizler yaratması söz konusu değildir. Bakanlar Kurulu kararları ise hazırlık safhasında kamuya açık olmadığından, vergi miktar ve oranlarında yapılabilecek değişikliklerden ancak Bakanlar Kurulu kararının yayımlanmasıyla haberdar olabilecek

mükellefler yönünden risklerin artması olasıdır. Verginin kanunla konulacağı ilkesi, her şeyden önce vatandaşı devlete karşı koruyan bir güvencedir. Öte yandan, Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen çerçevede İdareye tanınan esnekliğin, yasayla saptanmış maktu vergileri değiştirmeye, vergileri kaldırmakla eş anlamlı olan sıfıra kadar indirmeye ve sonra, isterse en yüksek hadden yine uygulamaya başlamaya yetki verme noktasına vardırılması, İdarenin yetkilerinin birey hak ve özgürlükleri aleyhine genişletilmesinden başka anlam taşımaz. Bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılıktan dolayı iptali gerektiği düşüncesinde olup, Danıştay Üçüncü Dairenin iptal gerekçelerine de katılmaktayım.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin ikinci fıkrasının itiraz konusu (a) bendi ile, topluca veya ayrı, ayrı olmak üzere (1) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibariyle en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalâtın şekline göre farklı tutarlar tespit etmeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Anayasa'nın "vergi ödevi" başlıklı 73. maddesinin üçüncü fıkrasında "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" denilerek verginin kanuniliği ilkesi vurgulanmış; dördüncü fıkrasında da vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği belirtilmiştir. Böylece, yasama yetkisinin kullanılması ve devredilmezliği ilkesini düzenleyen Anayasa'nın, 7. maddesi ile yürütme yetkisi ve görevinin sınırlarını belirleyen 8. maddesi, "vergi ödevi" konusunda somutlaştırılmıştır. Anayasa koyucunun, 73. maddede verginin kanuniliği ilkesini ve vergilendirme konusunda Bakanlar Kuruluna verilebilecek yetkilerin sınırını özel olarak düzenlemesindeki amaç, kuşkusuz vergi ödevinin temel haklarla olan yakın ilişkisidir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, mali yükümlülüklerin, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri ve yaptırımları, zamanaşımı gibi kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını hatta temel

haklarını etkileyecek çeşitli yönleri bulunduğundan, bunların, yasayla yeterince çerçevelendirilmemesi keyfi uygulamalara yol açabilir. Bu nedenle Anayasa'nın 73. maddesine göre vergilendirme yetkisi yasama organına verilmiş, yürütme organına, yasal dayanağı bulunmaksızın idari işlemle vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi tanınmamıştır.

İtiraz konusu kuralla maktu vergi tutarlarını sıfıra kadar indirme konusunda Bakanlar Kuruluna verilen yetki, verginin belirli veya belirsiz bir süre kaldırılması sonucunu doğuracağından verginin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Sıfıra indirme yetkisinin kullanılmasının verginin kaldırılması anlamına gelmediği, Bakanlar Kurulu'nun, ekonomik koşulları oluştuğunda yeniden oran belirleme yetkisinin bulunduğu gibi gerekçelere ise, oranı sıfıra indirilen verginin hukuken değilse de fiilen kaldırılmış olduğu gerçeği karşısında Anayasal geçerlilik tanımak olanaksızdır.

Öte yandan, itiraz konusu kuralla Bakanlar kuruluna verilen yetkinin, açık ve belirli olmaması, bir mal için uygulanan vergi tutarının, aynı listede yer alan farklı bir mal için getirilen üst sınıra göre artırılması durumunda, bu tutarın önceden öngörülemeyecek biçimde yüksek oranlara ulaşabilmesi, verginin yasallığı ve hukuk devletinin sağlamakla yükümlü bulunduğu hukuk güvenliği ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Kural'ın iptali gerekirken başvurunun reddi yolundaki çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY YAZISI

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendiyle ilgili Şevket APALAK'ın karşıoyuna katılıyorum.

Üye
A.Necmi ÖZLER

AZLIK OYU

Anayasa'nın vergi ödevi başlıklı 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı ve dördüncü fıkrasında bunların muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilebileceği öngörülmüştür.

4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen (a) bendinde "(1) sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibarıyla en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı tutarlar tespit etmeye" şeklinde yer alan kuralla Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiştir.

Verginin önem ve özelliği, yasayla düzenlemenin anayasal bir ilke olarak temel alınmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Yasalaşma sürecinin zamana yayılması ve mali yaşamda olası gelişmeler kimi sınırlar içinde yürütmeye yetkiler verilmesinin nedenidir. Bu yetkinin anayasal alan ve anlama bağlı kalınarak kullanılması gerektiğinde kuşku yoktur.

Anayasa'nın "oran" konusunda verdiği yetkiyle maktu vergileri bu olanak dışında tuttuğu, ancak nisbi vergileri kapsama aldığı anlaşılmaktadır. "Oran" kavramının, uygulayacağı taban tutarıyla ulaşılacak sonuç arasında bir somutluğu içerdiği de kuşkusuzdur. Bir miktara oran uyguladığında, esas alınan değer ve oranla ortaya çıkacak bir tutar söz konusu olacaktır. Bu bakımdan maktu vergi ile oran kavramları birbirleriyle ilintisiz olduğu gibi, verginin sıfırlanmasıyla oranlama ölçütünün uyuşmadığı, oran yetkisinin sıfırlamayı kapsamadığı kuşkusuzdur. "Sıfırlama" sözcüğü verginin o süreçte kaldırılması sonucunu da vereceği açıktır.

Belirtilen nedenlerle, kuralın muaflık, istisna ve indirimleriyle oranlarına ilişkin konularda Bakanlar Kurulu'na yetki veren 73. maddesine aykırılığından ötürü iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kural, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde yer alan; "I. Sayılı listedeki mallar için uygulanan maktu vergi tutarlarını, her bir mal itibariyle en yüksek vergi tutarının yarısına kadar artırmaya sıfıra kadar indirmeye, bu sınırlar içinde mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekillerine göre farklı tutarlar tesbit etmeye" hükmüdür.

4760 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasında, özel tüketim vergisinin bu Kanun'a ekli listelerdeki yazılı malların karşılarında gösterilen tutar ve/veya oranlarda alınacağı belirtildikten sonra, ikinci fıkrasında Bakanlar Kurulu'na Kanun'a ekli I, II, III, IV sayılı listedeki mallar için topluca veya ayrı ayrı kullanılmak üzere vergi tutarlarını veya vergi oranlarını değiştirme yetkisi yanında diğer bazı yetkilerde verilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti demokratik bir hukuk devletidir. Buna göre Devletin tüm organları Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı olup, görev ve yetkilerinin bu çerçevede konulan yasalarla belirlenmesi ve yürütme organına bırakılan yetkilerin sınırlarının açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Öte yandan "hukuk devleti" ilkesi yürütme organının faaliyetlerinin "belirlilik" dolayısıyla "hukuki güvenlik ilkesi" sonucunda "öngörülebilir olmasını" gerektirmektedir.

Anayasa'nın "vergi ödevi" başlıklı 73. maddesinin üçüncü fıkrasında; "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." Son fıkrasında ise; "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimlerle oranlarına ilişkin hükümlerinde Kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir." denilmektedir.

Bu anayasal düzenlemeler karşısında verginin kanuniliği ilkesi gereği verginin konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması yetkisi yasama organına aittir ve ancak kanunla yapılabilir. Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasında Bakanlar Kurulu'na sadece "muaflık, istisna ve indirim ile oranlarında" değişiklik yapma yetkisi verilirken bu yetkinin "Kanunda belirtilen yukarı ve aşağı sınırlar içinde" kullanılabileceği öngörülmektedir.

İtiraza konu kuralda ise; Bakanlar Kurulu'na verilen yetkide "her bir mal itibariyle en yüksek vergi tutarının yarısına kadar" şeklinde getirilen üst sınır açık ve belirli olmadığı gibi süre sınırlaması da bulunmamaktadır. Bu durumda dava konusu kural ile bir mal için Yasa ile belirlenmiş olan maktu

vergi tutarının Bakanlar Kurulu'nca yeniden ve sürekli olarak arttırabilmesi mümkün olacağından Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasına aykırıdır.

Öte yandan yine kuralda Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin alt sınırı sıfır olarak belirlenmiş olup verginin yapısında ve tabanında büyük boşluk yaratan bu tür ayrıcalıkların verginin verimliliği ve vergide adalet ilkelerine aykırılık teşkil edeceği gibi maktu vergi tutarını sıfıra indirmenin verginin kaldırılması sonucunu doğuracağı, bunun ise verginin yasallığı ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

İtiraz konusu kurala göre Bakanlar Kurulu mal cinsleri, özellikleri, kullanım yerleri veya ithalatın şekline göre farklı vergi tutarları da belirleyebilecektir. 4760 sayılı Yasa'da özel tüketim vergisi kapsamına giren mallar karşılarında gümrük tarife pozisyonları gösterilmek suretiyle tek tek sayıldıktan sonra, Bakanlar Kurulu'na bu malların kendi takdirine göre ve önceden öngörülmeyecek şekilde çeşitlendirip bu mallar için farklı vergi tutarları tesbit etme yetkisinin verilmesine ilişkin kural Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasında öngörülen yetkiyi aşmakta ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Bu durumda; Bakanlar Kurulu'na sınırları açık ve belirli olmayan ve bu haliyle keyfi ve takdiri uygulamalar yapabilecek şekilde geniş yetki veren itiraza konu kural, Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan verginin kanuniliği ilkesine aykırı olup hukuki güvenlik ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin yer aldığı Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle verilen karara karşıyım.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2005/10

Karar Sayısı : 2008/63

Karar Günü : 21.2.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Haluk KOÇ, İzzet ÇETİN ile birlikte 123 Milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un;

A- 3. maddesinin;

1- İkinci fıkrasının son tümcesinin,

2- Son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "*…veya hasta sevk oranlarının yüksek olması…*" ibaresinin,

B- 5. maddesinin ikinci fıkrasının "*Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir*" biçimindeki üçüncü tümcesinin,

C- 8. maddesinin ikinci fıkrasının "*…ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler…*" bölümünün, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 73., 90. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

28.1.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5258 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, sözleşmeli olarak çalışan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının kurumlarında aylıksız

veya ücretsiz izinli sayılacakları ve bunların kadroları ile ilişkilerinin devam edeceği hükme bağlanmıştır. Bu fıkradaki "kurumlarından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar" ve "kadroları ile ilişkileri devam eder" ifadeleri, bunların kadrolu sözleşmeli personel olduğunu göstermektedir. Çünkü yapılan düzenlemeye göre, bu personel, talepleri halinde eski görevlerine atanırlar ve sözleşmeli statüde geçen süreleri kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirilir. Sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi ve aile sağlığı elemanı statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırlar ve bu madde kapsamındaki çalışmaları hizmet sürelerinde dikkate alınır.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki bu düzenleme, sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının Anayasada tanımı yapılan memur ve diğer kamu görevlisi tanımına uygun kamu görevlileri olduğunu göstermektedir.

Ancak, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'da aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olarak sözleşmeli personel statüsünde çalıştırılacak olanlar bunlardan ibaret değildir. Bu Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen son cümlesinde, "İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48'inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir." denilmiştir. Bu durumda, 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen son cümlesi ile yapılan düzenleme ile, Devletin asli ve sürekli görevlerinden olduğu kuşkusuz olan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının verdikleri hizmetlerin memur veya diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından da verilmesine olanak sağlanmış olmaktadır. Çünkü sözleşmeli olarak çalıştırılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının kendi kurumlarından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları ve bunların kadroları ile ilişkileri devam edeceği belirtilirken, kamu görevlisi olmayan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının sözleşmeli çalıştırılmalarına ilişkin düzenlemede, bunların devlet memuru veya diğer kamu görevlisi olduklarını gösterecek hiçbir ibare ya da ifadeye yer verilmemiştir.

Bunların sözleşmeli olarak istihdam edilmeleri nedeniyle kadro, atama, terfi vb. gibi Devlet memuru veya diğer kamu görevlilerinin hak ve yükümlülükleri ile ilgili hiçbir düzenlemenin yapılmamış olması, bu şekilde sözleşmeli olarak istihdam edilenlerin Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi olmadığını göstermektedir.

Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. 657 sayılı Yasa'ya göre memur; mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilendir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2.2.1993 tarih ve E.1992/38, K.1993/5 sayılı kararının "Karşıoy Yazısı" nda; "diğer kamu görevlileri" için de, tıpkı memurlarda olduğu gibi atama işlemine gerek bulunduğunu, "atama" nın hukuki açıdan "şart işlem", yani atama işleminde memurun veya diğer kamu görevlilerinin rolünün, idareyle aralarındaki ilişkileri belirlenmiş bir statüye intisap etmekten ibaret olduğu, sözleşmeli istihdamında ise "akdi" bir durumun söz konusu olduğunu ve atamadan tamamen ayrıldığı, sözleşmeli istihdamında kuralın, sözleşmelerin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade uyumunun bulunduğu açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararındaki "Karşıoy Yazısı"nda aynen şöyle denilmiştir:

"…sözleşmeli personel, memur olmadığı gibi, asli ve sürekli görevleri yürüten "diğer kamu görevlileri" de sayılmazlar. Anayasa Mahkemesinin bir kararında bu konu üzerinde durulmuş ve şöyle denilmiştir: Sözleşmeli personelin diğer kamu görevlileri" kapsamında sayılabileceğine ilişkin bir yorumu, Anayasanın 128'inci maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen ve memurlara olduğu kadar, diğer kamu görevlileri için de uygulanması zorunlu atama koşuluyla bağdaştırma olanağı yoktur. Çünkü atama, gerek öğretide, gerek yargısal içtihatlarda birbiriyle uyumlu ve tutarlı biçimde bir şart işlem olarak nitelendirilmektedir. Şart işlemlerinin temel karakteristiğini, objektif hukuktan gelen bir güç ve yetkinin kullanılması oluşturmaktadır. İşin konusunu, objektif hukuk düzenlediği için tarafların iradesinin belirleme yetkisi yoktur. Atama işleminde memur ya da diğer kamu görevlilerinin rolü, karşılıklı hak ve yükümlülüklerin, yetki ve sorumlulukların kural işlemlerle önceden saptandığı, varolan ve doğmuş bir statüye intisap etmekten ibarettir. Örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre memur olmak isteyen birey ya da bireyler, bu Yasa'daki memurluğa giriş koşullarının ya da öteki kurallarının dışında, kendileri için farklı uygulamalar yapılmasını ileri süremezler.

Sözleşmeli personel istihdamında ise akdi bir durum söz konusudur ve atamadan tamamen başkadır. Genelde sözleşmenin tarafları arasında özgür ve karşılıklı irade uyumu esastır. Sözleşme bireyin hak ve yetkilerini çalışacağı kurumla olan ilişkilerini gösterecek ve yönetecek bir takım hükümleri de içerir. Böylece taraflar için yeni hukuksal durumlar yaratır.

Şu halde, kamu iktisadi teşebbüslerinde çalıştırılan ve KHK.'de bir "hizmet sözleşmesi" ne tabi olduğu belirlenen sözleşmeli personelin, Anayasanın 128'inci maddesinde yer alan ve atamaya tabi "diğer kamu görevlileri" kapsamına dahil edilmelerine Anayasal olanak yoktur." (R.G. 2.2.1993, s.29).

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yürüttüğü hizmetler, Devletin genel idare esaslarına göre yürüttüğü asli ve sürekli görevlerdendir. Anayasanın 125'inci maddesinin dördüncü fıkrasında geçen yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini öngören hükmündeki "esasları" sözcüğü ile 128'inci maddesindeki "genel idare esasları", kamu yönetimlerinin görevlerinin dayanaklarıdır. Devletin, Anayasanın 5'inci maddesiyle belirlenen temel amaç ve görevleriyle sonraki maddelerde gösterilen yükümlülüklerini yerine getirirken bu esaslara göre yürüttüğü kamu hizmetleriyle iktisadi devlet teşekküllerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin bu tür hizmetleri yapı ve ad değişikliklerinde de sürdürecekleri doğaldır. İdare; Anayasanın 123'üncü maddesine göre, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden ve yerinden yönetim esaslarına göre düzenlenir. İster merkezden yönetim esası, ister yerinden yönetim esası uygulansın hepsi, genelde, idare çatısı altında toplanır, idarenin bütünlüğünü oluşturur; kamu hizmeti görürler.

Sağlık Bakanlığı, devlete verilen asli ve sürekli görevleri genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlüdür. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesine göre, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, mevzuat ve sözleşme hükümlerine uygunluk ile diğer konularda Bakanlık, ilgili mülkî idare ve sağlık idaresinin denetimine tâbidir. Bu Bakanlığın yönetim ve denetiminde bulunan aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yürüttüğü hizmetlerin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü hizmetlerinden olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Devletin asli ve sürekli görevlerinden olduğu şüphe götürmeyen aile hekimliği ve aile sağlığı hizmetinin memur veya diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi Anayasal zorunluluktur. Bu zorunluluğa karşın, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü

maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen son cümlesi ile; kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere devlet memuru veya diğer kamu görevlisi statüsüne sahip olmadan çalıştırılabilmesi mümkün hale getirilmiştir. Böylece, aile hekimlerinin ve aile sağlığı elemanlarının bir kısmı, aile hekimliğine ilişkin hizmetleri Devletin asli ve sürekli görevleri olarak, yani bu hizmetleri memur veya diğer kamu görevlisi sıfatıyla yerine getirirken, aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olarak görevlendirilen diğer bir kısım görevli, bu hizmeti memur veya diğer kamu görevlisi sıfatı olmadan yerine getirecektir.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, Devletin asli ve sürekli görevlerinden olduğu kuşkusuz olan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının verdikleri hizmetlerin memur veya diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından da verilmesine olanak sağladığı için Anayasanın 128'inci maddesine aykırıdır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın hukuk devleti ilkesi ve Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini ifade eden Anayasanın 11'inci maddesi ile bağdaşması da beklenemez.

Açıklanan nedenlerle, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, Anayasanın 2'nci, 11'inci ve 128'inci maddelerine aykırı olup iptali gerekir.

2) 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü Maddesinin Son Fıkrasındaki "hasta sevk oranlarının yüksek olması" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde kişi hangi sosyal güvenlik

kuruluşuna tâbi olursa olsun, sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edilebilmesi için, acil haller ve mücbir sebepler dışında, aile hekiminin sevki zorunludur. O halde hastalanan kişi önce aile hekimine başvuracak, aile hekimi gerek görürse hastayı hastaneye sevk edecektir. 5258 sayılı Kanun'un iptali istenen ibarenin de yer aldığı 3'üncü maddesinin son fıkrasında da, Sağlık Bakanlığınca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulaması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde aile hekimine yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılması öngörülmüştür.

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden çıkan sonuç şudur: Aile hekiminin hasta sevk oranının, Sağlık Bakanlığınca belirlenen oranın üzerinde olması halinde, aile hekimine 3'üncü madde uyarınca yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılacaktır. Bu durumda aile hekimi hasta sevki yaparken uygulayacağı koruyucu hekimlik hizmetleri yanında Sağlık Bakanlığınca belirlenen hasta sevk oranlarını gözetecek ve kendisinin hasta sevk oranının söz konusu oranı aştığını gördüğü takdirde, sağlık kurum ve kuruluşlarına sevki zorunlu olan bir hastayı da ücretinden indirim yapılmaması için, sevkten kaçınabilecektir. Aile hekiminin sevkini alamadan acil ve mücbir sebepler dışında sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurma zorunda bırakılan hastalar da, 5258 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi hükmüne göre katkı payı ödemekle yükümlü tutulacaklardır.

Bilindiği gibi can ve mal güvenliği, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü ve siyasi haklar gibi geleneksel hak ve özgürlükler birinci kuşak, çalışma hakkı, adil ve eşit ücret, insan haysiyetine yaraşır bir yaşam düzeyine kavuşma hakkı ve sağlık hakkı gibi bir takım ekonomik ve sosyal haklar da ikinci kuşak temel insan hakları olarak adlandırılmaktadır. Teknolojik gelişmeye paralel olarak temiz bir çevrede yaşama hakkı, bilgisayar verilerine karşı özel hayatın korunmasını isteme hakkı, sanat ve bilim özgürlüğü, tüketici hakkı, tıbbi ve biyolojik gelişmelere karşı korunma hakkı gibi haklar da üçüncü kuşak haklardır ve bu haklara ilişkin kavramlar sürekli gelişme göstermektedir.

Sağlık hakkı vatandaşlara sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını tanıdığı gibi, devlete de vatandaşların bu haktan yararlanmasını sağlamak için gerekli hizmetleri sunmak görevini verir. Sağlık hakkı, Anayasanın 56'ncı maddesinde, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde ikinci kuşak bir hak olarak düzenlenmiştir.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin son fıkrasındaki iptali istenen ibare; aile hekiminin sevki zorunlu olan bir hastayı sağlık kurum ve kuruluşlarına sevkini engelleyip zorlaştırıcı bir nitelik taşıdığından sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını da Anayasanın 13'üncü maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olarak ve özünü zedeler nitelikte sınırlandırmıştır. Böyle bir düzenlemenin Anayasanın 56'ncı maddesine de aykırı düşeceği açıktır.

Öte yandan, 1982 Anayasasının 2'nci maddesinde 'sosyal bir hukuk devleti' olma, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılmıştır. Başlangıç bölümünde Türk vatandaşının, onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu vurgulanmış, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve koruma hakkına sahip olduğu 17'nci maddede yinelenmiştir. Bireyler açısından getirilen bu hak, 5'inci madde ile devlete görev olarak verilmiştir. Bu maddeye göre; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amacı ve görevidir. Anayasa Mahkemesinin 12.11.1991 tarih ve E.1991/7, K.1991/143 sayılı Kararında "Anayasanın 2'nci maddesinde aynı zamanda "sosyal devlet" ilkesinden de söz edilmektedir. Bu ilke, kişinin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisini kullanmasını sağlar. Sosyal devletin görevi, güçsüzleri koruyarak sosyal adaleti, sosyal refahı ve sosyal güvenliği sağlamaktır." denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından da anlaşılacağı üzere, Anayasanın 5'inci ve 17'nci maddelerinde yer alan kuralların dayandığı temel ilke, kişilerin devletçe her türlü zarardan korunmaları gereği ve bu gereğin devlete ait bir görev olma olgusudur. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin son fıkrasındaki iptali istenen ibare; aile hekiminin sevki zorunlu olan bir hastayı sağlık kurum ve kuruluşlarına sevkini engelleyip zorlaştırıcı bir nitelik taşıdığından devletin kişileri her türlü tehlikelerden koruma görevini tam olarak yerine getirmesini de engelleyeceğinden Anayasanın 2'nci, 5'inci ve 17'nci maddelerine aykırı olan bir düzenlemedir.

Söz konusu düzenleme idarenin kanuniliği ilkesine de aykırı düşmektedir; çünkü hasta sevk oranının ne zaman "yüksek" tanımının kapsamına gireceğine ilişkin nesnel bir belirleme yapılmamıştır; bir başka

deyişle bu husus idarenin takdirine bırakılmış ve keyfi uygulamalara zemin hazırlanmıştır. Bu konuda yürütmenin- idarenin yapacağı düzenlemelerin ise, asli düzenleme niteliği taşıyacağı kuşkusuzdur. Halbuki Anayasanın 8'inci maddesinden, Anayasa'da gösterilen ayrık haller dışında yürütmenin – idarenin, asli düzenleme yetkisi olmadığı; bu yetkinin Anayasanın 8'inci maddesinde yasamaya verildiği ve devredilemeyeceği açıkça anlaşılmaktadır.

İptali istenen ibare ise, sevk oranlarının ne zaman yüksek sayılacağı hususunda nesnel bir belirleme yapmayarak bunu yürütmenin - idarenin takdirine bırakmak suretiyle, yürütmeye - idareye asli düzenleme yetkisi vermiş ve böylece Anayasanın 8 ve 7'nci maddelerine aykırı bir yetki devrine neden olmuştur.

Söz konusu ibare keyfi uygulamalara yol açacak bir belirsizlik yaparak Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine de aykırı düşmüştür.

Ayrıca Türkiye tarafından onaylanan Avrupa Sosyal Şartı'nda "Bölüm l" başlığı altında "Akit Taraflar, ulusal ve uluslararası tüm uygun yolları izleyerek aşağıdaki hak ve ilkelerin etkin biçimde gerçekleşebileceği koşullara ulaşmayı politikalarının amacı sayar" denildikten sonra şu hükme yer verilmiştir:

"11. Herkes ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemlerden faydalanma hakkına sahiptir."

İptali istenen ibare ile yapılan düzenleme, sağlık kurum ve kuruluşlarına sevki zorlaştıran bir düzenleme olduğundan Avrupa Sosyal Şartı'nın açıklanan bu hükmüne ve dolayısı ile Anayasanın 90'ıncı maddesine de aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 2'nci ve 11'inci maddelerinde ifade edilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 3.6.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., s.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunun 3'üncü maddesinin son fıkrasındaki "hasta sevk oranlarının yüksek olması" ibaresi Anayasanın 2'nci, 5'inci, 7'nci,

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

3) 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5'inci Maddesinin İkinci Fıkrasındaki "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasında; aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tâbi olursa olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınması öngörülmüş ve bu fıkradaki iptali istenilen ibare ile de, alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenmesi hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 73'üncü maddesinin üçüncü fıkrası "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." hükmünü amirdir.

Anayasa Mahkemesinin 1.4.2004 tarih ve E.2003/9, K.2004/47 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir:

"Anayasanın 73'üncü maddesinde yer alan, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu, vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı yolundaki düzenlemede, Anayasa koyucu, her çeşit mali yükümün kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli olamaz. Mali yükümlerin matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırlar gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yükümün bu yönleri dolayısıyla yasayla yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür.

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

Vergi, resim, harç ve benzeri "mali yükümlülük"lerin ortak özellikleri, yasayla konulmaları ve kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde zorla alınmalarıdır.

Vergiler dışındaki mali yükümlülüklerde kısmen de olsa karşılık ve yararlanma ilkesi geçerli olur. Çünkü bu yükümlülüklere konu olan hizmetlerden kişilerin yararlandırılması, bu bağlamda mali bir karşılığa dayandırılabilmesi olanağı vardır." (R.G. 5.11.2004, s.25634).

Sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilecek hizmet karşılığında ve kamu gücüne dayalı olarak, tek taraflı bir iradeyle ve gereğinde zorla alınması söz konusu olan katkı payı, belirtilen bu özellikleriyle "benzeri mali yükümlülük" kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesi ile kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek "katkı payı"nın ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli olamaz. Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararında da belirtildiği üzere, katkı payının matrah ve oranının, tarh ve tahakkuk ve tahsil usullerinin, yaptırımlarının, zamanaşımının, yukarı ve aşağı sınırlar gibi çeşitli yönlerinin de yasayla yeterince çerçevelenmesi gerekirken bunun yapılmaması ve katkı payının tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarının müştereken belirlenmesine bırakılması, Anayasanın 73'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır.

Diğer yandan yasada esasları belirlenmeden bir hususta düzenleme yapma yetkisinin yürütmeye – idareye verilmesi, yürütmenin – idarenin kanuniliği ilkesine de aykırı düşer. Çünkü böylesi bir düzenleme yetkisi, asli bir düzenleme yetkisidir. Halbuki Anayasanın 8'inci maddesine göre yürütmenin Anayasada gösterilen ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki Anayasanın 7'nci maddesinde belirtildiği gibi yasamanındır ve devredilemez.

İptali istenen cümlede yapılan düzenleme, yürütmeye asli bir düzenleme yetkisi verdiği için Anayasanın 7 ve 8'inci maddelerine de aykırı düşmektedir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2'nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesiyle uyum halinde olması da düşünülemez. Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti, onun kendiliğinden Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini ifade eden 11'inci maddesine de aykırılığı sonucunu

doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 3.6.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir." ibaresi, Anayasanın 2'nci, 7'nci, 8'inci, 11'inci ve 73'üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 24.11.2004 Tarih ve 5258 Sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8'inci Maddesinin İkinci Fıkrasındaki "ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler," İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

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

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

Bu Anayasal zorunluluk nedeniyle, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin ifası için iki şartın bir arada yerine getirilmesi gerekir. Bu şartlardan birincisi, devletin asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesidir. Diğer şart ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğudur.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen ibare ile yapılan düzenleme; memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi kuralına aykırıdır.

Memurlar veya diğer kamu görevlilerinin sözleşme ile çalıştırılabilmesi için atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi şarttır.

Önemi ve değeri nedeniyle devletin başlıca görevleri içindeki hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetlerdir. Genel idare hizmetlerinin yapısal ve işlemsel özellikleri, onu öbür hizmetlerden ayırır. Genel idare hizmetlerinde görevli kimseler yasaların güvencesi altındadırlar. Bu gereği yerine getirmeyen, dışlayan düzenleme, kamu hizmetinin sürekliliğine ters düşer.

Sözleşme ile çalıştırılan memurların da yasa güvencesi altında görev yapması Anayasal zorunluluktur. Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının sözleşmeli personel statüsünde 657 sayılı Kanunun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın çalıştırılması için bunların memur veya diğer kamu görevlisi olması yetmez. Ayrıca bu görevlilerin aylıklarının, işe girme ve ayrılmalarının, hak ve yükümlülüklerinin kendi özel kanunlarında düzenlenmesi gerekir.

Bunların işe girme, aylık, sosyal güvenlik hakları ve terfi gibi konuları ana hatları ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun ile düzenlenmiş fakat yine kanunla düzenlenmesi gereken, bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler bu Kanun'un 8'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen ibare ile yönetmeliğe bırakılmıştır.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, kamu hizmeti görevlisi niteliğinde memur olduklarından bunların nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ile aylık ve ödenekleri ile ilgili tüm kuralların; bütün devlet memurları için olduğu gibi, Anayasanın 128'inci maddesi uyarınca, kanunla düzenlenmesi gerekirken Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakılmış olması Anayasanın bu hükmüne açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan yasada esasları gösterilmemiş olduğu için, bu hususlarda yönetmelikle yapılacak düzenleme, bir asli düzenleme niteliği taşıyacaktır. Bir hususun yönetmelikle düzenleneceğinin yasada belirtilmiş olması, bu konuda yasanın gerekli asli düzenlemeyi yapmış olduğu anlamına gelmez. Asli düzenlemenin yapılmış sayılabilmesi için en azından düzenlenecek alanla ilgili temel ilkelerin ve belirlemelerin yasada gösterilmiş olması gerekir.

İptali istenen ibare ile ilgili olarak yasada temel ilke ve belirlemelerin yapılmamış olduğu ise açıktır.

Yürütmenin, Anayasanın 8'inci maddesinde belirtildiği gibi, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki

Anayasanın 7'nci maddesinde yasamaya verilmiştir ve devredilemez. Bu nedenle, iptali istenen ibare Anayasanın 7 ve 8'inci maddelerine aykırıdır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın hukuk devleti ilkesi ve Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini ifade eden Anayasanın 11'inci maddesi ile bağdaşması da beklenemez.

Açıklanan nedenlerle, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki "bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler," ibaresi, Anayasanın 2'nci, 7'nci, 8'inci, 11'inci ve 128'inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Devletin asli ve sürekli görevlerinden olduğu kuşkusuz olan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının verdikleri hizmetlerin memur veya diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından da verilmesine olanak sağladığından, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

5258 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin son fıkrasındaki iptali istenen ibare; aile hekiminin sevki zorunlu olan bir hastayı sağlık kurum ve kuruluşlarına sevkini engelleyip zorlaştırıcı bir nitelik taşıdığından temel insan haklarından olan sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını özünü zedeleyecek şekilde sınırlandırmaktadır. Böyle bir sınırlandırma, Anayasaya açıkça aykırı olduğu gibi, ikinci kuşak temel insan hakkı olan "sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı"nı sınırlandıran bir hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararların doğabileceği hususu da, başkaca bir kanıta ihtiyaç göstermeyen açık bir durumdur.

Anayasa koyucu, her çeşit mali yükümün kanunla konulmasını buyururken, alınacak katkı payı tutarını belirleme yetkisini, Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarına bırakan 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen ibarenin yürütmenin ve idarenin kanuniliği ilkesine aykırı düştüğü; diğer yandan keyfi ve takdiri uygulamalara yol açabileceği açıktır. Bu nedenle, söz konusu hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, kamu hizmeti görevlisi niteliğinde memur olduklarından bunların nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri ile aylık ve ödenekleri ile ilgili tüm kuralların; bütün devlet memurları için olduğu gibi kanunla düzenlenmesi gerekirken Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakan 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen ibarenin uygulanması halinde de, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

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

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

V- SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un;

1) 3'üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, Anayasanın 2'nci, 11'inci ve 128'inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 3'üncü maddesinin son fıkrasındaki "veya hasta sevk oranlarının yüksek olması" ibaresinin, Anayasanın 2'nci, 5'inci, 7'nci, 8'inci, 11'inci, 13'üncü, 56'ncı ve 90'ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

3) 5'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir." cümlesinin, Anayasanın 2'nci, 7'nci, 8'inci, 11'inci ve 73'üncü maddelerine aykırı olduğundan,

4) 8'inci maddesinin ikinci fıkrasındaki "bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler," ibaresinin, Anayasanın 2'nci, 7'nci, 8'inci, 11'inci ve 128'inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un iptali istenilen kuralları da içeren 3., 5. ve 8. maddeleri şöyledir:

"Personelin statüsü ve malî haklar

Madde 3.- *Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelini, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir.*

Aile sağlığı elemanları, aile hekimi tarafından belirlenen ve Sağlık Bakanlığı tarafından uygun görülen, kurumlarınca da muvafakatı verilen Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşları personeli arasından seçilir ve bunlar sözleşmeli olarak çalıştırılır. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personelini bu hizmetler için görevlendirebilir. ***İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48'inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir.***

Sözleşmeli olarak çalışan aile hekimi ve aile sağlığı elemanları kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar ve bunların kadroları ile ilişkileri devam eder. Bu personel, talepleri halinde eski görevlerine atanırlar ve sözleşmeli statüde geçen süreleri kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirilir. Sözleşmeli personel statüsünde çalışmakta iken aile hekimi ve aile sağlığı elemanı statüsüne geçenlerden önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isteyenler, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanırlar ve bu madde kapsamındaki çalışmaları hizmet sürelerinde dikkate alınır.

Kadroya bağlı olarak veya sözleşmeli personel pozisyonlarında görev yapan personelden Sağlık Bakanlığınca aile hekimi veya aile sağlığı elemanı olarak görevlendirilenlere, 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kuruluşları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun uyarınca ek ödeme yapılmaz. Bunlara, aylıklarına ve ücretlerine ilaveten, çalıştıkları günler dikkate alınarak aşağıdaki fıkrada belirlenen miktarların yarısını aşmamak üzere tespit edilecek tutarda ödeme yapılır.

Sözleşme yapılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına, 657 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin (B) bendine göre belirlenen en yüksek brüt sözleşme ücretinin aile hekimi için (6) katını, aile sağlığı elemanı için (1,5) katını aşmamak üzere tespit edilecek tutar, çalışılan ay sonuçlarının ilgili sağlık idaresine bildiriminden itibaren onbeş gün içerisinde ödenir.

Sözleşmeli olarak çalışmaya başlayanların, daha önce bağlı oldukları sosyal güvenlik kuruluşlarıyla ilişkileri aynı şekilde devam ettirilir. Ancak, her türlü prim, kesenek ve kurum karşılıkları bu fıkrada belirtilen ücretlerden kesilerek ilgili sosyal güvenlik kuruluşuna aktarılır. Bunlar önceki durumları çerçevesinde tedavi yardımlarından yararlanmaya devam ederler.

Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının durumları ve aile hekimliği uzmanlık eğitimi almış olup olmadıkları da dikkate alınmak suretiyle yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde; çalıştığı bölgenin sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeyi, aile sağlığı merkezi giderleri, tetkik ve sarf malzemesi giderleri, kayıtlı kişi sayısı ve bunların risk grupları, gezici sağlık hizmetleri ile aile hekimi tarafından karşılanmayan gider unsurları gibi kriterler esas alınır. Sağlık Bakanlığınca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulaması ***veya hasta sevk oranlarının yüksek olması*** *halinde bu ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılır. Sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeyi ücreti, aile sağlığı merkezi giderleri, tetkik ve sarf malzemesi giderleri ve gezici sağlık hizmetleri ödemelerinden Damga Vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmaz."*

"Hizmetin esasları

Madde 5.- *Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde kişilerin aile hekimine kaydı yapılır. Bakanlıkça belirlenen süre sonunda kişiler aile hekimlerini değiştirebilirler. Her bir aile hekimi için kayıtlı kişi sayısı; asgarî 1000, azamî 4000'dir. Aralıksız iki ayı aşmayan süreyle kayıtlı kişi sayısı 1000'den az olabilir.*

Aile hekimliği hizmetleri ücretsizdir; acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirilir. Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tâbi olursa olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınır. ***Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir.*** *Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, diğer kanunların aile hekimliği hizmetleri kapsamındaki hizmetlerin sunumu ile sevk ve müracaata ilişkin hükümleri uygulanmaz. Yabancılar hakkında ilgili mevzuat hükümleri uygulanır.*

Aile hekimlerinin şahsî kayıtları ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulur. Aile hekimlerinin kullandığı basılı veya elektronik ortamda tutulan kayıtlar, kişilerin sağlık dosyaları ile raporlar, sevk belgesi ve reçete gibi belgeler resmî kayıt ve evrak niteliğindedir. Bu kayıt ve belgeler, hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredilir. İlgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmî tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde aile hekimleri tarafından düzenlenir."

"Yönetmelikler

Madde 8.- *Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının çalışma usul ve esasları; çalışılan yer, kurum ve statülerine göre öncelik sıralaması; aile hekimliği uygulamasına geçişe ve nakillere ilişkin puanlama sistemi ve sayıları; aile sağlığı merkezi olarak kullanılacak yerlerde aranacak fizikî ve teknik şartlar; meslek ilkeleri; iş tanımları; performans ve hizmet kalite standartları; hasta sevk evrakı, reçete, rapor ve diğer kullanılacak belgelerin şekli ve içeriği, kayıtların tutulması ile çalışma ve denetime ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*

Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususlar ***ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler,*** *Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak, Sağlık*

Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 73., 90. ve 128 maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Fazıl SAĞLAM, A.Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 1.2.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklama

9.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 1. maddesinde Yasa'nın amaç ve kapsamı, Sağlık Bakanlığı'nın pilot olarak belirleyeceği illerde, birinci basamak sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi, birey ihtiyaçları doğrultusunda koruyucu sağlık hizmetlerine ağırlık verilmesi, kişisel sağlık kayıtlarının tutulması ve bu hizmetlere eşit erişimin sağlanması amacıyla aile hekimliği hizmetlerinin yürütülebilmesini teminen görevlendirilecek veya çalıştırılacak sağlık personelinin statüsü ve mali hakları ile hizmetin esaslarını düzenlemek olarak belirtilmiştir.

Aile hekimi, Yasa'nın 2. maddesinde, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığı'nın öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip

veya tabip; aile sağlığı elemanı da, aile hekimi ile birlikte hizmet veren hemşire, ebe, sağlık memuru gibi sağlık elemanı olarak tanımlanmıştır.

Yasa'nın "*Personelin Statüsü ve mali haklar*" başlığını taşıyan 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini yürütmek için kimleri sözleşmeli olarak çalıştırabileceği ya da kimleri görevlendirebileceği açıklanmıştır. Üçüncü fıkrasında, Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşlarında kadroya bağlı olarak uzman tabip, tabip, ebe, hemşire ve sağlık memuru olarak çalışmakta iken, sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı elemanı olarak çalışmaya başlayanların, kurumlarında aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacakları ve bunların kadroları ile ilişkilerinin devam edeceği, bu personel talep ederse eski görevine atanacağı ve sözleşmeli statüde geçen sürelerinin kazanılmış hak derece ve kademelerinde veya kıdemlerinde değerlendirileceği, yine Bakanlık veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarında sözleşmeli olarak çalışmakta iken, sözleşmeli aile hekimi veya aile sağlığı elemanı statüsüne geçenler de eğer önceki sözleşmeli personel statüsüne dönmek isterlerse, eski kurumlarındaki boş pozisyonlara öncelikle atanacakları ve bu Yasa kapsamındaki çalışmalarının hizmet sürelerinde dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Maddenin dördüncü fıkrasında, kadroya bağlı olarak veya sözleşmeli personel pozisyonlarında görev yapan personelden Sağlık Bakanlığı'nca aile hekimi veya aile sağlığı elemanı olarak görevlendirilenlere yapılacak ödeme tutarı, beşinci fıkrasında, sözleşme yapılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarı hakkında açıklamalara yer verilmiş; altıncı fıkrasında ise sözleşmeli olarak çalışmaya başlayan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının, sosyal güvenlik hakları düzenlenmiş, yedinci fıkrasında da, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının durumları ve aile hekimliği uzmanlık eğitimi almış olup olmadıkları da dikkate alınmak suretiyle yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde hangi kriterlerin esas alınacağı, hangi hallerde ödemelerden indirim yapılacağı öngörülmüştür.

Aile hekimliği hizmetinin esasları Yasa'nın 5. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, kişilerin aile hekimine kaydının yapılacağı, her bir aile hekimi için kayıtlı kişi sayısının, asgari 1000, azami 4000 olacağı, aile hekimliği hizmetlerinin ücretsiz sunulacağı, acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydıyla ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde bu hizmetlerin yerine getirileceği, acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olursa olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına

başvuranlardan katkı payı alınacağı, bu katkı payı tutarının, Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirleneceği, diğer kanunların aile hekimliği hizmetleri kapsamındaki hizmetlerin sunumu ile sevk ve müracaata ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı, aile hekimlerinin şahsi kayıtlarının ilgili il ve ilçe sağlık idare birimlerinde tutulacağı, aile hekimlerinin kullandığı kayıtların, kişilerin sağlık dosyaları ile raporların, sevk belgesi ve reçete gibi belgelerin, resmi kayıt ve evrak niteliğinde olduğu ve bunların hekimin ayrılması veya kişinin hekim değiştirmesi halinde eksiksiz olarak devredileceği, ilgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ile resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenleneceği hususları vurgulanmıştır.

Yasa'nın, 8. maddesinin birinci fıkrasında, hangi hususların Sağlık Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği sayılmış ve maddenin ikinci fıkrasında da, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarıyla yapılacak sözleşmede yer alacak hususların ve bu Yasa'da belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Yasa'nın 3. Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının yürüttüğü hizmetlerin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevlerinden olduğu, böyle bir görevin de Anayasa gereği memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülebileceği, Bakanlıkta ya da diğer kamu kurum ve kuruluşlarında kadrolu ya da sözleşmeli olarak çalışanlardan sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olanların Anayasa'da belirtilen kamu görevlileri kapsamında bulunduğu, 3. maddenin ikinci fıkrasının iptali istenen son tümcesiyle Devletin asli ve sürekli görevlerinden olan aile hekimliği hizmetlerinin memur ya da diğer kamu görevlisi olmayanlar tarafından yerine getirilmesine olanak sağlandığı, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadronun esas olduğu, ancak bunların kadro, atama ve terfileri ile ilgili hiçbir düzenlemenin Yasa'da yer almadığı,

bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu tümceyle, Sağlık Bakanlığı tarafından, bu Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli arasından, sözleşmeli olarak çalıştırılan ya da görevlendirilenler dışında, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceği belirtilmiştir.

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

Anayasa'nın 128. maddesinde Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği belirtilmiştir. Maddede sözü edilen "diğer kamu görevlileri" kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları kapsamaktadır. Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde memur ve/veya diğer kamu görevlilerinden hangisinin çalıştırılacağına ilişkin tercih yasakoyucunun takdir alanı içindedir.

Kamu hizmeti, geniş tanımıyla, devlet ya da diğer kamu tüzelkişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimleri altında, ortak gereksinimleri karşılamak ve kamu yararını sağlamak için topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir. Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan düzenlilik ve süreklilik isteyen sağlık hizmeti de niteliği gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilmektedir.

5258 sayılı Yasa'ya göre aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak hizmetler, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleridir.

Sağlık Bakanlığı'nın, aile hekimliği hizmetlerini, pilot olarak belirleyeceği illerde görevlendireceği ya da sözleşmeli olarak çalıştıracağı personel eliyle yürütmesi, bu hizmetlerin niteliği itibariyle belli bir düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve dolayısıyla aile ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilmez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetler olması, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının bu hizmetleri kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda ve tam gün çalışma esasına göre sunmaları, aile hekimliği pilot uygulamasına geçilen illerde bu hizmetlerin ücretsiz olarak verilmesi, kişilerin bu sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerinin aile hekimlerine kayıt olmalarına bağlı olması ve bu illerde aile hekimliği kapsamındaki hizmetlerin sadece aile hekimlerince sunulması, birinci basamakta düzenlenmesi öngörülen her türlü reçete, rapor ve sevklerin ve diğer resmi belgelerin, aile hekimleri tarafından düzenlenmesi, birinci basamaktan ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurum ve kuruluşlarına sevklerin aile hekimlerince yapılması, sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücretlerinin idarece ödenmesi, aile hekimlerinin düzenledikleri tüm kayıt, evrak ve belgelerin resmi kayıt ve evrak niteliğinde olması, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının mevzuat ve sözleşmeye uygunluk ve diğer konularda, Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tabi olmaları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmeleri gözetildiğinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır.

Bu durumda, ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Yasa'nın 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığı'nın önerisi, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine idari hizmet sözleşmesi yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceklerdir. Bu şekilde çalıştırılanlar Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlisi" kapsamında olduğundan, iptali istenen kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi Anayasa'nın 2., 11. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe değişik gerekçe ile katılmıştır.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

2- Yasa'nın 3. Maddesinin Son Fıkrasının İkinci Tümcesinde Yer Alan "… veya hasta sevk oranlarının yüksek olması…" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulaması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde aile hekimine yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin %20'sine kadar indirim yapılmasının öngörüldüğü, bu durumda aile hekiminin hasta sevki yaparken Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen hasta sevk oranlarını da gözeteceği ve ücretinden indirim yapılmaması için bu oranı gözeterek sevkten kaçınabileceği, aile hekiminin sevkini almadan hastaneye başvuran hastaların acil haller ve mücbir sebepler dışında katkı payı ödemekle yükümlü tutulacakları, bu düzenlemenin sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkını Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olarak ve özünü zedeleyecek biçimde sınırlandırdığı, iptali istenen ibare, aile hekiminin sevkini engelleyip zorlaştırıcı bir düzenleme olduğundan, Devletin bu alandaki görevini yerine getirmesini engelleyeceği, bu düzenlemenin idarenin yasallığı ilkesine de aykırı olduğu, hasta sevk oranının ne zaman yüksek olarak kabul edileceğine dair bir belirlemenin yasada yapılmadığı ve bunun takdirinin idareye bırakılmasının keyfi uygulamalara yol açacağı, bu nedenlerle iptali istenen ibarenin Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 17. ve 56. maddelerine; ayrıca Avrupa Sosyal Şartının "Herkes ulaşılabilecek en yüksek sağlık düzeyinden yararlanmasını mümkün kılan her türlü önlemden faydalanma hakkına sahiptir" şeklindeki kuralına dolayısıyla da Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5258 sayılı Yasa hükümleri uyarınca, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, diğer kanunların aile hekimliği hizmetleri kapsamındaki hizmetlerin sunumu ile sevk ve müracaata ilişkin hükümleri uygulanmayacak, ilgili mevzuatta birinci basamak sağlık kuruluşları ve resmi tabiplerce düzenlenmesi öngörülen her türlü rapor, sevk evrakı, reçete ve sair belgeler aile hekimleri tarafından düzenlenecek ve acil haller ve mücbir sebepler dışında, kişi hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olursa

olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuranlardan katkı payı alınacaktır. Buna göre kişiler, acil haller ve mücbir sebepler dışında öncelikle aile hekimlerine başvuracaklar ve aile hekiminin değerlendirmesine göre gereken durumlarda sağlık kurum ve kuruluşlarına sevk edileceklerdir.

Yasa'nın 3. maddesinin son fıkrasının birinci tümcesinde, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının durumları ve aile hekimliği uzmanlık eğitimi almış olup olmadıkları da dikkate alınmak suretiyle yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde hangi kriterlerin esas alınacağı sayılmış ve anılan fıkranın iptali istenen ibareyi de içeren ikinci tümcesinde ise, Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulaması veya hasta sevk oranlarının yüksek olması halinde bu ödeme tutarından brüt ücretin %20'sine kadar indirim yapılacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir.

Anayasa'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5. maddesinde, "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*" denilmiş ve 17. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" bölümünde yer alan 56. maddesinin üçüncü fıkrasında ise "*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi arttırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler*" denilmiştir.

Anayasa'nın, 2., 5., 17. ve 56. maddeleriyle kişilere, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ve hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürebilme hakkı tanınmış ve Devlete de, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin

hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirilebilmelerinin, mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp ihtiyaç duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer.

İtiraz konusu kuralda, aile hekiminin hasta sevk oranının Sağlık Bakanlığı'nca belirlenen standartlara göre yüksek olması halinde, 5258 sayılı Yasa uyarınca aile hekimlerine yapılacak ödeme tutarından brüt ücretin % 20'sine kadar indirim yapılacağı belirtilmek suretiyle aile hekiminin sevk oranları ile Sağlık Bakanlığı'nın belirlediği standart ve yapılacak ödemeler arasında ilişki kurulmuştur.

Aile hekiminin sevk oranı ile kendisine yapılacak ödeme tutarı arasında bağlantı kuran dava konusu düzenleme, ihtiyacı olan kişilerin sağlık hizmetlerine ulaşmalarını ve bu hizmetlerden gereği gibi yararlanmalarını güçleştirecek öte yandan Devletin kişilerin yaşamını ruh ve beden sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak görevini gereği gibi yerine getirmesini zorlaştıracak nitelikte bir düzenleme olduğundan Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 11., 17. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edildiğinden Anayasa'nın 7., 8., 13. ve 90. maddeleri yönünden inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

3- Yasa'nın 5. Maddesinin İkinci Fıkrasının *"Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir"* Biçimindeki Üçüncü Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, aile hekimliği uygulamasında alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirleneceğinin öngörüldüğü, sağlık kurum ve kuruluşlarınca verilecek hizmet karşılığında ve kamu gücüne dayalı olarak tek taraflı iradeyle ve gerektiğinde zorla alınacak katkı payının, Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen "benzeri mali yükümlülük" kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşıdığının kuşkusuz olduğu, bu nedenle katkı payının matrah, oran, tarh, tahakkuk ve tahsil usullerinin, yaptırımlarının, zamanaşımının, yukarı ve aşağı sınırlar gibi çeşitli

yönlerinin yasayla belirlenmesi gerektiği, iptali istenen kuralda belirleme yetkisinin bakanlıklara bırakıldığı, öte yandan yasayla düzenleme yapılmadan asli düzenleme yapma yetkisinin de idareye devredildiği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5258 sayılı Yasa'ya göre aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde, kişiler acil haller ve mücbir sebepler dışında, sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurabilmek için aile hekiminin sevkini almak zorundadırlar. Bu şekilde aile hekiminin sevkini almaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına başvuranlar, hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olurlarsa olsunlar katkı payı ödemek zorunda kalacaklardır. Katkı payı tutarı ise Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk Devleti olduğu, 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinin olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği, 8. maddesinde de yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. Buna göre, yasakoyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasayla düzenleme anlamına gelmez. Yasakoyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

Acil haller ve mücbir sebepler dışında, aile hekiminden sevk almaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edilmesi halinde alınacağı öngörülen katkı payı tutarının belirlenmesi teknik bir konu olup önceden Yasa'da tüm ayrıntılarıyla belirlenmesi mümkün değildir. Katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenmesi teknik bir zorunluluktan kaynaklandığından, kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan katkı payının, kişilerin sağlık kurum ve kuruluşlarından aile hekiminin sevki olmaksızın aldıkları hizmetlerin karşılığında ödeyecekleri miktar olduğu ve bu yönüyle Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük niteliğinde olmadığı anlaşıldığından, kuralın Anayasa'nın 73. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

4- Yasa'nın 8. Maddesinin İkinci Fıkrasının "…ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler…." Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sözleşme ile çalıştırılanların da yasa güvencesi altında görev yapmasının anayasal zorunluluk olduğu, aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının sözleşmeli personel statüsünde 657 sayılı Yasa'nın ve diğer yasaların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın çalıştırılabilmeleri için ayrıca aylıklarının, işe girme ve ayrılmalarının, hak ve yükümlülüklerinin kendi özel yasalarında düzenlenmesi gerektiği, bunların işe girme, aylık, sosyal güvenlik hakları ve terfi gibi konuları genel olarak 5258 sayılı Yasa'da düzenlenmiş ise de, yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakıldığı, Yasa'da esasları gösterilmediğinden, bu hususlarda yönetmelikle yapılacak düzenlemenin asli düzenleme niteliği taşıyacağı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 8. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen bölümünde, bu Yasa'da belirlenen esaslar çerçevesinde aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının ve sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü alınarak, Sağlık Bakanlığı'nın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi gerektiği açıktır. Yasa'da aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödemelerin üst sınırı, yapılacak ödeme tutarlarının tespitinde dikkate alınacak kriterler belirlenmiş ve hangi hallerde bu ödeme tutarından en fazla ne kadar indirim yapılacağı belirtilerek bu konularda yasal çerçeve çizilmiştir. İptali istenen kuralda da, bu Yasa'da belirtilen esaslar çerçevesinde aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve

şartları ile sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu durumda Yasa'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların yönetmelikle düzenlenmesi konusunda yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un;

A- 3. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "... veya hasta sevk oranlarının yüksek olması..." ibaresinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesine,

2- 5. maddesinin ikinci fıkrasının "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir" biçimindeki üçüncü tümcesine,

3- 8. maddesinin ikinci fıkrasının "... ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, ..." bölümüne,

yönelik iptal istemleri, 21.2.2008 günlü, E. 2005/10, K. 2008/63 sayılı kararla reddedildiğinden, bu tümcelere ve bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

21.2.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un:

A- 3. maddesinin;

1- İkinci fıkrasının son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi

ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "... veya hasta sevk oranlarının yüksek olması..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 5. maddesinin ikinci fıkrasının "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir" biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 8. maddesinin ikinci fıkrasının "... ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, ..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

21.2.2008 gününde karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Yasa'nın 3. Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Tümcesi

24.11.2004 günlü 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinde, "İhtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 48'inci maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu

görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları; Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilir" denilmektedir. 657 Sayılı Yasa'nın devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel ve özel şartların belirlendiği 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bendlerinde, kamu haklarından mahrum bulunmamak, bazı suçlardan hükümlü olmamak ve görevi yapmaya engel akıl hastalığı bulunmamak genel şartlar arasında sayılmaktadır. Devlet memurluğuna engel oluşturacak bu durumlar dışında dava konusu kuralda belirtilen kişilerin, sözleşme ile aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabilecekleri anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür. Sağlık hizmetlerinin, kamu hizmeti olma özelliğini yitirmediği sürece devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler arasında yer aldığında duraksama bulunmadığından belirtilen hizmetlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri dışındaki kişiler tarafından görülmesi olanaksızdır.

Bu nedenle Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

2- Yasa'nın 5. Maddesinin İkinci Fıkrasının Üçüncü Tümcesi

Madde'nin ikinci fıkrasında, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında, hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tâbi olursa olsun, aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınacağı, dava konusu tümcede de alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirleneceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez. Yasaların uygulanmasını sağlamanın, idarenin görevleri arasında yer aldığı kuşkusuzdur. İdarenin bu görevini yerine getirebilmesi için yasa koyucu özel ihtisas ve teknik bilgi gerektiren konularda idareye düzenleme yetkisi verebilir. Ancak bu yetkinin, amacının, sınırlarının ve çerçevesinin yasayla belirtilmesi gerekir. Yasa ile idareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi verilmesi yasa ile düzenleme sayılamaz. Temel kurallar

konulmadan, ölçü belirlenmeden yürütmeye idari tasarruflarda bulunma yetkisi verilmesi Anayasa'nın 7. maddesi ile bağdaşmaz.

İptali istenen kuralda, alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirleneceği öngörülürken bu konuda, üst sınır, maktu veya nisbi olma, hizmetin özelliği gibi nesnel ölçü ve sınırlara yer verilmemiştir. Böylece idareye çok geniş bir takdir yetkisi verilerek yasama yetkisinin devrine yol açılmıştır.

Bu nedenle Kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır: iptali gerekir.

3- Yasa'nın 8. Maddesinin İkinci Fıkrasının İptali İstenen Bölümü

Maddenin ikinci fıkrasının dava konusu bölümünde, sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartlarının, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmektedir.

Aile hekimliği hizmetlerinin, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler kapsamında bulunması nedeniyle yukarıda belirtildiği gibi kamu görevlisi niteliği taşımayanlar tarafından yürütülmesi olanaklı değildir. Kamu görevlisi niteliğini taşıyan personelden sözleşmeyle çalıştırılacaklara yapılacak ödemelerin belirlenmesinin ise, yönetmeliğe bırakılması memurların ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına aykırıdır; Kural'ın iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin incelenmesi.

Söz konusu Kanun'un amacı, kişilere koruyucu ve birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini, Sağlık Bakanlığının sözleşmeli olarak çalıştıracağı aile hekimi ve aile sağlığı elamanları aracılığı ile sunmaktır. Bunun için de Sağlık Bakanlığına önce Bakanlık veya diğer

kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elamanlarını, 657 sayılı Kanun ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, aile hekimliği uygulamalarında sözleşmeli olarak çalıştırma veya aynı nitelikteki Bakanlık personelini bu uygulamalar için görevlendirme, ihtiyaç duyulması halinde de Kanun'da belirtilen nitelikleri taşıyan ancak, kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları ile sözleşme yapma yetkisi verilerek, aile hekimliği hizmeti yürütülmek istenmiştir.

Devletin, genel idare esaslarına göre memur veya diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri vardır. Aile hekimleri ve aile sağlığı elamanlarınca yerine getirilecek olan sağlık hizmetlerinin de genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti niteliğindeki asli ve sürekli görevlerden olduğunda ve bu tür görevlerin de memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre Sağlık Bakanlığı da asli ve sürekli görev olan aile hekimliği hizmetini genel idare esaslarına göre yerine getirmekle yükümlüdür. Nitekim, sözleşme ile çalıştırılacak olan aile hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının, Bakanlığın yönetim ve denetimine bağlanması da hizmetin, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olduğunu ortaya koymaktadır. Bu tür görevlerin, memur veya diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi ise anayasal bir zorunluluktur.

İptali istenilen kuralla, Devletin asli ve sürekli görevlerinden olan ve genel idare esaslarına göre memur veya diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken aile hekimliği uygulamasına ilişkin sağlık hizmetlerinin, özel hukuk sözleşmesi ile çalışan ve idari hizmet sözleşmesi olmadığı için kamu hukuku bağlantısı bulunmayan bu nedenle de memur ya da kamu görevlisi sayılması mümkün olmayan kimseler tarafından yerine getirilmesine olanak sağlanmaktadır.

Bu durum, söz konusu kamu hizmetini, kamu görevlisi olmayan, memur veya diğer kamu görevlisi sıfatı da bulunmayanlar tarafından yerine getirilmesine imkan sağladığından, kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrasının *"…ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler …"* bölümünün incelenmesi.

Genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli nitelikteki kamu hizmetlerini yerine getiren memur veya diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi Anayasa'nın 128. maddesi gereğidir.

Aile hekimliği ve aile sağlığı elamanları kamu görevlisi niteliğinde memur olduklarından, bunların da nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekir. İptali istenilen bölümde ise, aile hekimliği ve aile sağlığı elamanlarına yapılacak ödemelerin tutarı ile bu tutarlarda yapılacak indirimin miktarı ve indirimin şartları ile sözleşmenin feshini gerektiren nedenler, Bakanlar Kurulunca çıkartılacak bir yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu durum kanunla düzenlenme gereğini açıkça ihlal ettiğinden, sözü edilen bölüm Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir hususta yönetmelikle düzenleme yapılabileceğinin kanunda belirtilmiş olması, o hususun kanunla düzenlendiği, yani asli düzenleme yetkisi kullanılarak yapıldığı anlamında yorumlanamaz. İlke ve esasları saptanıp çerçevesi çizilmeden verilen yetkiler, asli düzenleme yetkisinin devri niteliğindedir. Bakanlar Kurulunun yönetmelikle düzenleme yapabileceği alan olarak iptali istenilen bölümde belirlenen ödeme tutarı, ücret indirimi ve sözleşmenin feshi ile ilgili konuların ilke ve esasları kanunda gösterilmemiş ve çerçevesi çizilmeyerek yürütmeye geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Başka bir ifadeyle yasama organı kendisine ait asli düzenleme yetkisini yürütme organına devretmiştir. Bu durum, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi ile 8. maddesinin ikinci fıkrasının *"…ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler …"* bölümünün iptali gerektiğinden, redde ilişkin çoğunluk görüşüne katılmadık.

Üye	Üye
Mehmet ERTEN	A.Necmi ÖZLER

DEĞİŞİK GEREKÇE

1. Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2007 tarih ve E.2004/114, K.2007/85 sayılı kararında (RG. 24.12.2007, Sayı: 26736); "… sağlık hizmetleri nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır… Anayasanın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi, 47. maddesinde öngörülen hizmet kapsamında bunun özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabileceği olanaklıdır…" denilmektedir.

Davanın somutunda da, 24.11.2004 tarih ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki iptali istenen cümle ile "ihtiyaç duyulması halinde" kamu görevlisi olmayan ve yasada belirtilen belli nitelikleri haiz uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının, sözleşme yapılmak suretiyle aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılabileceği öngörülmektedir.

İptali istenen kural, işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararı ile tamamen uyumlu olup, yeni başlatılan bir sağlık uygulamasında (aile hekimliği) ihtiyaç duyulması halinde, kamu görevlisi olmayan (serbest çalışan) uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanlarının bu amaç doğrultusunda istihdam edilmelerine olanak sağlamaktadır. Diğer bir deyişle, aile hekimliği pilot uygulamasında kamu görevlisi olanların yanısıra serbest çalışan tabip ve diğer sağlık görevlilerinin de istihdamında Anayasa'ya aykırılık sözkonusu değildir.

2. Bu şekilde istihdam edilen kamu görevlisi olmayanların hukuki statülerine gelince:

Anayasa'nın 56. ve 47. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, aile hekimliği uygulamasında istihdam edilen kamu görevlisi olmayan kişilerin "diğer kamu görevlisi" sayılamayacakları, bunların, sağlık hizmetinin Mahkememiz kararında işaret edilen özelliği dikkate alınarak çalıştırılan "farklı" bir kategoriyi teşkil ettiği ve kamu hukukundan ziyade özel hukuk hükümlerine tâbi oldukları görülmektedir.

3. Bu kategoriye tâbi personelin "sözleşmeli" olarak çalıştırılmaları, kendilerinin 657 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamına girdiklerini göstermediği gibi, bu sözleşmenin "idari hizmet sözleşmesi" olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir.

Öğretide ve idari yargı kararlarında genel kabul gördüğü üzere, bir sözleşmenin "idari sözleşme" olarak kabul edilebilmesi için, "Özel hukuku aşan hükümler"in ağırlıklı bulunması gerekir. Bu meyanda, şu ölçütlerin mevcudiyeti aranmalıdır:

-İdari sözleşmelerde akid özel kişi idarenin sürekli denetimi ve gözetimi altında olup, idare gerektiğinde ona emir ve talimat verebilir.

-İdare, yükümlülüklerini yerine getirmeyen veya eksik getiren akid özel kişiye doğrudan yaptırım uygulayabilir.

-İdarenin, sözleşmenin hükümlerini tek taraflı değiştirme hakkı vardır.

-İdare, sözleşmeyi çeşitli nedenlere dayanarak feshedebilir.

Bu koşullar da göstermektedir ki, sözleşmenin tarafı olan idare, karşı tarafın hak ve yükümlülüklerini etkileyebilecek mahiyette kamu gücüne dayanan tek taraflı işlem tesis edebilmektedir. (Ethem ATAY, İdare Hukuku, Ankara 2006, S. 447-450)

İdari sözleşmeler içinde ayrı bir kategori teşkil eden "idari hizmet sözleşmesi" ise kamuda istihdam edilen ve işçi sayılmayan kişilerle idare arasında akdedilen bir sözleşme türüdür ve sözkonusu kişiler 657 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki dört istihdam türünden birini oluşturur. Bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenmektedir. (age., s.453)

Yukarıda işaret edildiği üzere, iptal davasına konu kuraldaki kişileri "diğer kamu görevlisi" saymak mümkün olmadığından, bu kişilerin idare ile imzaladıkları sözleşmeyi de bir "idari hizmet sözleşmesi" saymaya imkân yoktur. 5258 sayılı Yasa'nın tüm hükümleri incelendiğinde de, bu kategoridekilerin idare karşısında güçsüz bırakılmadıkları, bilakis karşılıklı iradelerin uyuşması esasına dayanan ve özel hukukun öngördüğü bir hizmet sözleşmesinin sözkonusu olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Bu Kanun'a dayanılarak çıkartılan "Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları Hakkında Yönetmelik" (RG.12.8.2005, Sayı: 25904) ile öngörülen kimi düzenleyici ve yönlendirici kurallar ise özelliği ifa edilen sağlık görevinin kamu yararına yönelik ve kamu hizmeti ağırlığı dikkate alınarak konulmuş hükümlerdir. Daha yalın bir anlatımla, idare gördürülecek sağlık hizmetinin insana yönelik özellik ve ciddiyetini dikkate alarak, hizmetin asgari normlarını belirlemiş ve karşılıklı olarak akdedilecek bir hizmet sözleşmesiyle hizmetin gördürülmesini amaçlamıştır. Gerek anılan

yönetmelik hükümleri, gerek bu yönetmelik uyarınca hazırlanan sözleşme metinleri incelendiğinde de, yukarıda açıklanan tek taraflı kamu gücünün söz konusu olmadığı, sözleşme feshi nedenlerinin karşılıklı ve dengeli bir biçimde düzenlendiği görülmektedir.

4. Yukarıda açıklanan nedenlerle, iptali istenen Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki kurala konu kişilerin Anayasa'nın 128. maddesindeki "diğer kamu görevlileri" kapsamına girmediği, bunlarla idare arasında akdedilen sözleşmenin bir "idari hizmet sözleşmesi" olmayıp, özel hukuka tâbi bir hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunduğu, dolayısıyle iptal isteminin bu gerekçelerle reddi gerektiği kanısında olduğumdan, çoğunluk kararına bu gerekçe ile katılıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

AZLIK OYU

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un:

A- 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi

Anayasa'nın 128. maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi, toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimlerinden olan, düzenlilik ve süreklilik içeren sağlık alanında yürütülen etkinlikler ve görevler birer kamu hizmetidir. İnsan ve sağlık kavramlarının vazgeçilmez bütünlüğü ve ilişkisi, bu görevin asli ve sürekli olduğunda duraksamaya yer bırakmamaktadır. Devletin temel ve kesintisiz olarak sürdüreceği bu görev Anayasa gereği memurlar veya diğer kamu görevlileri eliyle gördürülecektir.

Devlet kavramının açılımında yer alan tek tüzelkişilik ve merkezi idare ile gerçekleşen görevleri yürüten, memur ya da kamu görevlilerin konumlarına ilişkin temel kurallar içeren 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu kamu çalışanlarını memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olarak öngörmüştür. Aynı Yasa'ya göre bunlar dışında bir çalıştırma biçimi yasaklanmaktadır.

İptali istenen kural ise kamu görevlisi olmayan sağlık elamanı çalıştırma yöntemini öngörmektedir. Yapılacak sözleşmenin hukuksal niteliğinin belirsizliği yanında, Anayasa'da yer almayan bir görevlendirmenin söz konusu olduğu açıktır. Bu şekilde çalıştırılanlar ile kamu görevlilerini de sözleşmeyle ve yeni bir konumla çalıştırma olanağı birlikte gözetildiğinde, Anayasa'da yer almayan farklı bir görevlendirmenin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Dahası, bu şekilde çalıştırılanlara 657 sayılı Yasa'nın sözleşmeli personelle ilgili ücretlerinin üstünde bir ödeme yapılmasıyla, Anayasa'nın amaçladığı dizgenin dışına çıkıldığı, kendine özgü, konum ve ücretleriyle eşitlikle de çelişir sonuçlara etken olunduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, Kuralın Anayasa'nın 10. ve 128. maddelerine aykırılığı açıktır.

B- 5. Maddesinin ikinci fıkrasındaki "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlarınca müştereken belirlenir" biçimindeki üçüncü tümcesi

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir ve devredilemez.

Yasama organının yasa konusu yaptığı bir konuda artık tüm ilkeleri kendi belirlemelidir. Ancak uzmanlığın ve teknik yaklaşımların gerektirdiği konularda yasama organı sınırlarını ve alanını belirleyerek yönetime yetki verebilir. Devredilen yetki sınırsız ve belirsiz olamaz.

İptali istenen kuralda, katkı payının alınacağı sınırı ve ölçütleri belirlenmeden yetki devri yapılmıştır. Temel nitelikteki bu yetkinin, bu biçimiyle devri Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

C- 8. Maddesinin ikinci fıkrasının "...ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde ödeme tutarları ile bu ücretlerden bunlara yapılacak indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler.." bölümü

3. maddenin ikinci fıkrasının son tümcesi için yukarda sözünü ettiğimiz karşı görüş doğrultusunda kamu görevlisi olmayanlar yönünden böyle bir görevlendirme Anayasa'ya aykırı olduğundan sözleşmede yer alacak konularla ilgili kurallarda buna bağlı olarak Anayasa'ya aykırıdır. Başka bir anlatımla, bir konu Anayasa'ya aykırı ise buna bağlı kurallarında aykırı olacağı açıktır.

Sonuç

Yukarıda açıklanan ve ara başlıklara alınan kuralların iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un;

1- 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi "ihtiyaç duyulması halinde, Türkiye'de mesleğini icra etmeye yetkili ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin (A) bendinin (4), (5) ve (7) numaralı alt bentlerindeki şartları taşıyan kamu görevlisi olmayan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanları, Sağlık Bakanlığının önerisi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine sözleşme yapılarak aile hekimliğini yürütmek üzere çalıştırabilir." denilmektedir.

Anayasa'nın "Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" başlıklı 128. maddesinde, Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesinde herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, sağlık hizmetlerinin topulumun genel ve ortak ihtiyaçları kapsamında ele alındığı ve bu hizmetlerin bir "kamu hizmeti" olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda aile hekimliği sağlık hizmeti, kamu hizmeti olduğundan devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevleri arasında yer alan bu hizmetlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri dışındaki kişiler tarafından görülmesi yasal olarak mümkün değildir.

Açıklanan nedenle Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bulunan 5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinin iptali gerekir.

2- 5. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü tümcesinde; "Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirlenir." denilmekte olup, fıkrada, aile hekimliğine geçilen yerlerde acil haller ve mücbir sebepler dışında sağlık kurum ve kuruluşlarına başvurabilmek için aile hekiminin sevkini almak zorunluluğu getirilmekte, hangi sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olursa olsun aile hekiminin sevki olmaksızın sağlık kurum ve kuruluşlarına müracaat edenlerden katkı payı alınacağı belirtilmektedir.

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

İdarenin görevleri genel olarak yasaların uygulanmasını göstermekdir. Yasakoyucu özel bilgi ve teknik gerektiren konularda düzenleme yapması için idareye yetki verebilir. Ancak bu yetkinin amacının ve çerçevesinin yasa ile belirtilmesi gerekir.

İptali istenilen kuralda alınacak katkı payı tutarının Sağlık, Maliye, ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlıklarınca müştereken belirleneceği öngörülürken bu konuda hizmetin özelliğine göre nesnel ölçü ve sınırlara yer verilmemiştir. Katkı payının belirlenmesine ilişkin sınır ve çerçeve yasa ile düzenlenmeyerek asli düzenleme yetkisi Bakanlıkların müştereken alacakları karara bırakılmıştır.

Bu durumda kural idareye geniş takdir yetkisi vermek suretiyle yasama yetkisinin devri niteliğinde olup, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3- 8. maddesinin ikinci fıkrasında yeralan "…ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler…" bölümünde; sözleşmeli olarak çalıştırılacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına bu kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenlerin yönetmelikle düzenlenmesi belirtilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesine göre bir kamu hizmeti olan aile hekimliğinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli görevler kapsamında bulunması nedeniyle kamu görevlisi niteliği taşımayanlar tarafından yürütülmesi mümkün olmadığından bu kapsamda bir ödeme yapılması olanaksızdır. Öte yandan kamu görevlisi niteliğini taşıyan personelden sözleşmeyle çalışacaklara ödenecek ücretlerin yönetmeliğe bırakılması da Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan

memurların ve diğer kamu görevlilerinin aylık ve ödeneklerinin kanunla düzenleneceği hükmüne aykırı olup, iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un dava konusu kurallarının iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk kararına karşıyım.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2008/11

Karar Sayısı : 2008/64

Karar Günü : 28.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kandıra İcra Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 28.12.2004 günlü, 5277 sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Kamulaştırmasız el atma nedeniyle takdir edilen maddi tazminata ilişkin olarak alacaklı tarafından başlatılan icra takibi sonucu düzenlenen icra emrinin, fazla hesaplanan faiz miktarı yönünden kısmen iptali istemiyle açılan davada, 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrasının Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Şikayet eden Karayolları Genel Müdürlüğü vekili (…) tarafından Mahkememize verilen 11.5.2007 tarihli dilekçeyle alacaklı (…) vekili tarafından aleyhlerine Kandıra İcra Müdürlüğü'nün 2005/186 sayılı Takip dosyasıyla icra takibi yapıldığını, burada istenilen faiz miktarının fazla olduğunu, alacağa dava tarihi olan 3.11.2003 tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekirken 3.1.2003 tarihinden itibaren faiz işletildiği bildirilerek fazla olan faiz miktarının iptaline karar verilmesinin talep edildiği, icraya konan asıl alacağa 1.1.2005 ile 1.5.2005 tarihleri arasında 2005 yılı Bütçe Kanunu'nun 37/e maddesinde düzenlenen faiz oranının uygulanma ihtimalinin bulunduğu, alacaklı vekili (…)'ın 16.1.2008 tarihli celsede uygulanma ihtimali bulunan 2005 yılı Bütçe Kanunu'nun 37/e maddesinin Anayasa'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bu sebeple iptali gerektiği iddiasında bulunduğu, Mahkememizce Anayasa'ya aykırılık

iddiasının ciddi görüldüğü anlaşıldığından Anayasa'nın 152. maddesi gereğince gereğinin yapılması bilgilerinize sunulur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5277 sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrası şöyledir:

"İlgili kanununda düzenleme yapılıncaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunun 1'inci maddesindeki kanuni faiz oranı, aylık % 1 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 153. maddesiyle ilgisi görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla 28.2.2008 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kanuni faiz oranının 2005 yılı için Bütçe Kanunu ile değiştirilmesi suretiyle kamu kuruluşlarının alacakları için uyguladıkları faiz oranı ile borçları için uyguladıkları faiz oranının farklılaştırılması nedeniyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların

Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere bağlı kalmak zorunda değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de karar verebilir. Bu nedenle itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 153. maddesi yönünden incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralla, ilgili yasada düzenleme yapılıncaya kadar, 2005 yılında 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 4489 sayılı Yasa'yla değişik 1. maddesindeki, T.C. Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredi işlemlerinde uyguladığı reeskont oranının uygulanmayacağı, bunun yerine "aylık % 1" oranının uygulanacağı belirtilmiştir. 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Yasa'nın 14. maddesiyle, itiraz konusu kuralda gönderme yapılan 3095 sayılı Yasa'nın 1. maddesi değiştirilmiş, aynı Yasa'nın 29. maddesinin (c) fıkrasıyla da 2005 Malî yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin itiraz konusu (e) fıkrası 1.5.2005 günü itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının, yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yeni yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları aynen yasalaştırmamak yükümlülüğündedir.

Bir yasa kuralının, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için, bu kuralın iptal edilen önceki kural ile aralarında "özdeşlik", anlam ve nitelik ile "teknik, içerik ve kapsam" yönlerinden benzerlik olması gerekir.

İtiraz konusu kuralla "anlam, kapsam ve teknik içerik" yönlerinden aynı kuralı içeren, 2003 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 51. maddesinin *"İlgili kanununda düzenleme yapılıncaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunun 1'inci maddesindeki kanuni faiz oranı, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 2,5 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır"* şeklindeki (t) fıkrası, bütçeyle ilgili olmaması nedeniyle olağan yasa konusu olup, bütçe yasasında yer verilmeyeceği gerekçesiyle Anayasa'nın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi'nin 22.1.2004 günlü, E.2003/41, K.2004/4 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Daha sonra yürürlüğe giren 2004 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 49. maddesinin *"İlgili kanununda düzenleme yapılıncaya kadar, 4.12.1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanunun 1'inci maddesindeki kanuni faiz oranı, 1.4.2003 tarihinden itibaren aylık % 1,25 olarak uygulanır. Ay kesirleri tama iblağ edilir. Taksitlendirilen veya herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faiz oranı uygulanır"* şeklindeki (o) fıkrasında yer alan benzer hüküm ise 7.6.2005 günlü, E.2004/12, K.2005/35 sayılı kararla Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin itiraz konusu (e) fıkrası da, 2003 ve 2004 yılları Bütçe Kanunlarının Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen daha önceki kurallarla aynı kapsam ve içerikte olduğundan Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

28.12.2004 günlü, 5277 sayılı 2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 28.2.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2006/96

Karar Sayısı : 2008/65

Karar Günü : 28.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 10. İcra Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 340. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 11., 13. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İcra Dairesinde kararlaştırılan borcun ilk taksidinin ödenmemesi üzerine borçlunun cezalandırılması istemiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Getirtilip incelenen icra dosyasında, borçlunun haciz sırasında 05/07/2005 günü alacaklıyla ödeme sözleşmesi yaptığı, ancak 15/07/2005 tarihinde yapacağı ilk taksit ödeme taahüdünü ihlal ettiği görülmüştür.

Sanık hakkında suçunun sabit görülmesi halinde 2004 sayılı İİY'nın 31/05/2005 tarih ve 5358 sayılı Yasa ile değişik 340. maddesinin uygulanması söz konusudur.

İİY'nın 340. maddesinde suçun "İİY'nın 111. madde mucibince veya alacaklının muvafakati ile icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilir.

Ancak, bir borçtan dolayı tazyik süresi üç ayı geçmez." şeklinde tanımlanarak yaptırımı gösterilmiştir.

Uygulanması olası yasa maddesinin TC Anayasasına aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Borçludan alacağını rızasıyla almayan alacaklı, alacağını cebri icra yolunu da kullanarak tahsil etme olanağına sahiptir. Özel hukuktan doğan alacakla ilgili yanlar birbirlerinin ödeme gücünü bilecek durumdadırlar. Basiretli tacir öngörüsüyle hareket etmeleri beklenir. Borcunu ödemeyen, İİY'nın 111. maddesine göre takip içi yapılan ödeme sözleşmesindeki taksitle ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlunun ayrıca cezalandırılması evrensel hukuk kurallarıyla bağdaşmaz.

Ödeme sözleşmesi yükümlülüğünü yerine getirmemekle ihlal edilen değer, toplumsal olmayıp bireyseldir. Bu düzenleme cezalandırmanın temel ilke ve esaslarıma uygun değildir. Zira hapis cezasının amacı bir yükümlülüğün ihlalinin yaptırımı olmaktan ziyade borcun tahsilini sağlamaya yöneliktir.

Özel hukukdan doğan bir edimin yerine getirilmemesi nedeniyle borçlunun cezalandırılması evrensel hukuk ilkelerinin yanısıra AİHS hükümlerine ve Anayasanın hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devleti "...her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup geliştirmeyi hedeflediğini..." ifade etmektedir.

Anayasaya aykırı olduğu düşünülen yasa maddesi ve maddede yaptırım olarak düzenlenen tazyik hapsi; suç sayılan eylem, verilecek cezanın türü, süresi ve miktarını belirlemede takdir yetkisi gibi ceza hukukunun temel ilkelerine de aykırıdır.

Türk Ceza Yasasına göre daha ağır yaptırım olan bir yıla kadar hapis cezasının para ya da seçenek yaptırıma çevrilebilmesi, iki yıla kadar olan hapis cezasının ertelenmesi, dava zamanaşımı süresinin belirli olması ve koşullu salıvermeden yararlanması olanaklı iken; tazyik hapsinde ceza hukuku kurumlarının uygulanmaması öngörülmüştür. Buna yasal ve takdiri indirim hükümleri ile ön ödeme ve uzlaşma kurumu da dahildir. Suçta ve cezadaki bu oransızlık Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen hukuksal eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Yasalar; Anayasaya, Anayasanın değişik 90. maddesi karşısında ülkemizin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere ve evrensel hukuk

ilkelerine aykırı olamaz. Olaya uygulanması gereken yasa, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini düzenleyen 11. maddesine de aykırıdır.

Devlet toplum düzenini sağlamak için ceza verme yetkisini istediği biçim ve kapsamda kullanamaz. Hak ve özgürlüklerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sınırlandırılamayacağına ilişkin Anayasanın 13. maddesindeki düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasındaki ilkeye de aykırı görülmektedir.

Çağdaş ceza hukukunda eylemden başka failde cezalandırılmanın konusunu oluşturmakta, failin kişilik özellikleri de dikkate alınarak seçimlik cezalar ve güvenlik önlemleri uygulanmaktadır. Her bir sanığa doksan güne kadar tazyik hapsi öngörülmesi temel cezanın tayin ve takdirinde yargıca takdir yetkisi veren suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen Anayasanın 38.maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle yasa maddesinin Anayasaya aykırı olduğu düşünüldüğünden iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması yoluna gidilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 340. maddesi şöyledir:

"111'inci madde mucibince veya alacaklının muvafakati ile icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlunun, alacaklının şikayeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilir; ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 11., 13. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 27.6.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, borçludan alacağını rızasıyla alamayan alacaklının alacağını cebri icra yolunu kullanarak tahsil etme olanağına sahip olduğu, özel hukuktan doğan alacakla ilgili olaylarda tarafların birbirlerinin ödeme gücünü bilebilecek durumda oldukları ve basiretli tüccar öngörüsüyle hareket etmeleri gerektiği, ödeme sözleşmesindeki taksitle ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlunun ayrıca cezalandırılmasının evrensel hukuk kurallarıyla bağdaşmadığı, ödeme sözleşmesi yükümlülüğünün yerine getirilmemesiyle ihlâl edilen değerin toplumsal değil bireysel olduğu, bu düzenlemenin cezalandırmanın temel ilke ve esaslarına uygun olmadığı, tazyik hapsinin suç sayılan eylem, verilecek cezanın türü, süresi ve miktarını belirlemede takdir yetkisi gibi konular yönünden ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olduğu, diğer cezaların ertelenebildiği ve seçenek yaptırımlara çevrilebildiği halde, tazyik hapsi cezasında bu durumlar geçerli olmadığından Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, Devletin toplum düzenini sağlamak için ceza verme yetkisini istediği biçim ve kapsamda kullanamayacağı, hak ve özgürlüklerin demokratik toplum gereklerine aykırı olarak sınırlandırılamayacağı, çağdaş ceza hukukunda failin kişilik özelliklerinin de dikkate alınarak seçimlik cezaların ve güvenlik önlemlerinin uygulandığı, her sanık için doksan güne kadar tazyik hapsi öngörülmesinin hakimin takdir yetkisini sınırlandırdığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 10., 11., 13. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kurala göre, İcra ve İflas Kanunu'nun 111. maddesi uyarınca veya alacaklının muvafakati ile icra dairesinde kararlaştırılan borcu ödeme şartını, makbul bir sebep olmaksızın ihlal eden borçlu hakkında

alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilebilecek, tazyik hapsinin uygulanmasından sonra borçlu borcun tamamını veya o tarihe kadar icra veznesine yatırmak zorunda olduğu meblağı öderse tahliye edilebilecek, ödemelerini tekrar keserse, hakkında tazyik hapsine yeniden karar verilebilecektir. Ancak, bir borçtan dolayı tazyik hapsinin süresi üç ayı geçemeyecektir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 340. maddesinde öngörülen ilk durumda, satış talebinden evvel borçlu tarafından borcun ödenme biçimine ilişkin olarak yollamada bulunulan aynı Yasa'nın 111. maddesine göre, icra takibi sırasında, yeterli mal haczedilip satış talebinden önce borcun dörtte birinden az olmamak üzere birinci taksidinin peşin olarak ve kalan miktarının da muntazam aralıklarla en çok üç ayda üç taksit halinde borçlu tarafından ödenebilmesi imkânı bulunmaktadır. Bu taahhüt, borçlunun tek taraflı olarak Yasa'dan doğan taksitle ödeme hakkını kullanmasıdır. İkinci durumda ise alacaklının muvafakatı ile icra dairesinde borcun ödenmesinin kararlaştırılması, alacaklı ve borçlunun icra memurunun huzurunda takibe konu borcun ödenme şeklinin belirlenmesidir.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 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 çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

İtiraza konu yasa kuralıyla, tazyik hapsini gerektiren eylemde bulunan kişinin kendi iradesiyle oluşan yükümlülüğünden caymaması ve borcun zamanında ödenmesinin sağlanması amacı güdülmektedir. Kuralda yaptırım öngörülen eylemi işleyen kişilerle, ceza yargılamasının konusunu oluşturan diğer suçları işleyen kişiler farklı konumda bulunduklarından Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir.

Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralda düzenlenen yaptırım Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında sözü edilen doğrudan sözleşme yükümlülüğünün yerine getirilememesi olmayıp, kanunla getirilen ve kamu otoritesince yürütülen cebri icranın etkinliğini sağlama amacını taşımaktadır.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasına aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 13. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 340. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 28.2.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2006/71

Karar Sayısı : 2008/69

Karar Günü : 28.2.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- İstanbul 10. İcra Ceza Mahkemesi	Esas Sayısı: 2006/71
2- Zonguldak İcra Ceza Mahkemesi	Esas Sayısı: 2006/137
3- Üsküdar 1. İcra Ceza Mahkemesi	Esas Sayısı: 2008/2
4- Lüleburgaz İcra Ceza Mahkemesi	Esas Sayısı: 2008/10

İTİRAZLARIN KONUSU:

A- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (l) bendinin,

B- 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

1- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesinin,

2- 5358 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin başlığının ve birinci fıkrasının,

3- 349. maddesinin birinci fıkrasının ve beşinci fıkrasının ikinci tümcesinin,

4- 5358 sayılı Yasanın 21. maddesiyle değiştirilen 353. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 10., 19., 36., 38. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun disiplin hapsi cezası, mal beyanında bulunmayanlara uygulanacak yaptırım ve icra cezalarında uygulanan yargılama usûlüyle ilgili itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, Türk Ceza Kanunu'nda disiplin hapsine göre daha ağır yaptırım olan bir yıla kadar hapis cezasının para ya da seçenek yaptırımlara çevrilebildiği, iki yıla kadar olan hapis cezalarının ertelenmesi, dava zamanaşımı süresinin belli olması ve koşullu salıvermeden yararlanma olanaklı iken, disiplin hapsinde sınırsız dava zamanaşımı öngörüldüğü, buna yasal ve takdiri indirim hükümleri önödeme ve uzlaşma gibi ceza hukuku müesseselerinin uygulanamadığı, borçludan alacağını rızasıyla alamayan alacaklının devlet kurumlarının yardımıyla alacağını zorla tahsil etme olanağına sahip olduğu, cebri icranın dışında borçlunun ayrıca hapisle cezalandırılmasının evrensel hukuk kuralları ile bağdaşmayacağı, özel hukuktan doğan alacaklarda tarafların birbirlerinin ödeme gücünü bilebilecek durumda oldukları ve basiretli tacir öngörüsüyle hareket etmeleri gerektiği, Avrupa Birliği ülkelerine gönderilen ve hapis cezasını içeren icra ve ödeme emirleri ile ilgili adli yardımlaşma taleplerinin kendi hukuklarında benzer suç bulunmaması nedeniyle kabul görmediği, mal beyanında bulunmama suçunu işleyen kimselere disiplin hapsi cezası verilerek seçenek yaptırımlardan yararlandırılmadıkları, bu durumun eşitsizliğe yol açtığı, mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle borçlu hakkında ayrı ayrı veya aynı anda birlikte tazyik ve disiplin hapsi olmak üzere iki defa aynı veya farklı zamanlarda özgürlüğü kısıtlayıcı ceza uygulanabileceği, böylece tek bir eylem için iki ayrı özgürlüğü bağlayıcı cezanın öngörülmüş olduğu, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsi davaya yer verilmediği ve şahsi davaların kamu davasına dönüştürüldüğü, bu nedenle İcra ve İflas Kanunu'na göre açılacak davaların da Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılması gerektiği, farklı uygulamaların eşitsizlik doğurduğu, disiplin hapsi suçları ve bunların dışındaki suçlar hakkında ceza verecek makamların farklı öngörüldüğü, idari yaptırımların nitelikleri ve amaçları yönünden kamusal cezalardan farklı olduğu, idari yaptırımların bizzat idari organlar tarafından verilmesi gerektiği, kamu cezalarının toplum düzenini bozan ağır ihlallerin karşılığı olarak getirildiği, disiplin cezasının bir ceza hukuku normu olmadığı, disiplin hapsi cezasının asliye ceza mahkemesi sıfatı ile icra ceza mahkemeleri tarafından verilmesinin eşitlik ilkesine uymadığı, Anayasa'ya göre herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu, bunun içinde savunma hakkının da bulunduğu, oysa İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinin sanık gelmese bile duruşma yapılmasını öngördüğü ve bu durumun adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 10., 19., 36., 38. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 2. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

c) Müdafi: Şüpheli veya sanığın ceza muhakemesinde savunmasını yapan avukatı,

d) Vekil: Katılan, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişiyi ceza muhakemesinde temsil eden avukatı,

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

g) İfade alma: Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini,

h) Sorgu: Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini,

i) Malen sorumlu: Yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişiyi,

j) Suçüstü:

1. İşlenmekte olan suçu,

2. Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suçu,

3. Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suçu,

k) Toplu suç: Aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçu,

l) Disiplin hapsi: Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi,

İfade eder."

2- 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesi şöyledir:

"Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi hâlinde, bu ceza düşer.

162, 209 ve 216'ncı maddeler hükümlerine muhalefet edenler hakkında da iflas idaresinin vereceği müzekkere üzerine, aynı ceza verilir. Bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi hâlinde, verilen ceza düşer."

3- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 5358 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin başlığı ve birinci fıkrası şöyledir:

"Görev ve birleştirilme yasağı:

Bu Kanun hükümlerine göre disiplin veya tazyik hapsine icra mahkemesi karar verir."

4- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren 349. maddesi şöyledir:

"Şikâyet dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılır. Dilekçeyi veya dava beyanını alan tetkik mercii duruşma için hemen bir gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alır ve maznuna celpname gönderir. Şahit gösterilmişse o da celbolunur.

İki taraf tayin olunan gün ve saatte tetkik merciinin huzuruna gelmeğe veya vekil göndermeğe mecburdurlar.

İcabında merci, tarafların bizzat hazır bulunmasını emredebilir.

Maznun başka yerde ikamet ediyorsa istinabe yoliyle sorguya çekilir.

Maznun, şikayeti alan veya istinabe edilen tetkik merciinin huzuruna gelmez veya müdafi göndermezse yahut bizzat bulunmasına lüzum görülürse zabıta marifetiyle getirilir. **Bu suretle de bulundurulamazsa muhakeme gıyabında görülür.**

Şikâyetçi muayyen zamanda gelmez ve vekil de göndermezse şikâyet hakkı düşer.

Gelmeyen şahitlere yapılacak muamele ile borçlunun gıyabında verilen karara karşı eski hale getirme talebi hakkında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yazılı hükümler tatbik olunur."

5- 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesi şöyledir:

"İcra mahkemesinin bu Bap hükümlerine göre verdiği tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlara karşı, tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde, yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir.

İcra mahkemesinin bu Bapta yer alan suçlardan dolayı verdiği hükümlerle ilgili olarak 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 10., 19., 36., 38. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, E.2006/71 sayılı dosyada 30.5.2006 gününde, E.2008/10 sayılı dosyada ise 12.2.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca E.2006/137 sayılı dosyada 20.10.2006 gününde, E.2008/2 sayılı dosyada ise 17.1.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddelerine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına

varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin ikinci fıkrasında bu Yasa'nın 162., 209. ve 216. maddelerine muhalefet edenler hakkında da iflas idaresinin vereceği müzekkere üzerine aynı cezanın verileceği ve bu maddelerde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi hâlinde verilen cezanın düşeceği belirtilmiştir.

E.2008/2 sayılı başvuruda, itiraz isteminde bulunan mahkemenin bakmakta olduğu dava, mal beyanında bulunmama nedeniyle borçlunun disiplin hapsi ile cezalandırılmasına ilişkindir. Bu dava İcra ve İflas Kanunu'nun 162., 209., ve 216. maddelerine aykırı davrananlarla ilgili olmadığından anılan Yasa'nın 337. maddesinin ikinci fıkrası davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenle, 17.1.2008 gününde yapılan toplantıda, İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin ikinci fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu fıkraya ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, 337. maddenin birinci fıkrasının esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

E.2006/137 sayılı dosya uygulanacak kural açısından incelenmiştir. İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesinde, icra mahkemesinin verdiği tazyik ve disiplin hapsine ilişkin kararlara karşı, ağır ceza mahkemesine itiraz edilebileceği, itiraz üzerine verilen kararın kesin olduğu ve bu konularda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kanun yollarına ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin elindeki davada henüz ağır ceza mahkemesine itiraz edilmemiş olduğu görüldüğünden 353. madde de davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenle, 20.10.2006 gününde yapılan toplantıda, İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu

maddeye ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

E.2006/137, E.2008/2 ve E.2008/10 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2006/71 sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2006/71 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 28.2.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (l) Bendinin İncelenmesi

Başvuru kararında, Türk Ceza Kanunu'nda disiplin hapsine göre daha ağır yaptırım olan bir yıla kadar hapis cezasının para ya da seçenek yaptırımlara çevrilebildiği, iki yıla kadar olan hapis cezalarının ertelenmesi, dava zamanaşımı süresinin belli olması ve koşullu salıvermeden yararlanılması olanaklı iken, disiplin hapsinde ceza hukuku kurumlarının uygulanmayacağının düzenlendiği ve sınırsız dava zamanaşımı öngörüldüğü, buna yasal ve takdiri indirim hükümleri ile önödeme ve uzlaşma kurumunun da dâhil olduğu, bu durumun ise Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, disiplin hapsi cezası, kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adlî sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 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 çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir.

Hukuk Devletinde hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçları işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasakoyucunun belirleyeceği bir alandır. İnfaz hukukunun maddi ceza hukukunu tamamladığı ve onun ayrılmaz parçası olduğu gözetildiğinde, hangi cezaların ertelenip ertelenmeyeceğinin, seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilemeyeceğinin, önödeme uygulanıp uygulanmayacağının, tekerrüre esas olup olmayacağının, şartla salıverilme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının veya adli sicil kayıtlarına geçirilip geçirilmeyeceği konusunun Anayasa'ya ve Ceza Hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla yasakoyucunun takdir yetkisi içinde olduğunun kabulü gerekir.

Buna göre cezanın ertelenmesi, seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi, önödeme uygulanabilmesi ya da şartla salıverilme hükümlerinin uygulanması, mahkûm için bir hak değildir. Ertelemenin hükümlü için yasal bir hak olmayıp, bir lütuf ve atıfet, toplum bakımından da yararlı bir uygulama olduğu kabul edilmektedir. Ancak, suçun ağırlığı genellikle toplumdaki olumsuz sonuçları ile yarattığı endişe ve huzursuzlukla orantılı bulunduğuna göre, suçu, cezayı ve ertelemeyi takdir ve tayin etmek yasama meclisinin yetkisinde olup, toplumda değişen koşullar gözetildiğinde, sınırlarının genişletilmesi ve cezalarının artırılıp erteleme dışı bırakılması da doğaldır. Bu nedenle, cezası erteleme dışı bırakılan suçlarla diğerlerinin doğurduğu sonuçların aynı olduğu kabul edilemeyeceği gibi, onlara verilen cezalarla korunmak istenen hukuki yararın da farklı olduğu açıktır.

İtiraza konu yasa kuralı ile disiplin hapsi gerektiren eylemleri işleyenler arasında herhangi bir ayırım yapılmaması ve suç olduğu kabul edilen eylemleri işleyenlerin aynı durumda bulunmamaları nedenleriyle, disiplin

hapsi cezası için genel kurallardan ayrı olarak farklı özelliklerin öngörülmesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle itirazın reddi gerekir.

2- İcra ve İflas Kanunu'nun 5358 sayılı Yasa'nın 7. Maddesiyle Değiştirilen 337. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararlarında, borçludan alacağını rızasıyla alamayan alacaklının Devlet kurumlarının yardımıyla alacağını zorla tahsil etme olanağına sahip olduğu, cebri icranın dışında borçlunun ayrıca hapisle cezalandırılmasının evrensel hukuk kuralları ile bağdaşmayacağı, özel hukuktan doğan alacaklarda tarafların birbirlerinin ödeme gücünü bilebilecek durumda oldukları ve basiretli tacir öngörüsüyle hareket etmeleri gerektiği, Avrupa Birliği ülkelerine gönderilen ve hapis cezasını içeren icra ve ödeme emirleri ile ilgili adli yardımlaşma taleplerinin kendi hukuklarında benzer suç bulunmaması nedeniyle kabul görmediği, mal beyanında bulunmama suçunu işleyen kimselere disiplin hapsi cezası verilerek seçenek yaptırımlardan yararlandırılmadıkları, bu durumun eşitsizliğe yol açtığı, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsi davaya yer verilmediği ve şahsi davaların kamu davasına dönüştürüldüğü, bu nedenle İcra ve İflas Kanunu'na göre açılacak davaların da Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılması gerektiği, mal beyanında bulunmama nedeniyle İcra ve İflas Kanunu'nda iki ayrı özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörüldüğü, farklı uygulamaların eşitsizlik doğurduğu, bu nedenlerle de kuralın Anayasa'nın 2., 10., 11., 13., 38. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine on gün disiplin hapsi ile cezalandırılacağı, alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi halinde, bu cezanın düşeceği öngörülmüştür.

Öte yandan, İcra ve İflas Kanunu'nun 51 sayılı Yasa ile değiştirilen 76. maddesinde mal beyanında bulunmayan borçlunun, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunacağı, ancak bu hapsin üç ayı geçemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı,

Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir.

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

İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasında ve 76. maddesinde borçlunun özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, mal beyanında bulunmama eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. İtiraz konusu kural uyarınca, müddeti içinde mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı olarak mal beyanında bulunmayan kimse disiplin hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, İcra ve İflas Kanunu'nun 76. maddesine göre de mal beyanında bulunmama eylemi nedeniyle tazyik hapsi cezası ile cezalandırılabilecektir. Böyle bir olasılığın varlığı İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinde öngörülen disiplin hapsi cezasını, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.

Bu nedenle, 337. maddenin birinci fıkrası Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edildiğinden Anayasa'nın 10. ve 38. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 11., 13. ve 138. maddeleri ile ilgisi bulunmamaktadır.

3- İcra ve İflas Kanunu'nun 5358 sayılı Yasa'nın 18. Maddesiyle Değiştirilen 346. Maddesinin Başlığının ve Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, disiplin suçları ve disiplin suçu dışındaki suçlar hakkında ceza verip uygulayacak makamların farklı öngörüldüğü, idari yaptırımların nitelikleri ve amaçları yönünden kamusal cezalardan farklı olduğu, idari yaptırımların bizzat idari organlar tarafından verilmesi gerektiği, kamu cezalarının toplum düzenini bozan ağır ihlallerin karşılığı olarak getirildiği, disiplin cezasının bir ceza hukuku normu olmadığı, asliye ceza mahkemesi sıfatı ile icra ceza mahkemeleri tarafından verilmesinin

eşitlik ilkesine uymadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, İcra ve İflas Kanunu'nda öngörülen disiplin veya tazyik hapsine icra mahkemesi karar verecektir. Yasakoyucu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesi ile disiplin hapsi cezası adı altında bir ceza yaptırımı getirmiş ve İcra ve İflas Kanunu uyarınca verilen disiplin ve tazyik hapsi cezalarının da icra mahkemeleri tarafından verilmesini öngörmüştür.

Anayasa'ya ve hukukun temel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla toplum düzeninde yaptırım altına alınması gereken eylemlerin hangisinin idari, hangisinin ceza yaptırımına bağlı tutulacağı yasakoyucunun takdir alanı içindedir. İcra ceza mahkemesince uygulanan yaptırımlar idari nitelikte olmayıp, yargısal işlemlerdir. Dolayısıyla bunların hangi yargı merciince verileceği yukarıdaki sınırlamalar içinde yasakoyucunun takdir alanı içindedir.

Disiplin veya tazyik hapsi cezalarının mahiyeti itibarıyla idari bir ceza olmadığı açık olduğundan eşitlik karşılaştırılması yapılamaz.

Bu nedenle, Kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir.

İptal isteminin reddi gerekir.

4- İcra ve İflas Kanunu'nun 349. Maddesinin Birinci Fıkrasının ve Beşinci Fıkrasının İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Başvuru kararında, 349. maddenin birinci fıkrası ile kişisel dava öngörüldüğü, oysa 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda şahsi davaya yer verilmediği, 5230 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 9. maddesi ile diğer kanunlardaki şahsi davaların kamu davasına dönüştürüldüğü, kamu davasının sadece Cumhuriyet savcısı tarafından açılabileceği, suçun tespit edilmesi ve ceza verilmesi yetkisinin Devlete ait olduğu, farklı uygulamaların eşitsizlik oluşturacağı, sanık gelmese bile duruşma yapılmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği, bu nedenle öngörülen düzenlemenin Anayasa'nın 10., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinin birinci fıkrasında, icra mahkemesine şikâyetin dilekçe ile veya şifahi beyanla yapılacağı, dilekçeyi veya dava beyanını alan icra mahkemesinin duruşma için hemen bir gün

tayin edip şikâyetçinin imzasını alacağı ve sanığa celpname gönderileceği, tanık gösterilmişse onun da celp edileceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi ile ilgili olarak verdiği birçok kararda belirtildiği üzere, aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması halinde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. İcra ve İflas Kanunu'nda belirtilen suçları işleyenler ile başka yasalarda belirtilen suçları işleyenler eylemlerinin farklılığı nedeniyle aynı durumda değildirler. Bundan dolayı yasakoyucunun İcra ve İflas Kanunu'nda bazı suçlar için farklı usul getirmesi, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Öte yandan, itiraz konusu kural ile dilekçeyi alan mahkemenin duruşma için hemen gün tayin edip şikâyetçinin imzasını alması, sanığa celpname göndermesi ve tanık gösterilmiş ise onun da mahkemeye getirilmesi yasakoyucunun takdirinde olan usul kuralları olup Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Başvuran Mahkeme, maddenin beşinci fıkrasının son tümcesi olan "Bu suretle de bulundurulamazsa muhakeme gıyabında görülür" biçimindeki kuralın da Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

İcra ve İflas Kanunu'nun 349. maddesinde, şikâyetçi ile sanığın mahkeme tarafından belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmek veya vekil göndermek zorunda oldukları, hâkimin gerektiğinde tarafların bizzat hazır olmasını isteyebileceği, sanığın başka yerde ikamet etmesi durumunda istinabe yoluyla sorguya çekileceği, sanığın, şikâyeti alanın veya istinabe edilenin hâkim huzuruna gelmemesi veya müdafi göndermemesi durumunda ve gerekli görülmesi halinde zabıta aracılığı ile getirileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Savunma hakkı adil yargılanmanın esaslı unsurlarındandır. Yargının temel görevi ve yargılama süreci sonucunda beklenen sonuç adaletin sağlanmasıdır. Bu sonuç, haklı ve haksızın ayırt edilmesi, sakat işlemin ortadan kaldırılması, uğranılan zararın giderimi veya sanığın cezalandırılması şekillerinde ortaya çıkabilir. Usulüne uygun biçimde yapılan tebligata karşın, kendini savunmak için mahkemeye gelmeyen kişinin savunma hakkından vazgeçtiğinin kabulü gerekeceği gibi, duruşmaya fiilen gelmemek suretiyle yargılamanın devamının ve beklenen

adalet ve yargısal sonucun elde edilmesine mani olunmaması gerektiği de hukuk devleti ilkelerindendir.

İtiraz konusu kural, yargılamanın sanığın gıyabında görülmesini çeşitli koşullara bağlamıştır. Öncelikle, sanığa celpname gönderilmesi, tanık gösterilmiş ise onun da mahkemeye getirilmesi gerekmektedir. Yasa her iki tarafın da belirlenen gün ve saatte mahkemeye gelmelerini zorunlu tutmuş, İcra Mahkemesine tarafların vekil aracılığı ile değil, bizzat hazır bulunmalarını da isteyebilme yetkisi vermiş, sanığın başka bir yerde ikamet etmesi halinde de istinabe yolu ile sorguya çekilmesini öngörmüştür. Sanık bildirimlere karşın icra mahkemesinin huzuruna gelmez veya müdafi göndermez ise mahkeme zabıta aracılığı ile de sanığı getirtebilecektir. Yargılamanın sanığın yokluğunda görülmesi tüm bu aşamalardan geçildikten sonra gerçekleştirilebilecektir. Sanığın usulüne uygun olarak yapılan bildirimlere karşın mahkemeye gelmemesi veya avukat göndermemesi, duruşmada hazır bulunma hakkından vazgeçtiği anlamına gelir. Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırı görülmemiştir.

Kural, Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 38. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

B- İptal Kararının Yürürlüğe Gireceği Gün Sorunu

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

İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 337. maddesinin birinci fıkrasının iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmî Gazete'de

yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

A- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (L) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

B- 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

1- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 5358 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin, başlığının ve birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

3- 349. maddesinin birinci fıkrasının ve beşinci fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

C- İptal edilen fıkranın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

28.2.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/93

Karar Sayısı : 2008/73

Karar Günü : 6.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Konya 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "…yetkili mahkemeye…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 14. maddesi ile 47. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca uygulanan idari para cezasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, itiraz konusu ibarenin yer aldığı üçüncü fıkrayı da içeren 116. maddesi şöyledir:

"(Değişik birinci fıkra: 25/6/1988 - KHK - 330/8 md.; Aynen Kabul: 31/10/1990 - 3672/7 md.) Trafiği tehlikeye düşürecek, engel olacak şekilde veya yasaklanmış yerlerde park etmiş araçlara veya trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan, karayolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin ikazına rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara tescil plakalarına göre ceza veya suç tutanağı düzenlenir.

Para cezasının ödenmesi gerektiği hallerde trafik kaydında araç sahibi olarak görülen kişiye cezayı ödemesi için posta yoluyla tebligat yapılır, bu şekilde tebliğ edilemeyen tutanaklar ilgili tahsil dairesinin ilân asmaya mahsus yerinde liste halinde ilân edilir, ilân tarihini takip eden otuzuncu

gün tebligat yapılmış sayılır ve bu cezalar 114 ve 115'inci maddelerde belirtilen şekilde takip ve tahsil olunur.

Bu şekilde uygulanan cezalar için araç sahipleri cezanın tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde "**yetkili mahkemeye**" itiraz edebilirler.

İtiraz ödemeyi ve ödeme ile ilgili süreyi durdurur.

İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 27.10.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Anayasa'nın 152. maddesi ve buna paralel olarak düzenlenen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması gerekmektedir.

Anayasa'nın 158. maddesinin birinci fıkrasında Uyuşmazlık Mahkemesinin, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili olduğu belirtilmiştir.

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 28. maddesinde *"Uyuşmazlık Mahkemesi, vereceği bütün kararların sonuçlarını ilgili Başsavcı ve Başkanunsözcüsüne, görev uyuşmazlığının çözülmesi için kendisine başvuran yargı merciine, kararı beklemesi için yazı yazılmış bulunan yargı merciine veya mercilerine uyuşmazlığın çözülmesi için başvurmuş olan kişilere veya makamlara hemen tebliğ eder.*

İlgili yargı mercileri ile bütün makam, kuruluş ve kişiler; mahkeme kararlarına uymak, geciktirmeksizin onları uygulamakla ödevlidirler." denilmiş, 29. maddesinde de Uyuşmazlık Mahkemesi bölümlerinin ve Genel Kurulun verdiği kararların kesin olduğu belirtilmiştir.

Olumsuz görev uyuşmazlığı nedeniyle Uyuşmazlık Mahkemesine başvuru koşulları, 2247 sayılı Yasa'nın 14. ve 19. maddelerinde düzenlenmiştir. Yasanın 14. maddesine göre yapılacak başvurularda, adli, idari veya askeri yargı mercilerince verilen görevsizlik kararlarının kesin veya kesinleşmiş olması gerektiği; 19. maddeye göre yapılacak başvurularda ise adli, idari veya askeri yargı mercilerinden birisinin kesin veya kesinleşmiş görevsizlik kararı üzerine kendisine gelen bir davayı inceleyen mahkemenin, görevsizlik kararı veren merciin görevli olduğu kanısına varması halinde, gerekçeli bir karar ile görevli merciin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvuracağı belirtilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesinin verdiği kararlar, niteliği itibariyle görüş bildiren değil, sorunu kesin olarak çözümleyen yargısal tasarruflardır. Bu nedenle, görevli merciin belirlenmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvuru, 2247 sayılı Yasa'nın 19. maddesine göre yapılmış olsa da sorunun çözümüne ilişkin yüksek Mahkemenin verdiği karara uyması, yukarıda açıklanan nedenlerle ilgili mahkeme yönünden anayasal bir zorunluluktur.

Olayda Akşehir Sulh Ceza Mahkemesinin 8.3.2004 gün ve E. 2004/64 Müteferrik sayılı idari yargının görevli olduğuna ilişkin kararının kesinleştiği, başvuran Konya 1. İdare Mahkemesi, görevsiz olduğunu belirterek görevli merciin belirlenmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurduğu, yüksek Mahkemenin 1.7.2004 tarih E. 2004/60 K. 2004/52 sayılı kararıyla Akşehir Sulh Ceza Mahkemesinin anılan görevsizlik kararını kaldırdığı anlaşılmıştır.

Konya 1. İdare Mahkemesi ise Uyuşmazlık Mahkemesinin adli yargının görevli olduğu yolundaki kesin olarak verilen kararından sonra itiraz konusu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Oysa anılan Mahkemenin dosya üzerindeki yargısal tasarruf hakkı, Uyuşmazlık Mahkemesinin karar tarihi itibarıyla son bulduğundan, Mahkemenin dosyayı görevli mahkemeye göndermesi dışında yetkisinin bulunmadığı açıktır.

Bu nedenle başvuran mahkemenin elinde Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi anlamında görevine giren ve bakmakta olduğu bir dava bulunmadığından, itiraz başvurusunun başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

V- SONUÇ

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "... yetkili mahkemeye..." ibaresine ilişkin başvurunun, Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 6.3.2008 gününde karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

2918 sayılı Trafik Kanunu'nun 14 ve 47/1-C maddeleri uyarınca, araç plakasına göre ceza tutanağı düzenlenerek belirlenen para cezasına yapılan itirazı inceleyen Sulh Ceza Mahkemesi'nin idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle verdiği görevsizlik kararı üzerine açılan davaya bakan idare mahkemesi ise olayda adli yargının görevli olduğu görüşüyle dava dosyasının Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir. Dosyayı inceleyen Uyuşmazlık Mahkemesi'nin adli yargının görevli olduğuna ilişkin kararı üzerine 2918 sayılı Yasa'nın 116. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "yetkili mahkemeye" ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

Bakılmakta olan davada İdare Mahkemesi'nin uyuşmazlığı kendi görüşüne uygun olarak çözümleyen Uyuşmazlık Mahkemesi kararı uyarınca görevsizlik kararı verecek olması, itiraz konusu kuralı uygulanacak kural olmaktan çıkarmaz. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararı, "yetkili mahkeme" sözcüklerinin hangi yargı yerini ifade ettiğine ilişkindir. Davaya bakan Mahkeme görevsizlik kararını itiraz konusu kurala dayanarak vereceğinden bu kuralın uygulanacak kural olmadığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle bakılmakta olan davada itiraz konusu kuralın uygulanma olanağı bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun yetkisizlikten reddine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY YAZISI

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasında "Adli, idari, askeri yargı mercilerinden birisinin kesin veya kesinleşmiş görevsizlik kararı üzerine kendisine gelen bir davayı incelemeye başlayan veya incelemekte olan bir yargı mercii davada görevsizlik kararı veren merciin görevli olduğu kanısına varırsa, gerekçeli bir karar ile görevli merciin belirtilmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurur ve elindeki işin incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesinin karar vermesine değin erteler." denilmiştir.

Somut olayda Konya İdare Mahkemesi, Akşehir Sulh Ceza Mahkemesinin 8.3.2004 tarihli görevsizlik kararı üzerine kendisine gelen davada l4.4.2004 tarihli kararı ile görevli yargı yerinin belirlenmesi için Uyuşmazlık Mahkemesine başvurmuş, anılan kararda açıkça 2247 sayılı Yasanın 19. maddesi uyarınca başvurduğunu belirtmiş ve Uyuşmazlık

Mahkemesi karar verinceye kadar davanın görümünü ertelemiştir. Her ne kadar bu kararda "mahkememizin görevsizliğine" şeklinde bir ibare kullanılmış ise de, verilen karar bir görevsizlik kararı niteliğinde değildir. Mahkemenin elinde görmekte olduğu bir dava bulunmaktadır.

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu başvuruya ilişkin 1.7.2004 tarihli kararında da, başvurunun 19. maddede öngörülen şekilde yapılmış olduğu kabul edilerek inceleme bu çerçevede yapılmıştır. Başka bir anlatımla, Uyuşmazlık Mahkemesi, Akşehir Sulh Ceza Mahkemesi ile Konya İdare Mahkemesi arasında verilen görevsizlik kararlarının kesinleşmesi ile oluşmuş olumsuz bir görev uyuşmazlığını çözmemiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin başvuruyu kabul ederek Akşehir Sulh Ceza Mahkemesi'nin görevsizlik kararını kaldırmasından sonra davayı görmekte olan Konya İdare Mahkemesi'nin görevsizlik kararı vererek dava dosyasını görevli mahkemeye göndermesi gerekmektedir. Ancak mahkeme bu aşamada, yani görevsizlik kararı vermeden 22.9.2004 tarihinde davanın adli yargı yerinde görülmesinin Anayasaya aykırı olduğu savı ile Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Herhangi bir mahkemenin, derdest bir davada görevsizlik kararı vermeden önce görev konusunda anayasaya aykırılık itirazında bulunabileceği hususunda kuşku yoktur. Görevsizlik kararı verilmeden önce 2247 sayılı Yasanın 19. maddesindeki yöntemin işletilmiş olmasının mahkemeyi yetkisiz kıldığının kabulü, anayasa yargısının işlevi ile bağdaşmadığından aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
A. Necmi ÖZLER

AZLIK OYU

Başvuran idare mahkemesi, trafik ceza tutanağıyla ilgili idari para cezasına karşı Akşehir Sulh Ceza Mahkemesi'nce idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle görev ret kararı verilmesine dayanarak 2247 sayılı Kanunu'nun 19. maddesi uyarınca konuyu götürdüğü Uyuşmazlık Mahkemesi'nce adli yargı görevli görülerek Sulh Ceza Mahkemesi kararının kaldırılması üzerine, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "... yetkili mahkeme..." ibaresinin iptalini istemektedir.

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasında "Adli, idari, askeri yargı mercilerinden birisinin kesin veya kesinleşmiş görevsizlik kararı üzerine kendisine gelen bir davayı incelemeye başlayan veya incelemekte olan bir

yargı merci davada görevsizlik kararı veren merciin görevli olduğu kanısına varırsa, gerekçeli bir karar ile görevli merciin belirtilmesi için Uyuşmazlık mahkemesine başvurur ve elindeki işin incelenmesini Uyuşmazlık Mahkemesinin karar vermesine değin erteler." kuralı yer almaktadır. Aynı Yasa'nın 30. maddesinde de Genel Kurulca verilecek ilke kararlarının bütün yargı mercilerini bağlıyacağı belirtilmiştir.

Değinilen 19. maddenin anlamı ve amacı, bir yargı yerinin görevden reddettiği uyuşmazlığa bakan başka yargı yerinin görev konusunda duraksama duyduğunda davayı görev yönünden sonuçlandırmadan görev konusunun Uyuşmazlık Mahkemesi'nce incelenmesini sağlaması ve bu süre içinde elindeki işin görümünü ertelemesidir. Görüldüğü gibi bu nedenle Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuran mahkemenin, somut olayda İdare Mahkemesi'nin davayı bitiren bir görevsizlik kararı o aşamada söz konusu olamaz. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 15. maddesinin (1) nolu fıkrasının (a) bendine göre de görev ret kararları mahkemenin işten el çekmesini, yani uyuşmazlığı bitirmesi sonucunu doğuran ve karar sayısıyla tamamlanan kararlardır. Konya İdare Mahkemesi'nin ise konuyu Uyuşmazlık Mahkemesi'ne götürdüğü 14.04.2004 tarih ve Esas:2004/378 sayılı kararı, karar numarası almamış ve davanın görümünü ertelemiş bir ara kararı niteliğindedir.

Öte yandan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Akşehir Sulh Ceza Mahkemesi kararını kaldıran 1.7.2004 tarihli kararı Hukuk Bölümünce alınmış olup, çekişmeye konu 116. maddeye ilişkin olarak idari yargının görevsizliğini belirleyen bir karardır. Böylece adli yargının görevi konusunda İdare Mahkemesi'nin duraksaması kalmamıştır. Maddeyi uygulayacak ve görevsizlik kararına ulaşacaktır. İşte bu aşamada uygulayacağı maddeyi Anayasa yönünden irdeleyebilme düzlemine ulaşmış, vardığı sonuç maddenin Anayasa'ya aykırılığı kanısının ciddiliği olmuştur. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin Sulh Ceza Mahkemesi kararını kaldırmış olması, idari yargılama yönünden Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay'ın kanun yollarında geliştireceği kararlarla bağlı olan İdare Mahkemesi'nin görev konusunda anayasal irdeleme yapmasına engel değildir. Ayrıca adli yargıya ilişkin görev konusunu pekiştiren, ancak anayasal çözümleme yapması söz konusu olmayan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev konusundaki belirlemesinin anayasal denetime bir engel getirmeyeceği de açıktır.

Bu durumda, Konya İdare Mahkemesi iptal istemine konu yaptığı kuralı uygulayacağından Anayasa Mahkemesi'ne başvurmada yetkili olduğu açıktır. Yetkisizlikten ret kararına bu nedenlerle karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraza konu kural, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "…yetkili mahkemeye…" ibaresidir.

2918 sayılı Kanun'un 14. maddesi ve 47. maddesinin (c) bendi hükmü uyarınca uygulanan idari para cezasına karşı açılan davada Sulh Ceza Mahkemesi idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verdiği, İdare Mahkemesi'nin de görevli olmadığından bahisle dosyayı Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gönderdiği ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nce adli yargının görevli olduğuna karar verilmesi üzerine İdare Mahkemesi itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile iptali için başvurmuştur.

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 19. maddesinde bir yargı yerinin görevden reddettiği uyuşmazlığa bakan başka yargı yerinin görev konusunda duraksama duyması halinde davayı görev yönünden sonuçlandırmadan görev konusunun Uyuşmazlık Mahkemesi'nce incelenmesinin sağlanması ve bu süre içinde işin incelenmesini erteleyeceği belirtilmekte olup, buna göre Uyuşmazlık Mahkemesi'ne başvuran Mahkeme'nin görev konusunda henüz bir kararı bulunmamaktadır.

Bu durumda davaya bakan Mahkeme görev konusundaki kararını itiraz konusu kurala dayanarak vereceğinden, bu kuralın davada uygulanacak kural olduğu açıktır.

Açıklanan nedenle itiraz başvurusunu yetkisizlik nedeniyle reddeden çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2004/116

Karar Sayısı : 2008/74

Karar Günü : 6.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Van 2. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…ve sürücüsü tespit edilemeyen.." ile "…tescil plakalarına göre…" ibarelerinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca uygulanan idari para cezasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu ibarelerin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, başvuru kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

" 'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz' şeklinde Anayasa'mızın 38. maddesinde yer alan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin altıncı maddesinde de benzer ifadelerle tanımlanan ilke "masumiyet karinesi" olarak adlandırılır. Yani bir kimse, yargı organınca suçluluğu kesin olarak belirlenmediği sürece masumdur.

Maddede tanımlanan diğer bir temel ilke ise "ceza sorumluluğun şahsiliği" ilkesidir. Yani bir kimse sadece kendi eyleminin sonuçlarından sorumludur. Her iki ilkenin ortak temel sonucu şudur. Bir kimsenin suçluluğu hemen hemen hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açığa çıkarıldığında kişi suçu işlemekle itham edilebilir. Ve ancak böylesi bir durumda kişi, suçsuzluğunu kanıtlama yükümlülüğü altına sokulabilir.

Oysa iptali istenen maddede bu ilkeler ters yüz edilmiştir. Madde gereğince kişi daha başlangıçta "taşıt aracının eyleminden" sorumlu tutulmaktadır. Ve kişinin taşıt aracının sahibi olması suçluluğun karinesi

sayılmakta, kişi suçsuzluğunu kanıtlama yükümlülüğü altına sokulmaktadır.

Diğer yandan trafik polisince düzenlenen "trafik ceza tutanağı" HUMK'nun 297. maddesi hükmü gereğince aksi sabit oluncaya kadar geçerli bir resmi belgedir. Bu özelliği gereği kesin delil niteliğindedir. Yani aksini kanıtlama yükümlülüğü suçlanan kişiye yüklenmiştir.

Oysa bu durumu, yargılama hukuku ilkelerine uymamaktadır. Yargılama hukukunda öncelikle olağan bir durumun aksini iddia eden bu iddiasını ispat ile yükümlüdür.

Bu yüzden 2918 sayılı Kanun'un 116. maddesinde yer alan "…ve sürücüsü tespit edilemeyen…" ile "…tescil plakalarına göre…" kelimeleri Anayasa'nın 38. maddesinin dört ve yedinci fıkralarına aykırı olup iptali gerekmektedir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun itiraz konusu ibareleri de içeren 116. maddesi şöyledir:

"Tescil plakasına göre tutanak düzenlenmesi:

Madde 116– Trafiği tehlikeye düşürecek, engel olacak şekilde veya yasaklanmış yerlerde park etmiş araçlara veya trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan, karayolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin ikazına rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve ***sürücüsü tespit edilemeyen*** araçlara ***tescil plakalarına göre*** ceza veya suç tutanağı düzenlenir.

Para cezasının ödenmesi gerektiği hallerde trafik kaydında araç sahibi olarak görülen kişiye cezayı ödemesi için posta yoluyla tebligat yapılır, bu şekilde tebliğ edilemeyen tutanaklar ilgili tahsil dairesinin ilân asmaya mahsus yerinde liste halinde ilân edilir, ilân tarihini takip eden otuzuncu gün tebligat yapılmış sayılır ve bu cezalar 114 ve 115'inci maddelerde belirtilen şekilde takip ve tahsil olunur.

Bu şekilde uygulanan cezalar için araç sahipleri cezanın tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde yetkili mahkemeye itiraz edebilirler.

İtiraz ödemeyi ve ödeme ile ilgili süreyi durdurur.

İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve yedinci fıkralarına dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR' ün katılımlarıyla 6.1.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, bir kimsenin yargı organınca suçluluğu kesin olarak belirlenmediği sürece masum sayılacağı, " ceza sorumluluğun şahsiliği" ilkesi gereğince bireyin sadece kendi eyleminden sorumlu olması gerektiği, oysa itiraz konusu kuralda bu ilkeler ters yüz edilerek, kişilerin başlangıçta taşıt aracının eyleminden sorumlu tutulduğu, taşıt aracı sahibi olmak suçluluğun karinesi sayılarak, kişilerin suçsuzluğunu kanıtlama yükümlülüğü altına sokulduğu, bu nedenle itiraz konusu ibarelerin Anayasa'nın 38. maddesinin dört ve yedinci fıkralarına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesi, trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenen ancak sürücüsü tespit edilemeyen araçlara, trafik zabıtasınca tescil plakasına göre ceza veya suç tutanağı düzenleme olanağı tanıyan bir kuraldır. Maddenin birinci fıkrasında,

a) Trafiği tehlikeye düşürecek, engel olacak şekilde veya yasaklanmış yerlerde park edilen,

b) Trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara

Trafik zabıtası, trafik zabıtasının bulunmadığı yerlerde polis ve Jandarma Genel Komutanlığının görevlendirdiği personeli tarafından;

c) Ayrıca, karayolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin işaretlerine rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara Karayolları Genel Müdürlüğünün yetkili personeli tarafından,

Tescil plakasına göre tutanak düzenleneceği öngörülmüştür.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasında araç sahiplerine, düzenlenen tutanaklara itiraz etme olanağı tanınmış, süresinde yapılan bir itirazı mahkemenin hangi usule göre inceleyip karara bağlayacağı konusu ise 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 28. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" denilerek suçsuzluk karinesi, yedinci fıkrasında ise "Ceza sorumluluğu şahsidir" denilerek, herkesin kendi eyleminden sorumlu tutulacağı, başkalarının suç oluşturan eylemlerinden dolayı kimsenin cezalandırılamayacağı ilkeleri kabul edilmiştir.

Suçsuzluk karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade eder.

2918 sayılı Yasa'nın 116. maddesinin birinci fıkrasında sayılan ihlaller nedeniyle, ***sürücüsü tespit edilemeyen*** araçlara ***tescil plakalarına göre*** ceza veya suç tutanağı düzenlenmesi, bir trafik kuralının ihlal edildiğine dair suç isnadı niteliğinde olup suçsuzluk karinesine aykırılık taşımamaktadır.

Suçsuzluk 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. Ancak 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 yön değiştirmesi, masumiyet karinesine aykırılık taşımaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında ispat külfetini tersine çeviren hukuki veya fiili karinelerin kabulünü Sözleşme'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı bulmamıştır.

Cezaların kişiselliği kuralı gereğince bir kişi, sadece kendisine ait kusurlu fiilinden sorumlu tutulabilir. Bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılması veya bir eylemin asli veya feri faili olmadan o eylemden sorumlu tutulması, Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrası gereğince olanaklı değildir.

116. maddedeki sorumluluk, iradi ve kusurlu olan sürücünün eylemine dayanmaktadır. Ancak sürücünün kimliğinin belirlenmesinde, 116. maddede sayılan ihlallerin niteliğinden kaynaklanan güçlükler bulunduğundan, trafik ihlaline ilişkin tutanak, aracın tescil plakasına göre düzenlenmektedir.

Ayrıca kural ihlali yapan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçların, trafik zabıtası tarafından saptanabilecek plâkasından başka ayırt edici bir özelliğinin bulunmadığı, ancak plâka ile de araç sahibine ulaşılabileceği açıktır.

Dolayısıyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin, gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan trafik sorunlarını zamanında ve etkin bir biçimde denetleyebilmek ve toplum hâlinde yaşamanın güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi amacıyla, demokratik toplumda zorunlu olarak getirilen uygulamalar olduğu kabul edilmelidir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibareler, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve yedinci fıkralarına aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... ve sürücüsü tespit edilemeyen ... " ve "… tescil plakalarına göre ..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 6.3.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY

Karayolları Trafik Kanunu'nun iptali istenen ibarelerin de bulunduğu 116. maddesi, trafiği tehlikeye düşürecek, engel olacak şekilde veya yasaklanmış yerlerde park etmiş araçlara veya trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan, karayolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin ikazına rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve **sürücüsü tespit edilemeyen** araçlara **tescil plakalarına göre** ceza veya suç tutanağı düzenleneceğini öngörmektedir.

Tescil plakalarına göre ceza veya suç tutanağı düzenlemek suretiyle tayin edilen idari para cezasının, Anayasanın 38. maddesinde öngörülen suç ve ceza olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu durum, uygunluk denetiminin Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezaya ilişkin kurallar esas alınmak ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetilmek suretiyle yapılmasını gerektirmektedir.

Cezalandırma Devlete özgü bir hak ve yetkidir. Bunun sınırları ise Anayasa'da gösterilmiştir. Bunlardan bir kısmı *"Kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz", "Cezalar ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur", "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz", "Ceza sorumluluğu şahsidir"* biçimindeki kurallardır. Anayasa'da gösterilen bu kurallar ile ceza hukukunun genel ilkeleri korunmak şartıyla suç ve suçluyla mücadele için izlenen ceza siyasetini gerçekleştirebilmek amacıyla ihtiyaç duyulan suç tipini ve yaptırımlarını saptamak yasa koyucunun takdirindedir.

Ceza hukukunda, eylemle sonuç arasında bulunması gereken illiyet bağı, suçun oluşması için aranan unsurlardan birisidir. Bu unsur ise dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinden almaktadır.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen ibarelerde ise sürücüsü tespit edilemeyen araçların sahiplerinin suça hangi eylemleri ile katıldıkları, yani illiyet bağının ne suretle gerçekleştiği belirtilmeden tescil plakalarına ceza ve suç tutanağı düzenleneceği öngörülerek, tescil plakası sahibine idari para cezası verilmektedir. Araç sürücüsü ile tescil plakası sahiplerinin her zaman aynı kişi olmayabileceği gözetildiğinde, araç sürücüsünün eyleminden dolayı illiyet bağı kurulmadan tescil plakası sahibi sorumlu tutularak cezaların şahsiliği ilkesi ihlal edilmektedir. Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleri, kişilere ceza verilebilmesini yasada belirtilen hukuka aykırı eylemin o kişi tarafından gerçekleştirilmiş olduğunun da kanıtlanmasını zorunlu kılmaktadır. İptali istenilen ibarelerde, tescil plakası sahiplerinin

hangi eylemleri suç sayıldığı için başkasının eyleminden sorumlu tutulduğu gösterilmediği gibi, mülkiyet hakkının bir gereği olan araç tescil plakası sahibi olma ile suç arasında illiyet bağının ne suretle oluştuğu da belirtilmemiştir.

Bu nedenle söz konusu ibareler, Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırıdır.

İptali gerekir.

Üye	Üye
Mehmet ERTEN	Zehra Ayla PERKTAŞ

AZLIK OYU

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin birinci fıkrasında "Trafiği tehlikeye düşürecek, engel olacak şekilde veya yasaklanmış yerlerde park etmiş araçlara veya trafik kural ve yasaklarına aykırı davranışları belirlenmiş bulunan, karayolları ağırlık kontrol mahallerinde işaret, ışık, ses veya görevlilerin ikazına rağmen tartı sistemine girmeden seyrine devam eden ve sürücüsü tespit edilemeyen araçlara tescil plakalarına göre ceza veya suç tutanağı düzenlenir" kuralı yer almaktadır. Yerel mahkeme "ve sürücüsü tespit edilemeyen" ve "tescil plakalarına göre" anlatımlarının Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptalini istemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devletinin öğelerinden biri de yasaların açık ve belirgin olmasıdır. Suç ve Cezalara ilişkin esasların düzenlendiği 38. maddesinin dördüncü fıkrasında "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.", yedinci fıkrasında "Ceza sorumluluğu şahsidir." kuralları yer almıştır.

İptali istenilen kurallarla bireye ilişkin suç yükleme, savunma, yargılama gibi ceza hukukuyla ilgili genel ilkeler ve "masumiyet" karineleri gözönünde tutulmadan, suç işleyen kişi belirlenmeden tescil plakalarına göre "ceza veya suç" tutanağı düzenlenmektedir. Oysa ceza hukukuna ilişkin temel ilkeler gerçek suçlunun belirlenmesi ve cezalandırmanın suçu izleyen süreçte yapılmasını gerektirir. Tescil plâkasıyla yetinilmesi, plaka saptamada göz aldanmalarına ve böylece suçla ilgisiz cezaların ortaya çıkmasına neden olabilir. Cezayla ilgili kurallarda suçlamaların somutlukla belirlenmesi, ayrıntılı teknik verilerle donatılmış ilkelerin varlığını zorunlu kılar.

Bu bakımdan, somutluk ve belirginlik içermeyen kural bu yönüyle Anayasa'nın 2. maddesine; gerçek suçlunun ortaya çıkmasını önleyici niteliği ile herhangi bir yargılama ve soruşturma olanağı vermeden öncelikle ceza tutanağını öngörülmesine neden yapısı Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinde yazılı fiiller nedeniyle sürücüsü tespit edilemeyen araçlara tescil plakalarına göre ceza tutanağının düzenleneceğine dair ve ancak Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü ve yedinci fıkralarına aykırılığı nedeniyle iptali istenen ibareler konusunda; Mahkemenin çoğunluk görüşünce, trafik sorununu etkin çözmek için zorunlu bir uygulama olduğu, genel bir anlayış kapsamında varsayımsal fiili durumun bir suç isnadı olabileceği, bu nedenle ispat yükünün yön değiştirmesinin suçsuzluk karinesine aykırılık getirmiş sayılamayacağı, araçların eyleminden söz edilemeyeceği ve ancak araç üzerinden sahibine ulaşılacağı ve bu şekilde cezaların kişiselliğinin de ihlal edilmeyeceği sonucuna ulaşmış olduğu görülmektedir.

Trafik zabıtasınca tutulan trafik tutanağı, 2918 sayılı Kanun'un 116. maddesinde yazılı ihlallerin yapıldığına ilişkin bir tespit ve hukuki bir karine niteliğindedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan normatif düzenleme bir karine olup hakkında isnatta bulunulan hakkında adil bir yargılanma sonunda suçlu olduğuna dair hüküm tesisine kadar masum sayılması gerektiğini ifade eder.

Suç isnadı ile karşısındaki masumluk karinesi ceza yargılama hukuku prensibi olan silahların eşitliğine uygun, dengeli, adil bir karşılama biçimi ve ilkesidir.

İsnat ve masumluk ilkelerinden adalet adına ayrılıp birinin diğerine üstünlük ve sonuca etkili, denge bozucu ağırlık sağlaması o ilkenin varlığı ile değil, ilkeleri bir olayda karşılaştırmaya sebep olan savın iddia ötesi, ispatı ile mümkündür.

Trafik cezası gibi idari para cezaları; pratik usulde yetkili idari ajan tarafından idarenin görev alanına giren hizmetleri gereken, etkili ve

zamanında yerine getirmesi düşüncesi ile kolayca karar altına alınabilen idari bir yaptırım türü olup uygulamasının genel kapsamı, caydırıcılık ve uygulamaların ciddiye alınmış olması gerekliliği, yasağı bozan bir fiilin cezasız kalmaması gibi nedenler, cezaya itiraz ve yargı süreci gibi koşulları dikkate alındığında bir ceza hukuku disiplini içinde kaldığı tartışmasızdır.

Ancak ceza hukukunda cezaya hükmedilebilmesi için basit ve makul şüphe ötesinde suçun ispatlanması gerekli ve beklenilen zorunlu haldir.

İptali istenilen düzenlemeye göre "sürücüsü tespit edilemeyen" gibi soyut bir kavrama, yani tespit etmek konusundaki hiçbir kamusal çaba ya da ispat yönünden belge, bilgi ve delil ihtiva etmeyen bir iddiacı kimliğindeki kişinin varsayımsal fikrine dayanak yapılan trafik tutanağı, nesnel bir vakıa-delil haline gelmekte ve kural'a göre masumluk karinesinin üzerine çıkarak, iddianın ispatından öte iddianın yokluğunu ispat külfetini ceza hukuku temel ilkelerine aykırı bir şekilde araç ruhsat sahibine yüklemektedir.

Yokluğun ispatı beklenen ve varsayılan hukuki bir prensip olmayıp tartışılmasını hukuka uygun bulmuyoruz.

Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi kararlarında ceza hukuku temel ilkelerinin idari yaptırımlar alanında da kabul edilmesi gerektiği dile getirilmiş, ihlalin her türlü şüpheden arınmış olarak ispat edilmesinin aranması gerektiği, bireyin ispat araçları hakkında bilgi sahibi olma ve delil getirme olanağı olması gerektiği haklı bir biçimde ifade edilmiştir.

Kendisini suçlayan belge düzeninde salt ihlalin varlığına değinerek sanılan cezaya karşı eşit silahla yarışamayan, kendini savunamayanın adil yargılandığı düşünülemez.

Ceza yargılaması aksine idari yaptırım kararlarının bir ön yargılama-soruşturma aşamasının bulunmaması ancak konu ve ihlal edilen düzene çözümde bu bir demokratik yoldur diyerek iptali istenilen düzenlemede Anayasa'ya aykırılık bulmamak fikrine katılma olanağı yoktur.

Herkesin bildiği üzere, bu normatif düzenlemenin hukuka aykırı olmadığı, kamunun bir sorunsalını çözmede uygun hukuk kriterler ve ilkeleri taşıdığına inanılıyorsa idi, bugün hız sınır ihlali yapan araçların kamera ile takibi ya da fotoğrafının çekilip adresine gönderilmesi işlemine de gerek duyulmaması GEREKİRDİ.

Kamu yöneticisi ya da yasakoyucu da olayın farkındadır ki bu ve benzeri tedbirlere başvurmak zorunluluğunu hissetmiş, iddiasını hukukiliği en az tartışılacak belge ve delil düzenine dayandırarak, iddia karşısında

savunma durumunda kalanın haklarını kullanmasına olanak verecek düzenlemeler getirebilmektedir.

Trafik zabıtasına bizzat düzenlediği tutanağa, hem iddia, hem delil, belge, tanık, keşif vb. tüm ceza yargısı beklentilerini karşılar nitelikli bir içerik ve değer tanınmakta ancak aleyhine tutanak düzenlen plaka nosundan yola çıkılarak oto plakası tescilli hak sahibi, cezanın sorumlusu, itiraz ederse davada ispat külfetinin yükümlüsü olmaktadır.

Tescil plakası ile araç sahibi arasında bağ kuran iptali istenen kural düzenleme, kamu hizmetinin yaptırım boyutunun yerine getirilmesi için ceza ilkelerini ve sosyal devlet olma yükümlülüklerini unutarak, tespit ettiği yolu hukuki saymaktadır.

Elbette, ihlal bir sürücü tarafından yapılmakta ve yapılırken de araç olarak kullanılan vasıta ve ayırt edici özelliğinden tescil plakası varsayılmaktadır. Ancak bu vasıtanın (ihlalde araç olarak kullanılan) ruhsat hak sahibinin de suçlu, sanık olduğunu varsaymaya mutlak olanak vermez, yargılama süreci gerektirir. Her tescilli plaka hak sahibinin cezalandırılabilmesi için otoyu kullandığını varsaymak iyiniyetli yaklaşımı olarak değerlendirilmeli, ancak gerçek olmama ihtimali yani şüphe de unutulmamalıdır.

Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında cezalar; idari para, disiplin ve idari para ceza uygulanan diğer yaptırımlar olarak ayırt edilmemiştir. O halde her türlü cezada cezanın kanuniliği ve şahsiliği ilkesinin geçerli olduğu ve uygulanacağı bir vakıadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında; disiplin suç ve cezalarını dahi Anayasa'nın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesi kapsamında mütalaa etmiş olduğunda göre, Anayasa'nın 38. maddesindeki cezaya uygulanacak ilkeler idari suç ve cezalar içinde uygulanacaktır.

Bu ilkelerin aranmaması sonucunu getiren çoğunluk görüşüne katılınamamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2003/49

Karar Sayısı : 2008/76

Karar Günü : 11.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 8. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 20.3.1997 günlü, 570 sayılı KHK'nin 10. maddesiyle değiştirilen "IV Sayılı Makam Tazminatı Cetveli"nin 8. sırasının (a) bendinin Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

657 sayılı Yasa'nın (IV) Sayılı Makam Tazminatı Cetveli'nin 8. sırasının (a) bendi hükmünden yararlandırılarak makam tazminatı ödenmesi talebi ile açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"657 sayılı Yasa'nın Makam Tazminatı Cetvelinin 8/a ve b bentlerinde; makam tazminatı verilecek kadro ve unvanlar sayılmak suretiyle belirlenmiştir.

Dava konusu olayda; Hazine Müsteşarlığında Sigorta Denetleme Uzmanı olarak görev yapan davacının, Türkiye çapında teftiş ve denetim yaptıklarından bahisle, kendilerine de 657 sayılı Yasa'nın IV Sayılı Makam Tazminatı Cetveli'nin 8/a maddesi hükmünden yararlandırılarak makam tazminatı ödenmesi istemiyle davalı idareye başvurduğu; istemin zımnen reddedilmesi üzerine işlemin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Sigorta Denetleme Kurulu ve Buna Bağlı Denetim Elemanlarının Görev ve Sorumluluk Alanları:

Türkiye'de özel sigortacılık alanında faaliyet gösteren bütün gerçek ve tüzel kişilerin kamu adına denetimini yapmak üzere, 7397 sayılı Kanun ile

1963 yılında, özerk bir kurul olarak kurulan, Sigorta Denetleme Uzmanları ve Aktüerler ile bunların yardımcılarından oluşan Sigorta Denetleme Kurulu, 9.12.1994 tarih ve 4059 sayılı Kanun ile Hazine Müsteşarlığı merkez denetim birimleri arasında dahil edilmiştir. Sigorta Denetleme Kurulu'na ve bu Kurulu oluşturan Sigorta Denetleme Uzmanlarına ve Aktüerlere ilişkin özel düzenlemeler (657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve kamu personeliyle ilgili genel düzenlemeler yanında) 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4, 5/c, 7 ve Geçici 7 ve Geçici 8'inci maddeleri ile 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu'nun 30, 32 ve Geçici 4'üncü maddeleri ve bu iki kanuna istinaden çıkarılan "Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu Yönetmeliği"nde düzenlenmiştir.

Sigorta Denetleme Kurulu Başkanı, Sigorta Denetleme Uzmanları ve Aktüerler ile bunların yardımcılarının oluşturduğu Sigorta Denetleme Kurulu Başkanlığı, Hazine Müsteşarına doğrudan bağlı olup, Hazine Müsteşarlığı Merkez Teşkilatı'nın gösterildiği "Ek (I) Sayılı Cetvel (A)"da Danışma ve Denetim Birimleri arasında gösterilmiştir. Ek (I) Sayılı Liste (A)'da ise Müsteşarlığa ait ihdas edilen kadrolar içerisinde Sigorta Denetleme Uzmanları ve Aktüerler ile bunların yardımcılarına ilişkin kadrolar gösterilmiştir.

4059 sayılı Kanunun "Müsteşarlıkların Danışma, Denetim ve Yardımcı Birimleri" başlıklı 5'inci maddesinin (a) bendinde Bankalar Yeminli Murakıpları Kurulu (18.6.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile Hazine Müsteşarlığı teşkilatından çıkarılmıştır.) (b) bendinde Hazine Kontrolörleri Kurulu ve (c) bendinde ise Sigorta Denetleme Kurulu tanımlanmıştır.

Sigorta Denetleme Kurulu'nu tanım ve görevlerinin belirlendiği (c) bendinde; Sigorta Denetleme Kurulu'nun, bir başkan, yeterli sayıda sigorta denetleme uzmanı, uzman yardımcısı, aktüer ve aktüer yardımcılarından oluştuğu ve Müsteşara bağlı Kurulun, Sigorta Murakabe Kanunu ve sigortacılıkla ilgili diğer mevzuat ile Sigorta Denetleme Uzmanları, Uzman Yardımcıları, Aktüerler ve Aktüer Yardımcılarına verilen görev ve yetkilerin gerektirdiği denetleme, inceleme ve soruşturma işlerini yürütmek ve sonuçlandırmak ve Müsteşarın Kurul tarafından yürütülmesini uygun gördüğü sigortacılık, mali piyasalar ve kurumlarla ilgili diğer inceleme ve denetleme faaliyetlerinde bulunmakla görevli olduğu belirtilmiştir.

Kanunun 7'nci maddesinde ise, yaptıkları görevin önemi nedeniyle Sigorta Denetleme Uzmanlarının ve Aktüerlerin, müşterek kararla atanması öngörülmüştür.

Sigortacılık sektörünün düzenlenmesi ve denetlenmesine ilişkin hükümleri içeren 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununun 30 ve 32'inci maddelerinde ve bu Kanuna istinaden çıkarılan yönetmeliklerde de, Sigorta Denetleme Kurulu'nun ve bu Kurulu oluşturan sigorta denetleme uzmanlarının ve aktüerlerin, Türkiye'de özel sigortacılık alanında faaliyet gösteren tüm gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetlerini denetlemek ve incelemekle görevli ve yetkili oldukları, devlet daire ve kuruluşları da dahil olmak üzere, bu kişilerce istenen tüm bilgi ve belgelerin kendilerine verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir.

Sigorta Denetleme Uzmanlarının ve Aktüerlerinin mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, atanmaları ile görev, yetki ve sorumlulukları ve denetim usul ve esasları, 08.08.1998 tarih ve 23427 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu Yönetmeliği"nde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. (Madde 6, 7, 16, 17, 18, 22, 24, 25, 26, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 43, 44, 45, 47, 50, 54, 68, 69)

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinden açıkça anlaşılacağı üzere, Sigorta Denetleme Uzmanları ve Aktüerler, Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın merkez teşkilatına dahil denetim elemanları olup, Türkiye düzeyinde denetim inceleme ve soruşturma yapmakla görevli ve yetkili bulunmaktadır. Bu nedenle, Hazine Müsteşarlığı Teşkilatına dahil edilirken 4059 sayılı Kanunun Geçici 8'inci maddesi ile Sigorta Denetleme Uzmanları ve Aktüerler 657 sayılı Kanunda diğer denetim elamanları arasına Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanlarından sonra gelmek üzere eklenmişlerdir. Diğer taraftan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun öngördüğü "Özel Hizmet Tazminatını" ve "Denetim Tazminatını" Hazine Müsteşarlığı merkez denetim elemanı olmaları sıfatıyla, diğer muadili Denetim elemanları gibi, bu Kanunun "Zam ve Tazminatlar" başlıklı Ek Madde (Ek 31/7/1970–1327/71 md. Değişik: 23/2/1995-KHK-547-547/5 md)sine göre almaktadırlar.

Anayasa'ya Aykırılık Nedenleri:

Durum bu iken, 3.4.1997 tarih ve 22953 sayılı (Mükerrer) Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 570 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na ekli "IV Sayılı Makam Tazminatı Cetveli"nin 8'inci sırasının (a) bendinde, makam

tazminatı verilecek olan denetim elemanları arasında yer alması gerekirken, bu konuda yapılan başvurunun reddi hukukun genel ilkelerine ve Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmünü amirdir.

Yine Anayasa'nın 55. maddesinde, "Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır." hükmünü içermektedir.

Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilke ile, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. Anayasa'nın amaçladığı eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Belirlenen bu yasal düzenlemeler ve somut olan birlikte değerlendirildiğinde davacı ile diğer denetim hizmetlerinde çalışan denetim elemanlarının yaptıkları iş ve görev unvanları arasında fark bulunmadığı, buna karşılık IV sayılı Makam Tazminatı Cetvelinin 8/a bendindeki listede eksik düzenleme nedeniyle sigorta denetleme uzmanlarının yer almadığı ve söz konusu tazminattan davacının yararlanamadığı, bu durumun ise TC. Anayasası'nın 10. ve 55. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 570 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na ekli IV sayılı Makam Tazminatı Cetvelinin 8. sırasının (a) bendinin; "Sigorta Denetleme Uzmanı'na yer vermeyen eksik düzenleme nedeniyle TC. Anayasası'nın 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varıldığından; TC. Anayasası'nın 152.

maddesi uyarınca bu konuda bir karar verilmek üzere konunun Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, 31.3.2003 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 20.3.1997 günlü, 570 sayılı KHK ile değiştirilen "IV Sayılı Makam Tazminatı Cetveli"nin 8. sırasının itiraz konusu (a) bendi şöyledir:

"IV SAYILI MAKAM TAZMİNATI CETVELİ

Sıra No	*Kadro ve Görev Ünvan*	*Tazminat Göstergeleri*
…	….	…
8	*a) En az dört yıl süreli yükseköğrenim veren fakülte veya yüksekokulları bitirmiş, birinci dereceli kadroya atanmış ve Türkiye düzeyinde teftiş, denetim veya inceleme yetkisine sahip merkez denetim elemanlarından; Başbakanlık Müfettişleri, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Denetçileri, Bakanlık Müfettişleri, Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları, Hazine Müsteşarlığı Bankalar Yeminli Murakıpları, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Müfettişleri ile Sigorta Müfettişleri, Müsteşarlık ve Genel Müdürlük Müfettişleri, Diyanet İşleri Başkanlığı Müfettişleri, Müsteşarlık Kontrolörleri, Bakanlıkların merkez teşkilatına dahil Genel Müdürlüklerin Kontrolörleri ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişleri, Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Müfettişleri*	*2000*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN ve Mehmet ERTEN'in katılımlarıyla 11.6.2003 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, sigorta denetleme uzmanı ile diğer denetim hizmetlerinde çalışan denetim elemanlarının yaptıkları iş ve görev ünvanları arasında fark bulunmadığı, buna karşılık IV sayılı Makam Tazminatı Cetvelinin 8. sırasının (a) bendindeki listede sigorta denetleme uzmanlarının yer almadığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 570 sayılı KHK ile değiştirilen IV Sayılı Makam Tazminatı Cetveli'nin 8. sırasının itiraz konusu (a) bendinde *"En az dört yıl süreli yükseköğrenim veren fakülte veya yüksekokulları bitirmiş, birinci dereceli kadroya atanmış ve Türkiye düzeyinde teftiş, denetim veya inceleme yetkisine sahip merkez denetim elemanlarından; Başbakanlık Müfettişleri, Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu Denetçileri, Bakanlık Müfettişleri, Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları, Hazine Müsteşarlığı Bankalar Yeminli Murakıpları, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı Müfettişleri ile Sigorta Müfettişleri, Müsteşarlık ve Genel Müdürlük Müfettişleri, Diyanet İşleri Başkanlığı Müfettişleri, Müsteşarlık Kontrolörleri, Bakanlıkların merkez teşkilatına dahil Genel Müdürlüklerin Kontrolörleri ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişleri, Milli Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı Müfettişleri"ne* 2000 gösterge üzerinden makam tazminatı ödenmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi veya toplulukların

yaratılmasını engellemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

İtiraz konusu kuralda sayılan kadro ve görev ünvanlarına sahip kişiler, farklı yasalara tabi olarak farklı görev ve yetkileri yerine getirmekte, genel bütçeli kurumlardan özel bütçeli kurum ve kuruluşlara, bakanlıklardan genel müdürlüklere, özel şirketlere ve kuruluşlara kadar geniş ve değişik denetim alanında görev yapmaktadırlar.

Sigorta denetleme uzmanları ise, Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu mensuplarıdır. Sigorta Denetleme Kurulu, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müşteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile diğer kanunlarda öngörülen görevleri yerine getirmek üzere kanunla kurulmuş bir denetim birimi olup, Sigorta Murakabe Kanunu ile diğer kanunların özel sigortacılıkla ilgili hükümlerinin ve her türlü sigortacılık işleminin denetimini gerçekleştirmek, sigorta şirketlerinin varlıkları, alacakları, özkaynakları, borçları ile kar ve zarar hesapları arasındaki ilgi ve dengelerin ve mali bünyelerini etkileyen diğer tüm unsurların inceleme, araştırma, tespit ve tahlilini yapmak ve bu suretle sigortacılıktan beklenen faydanın sağlanması için sistemin devamlılığının korunması ile ekonomik kalkınmanın gereklerine göre sigortacılığın daha etkin rol almasını sağlamak amacıyla görev yapmaktadırlar.

Buna göre, sigorta denetleme uzmanlarının, itiraz konusu kuralda belirtilen *"En az dört yıl süreli yükseköğrenim veren fakülte veya yüksekokulları bitirmiş, birinci dereceli kadroya atanmış ve Türkiye düzeyinde teftiş, denetim veya inceleme yetkisine sahip merkez denetim elemanlarından olma"* şeklindeki genel koşulları taşıdığı anlaşılmakla beraber, yaptıkları işin niteliği, kapsamı, görev alanları ve yetkilerindeki farklılıklar gözetildiğinde aynı hukuki durumda bulundukları söylenemez.

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

İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 55. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçe ile katılmışlardır.

VI- SONUÇ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 20.3.1997 günlü, 570 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesiyle değiştirilen "IV SAYILI MAKAM TAZMİNATI CETVELİ"nin 8. sırasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 11.3.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

DEĞİŞİK GEREKÇE

Davaya konu yapılan "sigorta denetleme uzmanları"na makam tazminatı öngörülmemesine dair "**eksik düzenleme**"nin, bu statüdeki kamu görevlileri ile kendilerine makam tazminatı öngörülen diğer denetim elemanlarının aynı konumda olmadıkları, bu nedenle aralarında eşitlik ilkesi yönünden bir ayniyetin söz konusu olmadığı, dolayısiyle iptal isteminin reddi gerektiği yolundaki çoğunluk gerekçesine katılamıyoruz. Çünkü, hangi kamu görevlilerine makam tazminatı verileceği konusu tamamen yasa koyucunun takdir hakkı içerisinde olup, yargı kararıyla yasa koyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya zorlamaya imkân bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptal isteminin bu gerekçe ile reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2004/90

Karar Sayısı : 2008/78

Karar Günü : 11.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ürgüp Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu"nun 11. maddesinin ikinci tümcesi ile 28. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 26. ve 34. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Düzenleme kurulu başkanı hazır bulunmadan yapılan toplantı nedeniyle açılan kamu davasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Kanun'un 11. maddesinin 2. cümlesi ve bu maddeye aykırılık nedeni ile müeyyide getiren 28. maddesinin 3. fıkrası, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde öngörülen Cumhuriyetin nitelikleri başlığı altında düzenlenen "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." hükmüne ve 5. maddesinde öngörülen, Devletin temel amaç ve görevleri başlığı altında düzenlenen "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve Demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak suretle sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." hükümlerine aykırıdır.

Şöyle ki; bu maddelerde düzenlenen Cumhuriyetin niteliği ve devletin temel amaç ve görevleri adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı kişinin temel hak ve hürriyetlerini korumaya insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla görevlendirmesine rağmen bu maddedeki düzenleme insanın kendisini geliştirmek, fikirlerini, düşüncelerini demokratik şekilde serbestçe yayma, bunu kolaylaştırmak için toplantılar düzenleme ilkesi ile bağdaşmamaktadır. 2911 sayılı Yasa'nın 11. maddesindeki düzenleme kişilerin toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmasını nerede ise imkânsız hale getirmektedir. Özellikle nüfus olarak küçük olan yerleşim yerlerinde toplantı düzenlemek için ağır bürokratik engelleri aşmak ve 11. maddedeki şartları sağlamak imkânsız hale gelmekte, insanların toplantı ve gösteri yapma isteklerini kırmaktadır.

Yine 2911 sayılı Yasa'nın 11. maddesi Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen maddesi ile 34. maddesinde yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin maddesine de açıkça aykırıdır. Şöyle ki bu maddelerde insanların düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ya da başka yollarla tek başına ya da toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip oldukları, yine önceden izin almaksızın toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip oldukları açıkça belirtilmesine rağmen, insanların bu haklarını kullanmasına ciddi şekilde sınırlama getiren bir düzenleme yapılmış ve hakların kullanılması nerede ise imkânsız hale getirilmiş durumdadır.

Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde düzenlenen dernek kurma ve toplantı özgürlüğü hükmüne de aykırıdır. Maddedeki düzenleme kurulu kendi üyelerinden başkan dahil en az 7 kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulundurmakla yükümlüdür hükmü Anayasa'nın belirtilen maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde kişilere tanınan serbestliği ciddi şekilde kısıtlamakta çoğu zaman bunu tamamen ortadan kaldırmaktadır.

Dosyamızda ki olayda ya da benzer olaylarda, düzenleme kurulunda yer almış ve toplantı gün ve saatinde toplantı yerinde hazır bulunmuş, ancak düzenleme kurulundan bir tanesinin herhangi bir gerekçeyle gelmemesi nedeniyle, yükümlülüğünü yerine getiren kişilerin de cezalandırılması yoluna gidilmesi temel insan haklarına aykırı olduğu gibi Modern Ceza Hukukunun temel prensiplerinden olan "her koyun kendi bacağından asılır" ilkesi ile de hiç bağdaşmamaktadır. 2911 sayılı Yasa'nın 11. ve 28. maddeleri bu anlamda da hiçbir etkin eylemi olmadığı ve üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiği halde şahısların cezalandırılmasını

öngörmektedir. Olayımızda sanıklardan Ünsal Minas dışındakilerin tamamının toplantı gün ve saatinde hazır oldukları halde cezalandırılması amacıyla dava açılmış bulunmaktadır. Burada görevini yerine getirmeyen tek kişi Ünsal Minas olup diğer sanıklar, sanık Ünsal'ın eylemi nedeniyle cezalandırılmaktadır.

Tüm bu nedenlerle itiraz başvurusunda bulunmak gerekmiştir.

SONUÇ VE İSTEM: Yukarıda açıklanan nedenlerle 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Kanun'un 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 2, 5, 26 ve 34.'üncü maddelerine aykırı olduğundan Anayasanın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 28/1 maddesi gereğince Anayasa'ya aykırılığı nedeni ile itiraz yoluyla iptali yoluna başvurmak suretiyle İPTALİNİ talep etmek gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren 11. ve 28. maddeleri şöyledir:

1- "MADDE 11- Toplantı, 6'ncı madde hükümlerine uymak suretiyle bildirimde belirtilen yerde yapılır. **Düzenleme kurulu, kendi üyelerinden başkan dahil en az yedi kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulundurmakla yükümlüdür.** Bu husus, katılanların kimlikleri belirtilmek suretiyle hükümet komiserince bir tutanakla tespit edilir."

2- "MADDE 28- Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis ve onbin liradan yirmibeşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

10'uncu madde gereğince verilecek bildirimde düzenleme kurulu üyesi olarak gösterilenlerden 9'uncu maddede belli edilen nitelikleri taşımayanlar toplantı veya yürüyüşün yapılması halinde, bir aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan onbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

11 ve 12'inci maddelerde yazılı görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında dokuz aydan bir yıl altı aya kadar hapis ve onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

Güvenlik kuvvetlerine veya hükümet komiserine veya yardımcılarına veya hükümet komiseri tarafından toplantı veya yürüyüş safahatının teknik araç ve gereçlerle tespiti için görevlendirilenlere bu görevlerini yaptıkları sırada cebir ve şiddet veya tehdit veya nüfuz ve müessir kuvvet sarfetmek suretiyle mani olanlar hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıl altı aydan beş yıla kadar hapis ve onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur".

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 26. ve 34. maddelerine dayanılmış, 13. ve 38. maddeleri de ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 14.10.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- 11. Maddenin İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Başvuru kararında itiraz konusu kuralın, insanın kendisini geliştirmek, fikirlerini, düşüncelerini demokratik şekilde serbestçe yaymak, bunları kolaylaştırmak için toplantı düzenleme haklarına ciddi sınırlamalar getirdiği, nüfusu küçük olan yerlerde toplantı düzenlemeyi zahmetli bir sürece bağladığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 5., 26. ve 34. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de

Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

2911 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin ikinci tümcesinde, düzenleme kurulunun, kendi üyelerinden başkan dahil en az yedi kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulundurmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'nın 34. maddesinde *"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak,millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."* hükmüne yer verilmiştir.

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 11. maddenin gerekçesinde *"Düzenleme kurulunun toplantının yapıldığı yerde bulunmaları yükümlülüğünü getirmiştir"*; düzenleme kurulunun oluşumunu düzenleyen 9. maddenin gerekçesinde ise *"toplantının düzen içinde geçmesini ve çıkabilecek olaylarda sorumluların ve sorumluluğun tespitini sağlamak için düzenleme kurulunun en az 7 kişiden oluşması …gerektiği"* ifade edilmiştir.

2911 sayılı Yasa'nın *"Düzenleme kurulunun görev ve sorumlulukları"* başlıklı 12. maddesinde düzenleme kurulunun, toplantının sükûn ve düzenini, bildirimde yazılı amaç dışına çıkılmamasını sağlamakla yükümlü ve sorumlu olduğu, kurulun, bunun için gereken önlemleri alacağı ve gerektiğinde güvenlik kuvvetlerinin yardımını isteyeceği, alınan önlemlere rağmen bu yükümlülüğün yerine getirilememesi halinde, kurul başkanının hükümet komiserinden toplantının sona erdirilmesini isteyebileceği, düzenleme kurulunun sorumluluğunun, topluluğun toplantı yerinden tamamen dağılıncaya kadar süreceği hüküm altına alınmıştır.

2911 sayılı Yasa'nın 11. maddesi, yedi kişiden fazla katılımın olduğu toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusunda bir kural getirmektedir. Yediden az kişinin düşüncelerini topluca açıklama hakları doğal olarak mevcuttur. Yedi kişiden fazla olan toplantılarda düzen sağlamak amacıyla öngörülmüş olan kural, Anayasa'nın 34. maddesindeki toplantı hakkını ihlal ediyor biçimde yorumlanamaz.

Diğer yandan, düzenleme kurulunun, kendi üyelerinden başkan dahil en az yedi kişinin toplantının yapıldığı yerde bulundurulması yükümlülüğünün, 2911 sayılı Yasa'da düzenleme kuruluna verilen görev, yetki ve sorumlulukların gereği gibi yerine getirilebilmesinin bir sonucu

olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Bu bağlamda kuralın, toplantının sükun ve düzen içerisinde barışçıl bir ortamda gerçekleştirilmesini amaçlayan, hakkın özüne dokunmayan ve kamu düzeninin korunması amacıyla getirilen bir sınırlama niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 34. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 26. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

B- 28. Maddenin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

1) Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

Mahkemede bakılmakta olan dava, 2911 sayılı Yasa'nın 11. maddesindeki yükümlülüğün yerine getirilmemesine ilişkindir. Bu nedenle, 28. maddenin üçüncü fıkrasına ilişkin esas incelemenin *"11 ve…"* ibaresiyle sınırlı olarak yapılmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

2) Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında itiraz konusu kuralın, 2911 sayılı Yasa'nın 11. maddesindeki yükümlülüğünü yerine getiren kişilerin, bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlerle birlikte cezalandırılmalarına neden olduğu, bu nedenle Anayasa'nın 2., 5., 26. ve 34. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de

Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

2911 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrasında, 11. ve 12. maddelerde yazılı görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında dokuz aydan bir yıl altı aya kadar hapis ve onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezasına hükmolunacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında *"Ceza sorumluluğu şahsidir."* hükmüne yer verilmiştir.

İtiraz konusu kuralda, *"görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında"* denilerek, bu kapsama giren kişilerden söz edilmiştir.

Öte yandan, kuralda yollama yapılan 11. maddedeki görev, her ne kadar düzenleme kuruluna verilmiş ise de, toplantının yapıldığı yerde üyelerin bulundurulması için düzenleme kurulunun zorlama yapma yetkisinin olmadığı da gözetildiğinde, 11. maddedeki görevin yerine getirilmemesine ilişkin ceza sorumluluğunun, toplu değil, kişisel nitelikte olduğu ve kuralın yalnızca toplantının yapıldığı yerde hazır bulunmayanlar için uygulanabileceği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle *"11 ve…"* ibaresi, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

A. Necmi ÖZLER ile Şevket APALAK farklı gerekçeyle karara katılmışlardır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 26. ve 34. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, 11. maddesinin ikinci tümcesinin ve 28. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "11 ve …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 11.3.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

2911 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin en az yedi kişinin katılımıyla düzenlenecek toplantı ve gösteri yürüyüşleri konusunda kural getirdiği, yediden az kişinin düşüncelerini topluca açıklama hakkının doğal olarak mevcut bulunduğu, 28. maddenin üçüncü fıkrasının da toplu ceza sorumluluğu öngörmediği gerekçesiyle, kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığı yolunda çoğunluk görüşüne ulaşılmış ise de;

28. maddenin üçüncü fıkrası gereğince düzenleme kurulu üyelerinden birinin dahi hazır bulunmaması halinde toplantı otomatik olarak yasaya aykırı hale gelmekte olup, yediden az katılımcının ceza yaptırımıyla karşılaşmak ya da toplantıyı iptal etmek dışında seçenekleri kalmamakta, ceza yaptırımının sadece toplantı yerine gelmeyen düzenleme kurulu üyesi için söz konusu olduğunun kabulü halinde ise, bu kişinin toplantıya katılmaktan vazgeçme hakkı ceza tehdidi ile ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Anayasa'da güvence altına alınan şekliyle herkes için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını yeterince gözetmediği açık olan kuralların iptali gerektiği düşüncesiyle, karara katılmamaktayım.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci tümcesinde "Düzenleme kurulu, kendi üyelerinden başkan dahil en az yedi kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulundurmakla yükümlüdür. Bu husus, katılanların kimlikleri belirtilmek suretiyle hükümet komiserince bir tutanakla tespit edilir" 28. maddesinin üçüncü fıkrasında da 11 ve 12'nci maddelerde yazılı görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında dokuz aydan bir yıl altı aya kadar hapis ve onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur" denilmektedir.

Anayasa'nın 34. maddesinin ilk fıkrasında herkesin, önceden izin almadan, silâhsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahip olduğu, ikinci fıkrasında da bu hakkın ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Yasa'nın 11. maddesi ile düzenleme kurulunun, kendi üyelerinden en az yedi kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulundurmakla yükümlü tutulması, bu sayıya ulaşamayanların toplantı yapmalarını engellemekte olup, Anayasa'nın 34. maddesi uyarınca hakkın sınırlandırılmasına değil ortadan kaldırılmasına yol açmaktadır.

Çoğunluk gerekçesinde belirtilen Kural'ın, katılımın yedi kişiden fazla olduğu toplantıları kapsadığı yolundaki yorum ise bu konuda açıklık bulunmaması nedeniyle kabul edilebilir nitelikte değildir.

Yasa'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrasında, "11 ve 12'nci maddelerde yazılı görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında dokuz aydan bir yıl altı aya kadar hapis ve onbin liradan otuzbin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur" denilmektedir. Buna göre 11. madde uyarınca toplantının yapıldığı yerde hazır bulunması gereken en az yedi kişiden gelmeyenler olması durumunda sadece bu kişilerin mi, yoksa düzenleme kurulunun tüm üyelerinin mi ceza yaptırımıyla karşılaşacaklarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Yasa'nın 28. maddesinin getiriliş amacının 11. maddenin uygulanmasını sağlamak olduğu dikkate alındığında, bu maddede cezalandırılması öngörülenleri, 11. maddeye göre toplantının yapıldığı yerde bulunması gereken en az yedi kişiden gelmeyenlerle sınırlı tutup, bu kişileri bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmeyen düzenleme kurulunun

diğer üyelerinin bu kapsam dışında kaldığını kabul etmek olanaklı değildir. Maddedeki ifade biçimi de farklı bir yoruma olanak vermemektedir. Bu tür kollektif bir cezalandırma yönteminin ise Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen cezaların şahsiliği ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

Öte yandan, Yasa'nın 28. maddesinde 11. maddede yazılı görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında ceza yaptırımı öngörülmesi, hazır bulunan kurul üyelerinin, yaptırımla karşılaşmamak için toplantının iptali yoluna gidebilmelerine olanak sağlayacaktır. Böyle bir durum gerçekleştiğinde de toplantı yapmak isteyenler bu haklarını kullanamamış olacaklardır.

Belirtilen nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 34. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

DEĞİŞİK GEREKÇE

Anayasa'nın 26. maddesinde, herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hürriyetine sahip olduğu belirtilmiş, bu özgürlüğün sınırlama nedenleri gösterilmiş, maddeye 4709 sayılı Yasa'yla eklenen son fıkrada da "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir" denilmiştir.

Anayasanın "Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı" başlıklı 34. maddesi şöyledir:

"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."

Anayasa'nın 34. maddesi gereği çıkarılan 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda toplantı ve gösteri yürüyüşünün tanımları

yapılmış, bu kanuna tabi olmayan toplantılar sayılmış ve bu hakkın kullanılmasına ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir.

2911 sayılı Yasa'nın anayasal denetimi yapılırken öncelikle Yasa'nın kapsamı içerisinde olan toplantı ve gösterilerin niteliğinin saptanması gerekmektedir. Yasa'da belirtilen istisnalar dışında örneğin, Anayasa'nın 26. maddesi çerçevesinde topluca yapılan bir basın açıklamasını da bu Yasa'nın kapsamı içerisinde görmek mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay içtihatlarında 2911 sayılı Yasa'da belirtilen usullere uyulmadan yapılan bu tür eylemlerin anılan Yasa'ya göre suç oluşturmadığı kabul edilmektedir (8.Dairenin 6.3.2002 tarih E.2001/9056, K.2002/2381 sayılı, 23.1.2004 tarih E.2002/12823, K.2004/323 sayılı, 17.6.2004 tarih E2003/3291, K.2004/5569 sayılı kararları). Bu nedenle, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen "düşünceyi açıklama ve yayma" özgürlüğünün topluca kullanılmasındaki şekil, şart ve usuller 2911 sayılı Yasa kapsamına giren bir durum olmadığı sürece ayrı bir yasanın konusunu oluşturması gerekir.

2911 sayılı Yasa'ya tabi olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün kamu düzenini bozmadan gerçekleştirilmesi gerektiğinden Yasakoyucu, bu hakkı kullanmak isteyenlerin en az yedi kişiden oluşan bir düzenleme kurulu oluşturmalarını gerekli görmüş ve düzenleme kuruluna bazı yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlülükler, kollektif haklardan olan "toplantı ve gösteri yürüyüşü *düzenleme* hakkı"nın niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Düzenleme kuruluna getirilen yükümlülüklerden biri de, somut olayda da söz konusu olan ve Yasa'nın 11. maddesinde yer alan düzenleme kurulunun "kendi üyelerinden başkan dahil en az yedi kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulundurmak" yükümlülüğüdür. Yasa'nın iptali istenilen 28. maddesinin üçüncü fıkrasında da bu yükümlülüğü yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri hakkında hapis ve para cezası yaptırımı öngörülmüştür. Düzenleme kurulu üyelerine getirilen yükümlülük toplantının yapılacağı yerde hazır bulunmak olmayıp, başkan dahil en az yedi kişiyi toplantı ve gösterinin yapılacağı yerde hazır bulundurmak olduğundan bu durum gerçekleşmediği sürece orada bulunmuş olmak suçun oluşumunu etkilememektedir. Ancak, yargılamayı yapan mahkemenin somut olayda suçun manevi unsuru açısından yapacağı değerlendirme saklıdır.

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne iştirak edeceklerin sayısı önceden belirlenemeyeceğine göre, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzen içerisinde gerçekleştirilebilmesi, suç işleyenler olursa takibinin yapılabilmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunabilmesi amacıyla

Yasakoyucunun, düzenleme kurulundan başkan dahil en az yedi kişinin toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılacağı yerde hazır bulunmasını gerekli gördüğü anlaşılmaktadır. Kuşkusuz sayının daha az belirlenmesi de mümkündür. Ancak, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının niteliği ile Anayasa'da öngörülen sınırlama nedenleri gözetildiğinde bunun ölçüsüz bir düzenleme olduğu söylenemez.

Yasakoyucunun suç ve ceza politikasının gereği olarak Anayasa kuralları ile ceza hukukunun temel ilkelerini gözetmek koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaları belirlemekte takdir hakkı bulunmaktadır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme kurulu üyelerine, başkan dahil en az yedi kişiyi toplantının yapıldığı yerde hazır bulundurmak yükümlülüğü getirilmesi ve buna uyulmaması halinde yaptırım öngörülmesi de bu çerçevede yapılmış bir düzenlemedir. Yasa'nın 11. maddesine göre, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılacağı yerde düzenleme kurulu üyelerinden başkan dahil en az yedi kişinin bulunup bulunmadığı hususu kimlikleri belirtilmek suretiyle hükümet komiserince bir tutanakla saptanacağından, bu saptamayla yeterli kişinin orada bulunmadığını kesin olarak öğrenmiş olan Başkan veya üyelerin, toplantı ve gösteri yürüyüşünün yapılmamasını hükümet komiserinden istemeleri halinde cezai sorumluluklarının olamayacağı açıktır. Bunun aksine bir davranış kimseden beklenilemeyeceğinden, 2911 sayılı Yasa'nın 12. ve 13. maddelerinde bu durum toplantı ve gösteri yürüyüşünün sona erdirilmesi sebebi olarak belirtilmemiş olsa da evleviyetle uygulanması gerekecektir.

Bu nedenlerle itiraz konusu kurallar, Anayasa'nın 34. ve 38. maddelerine aykırı değildir.

Çoğunluk kararına bu gerekçe ile katılıyoruz.

Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Şevket APALAK

KARŞIOY YAZISI

2911 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin ikinci tümcesinde, DÜZENLEME KURULU'nun kendi üyelerinden başkan dahil en az 7 kişiyi toplantının yapıldığı yerde bulunduracağı, bu görevi yerine getirmeyen KURUL ÜYELERİ hakkında 9 aydan 18 aya kadar hapis ve onbin liradan otuz bin liraya kadar ağır para cezası alacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 34. maddesi, herkesin sahip olduğu toplantı hakkının tadat ettiği unsurlar ile sınırlanabileceğini söylemekte iken, itiraz konusu bu kural'da bir sınırlama içermektedir.

Bir temel hak olduğu kuşkusuz "toplantı hakkı" konusunda yapılacak yasal düzenleme; hakkın özüne dokunmadan Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunlukla orantılı bir sınırlama olmalı, ancak özgürlüğü yok etmemeli, amaca ulaşmaya engel olmamalı, kullanmayı ciddi surette güçleştirmemeli ve etkisini ortadan kaldıracak nitelik taşımamalıdır.

Toplantı, Gösteri ve Yürüyüş Kanunu'nun genel gerekçesi ile, yasa'nın ruhuna ve sözüne uygun olarak bakıldığında, düşünce hürriyetinin yayılmasını teminen buna vasıta olacak toplantının genel sınırlama ilkeleri amacı ile örtüştüğü oranda, kamuya zarar vermemesi, suç işlemeyi önlemesi, asayişsiz bir ortam yaratmaması ve ahlaklı bir düzeni de teminen yer, zaman belirlenerek görevli kurulun yetki ve sorumluluklarının belirlendiği ifade edilmeye çalışılmış ise de 11. maddesi kendi içinde anlam ve kapsamı itibarı ile bu genel gerekçe ile örtüşmemektedir.

Toplantılarının küçük ya da büyüklüğü ölçüsü düşünülmeden aslen yedi kişinin bir düzenleme kurulu oluşturması ve toplantının kamu düzenine zarar vermeden amacına ulaşmasında en az yeterli yetki ve sorumluların olay yerinde bulunması isteği, ölçüsüz bir sınırlama gibi anlaşılmayabilir. Ancak küçük ölçekli toplantılarda yedi kişilik bir düzenleme kuruluna ihtiyaç bulunulmasının düşünülmeyeceği de tabiidir.

O halde; bir yandan kendini, mesleğini, sorunlarını geliştirmek isteyen birey ya da tüzel kişilik diğer yandan özünde en az yedi kişi olma zorunluluğu, kalkınmakta olan yörelerde aynı iş kolu ya da meslek grubunda bu yeter sayıda birey bulunamayabileceği, bulunsa da toplantıya katılma zorunluluğu getirilmeyeceği de bir vakıadır.

Konusunda gelişmeye öncülük edecek müteşebbis ruhu ve fikir yayma özgürlüğünü kısıtlayan bu haklı amaca ulaşmak için kural düzenlemenin orantılı bir özgürlük ve zorunluluk içerdiği söylenemez.

Anayasada 34. maddesindeki "herkes" sözcüğü bir bireyin bile gelişimine ve toplumsal bilgilenmeye katkıda bulunma amaçlı ve maddenin genel ilkesi gereğini ifade etmeye çalıştığı düşünüldüğünde, düzenleme ile gelen sınırlama hakkın özünü ortadan kaldırma amaçlı ve ölçüsüz ve amaçla orantısız bir kayıtlama alanı yarattığı, insan hak ve özgürlüğünü sınırlandıran, koruyan bir işlem/eylem sayılmayacak durumu ifade eden düzenlemenin hukuk devleti ilkesine uygun olmaması ile de Anayasa'nın 34. ve 2. maddelerine aykırıdır.

Anılan düzenleme de yerine getirilmesi gereken görev 7 kişiyi toplantı mahallinde bulundurmak ve bunu yapacak olanda kurul yani yine aynı 7 kişi olacaktır. Düzenleme'de toplantıda bulunmayanlar ceza alır demedikçe, yerine getirilmeyen görev sorumluluğu bireysellikten çıkıp kollektifliğe dönmektedir. Kuraldaki bu ifade biçimi hukuk düzeninin aradığı açıklık, belirlilik ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Bu nedenler ile kural Anayasa'nın 2. maddesine, katılmayan üyenin varlığı halinde katılanların ceza almasını önlemek adına toplantıyı iptal katılanları cezalandırma ve toplantı hakkının kullanımını da işlemez hale getirecek bir alan yarattığından Anayasa'nın 34. maddesine de aykırıdır.

Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2003/71

Karar Sayısı : 2008/79

Karar Günü : 11.3.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) Grubu adına Grup Başkanvekilleri Oğuz OYAN ve Haluk KOÇ

İPTAL DAVASININ KONUSU: 5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin;

1- (d) bendinin,

2- (e) bendinin,

3- (f) bendinin ikinci tümcesinin

Anayasanın Başlangıcı ile 2., 3., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlülüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇESİ

1) 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3'üncü Maddesinin (d) Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3'üncü Maddesinin (d) bendi "Taşınmaz edinimi" başlığı altında düzenlenmiş olup, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmelerine ilişkindir.

Yabancıların ülkemizde mülk edinmelerine ilişkin hukuksal rejimimizi değiştirme girişimleri daha önce de olmuştur.

21.06.1984 tarih ve 3029 sayılı Kanun, Bakanlar Kurulunun uygun göreceği yabancı ülke halkına mütekabiliyet şartı aranmaksızın Türkiye'de mülk edinme hakkı getirmişti. Ayrıca, köylerde yabancıların mülk

edinmeleri yasaklanmışken, yabancıların köylerde de mütekabiliyet şartı aranmaksızın Bakanlar Kurulunun uygun göreceği bölge ve illerde arazi ve emlak alabilmeleri esasını getirmişti.

3029 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (E: 1984/14, K: 1985/7)

Daha sonra 1986 yılında çıkarılan 3278 sayılı Kanun ile, yine mütekabiliyet şartı aranmadan yabancılara mülk edinme hakkı tanınmıştır. 3278 sayılı Kanun, iptal edilen 3029 sayılı Kanundaki iptale neden olan benzer hükümleri içermekteydi.

3029 sayılı Kanunda, Bakanlar Kurulunun saptayacağı belli bölgelerdeki mülkler için satış söz konusu iken, 3278 sayılı Kanunda bu da kaldırılarak yabancılara ülkenin tümünde mütekabiliyet şartı aranmaksızın mülk edinme olanağı sağlanmıştı.

Anayasa Mahkemesi, yabancılara Türkiye'de taşınmaz mal edinme hakkı tanıyan 3278 sayılı Kanunu Anayasa'ya aykırı bulmuştur. (E. 1986/18, K. 1986/24)

Yabancıların Türkiye'de taşınmaz mal edinmelerine ilişkin hukuki rejim şöyle gelişmiştir:

Osmanlı İmparatorluğu döneminde; münferit irade ve fermanlarla yapılmış olan padişah ihsanları bir yana bırakılırsa yabancı tüzel kişilerin Osmanlı ülkesinde mülk edinmelerine asla izin verilmemiş ve bu dönemde yabancıya mülk edinme imkanı veren herhangi bir antlaşma da yapılmamıştır. Yabancı gerçek kişilerin mülk edinmelerine imkan sağlayan 7 Sefer 1284 (1868) tarihli Kanunun çıkarılmasında Osmanlı Devletinin o tarihlerde içinde bulunduğu sıkıntılar ve kapitülasyonlarla yabancıların himayesini üstlenmiş bazı batılı devletlerin etkisi yadsınamaz.

Türkiye Cumhuriyeti döneminde ise Lozan Barış Antlaşmasıyla, 7 Sefer 1284 tarihli kanunun kabul ettiği tebaaya temsil sistemi yerini tam bir ahdi mütekabiliyet sistemi getirilmek suretiyle yabancının ülkede mülk edinme imkanı kısmen sınırlanmış, sözü edilen antlaşmayla ahdi mütekabiliyet sistemini kabul eden Türkiye Cumhuriyeti bu antlaşmadan yedi ay kadar sonra, çıkardığı Köy Kanununda yabancı gerçek ve tüzel kişilerin köyde gayrimenkul edinmelerini yasaklamıştır. Böyle bir yasağın yeni kurulan Devlette milli birlik ve beraberliğin korunması ve bilhassa sosyal ve kültürel açıdan gelişmemiş ve Devlet denetiminin istenilen etkinlikte götürülemediği

yörelerin yabancı unsurlara açık tutulmasının yaratabileceği bir takım sakıncalardan duyulan endişe nedeniyle getirildiğinde kuşku yoktur.

Köy Kanunu ile yapılmış olan bu sınırlamayı Tapu Kanununun 35 ve 36'ncı maddelerindeki sınırlama izlemiştir.

İnsan hak ve özgürlüklerini vatandaş gibi yabancıya da tanımış bulunan Anayasa'mız, 16'ncı maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir" ilkesini getirmiştir. Anayasa'nın bu ilke ile gözettiği husus, temel hak ve özgürlükler konusunda yabancılar yönünden getirilecek sınırlamaların milletlerarası hukuka uygun bulunması ve her halde bu sınırlamanın ancak kanunla yapılmasıdır. Milletlerarası hukuku da, Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı antlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve adetler) medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmi ve kazai içtihatlar oluşturmaktadır.

Anayasa'mızın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı, milletlerarası ilişkilerde geçerli olması gereken en önemli unsurun eşitlik olduğunu göstermektedir. Eşitliği sağlayacak hususların en başta geleni ise karşılıklılıktır.

Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası, öğretide en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eden bir prensip olarak izah olunmaktadır. Bu prensibe göre; bir yabancının Türkiye'de bir haktan yararlanabilmesi, Türklerin de o yabancının ülkesinde aynı tür ve nitelikte olan haklardan yararlanmasına bağlıdır. Karşılıklı muamele esası antlaşma ile (ahdi veya siyasi) ya da kanunla (kanuni veya fiili) olabilir. Hukukumuzda, kanuni karşılıklı muamele, yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz mal edinme ve miras hakları konusunda da aranmaktadır.

Yabancının klasik insan hak ve özgürlüklerinden bazılarından vatandaş gibi yararlandırılmamasının, bu hakların kimi sınırlama ya da kısıtlamalara tabi tutulmasının nedenlerini Devleti korumak, onun devamlılığını sağlamak gibi düşüncelerde aramak gerekir. Devletler arasında, ticari, iktisadi, askeri ve kültürel ilişkilerin olabildiğince arttığı, insancıl düşüncelerin son derece yaygınlaştığı günümüzde aynı mülahazaların büsbütün gücünü yitirdiği söylenemez. Tarih boyunca, devletler

ülkelerindeki yabancı unsurlara kuşku ile bakmışlar, bazı hakları onlardan esirgemişler, bazılarını ise kimi koşullara, bağlamak suretiyle sınırlamışlardır. Sınırlamaya tabi tutulan hakların başlıcalarından biri mülk edinme hakkıdır. Zira bu hak, ülke denilen yurt toprağıyla ilgilidir.

Ülke devletin asli ve maddi unsurlarından biridir. Ülke olmadan devlet olmaz. Ülke devlet otoritesinin geçerli olacağı alanı belli eder. Devlet sahip olduğu, kurucu unsur niteliğini taşıyan üstün kudretine dayanmak suretiyle, ülkede yerleşik olan ve devletin diğer asli - maddi unsurunu oluşturan insan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır. Devlet bu asli görevi nedeniyledir ki, ülke üzerinde egemenliğe dayalı üstün bir hakka sahiptir. Toprak ile alakalı konuda insan haklarına saygılı, ölçülü, adil bir sınırlama, Devlet için bir nefsi müdafaa tedbiri niteliğindedir; böyle bir tedbirden vazgeçebilmek çoğu kez olası değildir.

Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesine bağımsız bir devlet olarak kabulünün uluslararası belgesi Lozan Barış Antlaşmasıdır. Bu antlaşmaya ekli İkamet ve Selahiyeti Adliye Hakkındaki Mukavelenamede; yabancıların ülkede mülk edinmeleri konusunda mütekabiliyet şartı öngörülmüş, bu tarihten sonra düzenlenen konu ile ilgili yasalarda ve yapılan bir çok antlaşmada mütekabiliyet şartı getirilmek suretiyle, karşılıklı muamele esası, gerek antlaşmalar hukuku, gerek mevzuu hukuk olarak Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden biri haline dönüştürülmüştür.

Tapu Kanununun 35'inci maddesindeki karşılıklılık ilkesi ve Köy Kanununun 87'nci maddesindeki yasaklayıcı hüküm sayesinde, bugüne kadar ülke topraklarının büyük ölçüde yabancılar eline geçmesi önlenebilmiştir.

Devletlerarası ilişkilerde karşılıklı muamele esası, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarından biridir. Devletlerin ilişkilerinde az ya da çok gelişmişlik, nüfus ve toprak büyüklüğü ve öbür niteliklerinin nazara alınmaması, bunların birbirlerine eşit oldukları prensibine dayanır."

Anayasa'nın 176'ncı maddesinde, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasa'nın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'nın cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2'nci maddesinde ise "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 Devleti" olduğu belirtilmiştir.

Başlangıcın 2'nci paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyetinin "Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu ilkesiyle, devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır.

Başlangıcın 5'inci paragrafında ise "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin ..... karşısında korunma göremeyeceği" ilkesi ile, Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzeni içinde, milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir.

Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmeleri salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır.

4875 sayılı Kanun karşılıklılık aramaksızın yabancı yatırımcılara Türkiye'de şirket kurmak veya Türkiye'de kurulmuş şirkete iştirak etmek suretiyle, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mal edinmek hakkını tanıyarak, bu eşitliği ve dengeyi bozmuş; Anayasa'nın Başlangıç'ının ikinci paragrafına aykırı bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Karşılıklılık aranmadan, Türkiye'de belli ölçüde yatırım yapması, belli sayıda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşını işçi olarak çalıştırması veya yatırım alanı bakımından Türkiye'de taşınmaz edinmesinin zorunlu olması gibi koşullar konulmadan yabancı yatırımcılara Türkiye'nin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına açık olan her bölgesinde taşınmaz edinme hakkı tanınmasında bir kamu yararı yoktur. Çünkü Türkiye'ye olumlu bir katkı söz konusu değildir.

Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık koşulu olmaksızın veya kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmelerine imkan sağlayan 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar

Kanunu'nun 3'üncü Maddesinin (d) bendi; Anayasa'nın 3'üncü maddesi ile Anayasa'nın Başlangıç kısmının 1 ve 5'inci paragraflarında yer alan Türkiye Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine de aykırıdır. Çünkü yabancıların kolayca satınalma yoluyla ülke topraklarını ele geçirmelerine imkan vermektedir.

Anayasa'nın çeşitli maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasa'nın 2'inci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasa'nın 11'inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesiyle de bağdaşmaz.

Bu nedenle, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu nun 3'üncü maddesinin Anayasa'nın 2, 3 ve 11'inci maddeleri ile Başlangıç kısmının 1, 2 ve 5'inci paragraflarına aykırı olan (d) bendinin iptalinin gerekli olduğu düşünülmektedir.

2) 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3'üncü Maddesinin (e) Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3'üncü Maddesinin (e) bendi "Uyuşmazlıkların çözümü" başlığı altında düzenlenmiştir.

Bu madde hükmüne göre, özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Bilindiği üzere, Türkiye uluslararası tahkim açısından önemli Anayasal ve yasal değişiklikler yapmıştır. Önce, 4446 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 47, 125 ve 155'inci maddeleri değiştirilmiştir.

Anayasa'nın 47'inci maddesine "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla düzenlenir." hükmünü taşıyan bir fıkra eklenmiştir.

Anayasa'nın, Danıştay'ın "İmtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini inceleme" yetkisini düzenleyen 155'inci maddesi değiştirilerek, "inceleme" yetkisi "düşünce bildirmeye" dönüştürülmüştür.

Anayasa'nın 125'inci maddesinde yapılan değişiklikle "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletler arası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletler arası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." hükmü getirilmiştir.

Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair 4501 sayılı Kanun ile 125'inci maddedeki "yabancılık unsuru" tanımlanmıştır. Yabancılık unsuru; sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından her birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden birini ifade eder." denilmiştir. Yani yabancı ortağı yoksa bile, işin yürütülmesi yurt dışı kaynak gerektiriyorsa ulusal şirketlerin de uluslar arası tahkime gidebilmesinin yolları açılmıştır.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3'üncü Maddesinin (e) bendi ile getirilen "uyuşmazlıkların çözümü" başlıklı düzenlenmede ise, özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uluslararası tahkime olanak sağlanmıştır.

Anayasa'nın 125'inci maddesi, özel hukuka tabi olan sözleşmeleri değil, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletler arası tahkim yoluyla çözülmesini düzenlemektedir.

Bir başka ifadeyle, Anayasa'nın 125'inci maddesi, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesine izin vermektedir. 125'inci maddedeki tahkim olanağı, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerini kapsamamaktadır. İdare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinin de kapsama alınması, tahkimin sınırlarının Anayasa'dakinden genişletilmesi anlamına gelmektedir.

Anayasa'nın izin verdiği, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin milli veya milletler arası tahkim aracılığıyla çözümüne

ilişkin düzenlemeye, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların milli veya milletler arası tahkim aracılığıyla çözümünün eklenmesiyle, Anayasa'nın 125'inci maddesine açıkça aykırı olan bir düzenleme ortaya çıkmıştır.

Anayasa'ya aykırı bir hükmün Anayasa'nın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ve 11'inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da düşünülemez. Yukarıda açıklanan nedenlerle; 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3'üncü maddesinin Anayasa'nın 2, 11 ve 125'inci maddelerine aykırı olan (e) bendinin iptalinin gerekli olduğu düşünülmektedir.

3) 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3'üncü Maddesinin (f) Bendinin İkinci Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3'üncü maddesinin (f) bendinin ikinci cümlesi aşağıdaki gibidir:

"Yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmeleri esas alınır."

Anayasa'nın 6'ıncı maddesine göre: Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.

Yani Türk Milleti, egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Bu maddede anılan yetkili organlar, Anayasa'nın 5, 6 ve 7'nci maddeleri ile belli edilmiştir. Bu maddeler hükümlerine göre yasama yetkisi TBMM'ne, yargı yetkisi bağımsız mahkemelere aittir. Yürütme görevi de Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir.

Anayasa'nın 9'uncu maddesine göre ise; yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.

Anayasa'nın yargı yetkisi başlıklı 9'uncu maddesinde, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bağımsız mahkemeler, Anayasa'nın 6'ncı maddesinde konulan esaslara göre, ulus egemenliğini yargı alanında kullanan yetkili organlardır.

Anayasa'mızın 6 ve 9'uncu maddeleri birlikte düşünüldüğünde, bir başka devletin yargı organı kararlarının veya tespitlerinin Türk hukuk sisteminde geçerli olması mümkün değildir. Bir başka devletin yargı organı kararlarının veya tespitlerinin Türk Mahkemelerinde geçerlilik kazanabilmesi için, bunların Türk Mahkemeleri kararı ile istenmesi ve verdikleri kararlar ile tespitlerin yine Türk Mahkemeleri tarafından benimsenmesi gerekir.

Diğer yandan; yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, bunların değerlendirmelerinin menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerinin esas alınması suretiyle yapılması, Türk mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığını da ciddi bir şekilde zedeleyecektir.

Hakimlerin uygun gördükleri kişileri bilirkişi olarak seçememeleri ve verecekleri kararda söz konusu (f) bendinde tanımlanan makam, bilirkişi ya da uluslar arası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerini esas almak zorunda bırakılmaları Anayasa'nın 6, 9 ve 138'inci maddelerine aykırıdır. Hakimlerin bilirkişilerin değerlendirmelerini dikkate almaları, gerektiğinde belirtilen görüşten farklı bir karar vermeleri ayrı bir şeydir, kararların doğrudan bilirkişi değerlendirmeleri esas alınarak verilmesi ayrı bir şeydir.

Kaldı ki hakimin ve mahkemenin kimi bilirkişi tayin edeceğini seçmeye hakkı olmalıdır.

Bu nedenle söz konusu 3'üncü maddenin (f) bendinin ikinci cümlesi, Anayasa'nın 138'inci maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın çeşitli hükümlerine aykırı bir düzenlemenin Anayasa'nın 2'inci maddesindeki hukuk devleti ve 11'inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle; 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3'üncü maddesinin (f) bendinin, Anayasa'nın 2, 6, 9, 11 ve 138'inci maddelerine aykırı olan ikinci cümlesinin iptalinin gerektiği düşünülmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

05.06.2003 tarih ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun 3'üncü maddesinin (d) ve (e) bentleri ile (f) bendinin ikinci tümcesinin

uygulanması halinde, giderilmesi olanaksız durum ve zararlar doğacaktır. Bu zararlar, özellikle Türkiye'de şirket kuran veya şirkete katılan yabancı yatırımcıların karşılıklılık aranmadan Türkiye'de taşınmaz mal satınalması konusunda çok belirgin bir nitelik kazanacak ve ülkenin topraklarının kolayca yabancılara geçmesine yol açacaktır.

Bu durum ve zararları önleyebilmek için, söz konusu hükümlerin yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun iptali istenilen kuralları da içeren 3. maddesi şöyledir:

"Doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin esaslar

MADDE 3.- a) Yatırım serbestisi ve millî muamele

Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe;

1- Yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir.

2- Yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidirler.

b) Kamulaştırma ve devletleştirme

Doğrudan yabancı yatırımlar, yürürlükteki mevzuat gereğince; kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırılamaz veya devletleştirilemez.

c) Transferler

Yabancı yatırımcıların Türkiye'deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalar karşılığında ödenecek meblağlar ile dış kredi ana para ve faiz ödemeleri, bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir.

d) Taşınmaz edinimi

Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmeleri serbesttir.

e) Uyuşmazlıkların çözümü

Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilinir.

f) Nakit dışı sermayenin değer tespiti

Nakit dışındaki sermayenin değer tespiti, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılır. **Yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmeleri esas alınır.**

g) Yabancı personel istihdamı

Bu Kanun kapsamında kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verilir.

27.2.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 23'üncü maddesi uyarınca Hazine Müsteşarlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikte; yabancı sermayeli şirket ve kuruluşlardan hangilerinin bu kapsama gireceği ile söz konusu yönetmelik kapsamında izin verilecek kilit personelin tanımı ve çalışma izinlerine ilişkin özel nitelikteki diğer esas ve usuller belirlenir.

Bu kapsamda istihdam edilecek personele, 4817 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uygulanmaz. İstihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personele, 4817 sayılı Kanunun 13'üncü maddesinin birinci fıkrasının hangi durumlarda uygulanacağı hazırlanacak yönetmelikte belirlenir.

h) İrtibat büroları

Müsteşarlık, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye'de ticarî faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma izni vermeye yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 3., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılımlarıyla 7.10.2003 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklamalar

5.6.2003 Günlü, 4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 17 Haziran 2003 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. 4875 Sayılı Kanun, yürürlük ve yürütme maddeleri dahil toplam yedi maddeden oluşmaktadır.

4875 sayılı Kanunun 3. maddesinin (d) ve (e) bentleri ile (f) bendinin ikinci cümlesinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptal davası açılmıştır. Yasa'nın 3. maddesinin iptali istenilen (d) bendi, yabancı yatırımcıların Türkiye'de taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinmelerinin serbest olduğuna; (e) bendi, yabancı yatırımcıların Türkiye'deki yatırım faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda milli veya milletlerarası tahkime başvurulabileceğine; (f) bendinin ikinci cümlesi ise, yabancı yatırımcı tarafından Türkiye'de şirket kurulurken yabancı ülkede kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde bu menkul kıymetlerin değerinin hangi yöntemle tespit edileceğine ilişkindir.

4875 sayılı Kanun'un amacı, Kanun'un 1. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, Kanunun amacı; doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi,

yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulması, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesi ve yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasların düzenlenmesidir.

4875 sayılı Kanunun 2. maddesinde ise, *"yabancı yatırımcı"* ve *"doğrudan yabancı yatırım"* kavramları tanımlanmıştır. Buna göre, *"yabancı yatırımcı"* kavramı, Türkiye'de doğrudan yatırım yapan, yabancı gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları ifade etmektedir. *"Doğrudan yabancı yatırım"* kavramı ise Kanunun 2. maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: Doğrudan yabancı yatırım, Yabancı yatırımcı tarafından, yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları; yurt içinden sağlanan; yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla; yeni şirket kurmayı veya şube açmayı veya menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı ifade etmektedir.

Doğrudan yabancı yatırımlar konusu, 4875 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce, 1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu ile düzenlenmiş bulunuyordu. Bu iki Kanunda yer alan düzenlemeler arasındaki başlıca benzerlikler ve farklılıklar özetle şöyledir:

1954 tarihli, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'a göre, yurt dışında yerleşik kişi ve kuruluşların Türkiye'de yatırım yapmaları, ticari faaliyette bulunmaları, ortaklığa katılmaları, hisse almaları, ticari faaliyette bulunmaları, şube açmaları ve irtibat bürosu kurmaları; sözü geçen etkinliklerin, ülkemizin ekonomik kalkınmasına yararlı olması, Türk özel sektörüne açık bulunan bir faaliyet sahasında çalışılması kaydıyla serbestti ve yerli ve yabancı yatırımcılar kural olarak aynı hak ve yükümlülüklere sahip bulunuyorlardı.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na göre de; Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de doğrudan

yabancı yatırım yapılması serbesttir ve yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye (milli muamele ilkesine) tabidirler.

4875 sayılı Yasada, yatırım serbestisi daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmiş ve önceki yasada aranan kimi koşulların aranmasından vazgeçilmiştir. Bununla beraber, yatırım serbestisi ve milli muamele ilkesine, "uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe" şeklinde bir sınırlama da getirilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 815 sayılı Türkiye Sahillerinde Nakliyatı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Karasuları Dahilinde İcrayı Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu gibi çeşitli yasalarda kamu düzeni, kamu güvenliği, kamu sağlığı ve kamu yararı gerekçeleriyle öngörülmüş bulunan kısıtlamalar etkisini devam ettirmektedir. Ayrıca, 3213 sayılı Maden Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu ve 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu gibi kimi yasalarda yer alan izin alma zorunluluğu da varlığını sürdürmektedir.

4875 sayılı Kanunla, yabancı sermayeli olarak kurulacak şirketlerin şirket kuruluşu için Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğünden almak zorunda oldukları ön izin kaldırılmıştır. Önceki mevzuatta, Türkiye'de yabancı yatırım yapılması izin sistemine bağlı tutulmuşken yeni Yasada bu noktada izin ve onay koşulu aranmamakta, bunun yerine Hazine Müsteşarlığına bilgi verilmesi yeterli görülmektedir.

Yasa'nın 2. maddesine göre, yabancı ülke vatandaşı gerçek kişiler ile yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşların yanı sıra, yurtdışında yerleşik Türk vatandaşları da yabancı yatırımcı sayılmaktadır. Önceki yasada ise yurt dışında yerleşik Türk vatandaşlarının yabancı yatırımcı tanımına dahil edilmesi söz konusu değildi.

Yasa'nın 3. maddesinin (d) bendinde, *"Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbesttir"* hükmüne yer verilmiştir.

(e) bendinde de, "Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması

ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilinir" hükmü yer almıştır.

4875 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce de, hem Anayasanın 125. maddesinde kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesine olanak tanınmıştı, hem de Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, pek çok ülkeyle yaptığı yatırımların karşılıklı korunması ve teşvik edilmesi konusundaki ikili uluslararası antlaşmalarda yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde tahkim usulüne başvurulabileceğine ilişkin hükümlere yer verilmişti.

Böylece, önceki yasal rejimde, Anayasada ve çeşitli uluslararası andlaşmalarda düzenlenmekle birlikte yabancı yatırımlar konusundaki özel yasa olan Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiş olan tahkim konusu, yeni yasal rejimde, uyuşmazlık durumunda yabancı yatırımcıların milli veya milletlerarası tahkime başvurabilmeleri güvence altına alınarak Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Önceki rejimde, yabancı yatırımcılar için getirmeleri gereken asgari bir sermaye miktarı öngörülmüşken yeni rejimde, yabancı yatırımcılar için özel bir kurala yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde Anonim ve Limited şirket kurulabilmesi için gerekli olan asgari sermaye miktarlarına ilişkin hükümlerin hem yerli hem de yabancı girişimciler için uygulanacağı açıktır.

B- Yasa'nın 3. Maddesinin (d) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 4875 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (d) bendi ile, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık koşulu olmaksızın kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerine imkan sağlandığı; bu durumun Anayasanın Başlangıç kısmı ile 2., 3. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen (d) bendinde, taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinilmesi konusunda, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla aynı statüde değerlendirildikleri, aralarında hiçbir fark gözetilmediği, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer

verilmediği görülmektedir. Böylece, herhangi bir miktar kısıtlaması olmaksızın ve yatırım faaliyeti bakımından gerekli olup olmadığına bakılmaksızın yabancı yatırımcılar Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebileceklerdir.

Bilim ve teknolojideki gelişmeler, artan ulaşım ve iletişim olanakları, ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerde beliren yeni yapılanma gereksinimleri, uluslararası ilişkilere yoğunluk ve yeni boyutlar kazandırmıştır. Bunun sonucu olarak kimi durumlarda yabancı yatırımcılara mülk edinme hakkının tanınması ve buna koşut olarak da konunun ülke koşullarına göre belli yasal sınırlamalara bağlı tutulması gereği ortaya çıkmıştır.

Anayasa'nın Cumhuriyet'in niteliklerini belirleyen 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmaktadır. Bu maddeyle göndermede bulunularak Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilen Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci paragrafında ise, hiçbir faaliyetin, Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin karşısında korunma göremeyeceğine işaret edilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde de, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır.

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 5. maddesi bağlamında anlam ve içerik kazanan 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 bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Dava konusu yasa kuralıyla yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbesttir denilmiştir. Hukuk devletinin yukarda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır; İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Dava konusu Yasa kuralı, Anayasanın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasanın Başlangıcı ile 3. ve 11. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

C- Yasa'nın 3. Maddesinin (e) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen Yasa kuralıyla, özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uluslararası tahkime olanak sağlandığı, oysa Anayasa'nın 125'inci maddesinde, sadece kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin düzenlendiği; 125'inci maddedeki tahkim olanağının, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerini kapsamadığı, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinin de kapsama alınmasının, tahkimin sınırlarının Anayasa'ya rağmen genişletilmesi anlamına geldiği; Anayasa'nın izin verdiği, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin milli veya milletlerarası tahkim aracılığıyla çözümüne ilişkin düzenlemeye, idare ile yatırımcı arasındaki özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim aracılığıyla çözümünün eklenmesiyle, Anayasa'nın 125'inci maddesine açıkça aykırı olan bir düzenleme ortaya çıktığı; Anayasa'ya aykırı bir hükmün

Anayasa'nın 2'nci maddesindeki hukuk devleti ve 11'inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür.

Dava konusu Yasa kuralına göre, *"özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar"* ile *"kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözümlenmesi için"* milli veya milletlerarası tahkim yoluna başvurulabilecektir.

Dava konusu Yasa kuralıyla yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için tahkim yoluna gidilebilmesi iki koşula bağlanmıştır. Bunlardan birincisi ilgili tarafların anlaşması kaydıyla tahkime gidilebilmesi, ikincisi ise, ilgili mevzuatta aranan koşulların gerçekleşmesi şartıyla tahkime başvurulabilecek olmasıdır. Bu itibarla, yatırım uyuşmazlıklarında tahkim yoluna gidilebilmesi için, başta 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu olmak üzere ilgili yasalarda öngörülen bütün koşulların gerçekleşmiş olması şarttır.

Dava konusu Yasa kuralıyla, yatırım uyuşmazlıklarının çözümü bağlamında, görevli ve yetkili mahkemelere başvurulabilmesi imkanı ortadan kaldırılmamış, taraflara bu konuda seçim hakkı tanınmıştır. Böylece, taraflar, isterlerse uyuşmazlığın çözümü için devlet mahkemelerine, bunu tercih etmemeleri durumunda ise, HUMK'na tabi olan milli tahkim yoluna başvurabilecekleri gibi, Milletlerarası Tahkim Kanunu ve ilgili diğer ulusal ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde cereyan edecek olan milletlerarası tahkim yoluna ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurabileceklerdir.

Anayasanın 125. maddesinde sadece, imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkime gidilebileceğine dair bir hüküm yer almaktadır. Bununla birlikte, Anayasanın hiçbir maddesinde, özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar için tahkime başvurulabilmesine engel teşkil eden yasaklayıcı bir kural bulunmamaktadır.

Bu nedenle, yabancı yatırımcının tarafı olduğu ve özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar hakkında tahkim yönteminin uygulanmasına yasayla izin verilmesinde Anayasayla bağdaşmayan bir yön bulunmadığından dava konusu kural Anayasanın 125. maddesine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Şevket APALAK bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasanın 2. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Yasa'nın 3. Maddesinin (f) Bendinin İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 4875 sayılı Yasanın 3. maddesinin (f) bendinin iptali istenilen ikinci tümcesinin Anayasaya aykırılığı bağlamında özetle; egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu; Türk Milletinin egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullandığı; Yetkili organların yasama yetkisini kullanan TBMM, yargı yetkisini kullanan bağımsız mahkemeler ile yürütme yetkisini/görevini kullanıp/yerine getiren Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan ibaret bulunduğu; Yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ve Anayasanın 6. ve 9. maddelerinin birlikte düşünülmesi halinde, bir başka devletin yargı organı kararlarının veya tespitlerinin Türk hukuk sisteminde geçerli olamayacağı; bir başka devletin yargı organı kararlarının veya tespitlerinin Türk Mahkemelerinde geçerlilik kazanabilmesi için, bunların Türk Mahkemeleri kararı ile istenmesi ve verdikleri kararlar ile tespitlerin yine Türk Mahkemeleri tarafından benimsenmesi gerektiği; yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, bunların değerlendirmelerinin menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerinin esas alınması suretiyle yapılmasının, Türk mahkemelerinin ve hakimlerin bağımsızlığını zedeleyeceği; hakimlerin uygun gördükleri kişileri bilirkişi olarak seçememeleri ve verecekleri kararda dava konusu (f) bendinde tanımlanan makam, bilirkişi ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmelerini esas almak zorunda bırakılmalarının Anayasanın 6, 9 ve 138'inci maddelerine aykırı olduğu savı ileri sürülmüştür.

Yasanın 3. maddesinin (f) bendinin dava konusu ikinci tümcesinde, "*yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının değerlendirmeleri esas alınır"* hükmü yer almaktadır.

Buna göre; yabancı ülkelerde kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin değeri, -Menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişiler tarafından, -Menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamlar tarafından veya -Uluslararası değerlendirme kuruluşları tarafından belirlenebilecektir.

Anayasanın, "Egemenlik" başlığını taşıyan 6. maddesinde; *"Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz."* hükmüne yer verilmiş; "Yargı Yetkisi" başlığını taşıyan 9. maddesinde de *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."*denilmiş; "Mahkemelerin bağımsızlığı" başlığını taşıyan 138. maddesinde ise *"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* düzenlemesine yer verilmiştir.

İptali istenilen yasa kuralında, yabancı yatırımcı tarafından Türkiye'de bir şirket kurulması veya kurulu bir şirkete ortak olunması sırasında, sermaye olarak yurt dışında kurulu bulunan şirketlerin menkul kıymetlerinin getirilmesi halinde, bu şirketlerin menkul kıymetlerinin değerlendirilmesi gerektiğinde, bu değerlendirmeyi yapması için Türk mahkemelerince bilirkişi tayin edilmesinin söz konusu olmayacağı; bunun yerine, sözü edilen menkul kıymetlerin değerinin tespiti noktasında yasada sözü edilen makam, bilirkişi ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının yapacakları değerlendirmelere itibar edileceği açıkça belirtilmektedir.

Bu nedenle, (f) bendinin ikinci tümcesinde sözü edilen yabancı makam, bilirkişi ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının söz konusu menkul kıymetlerin değerine ilişkin yapmış oldukları tespit veya değerlendirmeler hakkında (bunların gerçeği yansıtmadığı, değerlendirmede hile yapılmış olduğu vb. iddialarla) Türk mahkemelerinde bir dava açılması durumunda, Türk mahkemelerinin uyuşmazlığın çözümünde sözü edilen değerlendirmelerle bağlı olacağı sonucuna varmak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasanın 6., 9. ve 138. maddelerine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasanın 2. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'ya aykırı olduğundan, iptaline karar verilen kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM İçtüzüğü ya da bunların belirli madde veya hükümleri iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlükten kalkar. Ancak, Anayasa Mahkemesi iptal kararı ile meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görürse, boşluğun doldurulması için iptal kararının yürürlüğe gireceği günü ayrıca kararlaştırabilir.

4875 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin dava konusu (d) bendinin iptaline karar verilmesi ile meydana gelen hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, yeni düzenleme yapılabilmesi için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin;

A- (d) bendine ilişkin iptal hükmünün süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu bende yönelik YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

B- (e) bendine ve (f) bendinin ikinci tümcesine yönelik iptal istemleri, 11.3.2008 günlü, E.2003/71, K.2008/79 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bent ve tümceye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

11.3.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin;

A- 1- (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Şevket APALAK'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (f) bendinin ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- İptal edilen (d) bendinin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

11.3.2008 gününde karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5.6.2003 günlü, 4875 sayılı "Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu"nun genel amacı, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin yerli yatırımcılarla aynı haklara sahip bulunması ve onlarla aynı yükümlülüklere tâbi olmasıdır. Çünkü, bu şirketler Türk hukukuna göre kurulacak, tüzel kişilik kazanacak ve faaliyet göstereceklerdir. Öğreti ve uygulamada da Türkiye'de ve Türk hukukuna göre kurulmuş ve idare merkezi Türkiye'de bulunan yabancı sermayeli ortaklıkların Türk uyruklu olduğu kabul edilmektedir.

4875 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 6224 sayılı "Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu"nun 10. maddesinde "Yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan bütün haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan, aynı

sahalarda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüsler de aynı şartlar dahilinde istifade ederler" denildiğinden; yabancı yatırımcılar Türkiye'de taşınmaz edinimi ve sınırlı ayni haklar bakımından yerli yatırımcılarla eşit muameleye tâbi tutulmaktaydılar. Diğer bir deyişle, 4875 sayılı Kanun'un 3/d maddesi ile getirilen taşınmaz edinimi (sınırlı ayni haklar dahil) olanağı eski uygulamaya nazaran yeni bir düzenleme niteliğini taşımadığı, yabancı yatırımlar hukuku alanında düzenleme ve uygulamanın devam ettirildiği görülmektedir.

Türkiye'de yatırım ve üretim faaliyetinde bulunacak olan yabancı yatırımcının asıl hedefi taşınmaz edinmek olmayıp, planladığı yatırım ölçeğinde pazarda pay için üretim ve sermaye yatırımının getireceği sınıra bağlı olası kâr transferidir, kaldı ki olası kârın; ülke içinde kalarak rekabet edebilme, kalite, fiyat avantajını muhafaza, büyüyen pazara yetişmek için teknoloji yenileme, araştırma ve geliştirme konularına büyük oranda ayrılacağı da bir başka gerçektir.

Doğrudan yabancı yatırım, sadece kazanç sağlama amacı ile yapılan (hisse senedi alımları hariç) üretim işletmelerinin alınması, kurulması, ya da ortaklık edinilmesi olup yabancı yatırımcı yönünden başka ülkede kalıcı ekonomik çıkar elde etmek ve sermaye yatırımcısı ile ülke arasında uzun dönem bağımlılığı ifade etmektedir.

Yabancı sermaye çekmeye yönelik iptali istenen düzenleme yönünden Türk vatandaşının edinimine açık bölgelerde, karşılıklılık koşulu aranmadan, miktar sınırlanması yapılmadan, yatırım faaliyeti yönünden gerekliliği belirlenmediği hususları kararın gerekçesi olmuştur.

Doğaldır ki, yabancı yatırımcı sermayesinin gerektirdiği yatırım planı ve programı ile ilgili taşınmaz ya da sınırlı ayni hak edinecektir. Kaldı ki, aynı alanda faaliyet gösteren yerli şirketlere tanınan hak ve muafiyetlerden aynı şekilde yararlanma hakkına sahip yabancı sermayeli Türk şirketi, yerli sermayeli Türk şirketi ile aynı sorumluluğu taşımakta olup yatırımcı sermaye grubu, yatırım teşvik sistemine göre halen ülkede dört ilde ücretsiz olmak üzere ücretsiz arazi, gelir vergisi indirimi, enerji desteği, KDV muafiyeti, faiz desteği gibi v.b., çeşitli teşviklerden doğrudan ve eşit şekilde yararlanmaktadır.

Mahkeme'miz çoğunluk gerekçesinde "yabancı yatırımcı" kavramını salt yabancılık hassasiyeti (toprak ülke varlığı arası ilişki) üzerine tanımlamış, Tapu Kanunu denetiminde öne çıkan gerekçeler, doğrudan yabancı yatırım içeriği dikkate alınmadan kullanılmıştır.

Mülk edinme ile ortaya çıkan Tapu Kanunu'nu yönünden değerlendirmeler, bağlı yabancı sermayenin bireyi aşan ülke ekonomik kalkınması için olan elzemliği bir yana teknoloji transferi, know-how, yönetim becerisi, dış pazarlara erişim, istihdam artışı, ülke ödeme dengesine katkı, üretim kapasite artışı, dış ticaret kısıtlamalarından kurtulma gibi sayısız yararları ülke adına beraberinde getirdiği, şirketler hukuku yönünden Türk hukuk sistemine dahil olduğu, kamusal yararın bireysel yararın ötesine geçtiği verileri, yasanın amaçsal yorumu yönünden değerlendirilmemiştir.

Yasa'da yabancı yatırımcı kavramı içinde, yabancı gerçek ya da tüzel kişi kadar yurt dışında yaşayan, ikamet eden TÜRK VATANDAŞLARI'da sayılmakta ve bunların bu ülkede kuracakları Türk şirketi aracılığı ile yapacakları yatırımlarının desteklenmek istendiği görülmektedir.

Amacın Türk ekonomisine sermaye katkısı sağlanması ve kalıcı yatırımın ülkeye yönlendirilmesi iken; sermayenin rengi, pasaportu olmadığı unutularak, taşıyanın adı önündeki milliyet ya da Türk vatandaşları yönünden ülke milli sınırı dışında yaşıyor olmasını bile bir yabancılık hassasiyeti dahilinde görüp kabul eden kararın bizatihi kendisi yurtiçi ve dışında yaşayan T.C. vatandaşları yönünden Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık yaratmaktadır.

Bir diğer ifade ile; Türkiye'de yaşayan Türk'ün kuracağı Türk yatırım şirketi ile Türkiye'de dışında yaşayan Türklerden oluşan ancak Türkiye'de kurulacak yatırım şirketi yönünden haklarının eşit olmadığını ifade eden kararla oluşturulan farklı statü; ayrımcılık ve eşitsizlik yaratmaktadır.

Bu anlamda bir Türk şirketi olan yabancı yatırımcı şirketin ortağının milliyetine bakılarak, Türk hukuku ve ekonominin ulusal çıkarları adına endişe duyuluyor olmasına katılmak mümkün olmamıştır.

Kaldı ki, netice olarak doğrudan yabancı yatırımlarda karşılıklılık beklenmediği sürece ülke yararı adına adeta sermaye ihraç etmeden bir nevi ithal etme kolaylığı getirilmekte, gelen sermaye adı üstünde doğrudan yatırıma veya yatırımlara ülkede uygulanan teşviklerden yararlanmaya özgülenmekte ve de zaten yatırım dışı alanlarda taşınmaz edinmek konusunda, Tapu Kanunu, Askeri Yasak-Güvenlik Bölgeleri Kanunu, Mukabele-i Bilmisil Kanunu, Hilafetin Kaldırılmasına ilişkin 431 sayılı Kanun, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu, Tarım Reformu Kanunu, 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu gibi kanuni sınırlamalarda kanuni ve fiili karşılık olarak yabancının taşınmaz ediniminin önünde durmaktadır.

Günümüzde doğrudan yabancı yatırımın, kamu adına dış yardım ya da dış krediden kamu adına daha az yararlı ve faydalı olduğunu söylemek olası değildir.

Doğrudan yabancı yatırımın getirdiği eleştiri ve sorunları izole etmek de yasa koyucunun işidir. Bu anlamda yararı eleştirisinden yüksek ve öncelikli yabancı sermaye ve yatırımcısına avantaj sağlayan düzenlemelerde karardaki çoğunluk görüşünde yeralan "hak iktisabında kullanım şekli ve devrine ilişkin belirsizlikler" ifadesi, Sermaye Piyasası Kanunu, Borçlar Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve bunlarda her an değişiklik yapma yetkisine haiz yasa koyucu var oldukça neyin ifade edildiği, ya da belirsizliğin ne olduğu konusunda kendi belirsizliğini korumaktadır. Ekonomi, yasa koyucunun eko-siyasasına göre yönetilir, Anayasal denetimi ile, kural düzenlemenin gayesinin Anayasa'nın normatif düzenini uygunluğunu araştırılmak olmalı, yargı kararları ile şekillendirilmemelidir.

Taşınmaz mülkiyeti ile, sınırlı aynî hakların; Türk hukuk sisteminde ticari şirketler yönünden nasıl kullanılacağı ya da devri yönünden bir belirsizlik bulunmaması, yabancı yatırımcının doğrudan yatırım yapmakta ki amacının da SALT ana sözleşmesine endekslenmiş yatırım faaliyet alanı olacağı gözetildiğinde, taşınmaz ya da sınırlı ayni hak iktisap amacının ve de kullanım şeklinin bir de yasa da ayrıca belirtilmesi gerektiği yolundaki çoğunluk görüşünde isabet yoktur.

Anayasa'nın 5. maddesinde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal devlet ile bağdaşmayacak ekonomik engelleri kaldırarak insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için şartları hazırlamak devletin en temel amaç ve görevleri arasında sayılmış olup, Anayasa'nın 167. maddesi ile de Devletin, para, kredi, sermaye yönünden tedbirler almak zorunda olduğunu ifade edilmektedir.

Küreselleşme öncesinde önemsenmeyen yabancı sermayenin, kalkınmaya olan katkısını önce anlayan sermaye kıt, emek bol ülkeler diğerlerine göre daha önce gelişmekte olup, 4875 sayılı Yasa'nın yabancı yatırımcıya verdiği önem, teşvik ve Türk sermaye şirketleri ile eşitlenen haklarınında bu gereklerden doğduğu bir gerçektir.

4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (d) bendinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşen bir yönü de bulunmamaktadır. Anılan bende göre yabancı ortaklı Türk şirketlerinin taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinimlerinin usul ve esaslarının gösterilmesine gerek bulunmamaktadır. Çünkü, yukarıda işaret edildiği üzere, bu edinimi yapacak olan şirket Türk

şirketidir ve Türk hukukuna göre de önünde bu yönde sınırlama olamayacağından, kuralda bir belirsizlik sözkonusu değildir. Aynı şekilde, ortada bir yabancı yatırım durumu bulunduğundan, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararı ile işaret edilen ve salt yabancı gerçek kişiler ile yabancı ticaret şirketleri yönünden belirtilen hal ve durumlarını bu arada satın almanın amacı, koşulları ve Devletden Devlete uyulacak usullerinde yabancı yatırımcının taşınmaz edinimine uyarlanması düşünülmemelidir. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, iptal davasına konu olan kuralın hukuk devleti ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine vardığımızdan, kuralın iptali yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Haşim KILIÇ	Sacit ADALI	Ahmet AKYALÇIN

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

AZLIK OYU

Anayasa 9. maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını açıklamış, temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. 36. madde ile de hak arama özgürlüğü düzenlenirken yargı mercileri vurgusu yanında, hemen ikinci fıkrasında hiçbir mahkemenin davaya bakmaktan kaçınamayacağını belirtmiştir. Anayasa bununla da yetinmemiş 37. maddesi ile hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını öngörmüştür. Bu bakımdan "yargı mercii" kavramının içinde barındırdığı hukuksal konumun sözleşmelerle yapılan belirlemelerden çok önce yasalarla saptanmış bir statüyü, uyuşmazlıkları çözen bir "makam"ı öngördüğünü söylemek doğal bir sonuçtur.

Anayasa'nın "yargı mercii" kavramına yönelik bu belirlemesi dışında, 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu vurgulanırken, kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim olanağına değinilmiş ve böylece yargı

yolunu veya merciini gösterirken gerek duyarsa yargı yanında hakem seçeneğine yer verebileceğine işaret etmiştir.

Anayasal bu görünüme karşın, iptali istenen kuralla özel hukuka tabi yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü yönünden yargı yolunun ve doğal yargıç ilkesinin tarafların anlaşmasıyla sınırlanmasına neden olunmaktadır. Ayrıca yetkin temyiz incelemesi hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğundan, hak arama özgürlüğünün boyutu ve kapsamının bu nedenle de daraltılamayacağı kuşkusuzdur. Dahası yargı yerlerinin ve yargı yolunun, bireylerin istençleriyle tamamen silinmesinin anayasal ilkelerle örtüşmesi olanaksızdır.

Açıklanan nedenlerle 4875 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (e) bendi bu yönden Anayasa'nın 9., 16., 13., 36., 37. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. Bu gerekçelerle kararın bu kısmına karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2006/44

Karar Sayısı : 2008/81

Karar Günü : 20.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Gaziantep 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 10.2.1954 günlü, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 10. maddesinin (1) numaralı bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Milli Eğitim Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce, ilk kez Devlet memuru olarak Şanlıurfa Valiliği İl Milli Eğitim Müdürlüğü emrine, oradan da Şanlıurfa Valiliğince Birecik Anaokulu öğretmenliğine atanan davacının, bu atama nedeniyle Yeşilyurt/İzmir – Birecik/Şanlıurfa arası harcırahının ödenmesi isteminin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Gaziantep 1. İdare Mahkemesi, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"… Dava dosyasının incelenmesinden, davacının 14.02.2005 tarihli ilk atama işlemi ile Şanlıurfa İli Birecik İlçesi Birecik Anaokulu'na Okul Öncesi/Çocuk Gel. Eğ. Öğretmeni olarak atandığı, 6245 Sayılı Harcırah Kanunu'nun 9/(a) maddesi uyarınca ilk atamalarda Devlet Memurlarına harcırah verilirken 31.07.2003 tarih ve 4969 Sayılı Kanunun 1. maddesi ile bu hükmün yürürlükten kaldırıldığı, 10/1. maddesinin yeniden düzenlendiği ve bu maddede ilk atamalarda Devlet Memurlarına harcırah verileceğine ilişkin bir hükmün yer almadığı, dolayısı ile naklen idare tarafından atanan Devlet Memurları ile ilk defa Devlet Memuru olarak atananlar arasında 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesinin ve 2. maddesinde ifade edilen sosyal hukuk devleti ilkesinin zedelendiği, zira aynı koşullar altında bulunan kamu görevlileri arasında farklılık yaratılmasının eşitliğe ve sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle Harcırah Kanunu'nun 10/1. maddesinde ilk defa Devlet Memurluğuna atanan kişilere harcırah ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer almadığı, daha önce ilk defa Devlet Memurluğuna atanan kişilere harcırah ödeneceğine ilişkin adı geçen Yasa'nın 9/(a) maddesinin ise ilga edildiği dikkate alındığına, 6245 Sayılı Harcırah Kanunu'nun 10/1. maddesinin eksik düzenleme içerdiği, bu durumun ise Anayasa'nın eşitlik ilkesine ve sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu düşüncesi ile iptali amacıyla 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın 152. maddesi ve 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca dava dosyasındaki ilgili belgelerin tasdikli birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine 20.02.2006 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

10.2.1954 günlü, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun itiraz konusu (1) numaralı bendi de içeren 10. maddesi, itiraz eden Mahkeme'nin elindeki davanın konusunu oluşturan işlemin tesis edildiği tarih itibarıyla şöyledir:

"Madde 10 – Yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafı aşağıdaki hallerde verilir:

1. (Değişik: 31/7/2003-4969/1 md.) Kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere; yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye naklen tayin olunanlarla yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere yeni vazife mahallerine kadar;

2. (Mülga: 31/7/2003-4969/1 md.)

3. (Mülga: 31/7/2003-4969/1 md.)

4. (Mülga: 31/7/2003-4969/1 md.)

5. Kadro dolayısiyle açıkta kalan veya vekalet emrine alınan memurlara açık aylıklarını Türkiye dahilinde tesviye ettirecekleri yere kadar;

6. Asilin vüruduna kadar muvakkaten gönderilmiş olmayıp da vekalet namı altında asaleten gönderilen ve vekalet müddeti belli olmıyan kumandan ve memurlara vazife mahallerine kadar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A.Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 4.4.2006 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin "Başvuran Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği" yolundaki karşıoyları ve oyçokluğuyla karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, iptali istenilen kuralda, idarece naklen atanan kamu görevlilerine harcırah ödenmesi öngörülürken, ilk defa devlet memurluğuna atanan kişilere harcırah ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer almamasının, Anayasa'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine ve 2. maddesinde ifade edilen sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, yol masrafı, yevmiye, aile masrafı ve yer değiştirme masrafından oluşan harcırahın, kendi yazılı talepleri üzerine gönderilenler hariç olmak üzere, yurt içinde veya dışındaki daimi bir vazifeye naklen tayin olunanlarla, yabancı memleketlerdeki memuriyet merkezi tebdil olunan veyahut bu yerlerden yurt içinde diğer bir daimi vazifeye tayin edilen memur ve hizmetlilere, yeni vazife mahallerine kadar verilmesi öngörülmüş, ilk defa devlet memurluğuna atananlara ödeneceğine ilişkin bir hüküm ise yer almamıştır.

Harcırah Kanunu, kamu hukuku alanında, çalışanla çalıştıranlar arasındaki istihdam ilişkilerini ve buna dayanan mali hakları düzenleyen bir Kanun değil, 1. maddesinde belirtildiği üzere, genel, katma ve özel bütçeli idarelerde, bunlara bağlı sabit ve döner sermayeli kurumlarda, özel kanunlarla kurulmuş banka ve teşekküllerde yolluk ödenmesini gerektiren hizmet yapılması hallerinde uygulanacak kuralları içeren bir gider kanunudur.

Yolluk ödemesi de, kamu hizmetinin gerektirdiği durumlarda, bu hizmet için görevlendirilen kişilerin katlanacakları giderleri karşılamak üzere yapılan bir idari işlemdir. Başka bir deyişle, gerektiğinde görevlendirilen kişilere, katlandıkları zorunlu giderlerin karşılığı olarak yapılan bir ödemedir.

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

İlk defa devlet memurluğuna atanan kişi, görevine başlayıncaya kadar memur ya da kamu görevlisi sayılmamakta, görevine başladığı tarihten itibaren kamu görevlisi sıfatını kazanmaktadır. Bu süreye ilişkin olarak kendisine aylık ödenmemekte, tedavi yardımı hizmetleri ile memurlara ve diğer kamu görevlilerine sağlanan bir takım haklardan yararlandırılmamaktadır. Oysa naklen atanan kamu görevlileri, naklen atama işleminin yapıldığı tarihten önce kamu görevlisi olup, belirli bir statü hukuku içerisinde kendilerine yüklenilen kamu görevini yerine getirmektedirler. Bu durumda, ilk defa devlet memurluğuna atananlar ile halen devlet memuru olup da naklen ataması yapılanlar aynı hukuksal konumda bulunmamaktadırlar.

Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Bu maddede belirtilen sosyal hukuk devleti; kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ilk defa devlet memurluğuna atanan kişiler kamu görevlisi sıfatını, görevlerine başladıkları tarihten itibaren kazandıklarından ve görevlerine başlamadıkları sürece kamu görevlisi

sayılmadıklarından, atandıkları görev yerlerine ulaşıncaya kadar üstlendikleri giderlerin kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklandığını söylemek mümkün değildir. Böyle olunca da, atandıkları yere giderken üstlendikleri giderlerin kamuca paylaşılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, ilk defa devlet memurluğuna atananlar yönünden Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine ve 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

10.2.1954 günlü, 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 10. maddesinin (1) numaralı bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 20.3.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2006/109

Karar Sayısı : 2008/82

Karar Günü : 20.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onbirinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.9.2004 günlü, 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendindeki *"Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında…"* ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Maliye Bakanlığı Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 2. maddesindeki "merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan" ibaresi ile bu esasların yürürlüğe konulmasına ilişkin Maliye Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğünün 2.11.2004 günlü olurunun ikinci paragrafında yer alan aynı ibarenin ve bunlara ekli 3 sayılı Cetvelde yer alan "Maliye Bakanlığı Kadrosunda Olanlar" ibaresinin ve bu düzenleyici işlemlere dayalı olarak tesis edilen idari işlemin iptali ile yoksun kalınan mali hakların yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Danıştay Onbirinci Dairesi iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Erzurum Araştırma Enstitüsü Döner Sermaye İşletmesinde döner sermaye saymanı olarak görev yapan davacının vekili tarafından Maliye Bakanlığı Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esasların 2. maddesindeki "merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan" ibaresi ile bu Esasların yürürlüğe konulmasına ilişkin Maliye Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün 2.11.2004 gün ve B.07.0.PER.0.13 sayılı olurunun ikinci paragrafında yer alan aynı ibarenin ve

Esasların eki 3 sayılı Cetvelin (8) numaralı sırasında parantez içinde yer alan "Maliye Bakanlığı Kadrosunda Olanlar" ibaresinin, ayrıca bu düzenleyici işlemlere dayalı olarak 15.1.2005 tarihinden itibaren ek ödemeden yararlandırmamasına ilişkin işlemin iptali, yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte tazmini ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 5. maddesi ile değişik Ek 13. madde 4. fıkra (a) bendinin Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması istemiyle verilen dava dilekçesi üzerine oluşturulan dosya incelenerek işin gereği görüşüldü:

Davacının ek ödemeden yararlandırılmamasına ilişkin dava konusu işlem ve bu işleme dayanak olan Maliye Bakanlığı Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esaslar ile bu Esasların yürürlüğe konulmasına ilişkin Maliye Bakanlığı olurunun, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 5234 sayılı Yasa ile değişik Ek 13. maddesinin 4. fıkrası (a) bendinde yer alan hükümle maddi ve hukuki ilişkisi bulunması nedeniyle Anayasaya aykırılık iddiası dikkate alınarak Anayasaya uygunluğunun incelenmesi gerekli görülmüştür.

21.9.2004 tarih ve 25590 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe giren 5. maddesinin birinci fıkrasında 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "Maliye Bakanlığının yurt dışı kadrolarında bulunan personeli dışında kalan personeline (sözleşmeli personel ile bağlı kuruluşların personeli dahil, bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)" ibaresi "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan memurlar ile sözleşmeli personele (bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personel hariç)" şeklinde değiştirilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, kadrosu Maliye Bakanlığı'na ait olmayan ancak görev yaptığı döner sermaye saymanlığına Maliye Bakanlığı oluru ile atanan ve izin, sicil, terfi gibi özlük işlemleri adı geçen Bakanlıkça yapılan, 213 sayılı Yasanın ek 13. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığı personeline yapılan ek ödemeden yararlandırılmakta olan davacının 213 sayılı Yasanın ek 13. maddesinde 5234 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik üzerine yeniden düzenlenen ve 2.11.2004 tarihli Maliye Bakanlığı oluru ile yürürlüğe konulan Maliye Bakanlığı Personeline Yapılacak Ek Ödemeye İlişkin Usul ve Esaslardaki hükümler sonucu kadrosunun Maliye Bakanlığında olmaması

nedeniyle söz konusu ek ödemeden 15.1.2005 tarihinden itibaren yararlandırılmayacağının bildirilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Kadrosu Maliye Bakanlığında bulunmayan ve 213 sayılı Yasanın değişiklikten önceki ek 13. maddesi hükmü uyarınca Maliye Bakanlığı Personeline ödenmekte olan ek ödemenin yararlandırılan döner sermaye saymanları 5234 sayılı Yasa ile ek ödeme kapsamı dışında bırakılmıştır.

Anayasanın 10. maddesinde; herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Eşitlik ilkesi ile birbirleriyle aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasının sağlanması amaçlanmıştır. Bu itibarla aynı hukuksal durumda olanlar için yapılan farklı düzenlemeler Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinin (a) bendinde, genel bütçeli daireler nezdindeki merkez saymanlıkları, askeri ve mülki tüm nakit saymanlıkları, genel ve katma bütçeli kurum saymanlıkları, kadroları Bakanlıkta olan döner sermaye ve fon saymanlıklarının Muhasebat Genel Müdürlüğüne bağlı olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda, kadroları kendi kurumlarında bulunmakla birlikte döner sermaye saymanlığına Maliye Bakanlığınca atanan ve sicil, terfi izin gibi özlük işleri aynı Bakanlıkça yapılan, her mali yıl ya da hesap dönemi sonunda Sayıştay'a hesap veren ve kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olan kadrosu Maliye Bakanlığında bulunan döner sermaye saymanları gibi aynı unvan, görev, yetki ve sorumluluklara sahip olan döner sermaye saymanlarının 213 sayılı Yasanın ek 13. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendinde 5234 sayılı Yasanın 5. maddesi ile yapılan değişiklikle sadece kadro ölçütünden hareketle aynı yerde görev yapan kadrosu Maliye Bakanlığında olan döner sermaye saymanlarına yapılan ek ödemeden yararlandırılmamalarının Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ek 13. maddesinin 4. fıkrası (a) bendini değiştiren 5. maddesindeki "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında ..." ibaresinin Anayasanın 10. maddesine aykırı

olduğu kanısına varıldığından anılan madde hükmünde geçen söz konusu ibarenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dava dosyasının esastan görüşülmesinin, Anayasa Mahkemesince bu konuda bir karar verilinceye kadar bekletilmesine 17.4.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralı da içeren 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"4. Maliye Bakanı:

a) (Mülga: 5/7/1991 - KHK - 433/16md.; Yeniden düzenleme: 19/8/1991 - KHK - 449/3 md. Değişik: 20/3/1997 - KHK - 570/12 md.)

***Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında** çalışan memurlar ile sözleşmeli personele (bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç) en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) % 200'ünü geçmemek üzere ek ödeme yaptırmaya,*

b) Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra teşkilatında çalışan (sözleşmeli olarak istihdam edilenler dahil) personele, normal mesai gün ve saatleri dahilinde, daire dışında yapılan çalışmalarda, aylık toplam 100 saati geçmemek üzere, dışarıda geçirilen her bir saat için, karşılığı genel bütçeden ödenen fazla mesai ücreti esas alınmak suretiyle, bu ücretin üç katını aşmayacak şekilde ödeme yaptırmaya;

c) Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan memurlar ile sözleşmeli personele, ayda 100 saati aşmayacak şekilde yaptırılacak ek fazla mesai karşılığında, fazla mesainin yaptırıldığı saatler, çalışma mahalleri, çalışmaların resmi tatil ve bayram günlerinde yaptırılması gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle, Genel Bütçeden ödenen fazla mesai ücretinin beş katını aşmayacak şekilde, saat başına farklı fazla mesai ücreti tespitine,

*d) **(Ek: 28/12/2001-4731/4 md.)** Şehirler arası yollarda yapılacak vergi denetimlerine yardımcı olmak üzere görevlendirilen güvenlik görevlilerine de bu esaslar dahilinde fazla çalışma ücreti ödenmesine,*

Yetkilidir.

Ek ödemelerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun aylıklara ilişkin hükümleri uygulanır.

(Ek hüküm: 26/12/1993 - 3946/2 md.) *Görev yapılan birim ve iş hacmi,görev mahalli, görevin önem ve güçlüğü,personelin sınıfı, kadro ünvanı,derecesi ve atanma biçimi gibi kriterlere göre yapılacak ek ödemelerin farklı miktarları ve ödemeye ilişkin usul ve esasları Maliye Bakanı tarafından tespit edilir.*

(Ek hüküm: 26/12/1993 - 3946/2 md.) *Yukarıda belirtilen esaslar dahilinde yapılacak ödemeler Gelir Vergisine tabi tutulmaz.* ***(Ek cümle: 20/6/2001-4684/15 md.)*** *Bu ödemeler bütçeden karşılanır. Bağlı kuruluşlar personeline yapılacak ek ödemelerin belirlenmesinde, bunlara ödenmekte olan ikramiye, fazla mesai ücreti gibi farklı ödemeler ile diğer imkanlar dikkate alınır ve bağlı kuruluş bütçelerinden ödenir.*

(Ek paragraf: 17/9/2004-5234/5 md.) *Bu madde kapsamında bulunan personele yapılan ikramiye, teşvik primi, teşvik ödemesi, döner sermaye katkı payı ödemeleri, döner sermaye gelirlerinden yapılan ek ödemeler ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca ödenen tutarlar ile Maliye Bakanlığınca belirlenecek benzeri ödemelerin net tutarları, bu madde kapsamında yapılan ek ödemenin aylık net tutarından mahsup edilir. Mahsuba ilişkin esas ve usulleri belirlemeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödeme ilgili mevzuatı uyarınca ödenmekte olan zam, tazminat, ödenek, döner sermaye payı, ikramiye, ücret ve her ne ad altında olursa olsun benzeri ödemelerin hesabında dikkate alınmaz."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

İtiraz başvurusunda Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK'ın katılımlarıyla 20.7.2006 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Başvuru kararında kadroları kendi kurumlarında bulunmakla birlikte döner sermaye saymanlığına Maliye Bakanlığınca atanan ve sicil, terfi, izin gibi özlük işleri aynı Bakanlık tarafından gerçekleştirilen, hesap dönemi sonunda Sayıştay'a hesap veren döner sermaye saymanlarının, kadroları Maliye Bakanlığında bulunan döner sermaye saymanları ile aynı yasa kurallarına tabi tutulmaları gerektiği, oysa itiraz konusu kuralda sadece kadrosu Maliye Bakanlığında bulunan döner sermaye saymanlarına ek ödeme yapılmasının öngörüldüğü, bu durumun ise eşitlik ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kuralla, Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşların merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan memurlar ve sözleşmeli personele maaşlarının dışında ek ödeme yapılması konusunda Maliye Bakanına yetki verilmiş, ancak kadroları Maliye Bakanlığında olmayan döner sermaye saymanlarına ek ödemede bulunulabilmesi için herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar"* denilmektedir. Bu ilke, birbirleriyle 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 çiğnenmiş olmaz.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 61. maddesinin 5436 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasında, gelirlerin ve alacakların tahsili, giderlerin hak sahiplerine ödenmesi, para ve parayla ifade edilebilen değerler ile emanetlerin alınması, saklanması, ilgililere verilmesi, gönderilmesi ve diğer tüm mali işlemlerin kayıtlarının yapılması ve raporlanması işlemlerini yürütenlerin muhasebe yetkilisi (sayman) olduğu belirtilmiştir.

832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 44. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, hesapların saymanlar tarafından bu kanunda ve diğer kanunlarda yazılı süreler içinde tamamlanarak incelemeye hazır vaziyette bekletileceği ve Sayıştay'ın bildireceği yere gönderilmesi gerektiği,

hesapların başında bulunan sonuncu sayman tarafından hazırlanacağı ve verileceği, hesabın verilmesinden doğan sorumluluğun bu kişiye ait olduğu kurala bağlanmıştır.

Kadroları Maliye Bakanlığı bünyesinde olan saymanlarla, kadroları bu Bakanlık bünyesinde olmamakla birlikte disiplin, sicil ve yargılanmalarına karar verilme gibi personel işlemleri anılan Bakanlık tarafından yürütülen saymanların; yaptıkları görevlerin nitelikleri, sorumlulukları, personel işlemleri ve Sayıştay'a hesap verme konularındaki durumları aynı olduğundan aynı yasa kurallarına tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesi gereğidir.

Bu nedenle kadroları Maliye Bakanlığında bulunmayan, ancak yukarıda belirtilen personel işlemleri yönünden anılan bakanlıkla ilgisi bulunan saymanların, sadece kadro ölçütünden hareketle kadroları bu Bakanlıkta bulunan saymanların yararlandıkları ek ödemeden yararlandırılmamaları Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

B- İptal Kararının Yürürlüğe Gireceği Gün Sorunu

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

İptal edilen kuralın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI- SONUÇ

A- 17.9.2004 günlü, 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendindeki "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- İptal edilen ibarenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

20.3.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/94

Karar Sayısı : 2008/83

Karar Günü : 20.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Diyarbakır Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 9.4.2003 günlü, 4842 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "… bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon payları mahsup ve iadeye konu olmaz" bölümünün, Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

2003 yılı vergilendirme dönemi içinde ödenen fon payının mahsup ve iade edilmesi isteminin reddedilmesi üzerine açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1982 Anayasasının Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 10. maddesinde; Herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları hükme bağlanmıştır

1982 Anayasasının Vergi Ödevi başlıklı 73. maddesinde ise; Herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirilebileceği ve kaldırılabileceğini, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve

aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği hükme bağlanmıştır.

4842 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki 3824 sayılı Kanun döneminde muhtasar beyannameye dahil edilip, tevkif edilen vergilerle birlikte ödenen fon payının, beyannameye dahil kazançlar üzerinden hesaplanan fon payına mahsup edilmesi veya mahsup edilecek fon payının bulunmaması durumunda ise nakden yada mahsuben iadesi söz konusu iken, 4842 sayılı Kanun ile 2003 vergilendirme dönemi içinde ödenen fon paylarının mahsup ve iade edilmeyeceği ancak 01.01.2004 tarihinden sonra verilecek gelir ve kurumlar vergisi beyannameleri üzerinden de fon payının alınmayacağı hükme bağlanarak, tevkif suretiyle alınan vergiler üzerinden hesaplanan fon payları ile stopaja tabi gelir elde etmemiş ve 2003 yılı gelirini 2004 yılında beyan edecek mükellefler arasında farklılık yaratılmıştır.

Hatta 01.01.2004 tarihinden önce vergi tevkifatına bağlı olarak fon payı ödeyen mükellef vergilendirme dönemi sonunda zarar etse bile 4842 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin "... bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon paylarının mahsup ve iadeye konu olmaz." cümlesi uyarınca fon payı kendisine iade ve mahsup edilemeyeceğinden fon payının nihai yüklenicisi konumunda olacaktır.

Yargı ve doktrinde; vergide genellik ve eşitlik, vergi adaleti ilkeleri olarak kabul edilmekte, vergide genellik ilkesi; toplumda yaşayan herkesin mali gücüne göre vergi yükümlüsü olması şeklinde, vergide eşitlik ilkesi ise benzer durumda bulunanlara eşit muamele, farklı koşullar altında bulunanlara ise farklı muamele olarak tanımlanmaktadır.

Yasa koyucunun ekonomik, sosyal, kültürel ve sağlık politikaları ile vergi tekniğine ilişkin kolaylaştırıcı nedenlerle eşitlik ilkesine istisnalar getirebileceği yine yargıda ve doktrinde kabul görmekte olup kanun koyucunun tevkif suretiyle alınan vergiler üzerinden hesaplanan fon payları ile stopaja tabi gelir elde etmemiş ve 2003 yılı gelirini 2004 yılında beyan edecek mükellefler arasında farklılık yaratan 4842 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin "... bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon paylarının mahsup ve iadeye konu olmaz." cümlesinin yukarıda sayılı sebeplerden kaynaklanmadığı ve eksik düzenleme sebebiyle eşitsizliğe neden olduğu açıkça ortadadır.

Öte yandan 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesinde; bir davaya bakmakta olan mahkemenin taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi

olduğu kanısına varırsa taraflardan bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayıcı kararı, dosya muhtevasını mahkemece, bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na göndereceği, Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği'nin gelen evrakı kaleme havale edeceği ve keyfiyeti Mahkemeye bir yazı ile bildireceği, evrakın kayda girişinden itibaren 10 gün içinde noksanlıkların olup olmadığının inceleneceği eksiklikleri olduğu anlaşılan işlerin geri çevrilmesine, Mahkemenin yetkisiz olduğu tespit edilen başvurmaların da reddine karar verileceği, Anayasa Mahkemesinin işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar vermemesi halinde ilgili mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağı hükme bağlanmıştır.

Açıklanan nedenlerle 2949 sayılı Kanunun 28. maddesi uyarınca 4842 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Geçici 1. maddesinin "... bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon paylarının mahsup ve iadeye konu olmaz." cümlesinin Anayasaya aykırılığı hakkında karar verilmek üzere dava dosyasındaki belgelerin onaylı örneklerinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, dava dosyasının bu hususta karar verilinceye veya Anayasa Mahkemesinin işin kendisine noksansız olarak gelişinden itibaren beş aylık süre geçene kadar bekletilmesine 6.10.2004 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

9.4.2003 günlü, 4842 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren geçici 1. maddesi şöyledir;

"**GEÇİCİ MADDE 1.-** Gelir Vergisi Kanununun 94'üncü ve Kurumlar Vergisi Kanununun 24'üncü maddesi gereğince vergi tevkifatı yapmak zorunda olanlar, Aralık 2003 dönemi ile ilgili olarak hesapladıkları fon payını, bu Kanunun 37'nci maddesinin (3) numaralı fıkrası ile kaldırılan hükümler çerçevesinde öderler.

2003 yılı vergilendirme dönemlerine ilişkin olarak 1.1.2004 tarihinden sonra verilmesi gereken yıllık gelir ve kurumlar vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan gelir ve kurumlar vergisi tutarlarından ayrıca fon payı hesaplanmaz, **bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon payları mahsup ve iadeye konu olmaz.**

2004 yılı Ocak ayı gelir ve kurumlar vergisi tahsilatından bu Kanunun 38'inci maddesi hükümleri çerçevesinde pay verilmez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine dayanılmış, 2. maddesi ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 27.10.2004 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anlam ve Kapsam

3824 sayılı Bazı Vergi Kanunlarında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1.1.1993 tarihinde yürürlüğe giren 18., 19. ve 20. maddeleriyle, kazanç ve iratlarını yıllık beyanname ile beyan eden gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, gelir ve kurumlar vergilerinin % 10'u oranında fon payı ödemeleri öngörülmüştür. Ayrıca, Gelir Vergisi Kanunu'nun 94. ve Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 24. maddesi gereğince vergi tevkifatı yapmak zorunda olan sorumluların yaptıkları tevkifat tutarı üzerinden % 10 fon payı keserek, hesapladıkları fon payını muhtasar beyannameyle beyan edecekleri ve tevkif edilen vergilerle birlikte ödeyecekleri kuralı getirilmiştir. Diğer taraftan, yıllık beyanname veren gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, beyannamelerinde hesaplayacakları fon payını ilgili gelir veya kurumlar vergilerinin ödeme süreleri içinde ödeyecekleri, ancak beyannameye dahil kazanç ve iratlar üzerinden daha önce tevkif suretiyle alınan fon payının, beyanname üzerinden hesaplanan fon payına mahsup edileceği belirtilmiştir.

4842 sayılı Yasa'nın 37. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*25.6.1992 tarihli ve 3824 sayılı Kanunun 18, 19, 20, 21 ve 22'nci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır*" hükmüyle fon payı uygulamasına son verilmiş, aynı Yasa'nın 39. maddesinin (d) bendiyle de bu hükmün 1.1.2004 tarihi itibariyle yürürlüğe gireceği kurala bağlanmıştır. Geçiş dönemine ilişkin olarak anılan Yasa'nın 24.4.2003 tarihinde yürürlüğe giren geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasında, 2003 yılı vergilendirme dönemlerine ilişkin olarak 1.1.2004 tarihinden sonra verilmesi gereken yıllık gelir ve kurumlar vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan gelir ve kurumlar vergisi tutarlarından ayrıca fon payı hesaplanmayacağı belirtildikten sonra, itiraz konusu kuralda, "*bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon payları mahsup ve iadeye konu olmaz*" denilmek suretiyle, 2003 yılı içinde tevkif yoluyla ödenen fon paylarının mahsup ve iade edilmeyeceği öngörülmüştür.

Bu durumda, vergi tevkifatı yapmak zorunda olanlar tarafından Yasa'nın geçici 1. maddesine göre, 2003 yılı vergilendirme döneminde fon payı hesaplanıp ödenecek, aynı dönemin yıllık beyannameleri üzerinden hesaplanan vergi tutarlarından ayrıca fon payı hesaplanmayacak, ancak bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak yıl içinde ödenen fon payları mahsup ve iadeye konu edilmeyecektir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, vergilendirmede genellik, eşitlik ve adalet ilkelerinin esas olduğu, 2003 yılında tevkif yoluyla alınan fon payının mahsup ve iade edilmemesinin vergiye tabi aynı kazanç ve irada sahip ancak tevkifata tabi geliri olan ve olmayan mükellefler arasında farklılığa yol açtığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere bağlı kalmak zorunda olmadığından itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

4842 sayılı Yasa'nın 24.4.2003 tarihinde yürürlüğe giren geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasında, 2003 yılı vergilendirme dönemlerine ilişkin olarak 1.1.2004 tarihinden sonra verilmesi gereken yıllık gelir ve kurumlar vergisi beyannameleri üzerinden hesaplanan gelir ve kurumlar vergisi tutarlarından ayrıca fon payı hesaplanmayacağı belirtildikten sonra, itiraz konusu kuralla, bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi

içinde ödenen fon paylarının mahsup ve iadeye konu olmayacağı öngörülmüştür.

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

Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması gerekir.

Anayasa'nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır" denilmiştir.

Verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ekonomi ve vergi hukuku alanında mali güce ilişkin göstergelerin gelir, sermaye ve harcamalar olduğu kabul edilmektedir. Mali güç, ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Yasakoyucunun vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile mali güçlerini göz önünde bulundurması gerekir.

Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Mali güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olup, mali gücü fazla olanın mali gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise mali gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır. Diğer bir anlatımla, yükümlülerin genel vergi yüküne kendi ödeme güçlerine göre katılmalarını ifade eder.

Herkes tarafından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük olarak kabul edilen ve Devletin kamusal gereksinimlerini karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağı şeklinde tanımlanan verginin, anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır. Vergi hukukunda, vergi olgusunun niteliklerini oluşturan yasal düzenlemelerde Anayasa'nın bu konudaki

ilkelerinin özenle göz önünde tutulması gerekir. Bu anlamda, Devletin vergilendirme yetkisi vergide yasallık, mali güç ve genellik gibi kimi anayasal ilkelerle sınırlandırılmıştır. Buna göre vergi, Anayasa'nın öngördüğü ilkeleri gözetecek şekilde kanunla düzenlenmeli ve doğal olarak vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olan mali gücü de yansıtmalıdır. Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştiremez.

Gelir ve kurumlar vergileri üzerinden belirli bir oranda hesaplanan fon payı hukuksal niteliğiyle Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında vergi benzeri bir mali yükümlülüktür. Anayasa'da vergilendirmeye ilişkin temel ilkelerin fon payı uygulaması için de gözetilmesi zorunludur. Vergi düzenlemeleri hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendirip etkileyen yasama işlemleridir. Hukuk alanında bir müessesenin kaldırılmasında geçiş dönemi hükümleri konulabilir. Ancak bu geçiş düzenlemelerinde de, Anayasa'nın vergilendirme ilkelerine uyulması gerekir.

2003 yılında tevkifat yoluyla fon payı ödeyen mükelleflerin bu yıla ilişkin kazanç ve iratlarının vergilendirilmesinde, vergi matrahının içinde, üzerinden 2003 yılında fon payının hesaplandığı kazanç ve iratlar da bulunduğundan, mahsup ve iade edilmeyeceği öngörülen fon payları bu mükellefler yönünden nihai vergiye dönüşmüştür. Bu şekilde 2003 yılında tevkif suretiyle fon payı ödeyen mükellefler aleyhine vergi yükü ağırlaştırılarak aynı vergilendirme dönemlerinde tevkifata tabi gelir elde etmiş mükellefler ile tevkifata tabi gelir elde etmemiş mükellefler arasında vergi yükünün dağılımında adalet ve denge bozulmuş ve Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi" ile "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" ilkelerine aykırılık oluşmuştur.

Öte yandan, hukuk devletinin hukuk güvenliği ilkesi vergilendirmede belirliliği de gerektirir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerektirir. Vergilendirme mükellefler yönünden güvensiz bir sisteme dönüşmemelidir. 4842 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi 24.4.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 2003 yılı içinde vergi tevkifatına tabi gelirleri olan mükellefler fon paylarının nihai vergi niteliğine dönüştüğünü 24.4.2003 tarihine kadar bilmemektedirler. Bu anlamda mükelleflerin hukuksal güvenliği kural geriye yürütülmek suretiyle zedelendiğinden hukuk devleti ilkesi ihlal edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

9.4.2003 günlü, 4842 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasının "… bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon payları mahsup ve iadeye konu olmaz" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 20.3.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2006/78

Karar Sayısı : 2008/84

Karar Tarihi : 20.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Pendik İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 23.2.1995 günlü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin **beşinci** ve **son** fıkralarının Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Tüketici sorunları hakem heyeti kararının ilamların icrası hükümlerine göre takibe konulmasına karşı, bu kararın ilam niteliğinde olmadığı ileri sürülerek icra takibinin ve ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 9., 138. ve takip eden maddelerine göre yargı erki, bağımsız mahkemelerce Anayasa'ya, Kanun ve Hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecek bağımsız hakimler tarafından kullanılır. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Buna göre, yargı yetkisini Türk Milleti adına kullanacak olan bir yargı mercinin mahkeme olarak kabul edilmesi için, kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenlenmesi, üyelerinin ilke olarak meslekten hakim olması, üyelerinin bağımsız ve tarafsız olması gerekmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesi, "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" şeklindedir. Bu kurala göre kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın

önkoşulunu oluşturur. Adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için, yasayla belirlenen, yargısal işleve ve doğal yargıç ilkesine göre belirlenmiş yargıçlardan kurulu, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin yargı yetkisine sahip olduğu bir sistemin sağlanmış olması gerekmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasından doğan ve belli bir değerin altındaki uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetinin karar vermesi ve belli limit dahilindeki uyuşmazlıklarda verilen kararların mahkeme ilamı mahiyetinde sayılması yargı yetkisinin bağımsız mahkeme dışında bir kurula tevdii anlamına gelmektedir ki yukarıda belirtilen Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olduğu ortadadır. Zira Anayasamızın 6. maddesi üçüncü fıkrası son cümlesi uyarınca da; "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz".

İptali istenen madde hükmüne göre, değeri belli bir miktarın altında kalan uyuşmazlıklarda hakem heyetine başvuru zorunlu olduğu için, mahkemelere başvuru hakkını önlemesinden dolayı Anayasa'nın 36. maddesinde yazılı hak arama özgürlüğüne de kısıtlama getirmekte olup bu açıdan da Anayasa'ya aykırıdır. Belli bir değerin altındaki uyuşmazlıklar, belli bir değerin üstündeki uyuşmazlıklardan daha önemsiz değildir. Anayasa'nın 36. ve 37. maddelerine göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir ve hiç kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir mercii önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz. Anılan düzenleme Anayasamızda yer alan hak arama hürriyeti ve kanuni hakim güvencesi hükümlerine aykırıdır. Düzenleme ile diğer bir kurum tarafından uyuşmazlığın çözüleceği öngörülmüş olup; öngörülen bu kurum ise bağımsız bir yargı organı değildir.

Bağımsız hakimlerin ve mahkemelerin her türlü verdiği kararlar itiraz, temyiz, karar düzeltilmesi, yargılamanın yenilenmesi gibi yollar ile denetime ve incelemeye tabi kılınmasına rağmen hakem heyetinin kararlarının temyiz incelenmesi olmayıp verilen karara karşı tüketici mahkemesine itiraz edilebilir. Tüketici mahkemesinin verdiği karar kesin olup, buna karşı gidilebilecek bir yargı organı bulunmamaktadır. Bu durumda değeri belli bir değerin altındaki uyuşmazlıklara karşı yüksek yargı teminatı tanınmamış bulunmaktadır.

Tekrar ifade edilecek olursa; Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı

öngörülmüştür. Yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler 36. maddede "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi gerekli görülebilirse de benimsenen yolun yargı yetkisini bağımsız mahkeme niteliği taşımayan kurullara ya da heyetlere tevdii sonucunu doğuracak nitelikte olmaması gerekir. Kararı benimsemeyen tarafa ilk derece dışında ikinci derece veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem heyetlerinin oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur.

İtiraz konusu kural, yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4077 sayılı Yasa'nın 4822 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin itiraz konusu beşinci ve son fıkraları şöyledir:

"...

Değeri beşyüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar tarafları bağlar. Bu kararlar İcra ve İflas Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. Taraflar bu kararlara karşı onbeş gün içinde tüketici mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hakim, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir.

...

Tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikte düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuruda Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A.Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 30.5.2006 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları ise, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

4077 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin son fıkrası tüketici sorunları hakem heyetlerinin kurulması, çalışma usul ve esasları ile diğer hususların Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikte düzenleneceğini öngörmektedir. Ancak başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu dava, tüketici sorunları hakem heyeti kararına karşı ilamların icrası hükümlerine göre takip yapılmasına ilişkin olup, kuralın son fıkrasıyla ilgili değildir. Bu durumda Yasa'nın 22. maddesinin son fıkrasının itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, buna ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle Reddine OYBİRLİĞİYLE,

Dosyada eksiklik bulunmadığından Yasa'nın 22. maddesi beşinci fıkrası yönünden ise işin esasının incelenmesine, Haşim KILIÇ ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün "Başvurunun, başvuran Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmesi gerektiği" yolundaki karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kuralda belli değerin altındaki uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunluluğu getirildiği, bunun mahkemelere başvuruyu önleyerek hak arama özgürlüğünü kısıtladığı, belli değerdeki uyuşmazlıklara ilişkin kararların mahkeme ilamı niteliğinde sayılmasının yargı yetkisinin bağımsız mahkeme dışında bir kurula verilmesi anlamına geldiği, bu nedenlerle Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

23.2.1995 günlü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin beşinci fıkrasında "*Değeri beşyüz milyon liranın altında bulunan uyuşmazlıklarda tüketici sorunları hakem heyetlerine başvuru zorunludur. Bu uyuşmazlıklarda heyetin vereceği kararlar tarafları bağlar. Bu kararlar İcra ve İflas Kanununun ilamların yerine getirilmesi hakkındaki hükümlerine göre yerine getirilir. Taraflar bu kararlara karşı onbeş gün içinde tüketici mahkemesine itiraz edebilirler. İtiraz, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını durdurmaz. Ancak, talep edilmesi şartıyla hakim, tüketici sorunları hakem heyeti kararının icrasını tedbir yoluyla durdurabilir. Tüketici sorunları hakem heyeti kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine tüketici mahkemesinin vereceği karar kesindir"* denilmektedir.

Buna göre tüketici sorunları hakem heyetlerinin, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlenmedikleri anlaşılmaktadır. Belli değerin altındaki uyuşmazlıklar için tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurunun zorunlu olduğu ve heyetlerin vereceği kararların bağlayıcı nitelik taşıdığı belirtilmiş ise de, bu kararlara karşı onbeş günlük süre içinde tüketici mahkemelerine de itiraz edilebilecektir. Tüketici sorunları hakem heyetleri yargı yetkisine sahip olmamakla birlikte yasakoyucu, bu heyetlerin

vermiş olduğu kararların yerine getirilmesi için etkili bir takip yolu olan ilamlı icra yolunu kabul etmiştir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*" denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu nedenle, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce belli değerin altındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tüketici sorunları hakem heyetlerine başvurma yükümlülüğü getirilmiş, ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolu açık tutulmuştur.

Öte yandan, tüketici sorunları hakem heyetlerinin belli değerin altındaki uyuşmazlıklar hakkında verdiği kararların İcra ve İflas Kanunu'nun ilamların icrası hakkındaki hükümlerine göre yerine getirileceğinin öngörülmesi, bu kararların ilam niteliğinde olduğunu değil ilamlar gibi infaz olunacağını göstermekte ve ilamların yerine getirilmesi usulüne ait bir kural koymaktadır. Bu durumda dava ve itiraz hakları önlenmediğinden hak arama özgürlüğünün kısıtlandığından da söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle İtiraz konusu kural, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

23.2.1995 günlü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6.3.2003 günlü, 4822 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 20.3.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2007/92

Karar Sayısı : 2008/85

Karar Günü : 20.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bakırköy 1. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 10.6.2004 günlü, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 11. maddesi ile 19. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Geçici özel güvenlik izni olmayan özel güvenlik şirketinin, çalışma izni bulunmayan özel güvenlik görevlisini çalıştırması suçundan açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 7.2.2007 tarih ve 2007/937-346 sayılı iddianamesiyle Panter Güvenlik Şirketleri Bilgi Araştırma Lmd. Şti. sorumlusu olan sanığın CNR Uluslararası Fuarcılık Ve Tic. A.Ş.'nin fuar alanındaki araçların sergilendiği kısımda "Panter Güvenlik "yazılı üniforma ile özel güvenlik görevleri çalışma izni olmadan … adlı kişiyi 5188 sayılı Yasa'ya muhalefet ederek çalıştırdığı iddiası ve 5188 sayılı Yasa'nın 19. maddesi (a) ve (b) bentleri ile 53. maddesi uyarınca cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmıştır.

Sanık savunmasında: "Üzerime atılı suçlamayı kabul etmiyorum, Panter Güvenlik Şirketinin yöneticisiyim. Güvenlik hizmeti vermekteyiz. Bu anlamda CNR Uluslararası Fuarcılık ve Tic. A.Ş.'nde Mazda marka araçların sergilendiği kısımda Mazda Motor Firmasının talebi üzerine özel güvenlik kurslarına katılıp sınavlarına giren … isimli kişiyi bu stantta görevlendirdik. Esasen CNR Uluslararası Fuar Alanı başka bir güvenlik şirketi tarafından güvenliği sağlanan bir alandır. 5188 sayılı Yasa'nın 19. maddesi (a) ve (c)

bentlerinden kamu davası açılması kanaatimce doğru değildir. Adı geçen yasanın 3. maddesi ve bunun yollamasıyla 19. maddesinde izinsiz özel güvenlik görevlisi istihdam etmekten bahsetmektedir. Dolayısıyla bir dava açılacak ise bu bizim firmamız değil hizmeti kabul eden firma olması gerekir. Kaldı ki Uluslararası Fuar alanı içinde lokal bir bölgede görevlendirilen sadece fuara katılanlarca dokunulup herhangi bir zarar verilmemesi amacıyla görevlendirilen adı geçen kişinin özel güvenlik görevlisi statüsünde olup olmadığı bile tartışmalıdır. Adı geçen elemanımız Şubat 2007 tarihinde sınavları başararak özel güvenlik görevlisi unvanını almıştır. Valilik özel güvenlik komisyonuna hizmet verdiğimiz firma tarafından özel güvenlik görevlisi istihdamına yönelik bir başvuru olup olmadığını bilmiyorum, bu nedenlerle atılı suçu işlemiş olmam mümkün değildir, suçsuzum" demiştir.

Sanık Müdafii: "Savunmaya katılıyor ve tekrar ediyoruz, ayrıca 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetleri Kanunu'nun 11. maddesi ile 19. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptal istemiyle itiraz başvurusunda bulunulmasını talep ediyoruz, şöyle ki, 5188 sayılı Yasa Parlamento tarafından çıkarıldığında 2495 sayılı Yasa uyarınca özel güvenlik hizmeti veren ve alan toplum kesimi hiç düşünülmemiş, geçiş sürecinin nasıl sorunsuz atlatılacağı hususu dikkate alınmamış, bu nedenle bu yönde herhangi bir hüküm konulmamıştır. Yasa yürürlüğe girmeden önce özel güvenlik elemanı olarak çalıştırılan kişiler yasa çıktıktan sonra yasanın amir hükmü gereği özel güvenlik sınavlarına katılmak durumunda kalmışlar, her kesimin başarılı olması beklenemeyeceğinden bir kısmı başarılı olmuş, bir kısmı başarılı olamamıştır. Başarılı olamayanları işten çıkarmak zordur. Zira dört sınav hakkı tanındığından iş mahkemesine müracaat etmesi durumunda müracaat haklı görülerek işten çıkarma işlemi de gerçekleştirilememektedir. Amaç işten çıkarmak olmamakla birlikte başka bir alanda istihdam etme imkanı da bulunamayabilmektedir. Özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edildiği taktirde 5188 sayılı Yasa'nın 19. maddesi devreye girmektedir. Dolayısıyla firmalar sıkıntıya düşmektedir. Anılan Yasa maddelerinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleriyle çeliştiğini düşünmekteyiz. Ayrıntılarını dilekçemizde belirttiğimiz üzere bu yönlerden Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak 5188 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile 19. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin iptaline karar verilmesi için itiraz davası açılmasını talep ediyoruz" demiştir.

Dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna göre, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun ile özel güvenlik şirketlerine özel güvenlik izni almak zorunluluğu getirilmesi ve aksine davranışın adı geçen

yasanın 11. maddesi ve 19. maddesi (a) ve (c) bentlerinde yaptırıma bağlandığı, ancak 2495 sayılı Yasa ile kurulmuş özel güvenlik teşkilatlarına geçici 1. madde ile güvenlik izni ve özel güvenlik görevlilerine de 5 yıllık çalışma izni verilmesi Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği yönündeki sanık müdafii savunması mahkememizce de ciddi bulunduğundan itiraz başvurusunun kabulü ile 5188 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile 19. maddesi (a) ve (c) bentlerinin Anayasa'nın 10.,13. ve 48. maddelerine aykırılığı nedeniyle ve iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusunda bulunulmasına karar verilmiştir.

SONUÇ

Nedenleri yukarıda açıklandığı üzere; 5188 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile 19. maddesi (a) ve (c) bentlerinin Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak adı geçen yasa maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi hususunda gereği arz olunur".

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

İptali istenen 5188 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 11. maddesi ile 19. maddesinin (a) ve (c) bentleri şöyledir:

1- "Madde 11- Özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilecekler ile özel güvenlik şirketlerinde ve özel güvenlik eğitimi verecek kurumlarda yönetici olarak çalışacaklar hakkında valilikçe güvenlik soruşturması yapılır. Soruşturma sonucu olumlu olanlara, bu Kanunun 14'üncü maddesinde belirtilen özel güvenlik temel eğitimini başarıyla bitirmiş olmak şartıyla, valilikçe beş yıl süreli çalışma izni verilir. Ateşli silah taşımayacak özel güvenlik görevlileri hakkında sadece arşiv araştırması yapılır. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması bir ay içinde tamamlanır.

Göreve başlayan özel güvenlik görevlileri işveren tarafından onbeş gün içinde valiliğe bildirilir.

Çalışma izninin yenilenebilmesi için, güvenlik soruşturmasının olumlu olması ve Kanunun 14'üncü maddesinde belirtilen özel güvenlik yenileme eğitiminin başarıyla tamamlanmış olması zorunludur.

Özel güvenlik görevlilerinde aranan şartlardan herhangi birisinin kaybedilmesi halinde çalışma izni iptal edilir.

Genel kolluk kuvvetinden ve Milli İstihbarat Teşkilatından emekli olanlar ile en az beş yıl fiilen bu görevlerde çalıştıktan sonra kendi istekleriyle görevlerinden ayrılmış olanlarda, görevlerinden ayrıldıkları tarihten itibaren beş yıl süreyle özel güvenlik temel eğitim şartı aranmaz."

2- "Madde 19- Bu Kanunda öngörülen adli suçlar ve cezalar şunlardır:

a) Bu Kanunun 3'üncü maddesinde belirtilen özel güvenlik iznini almadan özel güvenlik görevlisi istihdam eden kişilere veya kuruluşların yöneticilerine altı aya kadar hapis ve altı milyar lira ağır para cezası verilir.

...

c) Bu Kanunun 11'inci maddesine göre çalışma izni verilmeyen kişileri özel güvenlik görevlisi olarak istihdam eden kişi, kurum, kuruluş veya şirketlere, çalıştırdıkları her kişi için üçmilyar lira ağır para cezası verilir. Bu kişiler silahlı olarak çalıştırılmış ise altı aya kadar hapis ve çalıştırılan her kişi için altımilyar lira ağır para cezası verilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuruda Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 2.10.2007 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Davada Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları bir yasa veya yasa hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya

yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde ve davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

10.6.2004 günlü, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 19. maddesinin (a) bendinin iptali istenilmiş ise de, bu hüküm aynı Yasa'nın 3. maddesinde belirtilen özel güvenlik izni almaksızın özel güvenlik görevlisi istihdam eden kişi veya kuruluşların yöneticileri hakkında uygulanacağından; itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'ye, talep üzerine güvenlik hizmetinin istihdam edilecek personel eliyle görülmesine yönelik özel güvenlik izninin alınmamasından dolayı açılmış bir dava olmaması nedeniyle uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, 19. maddenin (a) bendine ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine 20.3.2008 gününde oybirliği ile karar verilmiştir.

B- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular, mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemede açılmış olan dava, çalışma izni bulunmayan özel güvenlik görevlisinin istihdamına ilişkin olduğundan, 5188 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile 19. maddenin (c) bendine ilişkin esas incelemenin "özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilenler" yönünden yapılmasına, 20.3.2008 gününde oybirliği ile karar verilmiştir.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 5188 sayılı Yasa ile özel güvenlik şirketlerine özel güvenlik izni, özel güvenlik görevlilerine de çalışma izni almak zorunluluğunun getirildiği, aksine davranışın yaptırıma bağlandığı, 2495 sayılı Bazı Kurum ve Kuruluşlarının Korunması ve Güvenliklerinin Sağlanması Hakkında Kanun'a göre kurulmuş özel güvenlik teşkilatlarına 5188 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi ile güvenlik izni ve özel güvenlik görevlilerine de beş yıllık çalışma izni verilmesi nedeniyle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

5188 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 11. maddesinde özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilecekler hakkında valilikçe güvenlik soruşturması yapılacağı, soruşturma sonucu olumlu olanlara bu Yasa'nın 14. maddesinde belirtilen özel güvenlik eğitimini başarıyla bitirmek şartıyla beş yıl süreyle çalışma izni verileceği; 19. maddesi (c) bendinde ise bu Yasa'nın 11. maddesine göre çalışma izni verilmeyen kişileri özel güvenlik görevlisi olarak istihdam eden kişi, kurum, kuruluş veya şirketlere, çalıştırdıkları her kişi için üçmilyar lira ağır para cezası verileceği, bu kişiler silahlı olarak çalıştırılmış ise altı aya kadar hapis ve çalıştırılan her kişi için altımilyar lira ağır para cezası verileceği öngörülmüştür.

5188 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edileceklerin çalışma izni almaları belli bir aşamayı gerektireceğinden yasakoyucu geçiş süreci öngörmüştür. 5188 sayılı Yasa'nın yürürlükle ilgili 28. maddesinde, 11. maddeye göre çalışma izni verilmeyen kişilerin özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilmelerini de içeren adli ve idari suçlar ve cezalara ilişkin 19. ve 20. maddelerinin 1.1.2006 tarihinde, diğer maddelerinin yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. 5188 sayılı Yasa'nın 19. ve 20. maddeleri dışında diğer maddeleri 5.5.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Yasa yürürlüğe girdikten sonra özel güvenlik görevlisi olacakların özel güvenlik temel eğitimini bitirmeleri ve güvenlik soruşturmasının yapılarak çalışma izni almaları için yaklaşık altı aylık sürede herhangi bir yaptırım uygulanmayarak onların lehine bir düzenleme yapılmıştır.

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

2495 sayılı Yasa'ya göre oluşturulan güvenlik teşkilatları kamu ya da özel kuruluşların bünyelerinde yapılanan birimlerdir. Özel güvenlik teşkilatlarının önceden beri faaliyette bulunmaları ve teşkilat personeli

olarak bu Yasa'ya göre eğitilmiş ve belli bir statü almış özel güvenlik görevlileri için kazanılmış haklarının korunması düşüncesi ile 5188 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesinde özel güvenlik teşkilatlarına özel güvenlik izni, özel güvenlik görevlilerine de beş yıllık çalışma izni verilmiştir. Buna göre geçici 1. madde kapsamındakilerle, 5188 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra 11. maddedeki koşulları yerine getirip ilk kez çalışma izni alarak özel güvenlik görevlisi olacaklar aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralların, Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

10.6.2004 günlü, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 11. maddesi ile 19. maddesinin (c) bendinin "özel güvenlik görevlisi olarak istihdam edilenler" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 20.3.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2006/167

Karar Sayısı : 2008/86

Karar Günü : 20.3.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Seferihisar Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu 'nun 8. maddesi ile 54. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 10., 11., 12., 13., 17., 19., 20. ve 25. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı İzmir Bölge Müdürlüğünün verdiği idari para cezasına karşı yapılan itirazı incelemekte olan Mahkeme, itiraz konusu kuralların iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İtiraz edenin eyleminin sabit olması halinde itiraza konu olan kuralın itiraz eden hakkında uygulanması mutlaktır. Çünkü 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 8. maddesi "İstatistiksi birimler kendilerinden istenen veri veya bilgileri başkanlığın belirleyeceği şekil, süre ve standartlarda eksiksiz ve doğru olarak ücretsiz vermekle yükümlüdür" ve 54/2 fıkrasına göre Başkanlık veya kurum ve kuruluşlar tarafından program kapsamında istenen bilgilerin geçerli bir mazeret olmaksızın belirlenen şekil ve sürede vermeyen veya eksik veren veya hatalı verenler bir defaya mahsus olmak üzere uyarılarak 7 gün içinde bilgileri vermeleri istenir, uyanlara rağmen belirlenen şekil ve sürede bilgileri vermeyen eksiklikleri gidermeyen ve hatalı veren gerçek veya özel tüzel kişilerin organ ve temsilcileri hakkında fiilin; 54/2-b bendi (a) bendi dışında kalan istatistik birimlerde yapılan araştırmalarda işlenmesi durumunda 1000 YTL hükmünün uygulanacağı amir belirtilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Başlangıç hükümleri ve 2. ve 5. maddelerinde Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Hukuk devleti olup

kimsenin hukuk devleti dışına çıkamayacağı, devletin amaç ve görevlerinin kişilerin ve toplumun refahı, huzur ve mutluluğunu sağlamak ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartlan hazırlamaya çalışmak olduğu, Anayasa'nın 10. maddesinde herkes din, ırk, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağının, 11. maddeye göre Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organları ile tüm idari makamları bağlayan tüm temel kuralların olduğu ve kanunun Anayasa'ya aykırı olamayacağının, 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunun, temel hak ve hürriyetlerinin kişinin topluma ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını ihtiva ettiğini, 13. maddesinin temel hak ve hürriyetlerinin özlerine dokunulmaksızın Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın Anayasa'nın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağının, 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu, 19. maddesinde ise kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenlediği herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğunu, 20. maddesinin herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı göstermesinin isteme hakkına sahip olduğunun, 25. maddesinde ise herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğunun, her ne sebep ve amaçla olursa olsun herkes düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını emreden amir hükümlerdir.

Özel olarak belirtilen amir kurallar gereğince temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması ancak kanunla tayin edileceği ve bu sınırların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı ve her ne sebeple ve amaçla olursa olsun kimseye düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı dikkate alındığında 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 8. maddesindeki istatistiksi birimler kendilerinden istenen veri veya bilgileri başkanlığın belirleyeceği şekil ve süre ve standartlarda eksiksiz ve doğru olarak ücretsiz vermekle yükümlüdür, hükmünü belirleyen Anayasa hükümlerine aykırılık teşkil ettiği, itiraz eden özel tüzel kişi temsilcisine her ne sebeple ve amaçla olursa olsun düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorladığı, düşünce ve kanaatini belirtilmediğinden dolayı suçlanarak hakkında idari yaptırım karan tanzim edildiği, oysa ki düşünceyi açıklama ve kanaat hürriyetine sahip olmanın özel hukuk tüzel kişilerin yetkili temsilcilerinden sahip oldukları bunlarında düşünce kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacakları ve bundan dolayı da cezai bir müeyyide ya

da idari bir yaptırımla karşı karşıya kalınmasının hukuk devleti ilkesi ile ve temel hak ve hürriyetlere aykırılık teşkil edeceği, devletin bir kurumunun yapacağı bir konuda istatistiksi veri veya bilgileri ücret karşılığında aynı durumda olan başka kişilerden ya da özel hukuk tüzel kişilerin yetkili organlarından isteyebilmesinin hukuk devleti ilkesinde geçerli olacağı, zorla kişi ya da özel hukuk tüzelkişiliğinin yetkili temsilci ve organlarından veri veya bilgi istemenin devletin temel amaçları ve görevleri, temel hak ve hürriyetleri niteliği, düşünce kanaat hürriyeti, özel hayatın gizliliği ve korunması ve Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır ve yine 5429 sayılı Yasa'nın 8. maddesine muhalefet nedeni ile ilgili kişi ya da kurumların yetkili organ ve temsilcilerinden idari para cezası verilmesi de yine hukuk devleti ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin korunması, kişi güvenliği ve hürriyeti, düşünce kanaat hürriyeti ilkeleri ile de bağdaşmamaktadır.

Devletin temel amaç ve görevleri, Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi, temel hak ve hürriyetleri niteliği, kişi hürriyeti ve güvenliği özel hayatın gizliliği, düşünce ve kanaat hürriyetine ilişkin düzenlemelere aykırı olan söz konusu hükümlerin belirtilen ve Yüksek Mahkeme'ce re'sen nazara alınacak diğer gerekçelerle itiraza konu 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 8. maddesi ile 5429 sayılı Kanun'un 54. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olmasının nedenleri ile Anayasa'nın 152. maddesi gereğince Yüksek Anayasa Mahkemesi'nce re'sen iptaline karar verilmesi itiraz ve arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile 54. maddenin itiraz konusu kuralı da içeren ikinci fıkrası şöyledir:

"MADDE 8.- İstatistiki birimler, kendilerinden istenen veri veya bilgileri, Başkanlığın belirleyeceği şekil, süre ve standartlarda eksiksiz ve doğru olarak ücretsiz vermekle yükümlüdür.

MADDE 54.- ...

Başkanlık veya kurum ve kuruluşlar tarafından Program kapsamında istenen bilgileri, geçerli bir mazereti olmaksızın belirlenen şekil ve sürede vermeyen veya eksik veya hatalı verenler, bir kereye mahsus olmak üzere uyarılarak yedi gün içerisinde bilgileri vermeleri veya eksik ve hataları gidermeleri istenir. Bu uyarıya rağmen, bilgileri hiç vermeyen veya talep edildiği halde eksikleri gidermeyen ve hataları düzeltmeyen gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişilerinin organ ve temsilcileri hakkında, fiilin;

a) Hanehalkı veya bireylerle yapılan araştırmalarda işlenmesi durumunda beşyüz Yeni Türk Lirası,

b) (a) bendi dışında kalan istatistiki birimlerle yapılan araştırmalarda işlenmesi durumunda bin Yeni Türk Lirası,

c) Sayımlarda işlenmesi durumunda ikibin Yeni Türk Lirası,

İdari para cezası uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 5., 10., 11., 12., 13., 17., 19., 20. ve 25. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A.Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 16.1.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 5429 sayılı Yasa'da yer alan, istatistiki birimlerin kendilerinden istenen veri veya bilgileri, Başkanlığın belirleyeceği şekil, süre ve standartlarda eksiksiz, doğru ve ücretsiz olarak vermekle yükümlü olduklarına ilişkin 8. maddesiyle bu yükümlülüğe uymayanların para cezasıyla cezalandırılacaklarına ilişkin 54. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi hükümlerinin eşitlik ilkesi, temel hak ve hürriyetlerin niteliği, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği, düşünce ve kanaat hürriyetine ilişkin düzenlemelere aykırı olduğu, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı, kişilerin her ne sebeple ve amaçla olursa olsun düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanarak yerine getirmeyenlerin cezai ya da idari bir yaptırımla karşı karşıya bırakılmasının hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil edeceği düşüncesiyle itiraz konusu kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 10., 11., 12., 13., 17., 19., 20. ve 25. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İstatistik, verilerin toplanması, düzenlenmesi ve uygun yöntemlerle analiz edilerek sonuçların yorumlanmasıdır. İstatistikten söz edebilmek için önce "veri"ye ihtiyaç vardır. Veriler, araştırma yapılacak konu ile ilgili bilinen veya herhangi bir kaynaktan doğrudan ya da dolaylı olarak elde edilen bilgilerdir. Verilerin doğrudan toplanmasında anket, gözlem, deney gibi yöntemlerin kullanıldığı bilinmektedir. Anket en çok kullanılan yöntem olup, bu yöntem de önceden hazırlanan anket formu/formları çeşitli şekillerde veri kaynağına (istatistik birimlerine) ulaştırılmaktadır.

5429 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin (h) bendine göre istatistiki birim, yapılan sayım veya örnekleme çalışmalarına konu olan, hakkında veri toplanacak gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşları ifade etmektedir.

İtiraza konu 8. madde hükmüyle sayım ve örnekleme çalışmalarına konu olan, hakkında veri toplanacak gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların yetkililerine cevap verme yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğe uymayanların da 54. maddede gösterilen biçimde idari para cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür.

Maddede açıklayıcı bir düzenleme bulunmadığı için, "kişisel veri" veya "isteme bağlı veri" olarak adlandırılan, belirli veya belirlenebilir kişilerle ilgili her türlü bilgilerin istenebileceği kuşkusuzdur.

İstatistiki birimlerin kendilerinden istenen bilgileri belirlenen şekil ve sürede eksiksiz ve hatasız olarak vermek zorunluluğuna uyulmaması idari para cezası yaptırımına bağlanmış olmasına karşın, istenilecek veri ve bilgilerin kapsamı ya da sınırlarının ne/neler olacağına, başka bir anlatımla, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan veri ve bilgilerin bu zorunluluk kapsamında bulunup bulunmadığına ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, istatistiki birimler kendilerinden istenildiği takdirde her türlü bilgiyi temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olsa bile vermek zorundadırlar.

Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin özel hayatına ve aile yaşayışına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu; 25. maddesinde de herkesin düşünce ve kanaat özgürlüğüne sahip olduğu, her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. 20. madde gerekçesinde, özel hayatın korunmasının her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, resmi makamların özel hayata müdahale edememesi anlamına geldiği belirtilmiştir.

AİHM kararlarında da belirtildiği gibi, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri

tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplamasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur.

Anket formlarında yer alan bazı sorular özel yaşamın gizliliği ile düşünce ve kanaatin açıklanması sonucunu doğurabilir. Bir ülkede en güçlü veri tekeli idaredir. Bu gücün sınırlandırılması özel yaşamın ve düşünce ve kanaat özgürlüğünün korunması bakımından önemlidir.

Anayasa'nın 20. ve 25. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen itiraza konu 8. madde hükmüyle kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme tekeli olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 20. ve 25. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 20. ve 25. maddelerine dayanılarak iptaline karar verildiğinden, aykırı olduğu ileri sürülen diğer maddeler yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 8. maddesi ile 54. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 20.3.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

Türkiye İstatistik Kanunu'nun 2. maddesinin (h) bendinde istatistiki birim hakkında veri toplanacak gerçek ve tüzelkişiler ile kurum ve kuruluşlar tanımlanmakta, 7. ve 8. maddelerde ise "Kurumun görev alanına giren konularla ilgili" veri ve bilgiyi tüm istatistiki birimlerden doğrudan isteme yetkisine Başkanlığın yetkili olduğu belirtilmekte, 54. maddesinde de bu bilgi ve veriyi mazereti olmaksızın belli süre içinde vermeyenler hakkında idari para cezası uygulanacağı öngörülmektedir.

Ülkelerin ve toplumların hayatında giderek önem kazanan istatistiki bilgiler, üretilen araştırma verilerinin standardının uluslararası mukayese edilebilirlik derecesinde olması, güvenilir olması, kısa sürede bu verilerin elde edilmesini gerektirmektedir. Bu hususları sağlamaya yönelik düzenlemelere gereksinim olduğu da kuşkusuzdur.

İstatistiksel araştırmalardan sağlıklı sonuçlar alınabilmesi için öncelikle sağlıklı ve yeterli verinin elde edilmesi gereklidir. Bunu sağlamak amacıyla Yasa'nın 8. maddesi ile getirilen yükümlülük, 54. maddenin ikinci fıkrası ile yaptırım altına alınmıştır.

Görüldüğü gibi İstatistik Kurumu'nun isteyeceği bilgiler öncelikle Kurumun görev alanına giren konulardan olacaktır. Görev alanı dışında bir bilgi istenmesi yasal olmayacaktır.

Diğer yandan, istatistiki birimlerin cevap verme yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde, maddede öngörülen idari para cezasının verilebilmesi "geçerli mazeret" koşuluna bağlanmıştır. Geçerli mazereti olanlar hakkında para cezası uygulanmayacaktır.

Özel hayata ilişkin soruların tanımlanamayacak kadar geniş olması, ekonomik, sosyal ve siyasal alanlara ilişkin bilgi ve verilerinde kapsamının büyüklüğü gözetildiğinde, belirtilen konularda yasal sınırlamalar getirilmesinin imkansızlığı ortadadır.

Kişi ve kurumlar, istatistiki bilgi ve verileri vermek istemediği takdirde "mazeret bildirme" yolunu kullanarak Anayasa'da güvence altına alınmış hak ve özgürlüklerini koruyabileceği gibi, bu bilgilerin verilmemesi halinde 54. maddede öngörülen idari para cezalarına çarptırılmaları durumunda da yargı yolunu kullanarak haklarını arayabilecekleri kuşkusuzdur.

Belirtilen nedenlerle çoğunluğun iptal kararına katılmadım.

Başkan
Haşim KILIÇ

Esas Sayısı : 2005/14

Karar Sayısı : 2008/92

Karar Günü : 17.4.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2005/14)

2- Gaziantep 1.Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2005/49)

İTİRAZLARIN KONUSU: 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 101. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 33. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvuru kararında özetle, davacının Türk İdareciler Vakfına üye olmak için yaptığı başvurunun reddine ilişkin Genel Kurul Kararı'nın Mahkemelerince iptal edildiği, ancak Yargıtay'ca, 4721 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin "Vakıflarda üyelik olmaz" biçimindeki üçüncü fıkrası uyarınca anılan kararın bozulduğu, bozma kararına uyularak yapılan yargılama sırasında davacının bu fıkranın Anayasa'ya aykırılığı yönündeki iddiasının ciddi görüldüğü, Ülkemizde yeni vakıfların 1967 tarihli 903 sayılı Kanun'a göre kurulmaya başlandığı, bu vakıfların hemen tamamında vakıf üyeliği bulunduğu, bu şekilde kurulmuş olan vakıfların varlığını sürdürmesinin, yeni üye kayıtlarının yapılmasına bağlı olduğu, Anayasa'nın 33. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, önceden izin almaksızın dernek kurma, bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahip olduğu ve son fıkrasında, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağının belirtildiği, ancak 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101. maddesinin üçüncü fıkrasının, vakıflara üyelik hakkını kullanılamaz hale getirdiği, vakıf ve dernekler arasında üyelik yönünden varolan eşitliği

ortadan kaldırdığı, tek başına vakıf kurma imkanı olmayan, fakat bir vakfa üye olarak topluma ve kamuya maddi yardımda bulunmak veya ismini üye olacağı vakıf içerisinde yaşatmak isteyen gerçek ve tüzel kişilerin bu anayasal hakkını kullanmalarını engellediği, vakıf kurucularının da vakıflarına üye alma istek ve iradelerinin önüne kanunen engel konulduğu, hayatiyetleri yeni üyelerin varlığına bağlı vakıflarda üyeliğin kaldırılmasının, o vakfın tasfiyesi sonucunu doğuracağı, bu durumun, vakıfların hükmi şahsiyetlerinin devamlılığı ilkesiyle bağdaşır bir tarafının bulunmadığı, vakıflarda üye kaydının, vakıf kültürü ve vakıf medeniyetinin daha da güçlü ve kalıcı olmasını sağlayacağı ve vakıfların her geçen gün daha çok önem kazanan gönüllü kuruluşlar arasında yerini almasına yardımcı olacağı, ayrıca anılan fıkranın, 4721 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden önce kurulmuş olan vakıflarla, bu tarihten sonra kurulmuş ve kurulacak olan vakıflar arasında imkan ve işleyiş itibariyle farklılığa sebep olacağı, fıkranın gerekçesinin de vakıflardaki üyeliğin kaldırılmasına mesnet olmayacağı, vakıflara üye olmanın vakıfların işlevini ve anlamını değiştirmeyeceği, belirtilen nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin başvuru kararında özetle, davacı Vakfın, vakıf senedinde yapılan tadilatın tescili istemiyle dava açtığı, Mahkemelerince, vakıf senedinin eski ve yeni metinleri Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne gönderilerek bu tadilatın tesciline engel bir durum olup olmadığının sorulduğu, Genel Müdürlüğün, yeni üye alımını içeren kısmın 4721 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca metinden çıkarılması gerektiğini belirttiği, yargılama sırasında davacının anılan fıkranın Anayasa'ya aykırılığı yolundaki iddiasının ciddi görüldüğü, Anayasa'nın 33. maddesinde, herkesin, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahip olduğunun, hiç kimsenin bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamayacağının ve maddenin son fıkrasında da, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağının belirtildiği, böylece Anayasa'nın 33. maddesinde, derneklerle ilgili yapılan düzenlemenin, vakıflar hakkında da uygulanacak Anayasa hükmü haline geldiği, Anayasa'nın 11. maddesinde de "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." hükmünün yer aldığı, vakıf ve derneklerin 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 2. kısmındaki 47. maddeden itibaren yapılan düzenleme ile tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olduğu, aynı Kanun'un 47., 56. ve 101. maddelerindeki tariflerde de, belli bir amaca göre örgütlenmiş ve

özgülenmiş kişi ve mal toplulukları olan dernek ve vakıfların, kamu menfaatine çalışan, kâr amacı olmayan tüzel kişiler olduğunun açıkça vurgulandığı, yine aynı Kanun'un 101. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen "sürekli amaç …"ın devam edebilmesi için vakıf kuruluşuna da üye olunmasının kuruluşun devamı için zorunluluk arzettiği, bu nedenlerle "Vakıflarda üyelik olmaz" biçimindeki kuralın Anayasa'nın 33. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun, iptali istenen üçüncü fıkrayı da içeren 101. maddesi şöyledir:

"*Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır.*

Bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan haklar vakfedilebilir.

Vakıflarda üyelik olmaz.

Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 33. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 101. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2005/49 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2005/14 Esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, birleştirilen davanın esasının kapatılmasına,

esas incelemenin 2005/14 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 23.5.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Yasa'nın 101 ve devamındaki maddelerde vakıflarla ilgili düzenlemelere, 56 ve devamındaki maddelerde de derneklerle ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Yasa'nın 101. maddesinde, vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak tanımlanmış, bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan hakların vakfedilebileceği, vakıflarda üyelik olmayacağı ve Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasa'nın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı belirtilmiştir. Devamındaki maddelerde de, vakfın kuruluş şekli, vakıf senedi, mirasçı ve alacaklıların dava hakları, vakfın örgütü, denetimi, yönetimin, amacın ve malların değiştirilmesi, yıllık rapor, faaliyetten geçici alıkoyma, vakfın sona ermesi ve diğer hükümler düzenlenmiştir.

Yasa'nın 56. maddesinde ise, dernekler, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin kazanç paylaşma dışında belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları, tüzel kişiliğe sahip kişi toplulukları olarak tanımlanmış ve devamındaki maddelerde de, dernek kurma hakkı, tüzel kişiliğin kazanılması, dernek üyeliği ve bunun kazanılması, koşulları ve sona ermesi, üyelerin hakları ve yükümlülükleri, dernek organları, bu organların niteliği, oluşumu, görev ve yetkileri, çalışma usulleri, derneklerin sona ermesi, derneklerin faaliyetleri, örgütlenmesi gibi konularla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş ve kurulacak olan vakıflar ile 743 sayılı Türk

Kanunu Medenisi hükümlerine göre kurulmuş olan vakıfları kapsamaktadır.

İtiraz konusu kural, 4721 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin "*Vakıflarda üyelik olmaz*" biçimindeki üçüncü fıkrasıdır. Kuralın gerekçesinde, "*Üçüncü fıkrada, vakıflarda üyeliğin söz konusu olamayacağı esası getirilmiştir. Ülkemizde belirli dönemlerde söz konusu olabilen dernekleşme yerine vakıf kurma eğilimleri, böylece yeterli mal ve hakların belirli bir amaca özgülenmesinin aranması ve derneklerden farklı olarak vakıflarda üyelik olamayacağının öngörülmesi ile sınırlandırılmış olacak ve bu suretle dernek benzeri vakıflar kurulması değil, gerçek anlamda tarihi gelişimine ve işlevine uygun şekilde vakıf kurulması yolu, yasal güvence altına alınmış olmaktadır.*" denilmiştir.

4721 sayılı Yasa'dan önce yürürlükte olan 743 sayılı Yasa'da, vakıflarda üyeliği engelleyecek nitelikte bir hüküm bulunmadığı halde, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Yasa'nın 101. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası ile vakıflarda üyelik olmayacağı öngörülmüştür.

B- İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 33. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma, derneğe üye olma ya da üyelikten çıkma hakkına sahip olduğunun ve maddenin son fıkrasında da, bu maddede yer alan düzenlemelerin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağının belirtildiği, Anayasa'nın 33. maddesi ile tanınan vakıflara üye olma hakkının itiraz konusu kural ile kullanılamaz hale geldiği, böylece dernekler ve vakıflar arasındaki eşitliğin ortadan kaldırıldığı, tek başına vakıf kurma imkanı olmayan ancak bir vakfa üye olarak topluma ve kamuya maddi yardımda bulunmak veya ismini üye olacağı vakıf içinde yaşatmak isteyen gerçek veya tüzel kişilerin bu anayasal hakkı kullanmalarının engellendiği, hayatiyetleri yeni üyelerin varlığına bağlı olan vakıflarda üyeliğin kaldırılmasının bu vakıfların tasfiyesi sonucunu doğuracağı, bu durumun ise tüzel kişiliğin devamlılığı ilkesi ile bağdaşmadığı, vakıflarda üyeliğin olması ile vakıf kültürü ve vakıf medeniyetinin daha güçlü ve kalıcı olmasının sağlanacağı, ayrıca itiraz konusu kuralın, 1.1.2002 tarihinden önce kurulan vakıflarla bu tarihten sonra kurulan ve kurulacak olan vakıflar arasında imkan ve işleyiş farklılığı doğuracağı, kuralın gerekçesinin de vakıflarda üyeliğin olmaması için dayanak olamayacağı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, vakıflarda üyelik olmayacağı belirtilmek suretiyle, gerçek ve tüzel kişilerin vakıflara üye olmaları engellenmiştir.

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

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

Anayasa'nın "*Dernek kurma hürriyeti*" başlığını taşıyan 33. maddesinde de,

"*Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir.*

Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz.

Dernek kurma hürriyeti ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

…

Birinci fıkra hükmü, Silahlı Kuvvetler ve kolluk kuvvetleri mensuplarına ve görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurlarına kanunla sınırlamalar getirilmesine engel değildir.

Bu madde hükümleri vakıflarla ilgili olarak da uygulanır." denilmiştir.

Anayasa'nın 33. maddesinde, herkese, önceden izin almaksızın dernek kurma, derneklere üye olma ya da üyelikten çıkma özgürlüğü tanınmıştır. Maddede vakıflara üyelik konusunda açık bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak son fıkrada, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı belirtilmiştir. Derneklerin ve vakıfların kuruluşları, amaçları, işlevleri, işleyişleri ve yönetimleri aynı değil ise de, Anayasa'nın 33. maddesinin birinci ve son fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, herkesin, vakıflara üye olma özgürlüğüne sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği öngörüldüğünden, vakıflara üye olma özgürlüğünü ortadan kaldıran itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 5. ve 10. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VII- SONUÇ

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 101. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 17.4.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/5

Karar Sayısı : 2008/93

Karar Günü : 17.4.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Konya 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümü ile ikinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemidir.

I- OLAY

Ruhsata aykırı ekler yapıldığı savıyla 3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasına göre para cezası verilmesine ilişkin kararın ve buna dayanılarak düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- ANAYASA'NIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasa'nın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri ile eşitlik ve hakkaniyeti gözeten devlettir. Bu bağlamda, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır. Bunun yanında hukuk devleti kavramı, kuralların ve müeyyidelerinin net olarak önceden belli olduğu dolayısıyla uyulmayan kararların müeyyidelerinin ne olduğunu insanların önceden bilmesini de

ifade eder. Bu bağlamda 3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesi değerlendirilecek olursa;

İlk anda, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapı yapanların karşılaşacağı cezaların da belli olduğu izlenimi uyanmaktadır. Nitekim Yasa maddesinde para cezaları miktar olarak da bellidir. Ancak yasa koyucu rakam belirtirken alt ve üst sınırları belirlemiş olup, kesin rakamı idarenin takdirine bırakmıştır. Elbette alt ve üst sınırların belirtilip kesin rakamın idareye bırakılması tek başına hukuk devleti ilkesini zedeleyici bir unsur değildir. Hatta hizmet gerekleri yönünden daha da işlevli olduğu söylenebilir. Çünkü ruhsatsızlığın veya ruhsata aykırılığın türleri ve ölçüleri o kadar çok farklılık arz etmektedir ki, para cezasını önceden ve tek rakam olarak belirlemek hukuksuzluk kaynağı olabilir. Bu sebeple alt ve üst sınırları belirtilen bir ceza türü daha adil sonuç doğuracaktır. Ancak söz konusu Yasa maddesinin incelenmesi sonucu öncelikle alt ve üst sınırlar arası yelpazenin hiçbir mevzuatta görülmemiş şekilde geniş olduğu anlaşılıyor. Nitekim Yasa'da belirtilen rakamlar, işlem tarihi itibariyle güncellenince "1.459.402.000-TL. dan 72.975.758.000-TL.' sına kadar ceza yelpazesi karşımıza çıkıyor. Bu kadar önemli rakama tekabül eden ve alt ve üst sınırlar arasındaki rakamı belirlemesi yetkisini tamamen idareye bırakan ve bu konuda hiçbir kriter öngörülmeyen Yasa hükmü karşımıza çıkıyor. Nitekim dava konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi, idareler bu takdir hakkını tam bir keyfiyet alanı olarak kabul edilip, hiçbir kritere bağlı olmaksızın aynı yerde aynı nitelikli yapılar hakkında bile birbirinden çok farklı miktarda cezalar vermektedirler. Bu da insanlarda, "müeyyidesinin türü ve oranı idarenin keyfine kalmış bir yasa" intibaı uyandırmaktadır.

Bu olumsuz sonucun sebebi ve kaynağı ise; Yasa'nın çok yüksek miktarlar içeren cezaların alt ve üst sınırı belirtilip, yelpaze çok geniş olmasına rağmen aradaki ceza miktarının belirlenmesinde hiçbir kritere yer vermemesi veya bu kriterleri bir alt norma (yönetmelik gibi) bırakmadan idarenin takdirine (keyfine) bırakmasıdır. Bu da, kuralların ve müeyyidelerin önceden belli olup, buna devletin de uymak zorunda olduğu hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

2- ANAYASA'NIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayrım gözetilmeyecek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen "Eşitlik" ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yasalarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda, hizmetlerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren eşit davranma ve ayrım yapmama ilkesi olarak yorumlanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında söz konusu Yasa maddesinin doğrudan eşitsizlik yaratan bir düzenlemesi görülmemektedir. Ancak Yasa'nın uygulaması esnasında, yine Yasa'nın kendinden kaynaklanan sebeplerle eşitsizliğe ayrımcılığa hatta kayırmacılığa yol açan sonuçlar doğmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi, Yasa sadece alt ve üst sınırları belirleyip, aradaki yelpaze çok geniş olup rakamlar yüksek olmasına rağmen başka hiçbir kritere yer verilmemiştir. Yasa kendisi bir kriter belirlemediği gibi, kriterlerin bir alt normla belirlenmesi yoluna da gidilmediğinden alt ve üst sınır arasındaki ceza miktarını belirlemek tamamen idarenin takdirine (keyfine) bırakılmıştır. Nitekim idarelerde bu hakkı, kelimenin tam anlamıyla keyfince kullanmaktadır.

Nitekim dava konusu uyuşmazlıkta, idareye yapılan ara kararı sonunda, davalı idarece bu konuda objektifliği sağlayacak hiçbir düzenleyici işlem (kriter) belirlenmediği 2003 yılı içinde verilen para cezalarına ilişkin listeden de bu şekilde bir kritere uyulmayıp tamamen her olayın kendi başına değerlendirildiği sonucuna varılmıştır. Nitekim Mahkememizdeki başka uyuşmazlıklarda da; baz istasyonları sebebiyle verilen para cezalarında, aynı Büyükşehir içinde üç belediyenin aynı nitelikli tesise farklı cezalar (5, 10, 15 milyar) uygulandığı gözlenmiştir. (Konya 1. İdare Mahkemesi'nin E.2003/74 ve E.2003/75, K.2004/217 ve K.2004/218 sayılı dosyaları) Hatta davacının

işyerinin bulunduğu yerde bir komşusunun da aynı şekilde 510 m² ilave yaptığı ve 8.8.2002 gün ve 368 sayılı işlemle 3 000 000 000-TL. ceza verildiği tespit edilmiştir.

Bu tespitler ışığından ilk etapta adaletsizliğin Yasa'dan değil idarenin uygulamasından kaynaklandığı sonucu çıktığı söylenebilirse de, idareleri bu keyfi tutuma sevk edenin, Yasa'nın düzenleniş şekli olduğu aşikârdır. Çünkü Yasa, alt ve üst sınır arasındaki cezaların oranını yapının niteliği, ihlal yoğunluğu gibi kriterlere bağlamazsa veya bu kriterleri düzenlemeyi bir alt norma bırakmazsa bu sonuçlar kaçınılmazdır. Çünkü her idare, takdirini en adil şekilde kullandığını iddia edecek ama aynı nitelikli komşu yapılara farklı cezaların da sonu gelmeyecektir.

Sonuç olarak 3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinin 1. fıkrasının "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" kısmı ile 2. fıkrasının "... 500 000 TL. dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir" kısmının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddesine aykırı olduğu ve bu nedenle iptalinin uygun olacağı sonucuna varılmaktadır.

SONUÇ VE KANAAT: Yukarıda açıklanan nedenlerle 3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarının, Yasa'nın, belirsizliği sebebiyle idarenin takdirine değil keyfine bırakıldığı gerek rakamların yüksekliği gerek alt sınır üst sınır arasının çok geniş olması sebebiyle ayrımcılığa, eşitsizliğe, belirsizliğe ve hatta kayırma ve cezalandırmaya malzeme yapıldığı sonuç ve kanaatine varılarak;

3194 sayılı Yasa'nın 1. fıkrasının "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" kısmı ile 2. fıkrasının "… 500 000 TL.dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir" kısmının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle re'sen ve davacının da itirazı ciddi bunarak Anayasa Mahkemesi'ne itirazın götürülmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına, iş bu karar aslı ile dosya suretinin Yüksek Mahkeme'ye ulaşmasından sora beş ay karar verilinceye kadar davanın bekletilmesine 25.11.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren 42. maddesi şöyledir:

"Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana **500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir.** Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5i uygulanır.

Birinci fıkrada belirtilen fiiller dışında bu Kanunun 28, 33, 34, 39 ve 40'ıncı maddeleri ile 36'ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahibine, fenni mesule ve müteahhide **500 000 TL.dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir.**

Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen fiillerin tekrarı halinde para cezaları bir katı artırılarak verilir.

Yukarıdaki fıkralarda gösterilen cezalar, ilgisine göre doğrudan doğruya belediyeler veya en büyük mülki amir tarafından verilir.

(Beşinci fıkra, Anayasa Mahkemesinin 15.5.1997 günlü, E.1996/72, K.1997/51 sayılı kararı ile iptal edilmiştir).

İlgili idarenin Cumhuriyet Savcılığı aracılığıyla sulh ceza mahkemesine başvurması üzerine, bu mahkemelerce ayrıca, yukarıdaki fıkralara göre ceza verilen fenni mesuller ve müteahhitler hakkında bir yıldan beş yıla kadar meslekten men cezasına da hükmolunur.

Bu hususstaki mahkeme kararları ilgili idarelerce Bakanlığa ve meslek mensubunun bağlı olduğu meslek teşekkülüne bildirilir.

Bu maddeye göre belediyelerce verilen cezalar dolayısıyla tahsil olunan paralar belediye bütçesine irad kaydolunur".

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 18.1.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasaya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu dava, ruhsata aykırı ekler yapıldığı savıyla 3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasına göre para cezası verilmesi kararının ve buna dayanılarak düzenlenen ödeme emrinin iptali istemine ilişkindir. Yasa'nın 42. maddesinin ikinci fıkrasında bu Yasa'nın 28., 33., 34., 39. ve 40. maddeleri ile 36. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen mal sahibine, fenni mesule ve müteahhide verilecek para cezası düzenlenmiştir. Bu fıkranın bakılmakta olan dava ile ilgisi bulunmamaktadır.

3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinin;

A- İkinci fıkrasının itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu fıkrada yer alan "… 500 000 TL.dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölüme ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B- Birinci fıkrasında yer alan "… 500 000 TL.dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün dosyada bir eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

Oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anlam ve Kapsam

İmar mevzuatına göre yapılar ruhsata tabidir. Ruhsatı vermekle yetkili kamu idaresinin bilgisi ve izni dışında yapı yapılması olanağı bulunmamaktadır. 3194 sayılı Yasa'nın itiraz konusu kuralı da içeren "Ceza hükümleri" başlıklı 42. maddesinin birinci fıkrasında, ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 liradan 25 000 000 liraya kadar para cezası verileceği, ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'inin uygulanacağı; üçüncü fıkrasında, belirtilen eylemlerin tekrarı halinde para cezalarının bir katı artırılarak, dördüncü fıkrasında ise cezaların ilgilisine göre doğrudan doğruya belediyeler veya en büyük mülki amir tarafından uygulanacağı öngörülmüştür.

Maddede yazılı imar para cezalarının yıllara göre artışı, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298/B maddesi uyarınca tespit ve ilan edilen "yeniden değerleme oranına" bağlanmıştır.

Yasayla her kişiye veya olaya özgü ceza tutarlarının belirlenmesinin mümkün olmaması nedeniyle cezaların bireyselleştirilmesi için yasakoyucu cezayı alt ve üst sınırlarını göstermekte, ancak bu iki sınır arasında bir ceza belirleme konusunda da yargıca veya idareye takdir yetkisi verebilmektedir. İdari para cezaları yargı organlarınca yapılan yargısal denetim sonucunda yargı kararlarıyla verilen adli para cezalarından farklı niteliktedir.

İtiraz konusu kuralda, alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle imar para cezası düzenlenmiştir. Yasa'yla gösterilen bu sınırlar arasında elli kat bulunmaktadır. Alt ve üst sınır arasındaki bu geniş alanda, idareye, cezayı belirleme olanağı, başka bir deyişle cezanın alt ve üst sınırları arasında alt sınırdan, alt sınırın üstünde veya üst sınırdan ceza verme konusunda takdir hakkı tanınmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, idarenin takdirine bırakılan alanının geniş olduğu, cezanın belirlenmesinde hiçbir ölçütün Yasa'da gösterilmediği, bunun uygulamada keyfiliğe neden olabileceği, alt ve üst sınırlar arasındaki idarenin sınırsız takdir yetkisinin keyfi olarak aynı nitelikli yapılara farklı cezaların verilmesine yol açabileceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasında, ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500 000 liradan 25 000 000 liraya kadar para cezası verileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar.

Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım hakların tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır.

3194 sayılı Yasa'nın 42. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan yaptırımlardır. Maddenin birinci fıkrasındaki idari yaptırım, idarenin ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki tespiti ve bu konudaki değerlendirmesine bağlı olarak idarece uygulanmaktadır. Başka bir deyişle hem cezayı gerektiren eylemin işlendiğini saptamak hem de

Yasa'da gösterilen alt ve üst sınırlar arasında cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makamların, belediyeler veya en büyük mülki amirlerin kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idari işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır.

İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, cezaların yasallığı ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak, farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için, imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir.

Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, büyüklüğü ve konut, ticari, sanayi, otel, akaryakıt istasyonu gibi niteliği; fen ve sağlık kurallarına aykırılık taşıması; içinde oturacak veya çalışacak kişiler için tehlike oluşturması; çevresinde ya da aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılır durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.

Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya

çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilecek şekilde açık ve belirgin olmak, uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural iptal edilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

C- İptal Kararının Yürürlüğe Gireceği Gün Sorunu

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

3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dört ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VI- SONUÇ

A- 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının "... 500 000 TL.'dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- İptal edilen bölümün doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları

gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMİ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DÖRT AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

17.4.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/34

Karar Sayısı : 2008/94

Karar Günü : 17.4.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Balıkesir İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun Ek 20. maddesinin 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasının 22.01.2004 günlü, 5073 sayılı Yasanın 15. maddesiyle değiştirilen birinci tümcesinin, Anayasanın 2., 18., 49., 55., 60., 65. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

T.C. Emekli Sandığından emekli olduktan sonra kendi adına ve hesabına bağımsız olarak serbest meslek faaliyeti icra etmeye başlayan ve bu nedenle Bağ-Kur'a "sosyal güvenlik destek primi" ödemek yükümlülüğü ile karşılaşan kişinin açtığı davada ileri sürülen itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırılığı savını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir.

"A- İptali istenen yasa Anayasanın 2. maddesine aykırıdır:

İptali istenen 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununda Değişiklik Yapan ve 02.08.2003 tarih ve 25187 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 4956 sayılı Kanunun 44. maddesiyle; Kanunun Ek 20. maddesine üçüncü fıkra olarak eklenen hüküm yasalaşarak yürürlüğe girmiştir.

Maddenin başlangıç kısmında yer alan Diğer Sosyal Güvenlik Kanunlarına göre yaşlılık ve maluliyet aylığı bağlananlardan ibaresi, maddenin bütünü içinde dikkate alındığında Anayasanın 2., 73, ...maddelerine aykırı bulunmaktadır. Maddenin sonuna konulmuş bulunan "Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler, bu Kanuna göre sigortalılık

süresi olarak değerlendirilmez, ödenen primler 39'uncu madde hükmüne göre toptan ödeme olarak iade edilmez ve bu sürelerle ilgili olarak 24/05/1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz." Hükmü bu kesintinin herhangi bir nedeni bulunmadığını ifade etmektedir.

Anayasanın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti... sosyal bir hukuk Devletidir.

Doktrinde ve Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği gibi;

"Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir."

Hukuk devletinin temel özelliği, bütün vatandaşlar, hatta –vatandaş olmasa bile- ülkesindeki tüm insanlara hukuki güvence sağlamasıdır.

Gerekçesi tam olarak açıklanmayan ve sadece Devletin otoritesine dayanarak vatandaşından karşılıksız olarak alınan her türlü vergi resim harç ve sair talepler, hukuk devleti ilkesi ile birleşemez.

B- İptali istenilen yasa maddesi Anayasanın 73. maddesine aykırıdır:

Anayasanın 73. maddesi:

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Anayasamız, devletçe konulan vergi resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerde adaletli ve dengeli bir dağılımı öngörmektedir. Oysa konulan prim mükellefiyeti adaletli olmadığı gibi devletin açığını kapatmak üzere düzenlenmiş ve sosyal bir amaca yönelik bulunmayan bir mükellefiyettir.

Yasanın Hükümet tasarısının genel gerekçesi aynen şöyledir:

"Görüldüğü gibi, Kurum başlangıcından itibaren birçok olumsuzluğu bünyesinde taşıyan hatalı bir zemin üzerine oturtulmuştur. Acil önlemler alınmadığı takdirde, Bağ-Kur'un finansman açıkları artarak devam edecektir. Bu nedenle, Kurumun gelir ve giderlerini düzenleyici ve prim tahsilatını artırıcı bir dizi tedbirin hem 1479 sayılı Kanunda hem de 2926 sayılı Kanunda yapılacak değişiklikle yürürlüğe konulması bir zorunluluk halini almıştır."

Yasanın Hükümet tasarısının genel gerekçesinde belirtilen husus, ileride bir eşitliğin teessüs etmesine değil, tamamen kuruma gelir sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir.

Bu gerekçeye bir ölçüde katılmak mümkündür. Ancak bunun, hukuk ve sosyal devlet ilkeleri içinde uygulanması gerekeceği düşünülmektedir. Kuruma gelir sağlamak amacıyla sigortalılığın yaygınlaştırılması, sosyal güvenlik şemsiyesinin genişletilmesi ve kaçak sigortalılığın önlenmesi yollarına gidileceği yerde, en kolay yol seçilmiş ve karşılıksız, hiçbir risk göze alınmadan vatandaştan prim kesilmesi yolu tercih edilmiştir.

Zira maddenin son kısmında yer alan; "Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler, bu Kanuna göre sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez, ödenen primler 39'uncu madde hükmüne göre toptan ödeme olarak iade edilmez ve bu sürelerle ilgili olarak 24/05/1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz." hükmü bu kesintilerin hiçbir karşılığı olmadığını açıkça göstermektedir.

B- İptali istenen yasa maddesi Anayasanın 18. maddesine aykırıdır

Anayasamızın 18. maddesi açıkça angaryayı yasaklamıştır.

İptali istenen maddenin bütünü içinde yapılan düzenleme Anayasanın "Angarya yasağına" aykırılık teşkil etmektedir.

Yasa koyucu, davacıya dayanışma destek primi ödeme zorunluluğu getirirken bunun hiçbir karşılığı olmadığını, sigortalılık süresi olarak değerlendirilmeyeceğini toptan ödeme olarak iade edilmeyeceğini, sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmayacağını." Belirtmektedir. Yani karşılıksız bir paranın tahsili söz konusudur. Yasa kendi lafzı içinde davacıdan prim tahsil edeceğini ancak bunun hiçbir şekilde karşılanmayacağını, karşılığında bir hizmet veya mütekabil bir semere hakkı

tanınmayacağını açıkça belirtmiştir. Bunun Anayasanın angarya kavramı içinde olduğu ve açıkça yasaklanmış bulunduğu düşünülmüştür.

C- İptali istenen yasa maddesi Anayasanın 49, 60, 65. maddelerine aykırıdır.

Madde 49- Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.

Madde 60- Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.

Madde 65- (Değişik madde: 03/10/2001 - 4709 S.K./22. md.)

Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

Anayasa, bu düzenlemeleri ile, Devletin, sosyal Devlet yönünü açığa çıkarmış ve Devletin çalışanların hayat seviyelerini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek ve çalışanları korumak için düzenlemeler yapmak ve gerekli teşkilatları kurmak görevini belirtmektedir.

Oysa, yapılan bu yasal düzenleme ile Devlet, işin sosyal boyutunu ihmal ederek, adeta emekli olarak çalışanları cezalandırma yoluna gitmektedir. Ayrıca yasa ile Devlet prim almasına karşın, Anayasa tarafından kendisine verilen ve yukarıda sayılan görevlerini yapmayacağını maddenin sonunda açıkça belirtilmiştir.

Emekli Sandığının şimdilik, yaşlılık aylığı alıp ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlardan sosyal destek primi kesilmesi konusunda bir uygulaması yoktur. Ancak böyle bir uygulamanın başlaması ile davacının bu kez iki kuruma birden ödeme yapmak zorunluluğunda bırakılacaktır. BAĞ-KUR'u güçlendirmek için SSK ve Emekli Sandığı emeklilerinden kesinti yapılması Anayasaya aykırıdır. SSK emeklileri kendi kurumlarına sosyal destek primi ödemektedirler. Bu uygulama ile birde BAĞ-KUR'a ödeme yapmaktadırlar. Emekli Sandığının da bu uygulamaya geçmesiyle, müvekkilimizin, bu defa iki kuruma birden DDP ödemesi söz konusu olacaktır.

Nitekim, Yasada meslek ayrımı yapılmamış, sadece Diğer Sosyal güvenlik Kanunlarına göre yaşlılık ve maluliyet aylığı bağlananlardan

ibaresi konulmuştur. SSK dan emekli olan bir avukat serbest çalışmasına devam etmekte ise, kendi kurumuna diğer işçiler gibi dayanışma destek primi öder. Ancak maddenin devamında gelen, ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, ibaresi ile, bu defa bu avukatın kendi kurumu yanında bir de Bağ-Kur'a mükerrer prim ödemesi söz konusu olacaktır.

Bunun "sosyal adalet" ilkesine aykırı bir tutum olduğu mahkememizce dikkate alınmıştır.

Gerekçe bölümünde etraflıca anlatıldığı biçimde, davacı vekili tarafından ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası mahkememizce de ciddi bulunarak, Davacının bir kamu kurumunda eczacı olarak çalışmasından sonra TC Emekli Sandığından emekli olduğu, serbest meslek olarak kendi adına ve hesabına bağımsız olarak çalışmaya başlaması sonucu, Anayasaya aykırılığı iddia edilen Yasa Maddesi gereği, kendi sosyal güvenlik Kurumundan farklı olan Bağ-Kur'a destek primi ödemek zorunda bırakıldığı, ödenen prim karşılığında Sağlık hizmeti, hizmetlerin birleştirilmesi ve hizmet artırımı gibi sosyal hak ve hizmetlerden yararlanamayacak olması, Evrensel Hukuk Kuralları, Anayasamızın temel prensiplerine aykırı olduğu, bu nedenle Anayasanın 153. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 28/2 maddesi uyarınca; 4956 sayılı Kanunun 44. maddesiyle 1479 sayılı Kanunun Ek 20. maddesinin üçüncü fıkra olarak eklenen "Diğer Sosyal güvenlik Kanunlarına göre yaşlılık ve malullük aylığı bağlananlardan, Ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısıyla gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, çalışmaya başladıkları ayı takip eden aybaşından itibaren çalışmalarının sona erdiği ay dahil bu kanunun 50. maddesine göre belirlenen 12. gelir basamağının % 10'u oranında Sosyal Güvenlik Destek Primi öderler" hükmünün Anayasanın 2, 18, 49, 55, 60, 65, 73. maddelerine aykırılığı nedeni ile iptali için ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA, verilecek karara kadar DAVANIN GERİ BIRAKILMASINA, KARAR VERİLMİŞTİR."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun iptali istenilen tümceyi de içeren "*Sosyal güvenlik destek primi*" başlıklı Ek 20. maddesi şöyledir:

"(Değişik birinci fıkra: 22/1/2004 - 5073/15 md.) Bu Kanuna göre yaşlılık aylığı bağlananlardan, 24'üncü maddenin (l) numaralı bendinde belirtilen çalışmalarına devam edenlerin veya daha sonra çalışmaya başlayanların, sosyal yardım zammı dahil tahakkuk eden aylıklarından, aylığın bağlandığı veya tekrar çalışmaya başlanıldığı tarihi takip eden aybaşından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil % 10 oranında sosyal güvenlik destek primi kesilir

Birinci fıkra hükmüne göre aylıklarından sosyal güvenlik destek primi kesilmesi gerekenlerden, bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce aylık bağlananlar Kanunun yayımını, daha sonra tekrar çalışmaya başlayanlar ise çalışmaya başladıkları tarihi takip eden aybaşından itibaren üç ay içinde Kuruma yazılı bildirimde bulunmak zorundadırlar. Bu süre içinde Kuruma yazılı bildirimde bulunmayanlardan sosyal güvenlik destek primi, gecikmeli bildirimde bulunulan veya Kurumca tespit edilen tarihe kadar 53'üncü maddeye göre hesaplanacak gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir. Birikmiş sosyal güvenlik destek primi ve gecikme zamlarının ödenmemesi halinde aylıklardan yapılacak kesintiler aylık tutarının % 25'ini geçemez.

(Ek üçüncü fıkra: 24/7/2003-4956/44 md.) (Değişik birinci cümle: 22/1/2004-5073/15 md.) **Diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre yaşlılık ve malullük aylığı bağlananlardan, 24'üncü maddenin (I) numaralı bendinde belirtilen kapsamda çalışmaya başlayanlar, çalışmaya başladıkları ayı takip eden ay başından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil, bu Kanunun 50'nci maddesine göre belirlenen onikinci gelir basamağının %10'u oranında sosyal güvenlik destek primi öderler.** Sosyal güvenlik destek primi ödemesi gerekenlerden bu Kanunun yayım tarihinden önce aylık bağlananlar Kanunun yayımını, daha sonra tekrar gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar ise mükellefiyetin başladığı tarihi takip eden aybaşından itibaren üç ay içinde Kuruma yazılı bildirimde bulunmak zorundadırlar. Bu süre içinde Kuruma yazılı bildirimde bulunmayanlar ile Kurumca tespit edilemeyenlerden sosyal güvenlik destek primi, 53'üncü maddeye göre hesaplanarak tahsil edilir.

Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler, bu Kanuna göre sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez, ödenen primler 39'uncu madde hükmüne göre toptan ödeme olarak iade edilmez ve bu sürelerle ilgili olarak 24/5/1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasanın 2., 18., 49., 55., 60., 65. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM ve A. Necmi ÖZLER'in katılmalarıyla 12.5.2004 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun Ek 20. Maddesinin 24.07.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasının 22.01.2004 günlü, 5073 sayılı Yasanın 15. maddesiyle değiştirilen ve iptali istenilen birinci tümcesinde; **"***Diğer sosyal güvenlik kanunlarına göre yaşlılık ve malullük aylığı bağlananlardan, 24'üncü maddenin (I) numaralı bendinde belirtilen kapsamda çalışmaya başlayanlar, çalışmaya başladıkları ayı takip eden ay başından itibaren, çalışmalarının sona erdiği ay dahil, bu Kanunun 50'nci maddesine göre belirlenen onikinci gelir basamağının %10'u oranında sosyal güvenlik destek primi öderler."* denilmektedir.

İtiraz konusu kural, Emekli Sandığı'ndan ya da Sosyal Sigortalar Kurumu'ndan emekli olan ya da bu kurumlardan malullük aylığı alan kişilerin Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinin (I) numaralı bendinde belirtilen kapsamda çalışmaya başlamaları, -diğer bir ifadeyle, bağımsız olarak, kendi ad ve hesaplarına bir ticari faaliyet ya da serbest meslek faaliyetinde bulunmaları- halinde Bağ-Kur'a belli bir oranda sosyal güvenlik destek primi ödemelerine ilişkindir.

1479 sayılı Yasa'nın Ek 20. maddesi dört fıkradan oluşmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, Bağ-Kur Kanunu'na göre yaşlılık aylığı

bağlananların çalışmalarına devam etmeleri halinde ödeyecekleri sosyal güvenlik destek primi konusu düzenlenmiştir. İkinci fıkrasında, yaşlılık aylığı alarak çalışmalarına devam eden Bağ-Kur emeklilerinin bu durumlarını belli süreler içinde Kuruma bildirmeleri yükümlülüğü düzenlenmiş ve buna uymayanlara uygulanacak yaptırımlara yer verilmiştir. İtiraz konusu tümceyi de içeren üçüncü fıkrasında ise, diğer sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık ya da malullük aylığı almakta olanların, Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesi kapsamına giren bir işte çalışmaya başlamaları halinde ödemeleri gereken sosyal güvenlik destek primi konusu düzenlenmiştir. Son fıkrasında ise, "Sosyal güvenlik destek primi ödenmiş süreler, bu Kanuna göre sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez, ödenen primler 39'uncu madde hükmüne göre toptan ödeme olarak iade edilmez ve bu sürelerle ilgili olarak 24/5/1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz." hükmüne yer verilmiştir.

B- Anayasaya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 1479 sayılı Yasanın Ek 20. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası gereğince alınan sosyal güvenlik destek primi (SGDP) karşılığında sigortalıların herhangi bir sosyal sigorta yardımı alamadıkları, bu kesintinin herhangi bir nedeninin bulunmadığı, Devletin otoritesine dayanarak vatandaşından karşılıksız olarak aldığı her türlü vergi, resim, harç ve benzerlerinin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı; Anayasanın 73. maddesinde, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerde adaletli ve dengeli bir dağılımın öngörüldüğü; oysa konulan SGDP mükellefiyetinin adil olmadığı gibi, Devletin açığını kapatmak üzere getirildiği, SGDP'nin Bağ-Kur'un finansman açığı sorununa çözüm aramak amacıyla düzenlendiği, oysa finansman açığının kapatılabilmesi için yapılması gerekenin sigortalılığın yaygınlaştırılması, kaçak çalışmaların önlenmesi olduğu, Devletin en kolay yolu seçerek, karşılıksız olarak ve hiçbir risk üstlenmeden vatandaştan prim kesme yoluna gittiği, bunun adil olmadığı; SGDP alınması suretiyle karşılıksız bir paranın tahsil edildiği, bunların karşılığında bir hizmet veya bir semere hakkının tanınmadığı, bu durumun angarya yasağı içinde değerlendirilebileceği; bütün bu nedenlerle itiraz konusu yasa kuralının Anayasanın 2., 18., 49., 55., 60., 65. ve 73. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle toplum yaşamında eşitlik temeline dayanan adil bir hukuk düzeni kurulması amaçlanmıştır.

Sosyal güvenlik destek primi uygulamasıyla, çalışmaya devam ederek kazanç sağlayanlarla sağlamayanlar arasında adil bir dengenin kurulması amaçlanmaktadır.

Sosyal güvenlik destek primi, sosyal güvenlik kurumlarının mali yapılarının güçlendirilmesi ve böylece sosyal sigortacılık faaliyetinin sürdürülebilmesi amacına yöneliktir. SGDP uygulamasının sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde değerlendirilmesi yapıldığında, emekli olan bir sigortalının işine devam etmesinin, hem istihdamı menfî yönde etkilediği, hem de sigortalı sayısının artmasını engellediği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, emekli olan kişilerin işlerini başkalarına devretmek suretiyle genç sigortalıların sisteme dahil olmalarını teşvik etmeleri, bu mümkün olmadığı takdirde, alınacak sosyal güvenlik destek primi ile sisteme katkılarının sağlanmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu yasa kuralında yer alan sosyal güvenlik primine ilişkin düzenleme, Anayasanın 60. maddesinde yer alan *"Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."* şeklindeki anayasal düzenleme çerçevesinde değerlendirildiğinde; herkesin sosyal güvenlik hakkından yararlanabilmesi bakımından sosyal güvenlik kurumlarının mali yapılarının güçlendirilmesine ihtiyaç bulunduğu yadsınamaz. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralın, Anayasanın 60. maddesinde sözü edilen tedbirler kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Öte yandan, sosyal ve ekonomik haklar alanında Devlete yüklenen görevlerin, Anayasanın 65. maddesinde belirtildiği biçimde mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirilebileceği açıktır.

Sosyal güvenliğin sağlanabilmesi için sigortalıların katkısı zorunludur; fakat bu katkının adil ve ölçülü olması da gerekir. İtiraz konusu yasa kuralında olduğu gibi Bağ-Kur Kanunu'nun 50. maddesine göre belirlenen 12. gelir basamağının %10'u tutarındaki bir destek priminin adil ve ölçülü olmadığından söz edilemez.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, itiraz konusu yasa kuralı Anayasanın 2., 60. ve 65. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasanın 18., 49., 55. ve 73. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun ek 20. maddesinin

24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa'nın 44. maddesiyle eklenen üçüncü fıkrasının, 22.1.2004 günlü, 5073 sayılı Yasa'nın 15. maddesiyle değiştirilen birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 17.4.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/17

Karar Sayısı : 2008/95

Karar Günü : 17.4.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 5. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sosyal Sigortalar Kurumunun kayıtlarındaki davacı sigortalıya ait doğum tarihinin, 1979 yılında yerel mahkemece verilen doğum tarihinin düzeltilmesine ilişkin karar uyarınca değiştirilmesi istemiyle açılan davada ileri sürülen itiraz konusu kuralın anayasaya aykırılığı itirazının ciddi olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir.

"Davacı Kahraman Özdemir 2.5.1977 tarihinde 506 sayılı Kanuna tabi zorunlu sigortalı olarak çalışmaya başlamış ve SSK sigortalısı olarak tescil edilmiştir. Babası olan Mahmut Özdemir oğluna velayeten 1978 yılında davacının nüfusta 1961 olan doğum tarihinin 1959 olarak düzeltilmesi isteğiyle yaş tashihi davası açmış, Çayıralan Asliye Hukuk Mahkemesi 1978/398 Esas, 1979/3 karar nolu 10.1.1979 tarihli kararı ile davacının 4.6.1961 olan doğum kaydının 4.6.1959 olarak düzeltilmesine karar verilmiş ve verilen karar kesinleşerek nüfus kaydına işlenmiştir. Tashih davası açıldığında davacı henüz bir yıllık sigortalı bile olmayıp, tashihe konu 4.6.1961 doğum tarihine göre davacı zorunlu sigortalı olarak çalışmaya başladığı 2.5.1977 tarihinde 15 yaş 10 ay 28 günlüktür.

506 sayılı Kanunun 120/2'nci maddesinde malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında sigortalıların ve ilk defa çalışmaya başladıkları tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihlerinin esas alınacağı bildirilmiştir.

506 sayılı Kanunun 120/2'nci maddesi bu düzenleniş biçimiyle Mahkeme kararlarının yerine getirilmesini imkansız kılmaktadır.

Anayasanın 138'nci maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği, Anayasanın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu bildirilmiştir.

506 sayılı Kanunun 120/2'nci maddesi ile yasa koyucunun yaş tashihi ile ilgili mahkeme kararlarının uygulanmasını bertaraf etme amacı taşıdığı tartışmasız olup bu durum Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti olma vasfı ile açıkça bir aykırılık teşkil ettiğinden davacı vekilinin Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülerek yukarıda belirtilen maddenin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu başvurunun bekletici mesele sayılmasına dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da içeren 120. maddesi şöyledir:

"İş kazalariyle Meslek Hastalıkları Sigortasının uygulanmasında, hak sahiplerine bağlanacak gelirlerle sigortalılara ödenecek sermayelerin hesabında, iş kazasının olduğu veya meslek hastalığının hekim raporu ile ilk defa tesbit edildiği tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri esas tutulur.

Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, sigortalıların ve hak sahibi çocuklarının, sigortalının yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı kanunlara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri, sigortalının sigortaya tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonra doğan çocuklarının da nüfus kütüğüne ilk olarak yazılan doğum tarihleri esas tutulur.

(Ek fıkra: 24/6/2004-5198/16 md.)İş kazalarıyla meslek hastalıkları, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasından gelir ve aylık tahsisleri ile sermaye değerinin hesabında, iş kazasının olduğu veya meslek hastalığının hekim raporuyla ilk defa tespit edildiği veya sigortalıların yürürlükten kaldırılmış

5417 ve 6900 sayılı kanunlara veya 506 sayılı Kanun ile diğer sosyal güvenlik kurumlarına tâbi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonraki yaş tashihleri dikkate alınmaz.

Nüfus kayıtlarında doğum ay ve günleri yazılı olmıyanlar 1 Temmuzda, doğum ayı yazılı olup da günü yazılı olmıyanlar o ayın 1 inde doğmuş sayılır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine dayanılmış; konu Anayasanın 60. maddesiyle de ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılmalarıyla 22.2.2005 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin iptali istenilen 2. fıkrasında, *"Malûllük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, sigortalıların ve hak sahibi çocuklarının, sigortalının yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı Kanunlara veya bu Kanuna tâbi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri, sigortalının sigortaya tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonra doğan çocuklarının da nüfus kütüğüne ilk olarak yazılan doğum tarihleri esas tutulur."* denilmektedir.

İtiraz konusu kural, özü itibariyle, emeklilik hakkının kazanılmasında ve malûllük ile ölüm sigortalarına ilişkin diğer bazı haklardan

yararlanılmasında sigortalı olarak çalışmaya başlanılan tarihten sonraki yaş tashihlerinin dikkate alınmayacağına ilişkindir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinde yer alan bu düzenlemenin benzerlerine 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nda (m.105) ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nda (m.66) da yer verilmiş olduğu görülmektedir.

506 sayılı Yasa'nın 120. maddesi dört fıkradan oluşmaktadır. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yaş tashihlerinin dikkate alınmayacağına ilişkin düzenlemeler bulunmasına rağmen, bu düzenlemelerin anlamı konusunda uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi ve çalışmaya başlanıldıktan sonraki yaş tashihlerinin dikkate alınmayacağının daha açık bir şekilde vurgulanması amacıyla 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Yasayla madde metnine üçüncü fıkra eklenmiştir.

B- Anayasaya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Anayasanın 138. maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği, Anayasa'nın 2. maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunun belirtildiği, itiraz konusu yasa kuralı ile yasa koyucunun yaş tashihi ile ilgili mahkeme kararlarının uygulanmasını bertaraf etme amacı taşıdığı, bu durumun Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. İtiraz başvurusu Anayasanın 60. maddesi ile de ilgili görülmüştür.

Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili süreklilik taşıyan içtihatlarında vurgulandığı üzere, Devletin, personel politikasını belirlemede büyük önemi olan emeklilik düzenini, aktüeryal dengeleri gözeterek bilimsel verilere göre belirlemesi ve buna göre gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Devletin bilimsel verilere dayanarak kurduğu bu düzenin korunması

Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının güvenceye alınması için de zorunlu bir gerekliliktir. Nesnel ve sürekli kurallarla sağlam ve sağlıklı temellere oturtulmayan bir sosyal güvenlik kuruluşunun, mahkeme kararları ile alınan yaş düzeltmeleri sonucu ortaya çıkan erken emeklilik gibi nedenlerle aktüeryal dengesinin bozulması, sosyal güvenlik sisteminin sürdürülemez bir duruma gelmesine sebep olabilir.

Sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak çalışılmaya başlanıldığı tarihten sonraki yaş düzeltmelerinin belli sigorta işlemleri yönünden dikkate alınmayacağını öngören itiraz konusu kuralın, sosyal güvenlik sisteminin kimi aksaklıklara yol açmadan sürdürülmesi amacına yönelik olarak düzenlendiği kuşkusuzdur. Burada yargı kararı hukuksal olarak değerini ve geçerliliğini korumakta, sadece emeklilik yönünden sonuç doğurmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 60. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İstemin reddi gerekir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 17.4.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY

İtiraz konusu kural, S.S.K'na tabii olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihinin esas tutulacağı, sigortalı olarak çalışmaya başlanılan tarihten sonraki yaş tashihlerinin gelir, aylık bağlama ve sermaye hesabında dikkate alınmamasını temin amaçlıdır.

Yaş tashihi davaları KAMU DÜZENİ'ne ilişkin olup 4721 sayılı M.K'nun 39. maddesi uyarınca ancak mahkeme kararı ile kişisel durum sicilinde düzeltme yapılabilir.

Yasa koyucu DAVALARIN KÖTÜYE KULLANILMASI ihtimaline karşı yaş düzeltme davasının etkisini, ortadan kaldırmak istemiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası açık bir şekilde kesinleşen yargı kararları hakkında yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu, bunların değiştirilemeyeceğini ve organlar ve idarenin kararın yerine getirilmesini geciktiremeyeceği ifade etmektedir.

Temel hak ve ödevler başlığı altında hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi ile, doğru yaşının tespitini arayan bireyin, bu temel hakkın varlığının tespitine karar veren bağımsız yargının kesinleşmiş kararının dayanağı hakkının, ilgili madde de getirilmiş bir sınırlama olmadığı sürece herkesçe tanınması zorunlu olduğuna göre, kimi mahkeme kararlarının kötü uygulamaları çağrıştırıp yarattığı gerekçesi ile idareyi mahkeme kararını tanıyıp uygulamaktan alıkoyan bu düzenleme Anayasa'nın 138. maddesinin karşısında koruma göremez.

Düzenlemenin sosyal güvenlik sisteminin kimi aksaklıklara yol açmadan sürdürülmesine olanak tanımak, bilimsel veriye göre kurulan Devlet düzeninin korunmasında öncelikli kamu yararı ve bozulacak aktüerya dengesini önlemek amacı ile yapıldığı ve kimi mahkememiz önceki kararlarında da bu mülahazaya dayanıldığı görülmekte ise de bir mahkeme kararının hukuksal değeri ve geçerliliğinin korunduğu ancak bazı sosyal haklar yönünden sonuç doğurmadığını söylemek hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.

Yargı kararını etkisiz kılan bu düzenleme yasamanın yargı kararına açık müdahelesidir.

Doğru kişinin günü gününe nüfusunun kaydı Sosyal Devletin görevidir. Bu konudaki ihmalini, ya da kötü niyetli birinin sosyal güvenlik hakkından haksız yararlanmasının önüne geçmek, mahkemeyi aldatma ihtimali ve

muhtemel hilesinin önüne geçmek amacı ile Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasındaki üst norm karşısında Anayasa'yı by-pass eden düzenleme hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Sosyal Sigortalar Kurumu, üyesi yönünden sosyal sigortacılık yapmaktadır. Prim alıp hak ettiğinde ödemeler yapmaktadır. Tüm aktüeryal hesaplar hata dahil tüm olasılıkları da içinde barındırır, istatistiksel matematik mutlak doğru değildir. Risk analizleri hesap yöntemi içerisinde olmaz ise sosyal görev laiki ile yerine getirilmiş sayılamaz. Bu düşünceler ile sosyal güvenlik sisteminde muhtemel aksaklığın bertarafı için hukukun ve yargı kararının üstünlüğü ve tanınma zorunluluğunu kaldıran düzenleme anılan nedenler ile Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olduğu düşünüldüğünden çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2004/47

Karar Sayısı : 2008/96

Karar Günü : 2.5.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Kemal ANADOL ve Kemal KILIÇDAROĞLU ile birlikte 112 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 5146 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin Anayasa'nın 2., 11., 90. ve 171. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Kemal ANADOL ve Kemal KILIÇDAROĞLU ile birlikte 112 milletvekili tarafından verilen 11.6.2004 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1. Anayasanın 171'inci Maddesine Aykırılık

1163 sayılı Kooperatifler Kanununun gerekçesinde, "Anayasa ilkelerinin ışığı altında ve demokratik düzen içinde, kalkınma hamlelerinin ekonomik alandaki gelişmelerini birlikte çalışma yolu ile gerçekleştirmek, tek başına yetersiz olan emek ve sermayenin birleştirilmesiyle büyük yatırımlara doğru yönelmeyi sağlamak, teknik ilerleme ve düzenli pazarlama imkânları yaratmak ve böylece büyük vatandaş kütlelerinin refaha kavuşmasını mümkün kılmak için teşkilatlanmada kooperatifleşmenin önemi, bugün bütün dünyaca kabul edilen bir hakikattir" denilerek kooperatifleşmenin önemi vurgulanmış ve kooperatiflerin amacının, bireyin ekonomisini geliştirmek olduğu belirtilmiştir.

Ekonominin geliştirilmesi; geniş kapsamlı ve çok yönlüdür. Bireyin günlük yaşamı içinde gerekli ve kıt olanaklarla tek başına elde edilmesi zor gereksinimlerini ucuza sağlayabilmesi; rahat, yaşam şartlarına uygun bir konuta sahip olabilmesi, mesleği ile ilgili araçları kolaylıkla elde edip

kullanabilmesi, teknik ilerleme ve düzenli pazarlama imkânları yaratılması toplu atılımı ifade eden kooperatifleşmekle mümkün olabilmektedir.

5146 sayılı Kanunla yapılan düzenlemenin, hiçbir sınır getirmeksizin özel hukuk tüzel kişilerinin kooperatiflere ortak olmalarını öngörmesi, kooperatiflerin "ticari bir ortama" sokulmasına yol açabilmesi nedeniyle, kooperatifleşmenin amacına ters düşmektedir. Şöyle ki;

a) Ticaret ortaklıklarında kar elde etmek ve bunu paylaşmak amaç olmasına karşın, kooperatiflerde ortaklarının ekonomik yarar ve gereksinmelerini sağlamak ve devam ettirmek ilkesinden hareket edilir.

Toplumda bireyleri bir arada yaşamaya iten nedenler arasında kuşkusuz ekonomik gereksinimler başta gelmektedir. Bu gereksinimlerin karşılanmasında ve güvence altına alınmasında siyasal otorite, belirli kişi veya grupları önde tutabileceği gibi, toplumu oluşturan bireylerin tümünün çıkarlarını gözetmeyi de yeğleyebilmektedir.

Korunması amaçlanan toplum kesimleri ve sağlanan ekonomik güvenceler ise siyasal otoritenin ve yönetimin niteliğini, demokratik ilkelere bağlılığının derecesini ortaya koymaktadır.

Ekonomik düzende, devlet gereksinimleri karşılamak ve güvenceleri sağlamak bakımından beklentileri karşılamakta yetersiz kaldığında, bireylerin kendi gereksinimlerini kendilerinin sağlaması ve karşılıklı yardımlaşma temeline dayalı büyük ekonomik güçleri oluşturması fikri ortaya atılmıştır.

Demokratik düşünce kültürünün bir ürünü olarak geçen yüzyılların ortalarından beri varlığını kabul ettiren bu ekonomik sistem, "kooperatifçilik" adı altında, özellikle batı uygarlığının önderliğini yapan Türkiye'nin de girmek istediği Avrupa Birliği'ne dahil ülkelerde büyük önem kazanmıştır.

b) Ticaret ortaklıklarında sermaye amaca ulaşmak için önde gelen bir araçtır. Oysa kooperatiflerde sermaye, çok sonra gelen bir değer ve etken durumundadır.

Kooperatiflerde sermayenin diğer ortaklıklardan farklı olarak ön planda görülmemesi kuşkusuz bunların kar paylaşmak amacı ile değil, ortaklarının ekonomik gereksinmelerini karşılamak, güçlendirmek ve korumak için kurulmuş olmalarının bir sonucudur.

Kooperatiflerde mademki içe dönüklük ön planda tutulmuştur ve mademki kural olarak ortakları ve müşterileri aynı kişilerdir; o halde, ortaklar için sağlanan ve devam ettirilmesi istenen ekonomik yarar, yine ortakların kişisel çaba ve gayreti sayesinde gerçekleştirilmelidir.

Kooperatiflere ticaret şirketlerinin hiçbir sınır olmaksızın ortak olmaları halinde, yukarıda açıklanan nedenlerle ortakların kişisel çabaları yerine sermaye ve dolayısıyla dış ilişkilerinde ticari işletme ağırlık kazanacak ve bu durumda karın paylaştırılması gündeme gelecektir ki, sonuçta amacın saptırılması ve dolaylı biçimde dahi olsa kooperatiflerin ticari bir ortama geçirilmeleri söz konusu olacaktır. Uygulamada da öncelikle, tüketim ve konut kooperatiflerinin büyük ticaret şirketlerinin "pazarlamacısı" durumuna düştükleri görülecektir.

Anayasamızın 171'inci maddesinde "Devlet, Kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır" denilmek suretiyle Devlet, özel teşebbüsün yalnız başına başaramayacağı girişimleri gerçekleştirmek amacı ile birleşen kişilerin yarattıkları bu kuruluşları geliştirmek ve gelişmelerini sağlayacak tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Hal böyle iken, yukarıda etraflıca açıklanan nedenlerle ticari bir ortama sokulacak olan kooperatifçilik, Anayasada desteklenmesinin öngörülmesine karşın, milli ekonominin ortam ve şartlarına bağlı olarak bireyin ekonomisini geliştirerek üretimin artırılması ve tüketicinin korunması amacından uzaklaştırılmış olacağından, 5146 sayılı Kanunun 2'inci maddesiyle değiştirilen 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 9'uncu maddesi, Anayasanın 171'inci maddesine aykırı düşecektir. Bu nedenle söz konusu hükmün iptal edilmesi gerekmektedir.

2. Anayasanın 2'inci Maddesine Aykırılık

Anayasa Mahkemesinin 02.06.1992 tarihli E.1992/11, K.1992/38 sayılı kararında;

"Anayasanın 171'inci maddesiyle, Devlete, milli ekonominin yararları doğrultusunda üretimin artırılması ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alma görevi verilmiştir. Bu göreve uygun olarak kooperatifçiliğin geliştirilmesi, desteklenip yönlendirilmesi, küçük üreticilerin ve dar gelirlilerin korunması, dengeli bir toplum oluşturulması sosyal hukuk devletinin önemli görevleri arasındadır.

Bir yandan küçük üreticileri bir yandan da dar gelirlileri korumak, dengeli bir toplum kurmak, sosyal devletin görevlerinden biridir."

denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararında da açıklandığı üzere, bireyleri; kooperatif çatısı altında birleşmelerinin ve böylece "anamal egemenliğine" dayanan geleneksel ekonomik düzenin baskısından kurtulmalarının ve yeni bir demokratik ve sosyal adaletçi hukuk düzeninin de temelini oluşturmalarının söz konusu olduğu bir ortamdan uzaklaştıracak olan 5146 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle değiştirilen 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 9'uncu maddesi, bu açıdan da "sosyal devlet ilkesine" ve dolayısıyla Anayasanın 2'nci maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

3. Uluslararası Hukuk Normlarına ve Dolayısıyla Anayasaya Aykırılık

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

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

Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği için, uluslararası antlaşmalar ulusal yasaların üstünde ve Anayasal normlara yakın konumda görülmüştür. Bu düşünce, uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklere de Anayasal bir üstünlük tanındığının öne sürülmesine yol açmış ve bu üstünlük, "ahde vefa" ilkesinin bir gereği olarak tanımlanmıştır.

22.05.2004 tarih ve 25469 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5170 sayılı kanunla yapılmış olan Anayasa değişikliğinde de, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla aynı konuyu düzenleyen kanunların farklı hükümler içermesi halinde uluslar arası antlaşmanın esas alınacağı, bir Anayasa kuralı haline dönüştürülmüştür.

Türkiye'nin de üyesi olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO)'nün "2002 tarihli ve 193 sayılı Kooperatiflerin Teşvikine İlişkin Tavsiye Kararı"nda,

"Hükümetler, kooperatiflere ilişkin mevzuatın, politikaların ve düzenlemelerin hazırlanması ve gözden geçirilmesinde kooperatif örgütlerinin ve ilgili işçi ve işveren örgütlerinin görüşlerini almalıdırlar"

denilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) Anayasasının 19'uncu maddesinin "Tavsiye Kararları Açısından Üye Ülkelerin Yükümlülükleri" başlığını taşıyan 6'ncı fıkrasının (b) bendinde; tavsiye kararı söz konusu olduğunda, "Üye ülkelerden her biri Konferans oturumunun kapanışından

itibaren en fazla bir yıllık süre içerisinde veya istisnai koşullar nedeniyle bir yıllık süre içerisinde yapma olanağı olmadığı takdirde, mümkün olan en yakın sürede ve Konferans oturumunun kapanışından itibaren 18 ayı geçmeyecek şekilde Tavsiye Kararı'nı mevzuat haline getirmek veya başka türlü önlem almak üzere bu hususta yetkili makam veya makamlara sunmayı üstlenir" ifadesi yer almaktadır.

5146 sayılı Kanun ile kooperatiflere ilişkin düzenleme yapılırken Uluslar arası Çalışma Örgütü'nün söz konusu 193 sayılı tavsiye kararı uyarınca işlem yapılarak Türkiye Milli Kooperatifler Birliği'nin ve Kooperatif Merkez Birliklerinin görüşlerine başvurulmadığı gibi, kooperatifçilikle ilgili aksaklık ve sorunları saptamak, çözüm yollarını belirlemekle görevli Türkiye Kooperatifleri Danışma Kurulu'nun görüşü de alınmamıştır.

Diğer taraftan, Uluslararası Kooperatifler Birliği (ICA) tarafından tespit edilen ve Avrupa Birliği'ne üye ülkelerce kabul edilen "Kooperatif İlkesi"ne göre; *"Bir kooperatif yatırımcıları tarafından yönlendirilen biçime sokmadan ortaklık sermayesine dışarıdan yatırım yapılmasına, eğer bu yatırımcılar kooperatifin karar verme mekanizmasına hakim olarak ortakların çıkarlarını zedelemeyeceklerse, izin verilebilir".*

5146 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemede, bu ilke de dikkate alınmamıştır. Zira, özel hukuk tüzelkişilerinin kooperatiflere ortak olmasında, "amaçları bakımından ilgilenmek" dışında sınırlayıcı bir hüküm getirilmediğinden, özel hukuk tüzel kişilerinin kendileri ortak ve yönetim kurulu üyeleri kooperatiflerin karar verme mekanizmasına hakim olabilecek ve kooperatifleri, yatırımcıları tarafından yönlendirilen bir biçime girmesine yol açacaktır.

Söz konusu 9'uncu maddede yer alan düzenleme ahde vefa ilkesine aykırı düştüğü ve uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi "Ahde vefa" ilkesinin bir gereği olduğu için, söz konusu düzenleme Anayasanın 90'inci maddesine de aykırıdır ve iptali gerekmektedir. Anayasaya aykırı bir hükmün, Anayasanın 2'nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ve 11'inci maddesinde ifade edilen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da beklenemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5146 sayılı Kooperatifler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2'nci maddesi ile değiştirilen 24.04.1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 9'uncu maddesi; "sosyal devlet" ilkesine aykırı olduğu için Anayasanın 2'nci maddesine,

"ahde vefa" ilkesine aykırı olduğu için Anayasanın 90'ıncı maddesine, kooperatiflerin amacına aykırı olarak kooperatifleri "ticari bir ortama" soktuğu için Anayasanın 171'inci maddesine, bu hükümlere aykırı olduğu için "hukuk devleti" ve "anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkeleriyle de bağdaşamayacağından Anayasanın 2 ve 11'inci maddelerine aykırıdır ve iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

21.04.2004 tarih ve 5146 sayılı Kanunun 2'nci maddesi ile değiştirilen 24.04.1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 9'uncu maddesinin uygulanması halinde, demokratik düşünce kültürünün bir ürünü olarak Türkiye'de, 29.05.1926 tarih ve 865 sayılı eski Ticaret Kanunundan beri varlığını yasal düzenlemelerle kabul ettiren "kooperatifçilik" adı altındaki ekonomik sistemin, "ticari bir ortama" sokulmasıyla giderilmesi olanaksız zararlar oluşacağından, iptal davası sonuçlanıncaya kadar bu maddenin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

1) 5146 sayılı Kanunun 2'nci maddesi ile değiştirilen 24.04.1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 9'uncu maddesinin, Anayasanın 2'nci, 11'inci, 90'ıncı ve 171'inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

2) 5146 sayılı Kanunun 2'nci maddesi ile değiştirilen 24.04.1969 tarih ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 9'uncu maddesi açıkça Anayasaya aykırı olduğu ve uygulanması halinde giderilmesi olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar bu maddenin yürürlüğünün durdurulmasına,

karar verilmesini saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

21.4.2004 günlü, 5146 sayılı Kooperatifler Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle 24.4.1969 günlü 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 9. maddesi şöyledir:

"Kamu ve özel hukuk tüzel kişileri amaçları bakımından ilgilendikleri kooperatiflerin kuruluşlarına yardımcı olabilir, önderlik edebilir ve ortak olabilirler."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 11., 90. ve 171. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, Fazıl SAĞLAM ve A. Necmi ÖZLER'in katılımlarıyla 16.6.2004 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde özel hukuk tüzel kişilerinin hiçbir sınırlama olmaksızın kooperatiflere ortak olmalarının öngörülmesinin, kooperatifçiliğin amacına uygun olmadığı, ticari ortaklıkların kooperatife üye olmalarının kooperatifçiliğin ticari ortama girmesiyle millî ekonominin ortam ve şartlarına bağlı olarak bireyin ekonomisinin geliştirilerek üretimin artırılması ve tüketicinin korunması amacından uzaklaşılmasına, ana sermaye egemenliğine dayanan geleneksel ekonomik düzenin baskısına sebep olacağı, kuralın hazırlanmasında Türkiye Millî Kooperatifler Birliği, Kooperatif Merkez Birlikleri ve Türkiye Kooperatifleri Danışma Kurulu'nun görüşlerinin alınmaması ve kuralda özel hukuk tüzel kişilerine *"amaçları bakımından ilgilenmek"* dışında sınırlayıcı bir hükme yer verilmemesinin Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2002 günlü, 193 sayılı Kooperatiflerin Teşvikine İlişkin Tavsiye Kararı ile Uluslararası Kooperatifler Birliğinin kooperatifçilik ilkesine, dolayısıyla Anayasa'nın 2., 11., 171. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1163 sayılı Yasa'nın iptali istenilen 9. maddesinde kamu ve özel hukuk tüzel kişilerine amaçları bakımından ilgilendikleri kooperatiflerin kuruluşlarına yardımcı ve ortak olma ile önderlik etme hakları öngörülmüştür.

Anayasa'nın 171. maddesinde Devlete, millî ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılması ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alma görevi verilmiştir.

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

1163 sayılı Yasa'nın 5146 sayılı Yasa'yla değişik 1. maddesinde, *"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"* şeklindeki tanımlama ile gerçek ve tüzel kişi ortaklar kooperatif tanımının unsuru haline getirilmiştir.

1163 sayılı Yasa'nın 23. maddesindeki ortakların hak ve yükümlülüklerinin eşit olduğu, 48. ve 53. maddelerindeki her ortağın yalnızca bir oy hakkına sahip bulunduğu, oy hakkı, iptal ve sorumluluk davası açma konusunda mutlak eşitliğin bulunduğu ve bu nedenle söz konusu hakların sermaye payının büyüklüğü ya da ortağın yaptığı katkının oranına bağlanamayacağına ilişkin hükümler de dikkate alındığında özel hukuk tüzel kişilerinin kooperatiflere katılması, kooperatiflerin özerklik ve bağımsızlıkları ile ortakların demokratik katılımını olumsuz etkilememekte, dolayısıyla ortakların çıkarlarını zedelememektedir.

Kooperatiflerin amacı, bireyin geniş kapsamlı ve çok yönlü olarak ekonomik ve sosyal gelişmesini sağlamaktır. 1163 sayılı Yasa'daki kooperatifçiliğin korunmasına ilişkin sınırlamalar da gözetildiğinde, özel ve kamu hukuku tüzel kişilerinin kooperatif ortağı olmalarına izin veren kural, üretimin artırılması ve tüketicinin korunmasına yönelik tedbirler niteliğinde olmakla Anayasa'nın 2. ve 171. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 21.4.2004 günlü, 5146 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 9. maddesine yönelik iptal istemi, 2.5.2008 günlü, E. 2004/47, K. 2008/96 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 2.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 21.4.2004 günlü, 5146 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 2.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Mustafa YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
Cafer ŞAT	A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye	Üye	
Şevket APALAK	Serruh KALELİ	

Esas Sayısı : 2004/15

Karar Sayısı : 2008/98

Karar Günü : 2.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Güneysu Asliye Hukuk Mahkemesi (İş Mahkemesi Sıfatıyla)

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 10. ve 26. maddelerinin Anayasanın 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası kolundan hak sahiplerine bağlanan gelirlerde katsayı değişikliklerine bağlı olarak meydana gelen artışlar nedeniyle ortaya çıkan kurum zararının davalılardan tahsiline karar verilmesi istemiyle Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından açılan ek rücu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırılığı itirazının ciddi olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir.

"506 sayılı SSK Kanununun 10. ve 26. maddesi hükümlerine göre davacı idare, daha önce açılıp kesinleşen ve kesin hüküm oluşturan mahkeme kararlarına ek olarak tazminat talebinde bulunabilmektedir. İşçilerin sağlığı ve bunlara ilişkin ödemelerin yapılması (için) rücuen tazminat alınması hukuka uygun olsa bile mahkemelerin verdikleri ve kesinleşen kararların tekrar yargı mercilerinin önüne getirilebilmesi hukukun genel ilkelerine ve Anayasamızdaki hukuk devleti ilkesine aykırıdır. SSK kurum olarak aldığı aidatları değerlendirerek kendi kapsamındaki işçilerin çalıştıkları anda ve emekli oldukları zamandaki maddi manevi ve sosyal kişiliklerini koruyup geliştiren ve devam ettiren bir kuruluştur. Buna göre tazminat taleplerinin bu kapsamda gelecekte oluşacak durumların değerlendirilerek tek seferde talep edilmesi gerekir. İleriki yıllarda oluşan değişiklikler nedeni ile davalılara tekrar tekrar dava açılması hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri

ile bağdaşmamaktadır. Herkes kusurlu veya kusursuz olduğu ya da ne kadar kusurlu olduğu mahkeme tarafından belirlendikten ve bu kusuru oranında tazminat hesaplandıktan ve bu duruma ilişkin mahkeme kararı kesinleştikten sonra aynı konu hakkında yargılanmama hakkına sahip olmalıdır. Kanuni düzenlemelerde işçiyi güvence altına alacak hükümler hukukun genel kuralları ile çelişmeden oluşturulmadır.

Davamızda uygulama alanı bulan 506 sayılı SSK Kanununun 10. ve 26. maddelerinin Anayasamızın 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti, 11. maddesindeki anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkelerine aykırı hükümlerinin iptal edilmesi gerektiği kanaati hasıl olmuştur. "

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun itiraz konusu 10. ve 26. maddeleri şöyledir:

"Bildirilmiyen sigortalılar için yapılacak işlem:

Madde 10- Sigortalı çalıştırmaya başlandığının süresi içinde Kuruma bildirilmemesi halinde bildirgenin sonradan verildiği veya sigortalı çalıştırıldığının Kurumca tesbit edildiği tarihten önce meydana gelen iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde ilgililerin sigorta yardımları Kurumca sağlanır.

Sigortalı çalıştırmaya başlandığı Kuruma bildirilmiş veya bu husus Kurumca tesbit edilmiş olmakla beraber, yeniden işe alınan sigortalılardan, süresi içinde Kuruma bildirilmiyenler için de, iş kazası, meslek hastalığı, hastalık ve analık hallerinde gerekli sigorta yardımları Kurumca sağlanır.

Ancak, yukarıki fıkralarda belirtilen sigorta olayları için Kurumca yapılan ve ilerde yapılması gerekli bulunan her türlü masrafların tutarı ile, gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22'nci maddede sözü geçen tarifeye göre hesabedilecek sermaye değerleri tutarı, 26'ncı maddede yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın, işverene ayrıca ödettirilir."

"İşverenin sorumluluğu:

Madde 26- (Değişik birinci fıkra: 20/6/1987-3395/2 md.) İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi

kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22'nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir. (Ek cümle: 29/7/2003-4958/28 md.)İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İş kazası veya meslek hastalığı, 3'üncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3'üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir.

(Ek: 24/10/1983-2934/3 md.) Ancak; iş kazası veya meslek hastalıkları sonucu ölümlerde bu Kanun uyarınca hak sahiplerine yapılacak her türlü yardım ve ödemeler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kasdı veya kusuru bulunup da aynı iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine Kurumca rücu edilemez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Fazıl SAĞLAM ve A. Necmi ÖZLER'in katılmalarıyla 18.3.2004 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Davada Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya

bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin baktığı dava Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından açılan ek rücu davasıdır. Davacı Kurum, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kolundan hak sahiplerine bağlamış olduğu gelirlerde kanun, kararname ve katsayı değişiklikleri nedeniyle meydana gelen artışların yol açtığı Kurum zararının davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Somut olayda, sigortalı çalıştırıldığının Kuruma bildirilmemiş olması ve iş kazasının meydana gelmesinde davalıların kusurunun bulunması nedeniyle 10. maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 26. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları davada uygulanacak kural durumunda değildir. Bu nedenle, 10. maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile 26. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine 2.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Sınırlama Sorunu

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

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, iş kazası ve meslek hastalığına maruz kalan sigortalılara ya da bunların hak sahiplerine, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası kolundan, Sosyal Sigortalar Kurumu'nca bağlanan gelirlerde; kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle yapılacak artışların, itiraz konusu yasa kuralları çevresinde, sorumlulardan geri istenebilmesinin çeşitli yönlerden anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda, özellikle kişilerin uzun süre dava tehdidi altında bulunmasının ve kesin hükümle karara bağlanan uyuşmazlıkların yeniden

dava konusu yapılmasının hukuk devletinin gerekleri ile bağdaşmadığı yönündeki görüşlere yer vermiştir. Hak sahiplerine bağlanan gelirlerde kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeniyle meydana gelen artışların sorumlulardan rücuen istenebilmesine olanak veren düzenleme, 506 sayılı Yasanın 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve başvurunun yapıldığı sırada yürürlükte bulunan *"… sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere …"* bölümüdür.

Bu nedenle, 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 günlü, E.2003/10, K.2006/106 sayılı kararıyla iptal edilen *"… sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere …"* bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına, 2.5.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

C- İtiraz Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamı

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 9. maddesinde işverenler, çalıştırdıkları sigortalıları işe başlatmadan önce Kuruma bildirmekle yükümlü kılınmışlardır. Yasanın 10. maddesinde ise, çalıştırdığı işçiyi süresinde Kuruma bildirmeyen işverenin bir iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi halinde Kurum karşısındaki sorumluluğu düzenlenmiştir. Yasa'nın itiraz konusu 10. maddesinde, bildirimsiz olarak çalıştırılan işçinin iş kazası sonucu yaralanması veya ölümü halinde Kurumun hak sahiplerine gerekli sigorta yardımlarını yapacağı fakat yapmış olduğu bu harcamalar için Kanun'un 26. maddesinde yazılı sorumluluk halleri aranmaksızın işverene rücu edeceği hükme bağlanmıştır. 506 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde, çalıştırdığı işçiyi Kuruma bildirmeyen işverenin iş kazasında kusuru bulunmasa dahi Kurumun zararlarından sorumlu tutulacağı öngörülmüştür.

Yasanın 26. maddesinin birinci fıkrasında ise, *"İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22'nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı* ***sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere*** *Kurumca işverene ödettirilir"* denilmiştir.

Hizmet akdi ile bir işverene bağlı olarak çalışırken iş kazası geçiren veya meslek hastalığına maruz kalan sigortalı, bu arızalar sebebiyle meslekte

kazanma gücünün en az % 10 veya daha fazlasını yitirecek şekilde bedence veya ruhça bir arızaya uğradığı takdirde, 506 sayılı Kanunun 19. maddesi uyarınca kendisine veya hak sahiplerine Kurumca gelir bağlanır. Buna karşılık, sorumluların haksız fiili sebebiyle bir zarara uğrayan Kurumun, 26. madde gereğince bu zararı işverenden geri almaya hakkı vardır.

İşverenin Yasanın 26. maddesinin birinci fıkrasına göre sorumluluğu, maddede açıkça sayılan kusur halleriyle sınırlıdır. Bunlar işverenin kastı, işçi sağlığı ve iş güvenliği hükümlerine aykırılığı veya suç sayılır nitelikteki hareketidir. İş kazası veya meslek hastalığının maddede sayılan bu hallerin dışında kalan bir sebeple meydana gelmiş olması halinde, kurumun yasal işlevini yerine getirerek, 506 sayılı Kanunun 12. maddesinde yazılı yardımları sigortalıya sağlayacağı kuskusuz ise de, maddenin öngördüğü kusur şartı gerçekleşmediği için, yapılan yardımlar dolayısıyla doğan zararı işverenden rücuen istemesine yasal olarak imkan bulunmamaktadır. 26. maddenin birinci fıkrasında aranan koşulların gerçekleşmesi halinde Kurum işverenden iki şeyi talep edebilir. Bunlar, kurumca yapılan giderler ile bağlanan gelirdir. Gider kavramı sigortalıya yapılan tedavi ve geçici iş göremezlik ödeneği harcamalarını; gelir kavramı ise Kanunun 19. maddesine göre sigortalı veya hak sahiplerine geçimlerini sağlamak üzere her ay ödenecek belirli bir parayı ifade eder.

D- Anayasaya Aykırılık Sorunu

1- Yasanın 10. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, 506 sayılı Yasa'nın 10. ve 26. maddelerine göre davacı idarenin, daha önce açılıp kesinleşen mahkeme kararlarına ek olarak tazminat talebinde bulunabildiği; oysa mahkemelerin verdikleri ve kesinleşen kararların tekrar yargı mercilerinin önüne getirilmesinin hukukun genel ilkelerine ve Anayasadaki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu; bu nedenle tazminat taleplerinin gelecekte oluşacak durumların da değerlendirilerek bir defada talep edilmesi gerektiği, ileriki yıllarda meydana gelen değişiklikler nedeni ile davalılara tekrar tekrar dava açılmasının hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri ile bağdaşmadığı; konuyla ilgili kesinleşen mahkeme kararından sonra kişilerin aynı konu hakkında yeniden yargılanmama hakkına sahip olması gerektiği ileri sürülmüştür.

506 sayılı Yasanın 10. maddesinde, bağlanan gelirlerde kanun, kararname ve katsayı değişikliklerine bağlı olarak meydana gelen artışlardan kaynaklanan Kurum zararının işverenden rücuen

istenebileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. 10. madde çerçevesinde gelir artışlarının istenebileceği yönündeki uygulama, 26. maddede yer alan ve gelir artışlarının istenebileceği görüşünün yasal dayanağı olarak kabul edilen *"…sigortalının veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere…"* ibaresine dayanmıştır. Söz konusu ibarenin Anayasa Mahkemesinin 23.11.2006 günlü, E.2003/10, K.2006/106 sayılı kararıyla iptal edilmiş olması nedeniyle, gerek 26., gerekse 10. madde kapsamında artık gelir artışları istenemeyecektir. Diğer bir ifadeyle, itiraz konusu kural, bağlanan gelirlerde kanun, kararname ve katsayı değişikliklerine bağlı olarak meydana gelen artışların rücuen istenilmesine izin veren bir anlama sahip değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasanın 2. ve 11. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

2- Yasanın 26. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, 506 sayılı Yasa'nın 10. ve 26. maddesi hükümlerine göre davacı idarenin, kesinleşen mahkeme kararlarına ek olarak tazminat talebinde bulunabildiği; oysa mahkemelerin verdikleri ve kesinleşen kararların tekrar yargı mercilerinin önüne getirilmesinin hukukun genel ilkelerine ve Anayasadaki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu; bu nedenle tazminat taleplerinin gelecekte oluşacak durumların da değerlendirilerek bir defada talep edilmesi gerektiği, ileriki yıllarda meydana gelen değişiklikler nedeni ile davalılara tekrar tekrar dava açılmasının hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri ile bağdaşmadığı; konuyla ilgili kesinleşen mahkeme kararından sonra kişilerin aynı konu hakkında yeniden yargılanmama hakkına sahip olması gerektiği ileri sürülmüştür.

Sınırlama kararında 26. maddenin birinci fıkrasının tamamının değil, maddenin birinci fıkrasında yer alan, başvurunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan ve iş kazası meslek hastalıkları sigortası kolundan bağlanan gelirlerde kanun, kararname ve katsayı değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan artışların tazmin sorumlularından rücuen istenebilmesine olanak verdiği anlaşılan *"… sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere…"* bölümünün anayasaya uygunluğunun incelenmesine karar verilmiştir. İtiraz konusu bu bölüm, Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 günlü, E.2003/10, K.2006/106 sayılı kararıyla, Anayasanın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptal kararı, 21.3.2007 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

506 sayılı Yasanın 26. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasının sınırlama kararı uyarınca incelenen *"… sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere …"* bölümü Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 günlü, E.2003/10, K.2006/106 sayılı kararıyla iptal edildiğinden, itiraz konusu bu bölüm hakkında YENİDEN KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA karar verilmesi gerekir.

VI- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun;

1- 10. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

2- Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2006 günlü, E. 2003/10, K. 2006/106 sayılı kararıyla iptal edilen 26. maddesinin 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının "... sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ..." bölümü hakkında YENİDEN KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Mustafa YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
Cafer ŞAT	A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye	Üye	
Şevket APALAK	Serruh KALELİ	

Esas Sayısı : 2004/66

Karar Sayısı : 2008/99

Karar Günü : 2.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara İkinci İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 27.6.1984 günlü, 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 18. maddesinin son fıkrasının 4916 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle değiştirilen ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 127. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

3030 sayılı Yasa'nın 18. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesi uyarınca genel bütçe vergi gelirleri tahsilatından büyükşehir belediyelerine pay aktarılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"27.6.1984 tarih ve 3030 sayılı Büyükşehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 18. maddesinin 4916 sayılı Kanunla değiştirilen son fıkrasında, 'Bu payın % 40'ı doğrudan ilgili belediye hesabına yatırılır, kalan % 60'ı ise büyükşehir belediyelerine nüfuslarına göre dağıtılır. Hesaplama ve dağıtım işlemleri Maliye Bakanlığı'nca yapılır.' kuralı düzenlenmiştir.

Anayasanın 127. maddesinin son fıkrasının son tümcesine göre yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanması gerekmektedir. Gelir kaynaklarının sınırlı olması nedeniyle Büyükşehirlere tahsis edilen genel bütçe vergi payının belediyeler arasında dağıtımı önem taşımaktadır.

Büyükşehir belediyelerinin görevleri yasalarda belirlenirken herhangi bir ayrım gözetilmemişse de, her Büyükşehir belediyesinin yerine getirmek

durumunda olduğu hizmetlerin nitelik ve nicelik itibariyle farklılık göstereceği kuşkusuzdur. Herhangi bir Büyükşehir belediyesinin nüfusu yanında yöredeki sanayi yoğunluğu, eğitim kurumlarının sayısı, gelişme hızı, üretim ve tüketim kapasitesi, kültür ve eğitim seviyesi ile ekonomik faktörler mahalli hizmetlerin niteliğini ve maliyetini doğrudan etkileyen unsurlardır.

Bu etkenler gözetildiğinde belediyelerin hizmet maliyetlerinin her zaman nüfusla doğru orantılı olarak artmadığı bir gerçektir. Büyükşehir belediyelerinin il merkezlerinde toplanan genel bütçe gelirlerinden ayrılan %60'lık payın 3030 sayılı Kanunun 18. maddesinin son fıkrasının son tümcesinde olduğu gibi nüfus baz alınarak Anayasanın 127. maddesinde öngörülen biçimde belediyelere görevleriyle orantılı adil bir dağıtımın sağlanamayacağı açık olduğundan söz konusu tümcede Anayasaya aykırılık görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi uyarınca Mahkememizce bakılmakta olan dava sebebiyle uygulanacak olan 19.7.2003 tarih 4925 sayılı Kanunla değişiklik yapılan 3030 sayılı Kanunun 18. maddesinin son fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa'nın 127. maddesine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından dava dilekçesi ve eklerinin onaylı örneği ile söz konusu ibarenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, 17.6.2004 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

27.6.1984 günlü ve 3030 sayılı Yasa'nın 18. maddesinin itiraz konusu ikinci tümcesini de içeren son fıkrası şöyledir:

"Bakanlar Kurulu, (b) fıkrasındaki % 3 pay oranını % 6 oranına kadar artırmaya veya kanuni haddine kadar indirmeye yetkilidir. **Bu payın % 40'ı doğrudan ilgili belediye hesabına yatırılır, kalan % 60'ı ise büyükşehir belediyelerine nüfuslarına göre dağıtılır**. Hesaplama ve dağıtım işlemleri Maliye Bakanlığınca yapılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 127. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A.Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 8.9.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanması gerektiği, belediyelerin hizmet maliyetinin her zaman nüfusla doğru orantılı olarak artmadığı, kuralda düzenlendiği şekilde nüfus baz alınarak belediyelere görevleriyle orantılı adil bir dağıtımın sağlanamayacağı belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 127. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın "Büyükşehir belediyesi gelirleri" başlıklı 18. maddesi büyükşehir belediyesinin gelirlerini düzenlemektedir. Bu gelirlerden biri maddenin (b) fıkrasındaki *"Büyükşehir belediyesinin bulunduğu il merkezinde yapılan Genel Bütçe Vergi Gelirleri Tahsilat toplamı üzerinden gelir saymanlarınca hesaplanıp, ertesi ayın sonuna kadar ilgili büyük şehir belediyesine yatırılacak %3 pay"* dır.

Maddenin son fıkrasının birinci tümcesine göre Bakanlar Kurulu, (b) fıkrasındaki %3 pay oranını %6 oranına kadar artırmaya veya kanuni haddine kadar indirmeye yetkilidir. İptali istenilen ikinci tümcede ise, bu payın %40'ının doğrudan ilgili belediye hesabına yatırılacağı, kalan %60'ının ise büyükşehir belediyelerine nüfuslarına göre dağıtılacağı belirtilmektedir. Hesaplama ve dağıtım işlemleri Maliye Bakanlığı'nca yapılır.

İptali istenilen tümcede, büyükşehir belediyesinin bulunduğu il merkezinde yapılan genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamı üzerinden gelir saymanlarınca hesaplanıp, ertesi ayın sonuna kadar ilgili büyükşehir belediyesine yatırılacak %3 payın %60'lık bölümünün büyükşehir belediyeleri arasında dağılımı düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 127. maddesinin son fıkrasının son tümcesinde mahalli idarelere *"…görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır"* denilmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasının son tümcesinde de *"Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir"* kuralına yer verilmiştir. Buna dayanılarak halen büyükşehir belediyesine dönüştürülmüş on altı belediye bulunmaktadır. Bunlar arasında nüfus, yüzölçüm, sanayileşme, alt yapı sorunları veya gelir kaynakları açısından farklılıkların olması doğaldır. Bu durumda, mahalli idarelere görevleri ile orantılı gelir sağlama konusunda yasa koyucunun, anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla takdir hakkı bulunmaktadır.

Yasakoyucu da itiraz konusu kuralda bu takdir hakkını kullanmış ve büyükşehir belediyesinin bulunduğu il merkezinde yapılan genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamından büyükşehir belediyesine yatırılacak payın %40'ının doğrudan ilgili belediye hesabına yatırılmasını, kalan %60'ının ise büyükşehir belediyelerine nüfuslarına göre dağıtılmasını öngörmüştür. Ülkemizde büyükşehirlerde yaşanan nüfus artışının doğumdan ziyade göçten kaynaklanan bir yapı sergilemesi, nüfusun belediye hizmetleri için tek ölçüt olmamakla beraber, büyükşehir belediyelerinin görevlerinin yerine getirilmesinde önemli bir ölçüt olduğunu ortaya koyduğu açıktır.

Bu nedenle, büyükşehir belediyesinin bulunduğu il merkezinde toplanan genel bütçe vergi gelirlerinin %3'lük kısmından belli bir oranının ilgili büyükşehir belediyesi hesabına aktarılması, geri kalanının da büyükşehir belediyeleri arasında nüfuslarına göre paylaştırılmasında Anayasa'ya aykırı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 127. maddesine aykırı değildir.İptal isteminin reddi gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

27.6.1984 günlü, 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 18. maddesinin son fıkrasının, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle değiştirilen "Bu payın % 40'ı doğrudan ilgili belediye hesabına yatırılır, kalan %60'ı ise büyükşehir belediyelerine nüfuslarına göre dağıtılır." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı

olmadığına ve itirazın REDDİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 2.5.2008 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Mustafa YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
Cafer ŞAT	A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye	Üye	
Şevket APALAK	Serruh KALELİ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesi'nin 24.7.2003 günlü, E.2003/62, K.2003/77 sayılı iptal kararında işaret edildiği üzere, her büyükşehir belediyesinin yerine getirmek durumunda olduğu hizmetlerin nitelik ve nicelik itibariyle farklılık gösterdiği, kuralda belirtilen "nüfus" kriterinin tek başına bir ölçüt olarak ele alınması halinde Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen "mahalli idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır" hükmünün adil şekilde uygulamaya geçmiş olamayacağı, % 40-% 60 şeklinde yasakoyucu tarafından takdir edilen dağıtım biçiminin özellikle İstanbul, Ankara, İzmir, Kocaeli gibi yüksek vergi tahsilatı yapılan Büyükşehirler bakımından ölçülü ve adil sonuçlar doğurmayıp, bilakis hak edilenden az miktarlarda gelir elde edilmesine yol açacağı, dolayısıyla kuralın bu biçimiyle Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı düştüğü ve iptali gerektiği kanısına vardığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Haşim KILIÇ	Sacit ADALI	Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2005/12

Karar Sayısı : 2008/101

Karar Günü : 2.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 8. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.4.2001 günlü, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 13., 48. ve 167. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı şirket için belirlenen A kotası dışında temin edildiği tespit edilen şekerin iç piyasada satılması nedeniyle 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesi şöyledir:

"B kotası şekeri bulundurmayan veya Kurul kararı dışında satan ya da bedelsiz devreden gerçek ve tüzel kişiler hakkında, bulundurmadığı veya elinden çıkardığı miktarının, tespitin yapıldığı tarihteki fabrika satış fiyatı üzerinden hesaplanacak tutar kadar Kurulca idari para cezası verilir.

C şekerini Kurul kararı dışında iç piyasada satan veya bedelsiz devredenler hakkında birinci fıkrada öngörülen cezalar uygulanır.

Kurulun bilgi ve kararı dışında şirketlerin, fabrikaları arasında kota aktarımı yapmaları halinde her biri için ayrı ayrı olmak üzere, aktardıkları miktarının, tespitin yapıldığı tarihteki fabrika satış fiyatı üzerinden hesaplanacak tutar kadar Kurulca idari para cezası verilir.

Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak, şirketlerin birbirleri arasında kota aktarımı yapmaları halinde her biri için ayrı ayrı olmak üzere, aktardıkları

kota karşılığı miktarının, tespitin yapıldığı tarihteki fabrika satış fiyatı üzerinden hesaplanacak tutar kadar Kurulca idari para cezası verilir.

Bu Kanunun amaçlarına aykırı olarak, şirketler tarafından A ve B kotası dışında temin edildiği tespit edilen şekerin doğrudan veya dolaylı olarak iç piyasada satılması veya devredilmesi halinde bu fiili işleyenler hakkında bu maddenin birinci fıkrasında öngörülen cezalar uygulanır.

Kurul tarafından bilgi isteme veya yerinde inceleme hallerinde; istenen bilgilerin yanlış, eksik veya yanıltıcı olarak verildiğinin saptanması veya hiç bilgi verilmemesi ya da yerinde inceleme imkanının verilmemesi hallerinde, bu fiili işleyen şirketler yedi gün içinde bilgilerin verilmesi ve/veya inceleme imkanının sağlanması için ihtar edilir. Bu süre zarfında bilgilerin verilmemesi ve/veya inceleme imkanının sağlanmaması halinde, şirketlerin Kurulca cari pazarlama yılı için tahsis edilen A kotası miktarının cari pazarlama yılı başındaki fabrika satış fiyatı üzerinden hesaplanacak tutarının %3'üne kadar idari para cezası verilir.

İdari para cezalarının verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde verilecek para cezası, önceki ceza tutarının iki katı olarak uygulanır.

Tahsil edilen idari para cezalarının %10'u Kurum özel hesabına aktarılır, kalan miktar bütçeye gelir yazılmak üzere Hazine hesaplarına intikal ettirilir.

İdari para cezaları 7201 sayılı Tebligat Kanun hükümlerine göre tebliğ edilir.

İdari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. Yapılacak itirazları idari para cezalarının yerine getirilmesini durdurmaz.

Kesinleşen idari para cezalarının tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 13., 48. ve 167. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa Yıldırım, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla

10.2.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında uygulanacak kural sorunu üzerinde öncelikle durulmuştur.

Bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, iptali istenilen kuralların 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.

4.4.2001 günlü, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları dışında kalan fıkralarının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

Dosyada eksiklik bulunmadığından, 4.4.2001 günlü, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarının esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Anayasa'nın 152. maddesi ve buna paralel olarak düzenlenen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması gerekmektedir.

8.2.2008 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 490. maddesiyle, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin sekizinci ve onuncu fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Tahsil edilen idarî para cezalarının yüzde onu Kurum özel hesabına aktarılır."

"İdarî para cezaları dahil, Kurul tarafından alınan bütün kararlara karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar."

5728 sayılı Yasa ile Şeker Kanunu'nun 11. maddesinde yapılan değişiklikle, Şeker Kurulu tarafından alınan kararlara karşı açılacak iptal davalarında ilk derece mahkemesi olarak Danıştay görevli kılındığından ve usul hükümlerinde meydana gelen değişikliklerin derhal uygulanması kural olarak kabul edildiğinden, itiraz başvurusunda bulunan İdare Mahkemesinin dosya üzerindeki yargısal tasarruf hakkı 5278 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarih itibariyla son bulmuştur.

Açıklanan nedenle, başvuran mahkemenin elinde Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi anlamında görevine giren ve bakmakta olduğu bir dava bulunmadığından, itiraz başvurusunun başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamıştır.

V- SONUÇ

4.4.2001 günlü, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarına ilişkin itirazın başvuran Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 2.5.2008 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Mustafa YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
Cafer ŞAT	A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye		Üye
Şevket APALAK		Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarına ilişkin itirazın başvuran Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine, incelenmesi gereken hususun itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin önündeki davanın taraflarının iptali istenen kuraldan yararlanıp yararlanmayacaklarına göre değil, bir kuralda Anayasa'ya aykırılık varsa o kuralın iptali suretiyle Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığının egemen kılınması ilkesi çerçevesinde belirlenmesi, bu nedenle işin esas denetiminin yapılması gerektiği düşüncesiyle, katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY

Başvuru tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun 11. maddesinde idari para cezasına karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği hükmünü gözeten ve kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Ankara 8. İdare Mahkemesi iptali için 03.02.2004 tarihinde başvurmuş; Anayasa Mahkemesi de usulüne uygun olarak yapılan başvuruyu kabul ederek 10.02.2005 tarihinde işin esasının sınırlı olarak incelenmesine karar vermiştir.

Anılan Yasa'nın 11. maddesi 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5278 sayılı Kanun'un 490. maddesi ile değiştirilmiş, madde de kurul tarafından açılan bütün kararlara karşı açılan iptal davalarının ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görüleceği belirtilmiş ise de bu değişiklik Anayasa Mahkemesi'nce işin esasının incelenmesine başlanmasından sonra yapılmıştır.

Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenen Anayasa'ya aykırılığın mahkemelerde ileri sürülebilmesindeki amaç, Anayasa Mahkemesi'nin kararından yalnızca o davanın taraflarının yararlanması değil genel ve objektif olarak herkesin yararlanmasıdır.

Sonradan yapılan düzenlemeyle davaya bakacak mahkemenin değiştirilmesi Anayasa Mahkemesi'nde yapılmakta olan incelemeyi etkilemeyeceğinden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılarak, Anayasa'ya

aykırılığın bulunması halinde kuralın iptali ile Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin egemen kılınması gerektiği kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmasına engel bulunmadığı halde inceleme aşamasında görevli mahkemenin değiştirildiği gerekçesiyle red kararı verilmesine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Ahmet AKYALÇIN

KARŞIOY

Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin onuncu fıkrası uyarınca daha önce İdari para cezalarına karşı idare mahkemesine yapılan itirazın, anılan fıkrada 8.2.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5278 sayılı Kanun'un 490. maddesi ile yapılan değişiklikle Danıştay'a yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bakılmakta olan davada, Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarının uygulanacak kural ve değişiklik henüz gerçekleşmediği için de bu kuralları uygulamaya Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin yetkili olduğu kabul edilerek, ilk inceleme sonucunda itiraz başvurusunun esasının incelenmesine karar verilmiştir.

İdare mahkemelerince esastan karara bağlanmamış olan davalarda, bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihte Danıştay'ın ilk derece mahkemesi olarak görevli olduğunun kabul edilmesinde duraksama bulunmamakta ve bunun sonucu olarak da itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'de bakılmakta olan bir davanın bulunmadığı, bu nedenle işin esasının incelenemeyeceği ileri sürülebilir ise de;

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında da ifade edildiği gibi Anayasa Mahkemesi, başvurularla ilgili incelemeyi yaparken davanın taraflarının bu işlemden yararlanıp yararlanmayacaklarını değil, kuralların denetimini yaparak, Anayasa'ya aykırı olup olmadıklarını saptamak, aykırılık varsa iptal etmek suretiyle Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini egemen kılarak anayasal düzeni sağlamakla görevlidir. Bu nedenle itiraz yoluna başvurma kararı alınarak bu yol işlemeye başlatıldıktan sonra, ne mahkemelerin ve ne de tarafların bu süreci durdurmaya yetkileri bulunmamaktadır. Sonradan değişen hukuki durumlar, Anayasa

Mahkemesi'ndeki bu incelemeyi etkilemeyeceği için, başlamış olan Anayasaya uygunluk denetiminin sonuçlandırılması gerekmektedir. Nitekim, itiraz yoluna başvurulduktan sonra Anayasa Mahkemesi kararı beklenilmeden davanın nihai olarak sonuçlandırılması, davadan feragat edilmesi gibi nedenlerle başvuran mahkemede görülmekte olan davanın ortadan kalkması durumunda bile Anayasa Mahkemesi'nce itiraz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılarak başvurunun esastan sonuçlandırılması da, itiraz başvurusu sonrasında meydana gelen hukuki değişikliklerin esas incelemede dikkate alınmadığını göstermektedir.

Bu nedenlerle, Şeker Kanunu'nun 11. maddesinin onuncu fıkrasında yapılan değişiklik, anılan maddenin birinci ve beşinci fıkralarının esasının incelenmesine engel olmadığından, itiraz başvurusunun yetkisizlik nedeniyle reddine ilişkin çoğunluk kararına katılmadık.

Üye	Üye
Mehmet ERTEN	A. Necmi ÖZLER

AZLIK OYU

Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla gelen işlerde başvuruyu yapan mahkemenin görev ve yetkisi ile yargıladığı işlem ve dayanan yasal kural arasındaki ilintinin o evredeki koşullar ve hukuksal ortam gözetilerek değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku duyulmamalıdır. Anayasal denetimin amaçları ve yargılama evresinin gelecekten arındırılması gereken sınırları Anayasa Mahkemesi'nin inceliyeceği kural yönünden görev alanını da belirlemiş olacaktır. İtiraz yoluyla gelen başvuruların özelliği, sonraki gelişimlerin etkilerini bu boyutta ele alınmasını gerektirmektedir.

Bu bakımdan başvuru konusunu oluşturan uyuşmazlığı görecek yargı yerinin değişmiş olması Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin yargılama sürecini etkilemez. Önemli olan başvuru tarihindeki hukuksal ortamdır. Başvurudan sonraki süreçteki gelişim yerel yargı yeri ile ilgilidir. Aslında belli bir süre sonra yerel mahkeme Anayasa Mahkemesi kararını beklemeden uyuşmazlığı bitirecektir de. Anayasa Mahkemesi'nin de kendi görevi alanında bir değişim olmadığı sürece, başvuru sırasında yasal koşulları taşıdığını kabul ettiği davaları sonuçlandırması gerekecektir.

Açıklanan nedenlerle başvuru sırasında yerel mahkemenin görevli oluşu karşısında yetkisizlikten söz edilemiyeceği ve işin esastan incelenmesi gerektiği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2005/68

Karar Sayısı : 2008/102

Karar Günü : 2.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.4.2001 günlü, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun geçici 8. maddesinin, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Şeker Kurumu ve hizmet birimlerinin görev süresinin 31.12.2004 tarihi itibariyla sona erdirilmesi, Şeker Kurulunun görev, yetki ve görev süresinin ise 31.12.2006 tarihine kadar uzatılması yolunda alınan Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararı şöyledir:

"Şeker İş Sendikası, Yusuf Dinler ve Bahattin Gümüş vekili Av. Gökhan Candoğan tarafından, 31.12.2004 tarih ve 3. mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 4634 sayılı Şeker Kanununun Geçici Madde 8'e dayanılarak düzenlenen 2004/8330 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın Eki Kararın 1. maddesinde yer alan, "Şeker Kurumu ve hizmet birimlerinin görev süresinin 31.12.2004 tarihi itibariyle sona erdirilmesi, Şeker Kurumunun görev, yetki ve görev süresinin ise 31.12.2006 tarihine kadar uzatılması kararlaştırılmıştır." kuralı ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın 22.12.2004 tarih ve 1824 sayılı işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Başbakanlık ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na karşı açılan davada, 4634 sayılı Kanunun Geçici 8. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Yurt içi talebin yurt içi üretimle karşılanmasına ve gerektiğinde ihracata yönelik olarak Türkiye'de şeker rejimini, şeker üretimindeki usul ve esaslar ile fiyatlandırma, pazarlama şart ve yöntemlerini düzenlemek amacıyla

çıkarılan Şeker Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca, bu Kanunun ve ilgili mevzuatın uygulanmasını sağlamak, uygulamayı denetlemek ve sonuçlandırmak, Kanun'da verilen yetkiler çerçevesinde düzenlemeler yapmak ve Kanun'la diğer görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere, kamu tüzel kişiliğine sahip Şeker Kurumu kurulmuştur. Anılan maddeye göre, Kurum, Şeker Kurulu ve hizmet birimlerinden oluşmakta ve Kurum, Şeker Kurulu tarafından yönetilmektedir.

Dava konusu Bakanlar Kurulu kararının dayanağı olan, Şeker Kanunu'nun Geçici Madde 8'inde, "Uluslararası kuruluşlar ile yapılan anlaşmalar çerçevesinde, Bakanlar Kurulu, Kurum ve organlarının görev, yetki ve görev süresini 31.12.2004 tarihinde yeniden belirler." kuralı yer almıştır.

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir, bu yetki devredilemez. Bilindiği gibi, kamu hukukunda hiçbir devlet organı, Anayasadan veya kanunlardan aldığı yetkiyi, bu metinlerde açık bir izin olmadıkça, başka bir devlet organına devredemez. Yasama yetkisinin devredilmezliği, kanun niteliğinde veya kanun gücünde işlemler yapma yetkisinin devredilmezliği anlamına gelmektedir. Eğer bir düzenleyici işlem, mevcut kanun hükümlerini değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, bu işlem kanun niteliğinde veya gücündedir. Çünkü bir hukuki işlem, ancak kendisine eşdeğer olan bir işlemle değiştirilebilir, kaldırılabilir. Bu nedenle yasama organı, başka bir devlet organına mevcut kanun hükümlerini değiştirme ve kaldırma yetkisi veremez.

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesini yorumlamış ve bu ilkenin ölçütlerini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

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

yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir" (AYMK, E:2002/32, K:2003/100, kt, 20.11.2003).

Görüldüğü gibi, yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması da, yasayla düzenleme anlamına gelmemekte ve Anayasa'nın 8. maddesindeki, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı şeklinde ifade edilen "idarenin kanuniliği" ilkesi de bu anlamı taşımaktadır.

Bu bağlamda, 4634 sayılı Kanun'un Geçici Madde 8'inde yer alan ve Şeker Kurumu ve organlarının görev, yetki ve görev süresini belirleme yetkisini yürütmeye devreden düzenleme ile, yetki devrinin çerçevesi ve sınırları çizilmemiş ve Bakanlar Kurulu'na kural koyucu, geniş bir takdir alanı tanınmıştır.

Öte yandan Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, üçüncü fıkrasında da, kamu tüzel kişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı kurala bağlanmıştır. Bu durumda, 4634 sayılı Şeker Kanunu'yla kurulan Şeker Kurumu'nun ve organlarının görev, yetki ve görev süresinin, usulde paralellik ilkesi uyarınca yine kanunla belirlenmesi gerekmektedir.

Bu değerlendirmeler sonucunda, davacıların 4634 sayılı Kanunun Geçici Madde 8'ine ilişkin Anayasaya aykırılık iddiaları Dairemizce ciddî bulunarak, anılan kuralın Anayasanın 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğu kanısına varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152., 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun Geçici Madde 8'in iptali ve yürürlüğünün durdurulması için, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına 10.06.2005 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4634 sayılı Şeker Kanunu'nun geçici 8. maddesi şöyledir:

"Uluslararası kuruluşlar ile yapılan anlaşmalar çerçevesinde, Bakanlar Kurulu, Kurum ve organlarının görev, yetki ve görev süresini 31.12.2004 tarihinde yeniden belirler."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 11.7.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri koyması ve çerçeveyi çizmesi gerektiği, sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisinin yürütme organına bırakılamayacağı, Şeker Kurumu ve organlarının görev, yetki ve görev süresini belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna devredilirken çerçevenin ve sınırların belirlenmediği, kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı, Şeker Kanunu ile kurulan Şeker Kurumunun ve organlarının görev, yetki ve görev süresinin de usulde paralellik ilkesi uyarınca yasa ile belirlenmesi gerektiği, belirtilen nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Buna göre, yasa ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır. Temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı ile sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlemesine bırakılması, Anayasa'nın belirtilen maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 123. maddesinde, *"İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur"* denilmektedir.

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar. Kamu tüzelkişiliğinin yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması zorunluluğu, usulde paralellik ilkesi gereği aynı zamanda kamu tüzelkişiliğinin ortadan kaldırılması bakımından da geçerli bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralla Şeker Kurumu ve organlarının görev, yetki ve görev süresinin, uluslararası kuruluşlar ile yapılan anlaşmalar çerçevesinde Bakanlar Kurulu tarafından 31.12.2004 tarihinde yeniden belirlenmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 90. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanmasının, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olduğu belirtildikten sonra, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmaların yayımlanmaları ile yürürlüğe konabilecekleri, milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulunması zorunluluğunun bulunmadığı, ancak bu andlaşmalardan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendirenlerin yayımlanmadan yürürlüğe konulamayacağı hükme

bağlanmıştır. Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmanın yapılmasında, andlaşmaların onaylanması Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 4634 sayılı Şeker Kanunu Türkiye'de şeker rejimini düzenlemek amacıyla çıkarılmış ve bu Kanunun uygulanmasını sağlamak üzere Şeker Kurumu kurulmuştur. Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte, Şeker Kurumu ve organlarının görev ve yetkilerinin kapsamı ile görev sürelerinin belirlenmesine ilişkin olarak Türkiye Cumhuriyeti adına uluslararası kuruluşlarla yapılmış ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir andlaşma bulunmamaktadır.

Uluslararası kuruluşlar ile yapılacak andlaşmalar yönünden itiraz konusu kural, belirsiz bir nitelik taşımaktadır. Şeker Kurumu ve organlarının görev, yetki ve görev süresinin belirlenmesi konusunda Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin kullanılmasında esas alınacak uluslararası bir andlaşmanın yürürlüğe girmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı bulunmakta iken, yürürlüğe girmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına bağlı olmayan diğer uluslararası andlaşmaları da kapsar şekilde itiraz konusu kural ile getirilen düzenleme belirgin değildir.

Öte yandan; Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin, bir uluslararası andlaşmanın gereğinin yerine getirilmesi bakımından kullanılması zorunlu bir yetkiyi mi, Bakanlar Kurulu'na ait bir takdir yetkisini mi ifade ettiği de anlaşılamamaktadır.

Bu belirsizlik, Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin kullanılması bakımından da geçerlidir. Bakanlar Kurulu'na tanınan bu yetki, Şeker Kurumu ve bu Kurumun organlarının görev, yetki ve görev süreleri yönünden farklı şekillerde kullanılmasına yol açabilecek niteliktedir. Söz konusu yasal düzenleme, Şeker Kurumunun görev süresini sona erdirirken, aynı Kurumun organlarının görev süresini uzatabilecek bir yetkiyi de içermektedir.

Görev süresinin belirlenmesi yetkisi, görev süresinin uzatılmaması, bir başka deyişle görev süresinin sona erdirilmesi yetkisini de içerdiğinden, verilen bu yetki kamu kurumunun ve kamu tüzel kişiliğinin ortadan kaldırılmasına da yetki verilmesi anlamını taşıdığı gibi, görev ve yetkinin belirlenmesi yetkisi de idarenin görevlerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 123. maddesine aykırı bulunmaktadır.

Buna göre, uluslararası kuruluşlar ile yapılacak anlaşmalar çerçevesinde Bakanlar Kurulu'na tanınan, Şeker Kurumu ve organlarının görev, yetki ve görev süresini yeniden belirleme yetkisi, idareye sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi anlamını taşıdığından, yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracak niteliktedir ve idarenin kanuniliği ilkesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

4.4.2001 günlü, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun geçici 8. maddesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 2.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

4.4.2001 günlü, 4634 sayılı Şeker Kanunu'nun geçici 8. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 2.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Mustafa YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
Cafer ŞAT	A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye	Üye	
Şevket APALAK	Serruh KALELİ	

Esas Sayısı : 2005/26

Karar Sayısı : 2008/105

Karar Günü : 15.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kırkağaç Asliye (Aile) Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesinin, Anayasa'nın 41. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Açılan boşanma davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 9. maddesinde düzenlenen yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıktır.

Anayasa'nın 138. maddesinde buna paralel olarak hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri düzenlenmiş olup, TMK'nin anılan 166/3. maddesi hâkimin Anayasa'ca düzenlenen vicdani kanaatine müdahale ve ortadan kaldırıcı niteliktedir.

Anayasa'mızın ailenin korunmasına ilişkin 41. maddesinde aile *"Türk toplumunun temeli"* olarak tarif edilmiştir. Ayrıca 41/2. fıkrasında devlete ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alması yükümlülüğü getirilmiştir.

Anayasa'nın 138. ve 41. maddesi bir arada değerlendirildiğinde 1 yıllık evliliğini doldurmuş belki de çocukları olmuş çiftlerin en ufak kavgaları veya geçimsizlikleri halinde çevrelerinin, ailelerinin ve diğer etkenlerin kışkırtması ile hemen mahkemelere başvurarak boşanmayı istemeleri

halinde belki de kısa bir süre ayrılık halinde barışabilecek ve aile birlikteliğini devam ettirebileceklerken bu durumu hisseden hâkime bu yönde uygulama yaparak Anayasa'ca devletin temeli olarak kabul edilen aile kurumu için boşanma kararı verme zorunluluğu getirilmesi ve vicdani kanının hiçe sayılması Anayasa'nın anılan maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

NETİCE-İ TALEP: Yukarıda anılan nedenlerle Sayın Mahkemeniz Başkanlığına müracaat zorunluluğu oluşmakla Anayasa'mızın 138. ve 41. maddelerine açıkça aykırı olan TMK'nin 166/3. maddesinin iptali saygı ile talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 166. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. **Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz**."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 41. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN,Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılmalarıyla 9.3.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anlam ve Kapsam

4721 sayılı Yasa'da, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen usuller dışında, boşanma davaları için özel yargılama kurallarına yer verilmiştir. Yasa'nın 184. maddenin birinci fıkrasının (1) numaralı bendinde, hâkimin, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamayacağı, (3) numaralı bendinde ise tarafların bu konudaki her türlü ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı belirtilmiştir.

İkrar, beyanda bulunan taraflardan birinin, diğer tarafça karara bağlanması istenilen hakkın veya hukuki durumun meydana gelmesine esas teşkil eden ve ileri sürülmüş bulunan olayların tamamen veya kısmen doğru olduğunu bildirmesidir; somut olaylarla ilgili olup, diğer tarafın talep sonucuna ilişkin değildir. İkrar, bunu yapan tarafın tek taraflı açık bir irade beyanı ile olmaktadır. Boşanma davalarında hâkim kural olarak ikrarla bağlı olmadığı gibi kabulle de bağlı değildir.

Eşlerin boşanma konusunda aralarında gerçekleştirecekleri anlaşmanın önlenmesi ve böyle bir anlaşmaya hukuksal sonuç bağlanmaması amacına yönelik 184. maddedeki tarafların her türlü ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı kuralı, boşanma davalarında tarafların boşanmaya yol açan nedenlerin varlığı konusundaki kabullerinin hukuki bir sonuç doğurmayacağı anlamına gelmektedir. Taraflar boşanma sebebi olarak gösterilen olayları ikrar etmiş olsalar bile hâkim bu beyanlarla bağlı olmayıp, kendiliğinden araştırma ilkesi gereğince davanın dayandırıldığı olayları araştırmak zorundadır. Boşanma davalarındaki bu usul kuralı hâkimin ikrarı hiç dikkate almayacağı anlamına gelmez. Hâkim sadece bu ikrarla bağlı tutulmamıştır. İkrarla bağlı olmama ile onun dikkate alınarak hüküm verilmesi farklı olgulardır.

Boşanma davalarında tarafların her türlü ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı yönündeki bu kurala 4721 sayılı Yasa'nın "Evlilik birliğinin sarsılması"na dayanan boşanmanın düzenlendiği 166. maddenin üçüncü fıkrasının itiraz konusu son tümcesinde bir istisna getirilmiş ve uygulamada "anlaşmalı boşanma" olarak nitelendirilen boşanma davalarında tarafların

ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmünün uygulanmayacağı öngörülmüştür.

4721 sayılı Yasa'da "irade ilkesi" geçerli değildir, eşlerin hâkim kararı olmaksızın mahkeme dışında evlilik birliğine son vermeleri olanaksızdır. 166. maddenin üçüncü fıkrasında irade ilkesi ile birlikte evlilik birliğinin sarsılması ilkesine de yer verilmiştir. Genel boşanma sebeplerinden anlaşmalı boşanmanın düzenlendiği bu fıkrada yasakoyucu, tarafların boşanma konusundaki iradesi ile evlilik birliğinin sarsılması ilkesinin unsurlarının gerçekleştiğini ifade etmiştir. Bir başka deyişle tarafların irade ilkesine göre boşanma yönündeki iradelerini belirli koşulların gerçekleşmiş olması durumunda evlilik birliğinin sarsılması ilkesi ile desteklemiş, evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının karinesi kabul edilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Anayasa'nın 41. Maddesi Yönünden İnceleme

Başvuru kararında, devletin ailenin huzur ve refahı, özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünün bulunduğu bu nedenle kuralın Anayasa'nın 41. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4721 sayılı Yasa'nın, 184. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde yer alan tarafların boşanma davasının dayandığı olgular konusundaki her türlü ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı kuralına, 166. maddesinin üçüncü fıkrasının itiraz konusu son tümcesi ile bir istisna getirilmiş ve anlaşmaya dayanan boşanma davalarında, tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmünün uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Anayasa'nın "Ailenin korunması" başlıklı 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, teşkilatı kurar" denilmek suretiyle aile kurumu özel olarak düzenlenmiş, anayasal güvenceye bağlanmış ve korumaya alınmıştır.

Ailenin toplumun temeli olması nedeniyle boşanma davaları kamu düzeni ve yararını ilgilendirmektedir. Evlilik birliğinin kurulması gibi boşanma da her şeyden önce hukuksal bir olaydır. Boşanma, toplumu ve

toplumun temelini oluşturan ailenin yapısını doğrudan ilgilendirmesi, sosyal düzeni bozucu bir özellik göstermesi nedeniyle aynı zamanda toplumsal bir olaydır.

Hâkim evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür. Anlaşmalı boşanma, yargı denetiminin olmadığı, sadece tarafların karşılıklı anlaşmaları ile evlilik birliğinin sona erdirildiği bir boşanma yolu değildir. 166. maddenin üçüncü fıkrasında yasakoyucu zorunlu olarak gerçekleşmesini istediği ilkeleri açıkça belirtmek suretiyle boşanmanın, ilerde eşlerden biri ya da çocuklarla ilgili olarak adaletsizlik, haksızlık ve kimi sakıncalar doğurmaması için güvence getirmiş, tarafların ikrarlarıyla bağlı olan hâkimin boşanma isteğinin serbest iradeye dayanıp dayanmadığını saptamasını ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hakkında açık müdahalesini gerekli görmüştür. Hâkimin, tarafların ve çocukların menfaatlerini dikkate alarak anlaşmada yapılan değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya karar vereceği kurala bağlanmıştır.

Evlilik birliğinin kurulmasında irade ve kararlarına önem ve değer verilen tarafların, boşanma konusunda istek ve beyanlarının dikkate alınması anlaşmalı boşanmanın gereğidir. Tarafların ikrarlarının bağlayıcılığı ile birlikte tarafların ve çocukların mevcut ve gelecekteki yararları açısından hakkaniyete uygun bir denge kurulması için yasakoyucu anlaşmalı boşanmada kimi unsurların gerçekleşmesini zorunlu görerek öncelikle eşler ve çocuklar, sonra da toplum açısından doğabilecek sakıncaları önlemek istemiştir. Bunu gerçekleştirirken de boşanma sürecine kadar geçen dönemde hâkime denetim yetkisi vermiştir. Kaldı ki Yasa'da belirtilen yöntem ve koşullarla eşlerin karşılıklı anlaşarak boşanmayı istemelerine rağmen evliliğin zorla ayakta tutulmasının taraflara, çocuklara ve topluma fayda sağlamayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 41. maddesine aykırı değildir.

2- Anayasa'nın 138. Maddesi Yönünden İnceleme

Başvuru kararında hâkimin, tarafların ikrarlarıyla bağlı olmasının takdir hakkını ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4721 sayılı Yasa'nın 166. maddenin üçüncü fıkrasında anlaşmalı boşanma kurala bağlanmıştır. Özel bir boşanma yolu olan bu tür davada boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî

sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir, bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya karar verir. İtiraz konusu kurala göre bu durumda tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.

Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" denilmiştir. Böylece hâkimlerin görevlerini her türlü baskı ve etkiden uzak, Anayasa'ya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre yerine getirebilmeleri sağlanarak yargı yetkisini kullanmaları güvence altına alınmıştır.

Hâkim, Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi her türlü yazılı pozitif hukuk kurallarıyla bağlıdır. Bu bağlılık takdir hakkını kullanamayacağı anlamına gelmez. Hâkim delilleri değerlendirirken, yasaların yorumunda ve soyut kuralların somut olaya uygulanmasında takdir hakkını kullanır.

Boşanma davalarında hâkime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme olanağı yoktur. Ancak, evlilik birliğinin kurulmasında irade ve kararlarına önem verilen tarafların anlaşmalı boşanma konusundaki istekleri de gözden uzak tutulamaz.

Hâkim 166. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen ilke, esas ve ölçütlere göre öncelikle anlaşmalı boşanma koşullarının oluşup oluşmadığına bakacak, davanın bu fıkra kapsamında kabul edilip edilemeyeceğini belirleyecektir. En az bir yıl süren evliliklerde eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde başka bir delil toplamadan evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı yasakoyucu tarafından karine olarak kabul edilmiştir. Artık bu tür boşanma davalarında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının ayrıca maddi olaylarla ispatlanmasına gerek bulunmamaktadır. Anlaşmalı boşanmanın koşullarının her aşamasında hâkim inceleme, araştırma, tespit, takdir, müdahale, denetim ve kanaat yetkisine sahiptir. Tarafların sunduğu anlaşmanın hukuka, adalete ve hakkaniyete uygun olup olmadığını inceleyerek kanaatini ve takdir yetkisini kullanacak olan hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli değişiklikleri yapabilecek, bu değişikliklerin taraflarca da kabulü ve Yasa'da öngörülen diğer koşulların gerçekleşmesi halinde boşanma kararı verecektir.

Hâkimin tarafların ikrarlarıyla bağlı olması anlaşmalı boşanmanın bir gereği ve bu esasın doğal bir sonucudur. Yasa'daki koşulların varlığını kendiliğinden araştırma, serbestçe değerlendirme ve oluşan kanaatine göre karar verme yetkisi tanınan hâkim, 166. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca

gerekli müdahalede bulunmakta ve tarafların yararları ile çocukların korunması açısından adil ve hakkaniyete uygun malî şartları belirleyerek kalıcı bir dengeyi gerçekleştirmektedir. Hâkim sadece tarafların ikrarlarını esas alarak boşanmalarına veya boşanma talebinin reddine karar vermemektedir. Tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmünün uygulanmayacağının öngörülmüş olması tek başına sonuç doğuran bir kural olmayıp maddede hâkime tanınan yetkilerin kullanılıp, belirtilen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bakımdan evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı ve anlaşan eşlere boşanma olanağı sağlayan anlaşmalı boşanma davasında tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamasının, hâkimin takdir hakkını ortadan kaldırdığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 138. maddesine aykırı değildir.

İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasının "Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz." biçimindeki son tümcesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 15.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/1

Karar Sayısı : 2008/12 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 15.5.2008

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 3.12.2003 günlü, 5005 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, 2. maddesiyle değiştirilen 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 42. ve 123. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

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

3.12.2003 günlü, 5005 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkranın;

1- "… ile Millî Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin, mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra; …" bölümü, 15.5.2008 günlü, E. 2004/1, K. 2008/106 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümün, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum

ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- Kalan bölümüne yönelik iptal istemi, 15.5.2008 günlü, E. 2004/1, K.2008/106 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

B- 2. maddesiyle değiştirilen 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin iptal hükmünün süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu fıkraya yönelik YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

15.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/1

Karar Sayısı : 2008/106

Karar Günü : 15.5.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ

İPTAL DAVASININ KONUSU: 3.12.2003 günlü, 5005 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkrasının; 2. maddesiyle değiştirilen 55. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 42. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ tarafından verilen 9.1.2004 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…III. ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇESİ

1) 5005 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun (çerçeve) 1'inci maddesinin 1739 sayılı Kanunun 51'inci maddesine 4'üncü fıkra olarak eklediği fıkranın Anayasa'ya Aykırılığı

5005 sayılı Kanunun (çerçeve) 1'inci maddesinin 1739 sayılı Kanunun 51'inci maddesine eklediği 4'üncü fıkrada, Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar ile Milli Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin, mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra; Milli Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırmak ve satmak üzere Maliye Bakanı yetkili kılınmıştır.

Bu düzenleme çeşitli açılardan Anayasa'ya aykırıdır.

İl özel idaresi ve köy tüzel kişiliği yerinden yönetim idareleridir.

Kamu tüzel kişiliğine sahip bir yerinden yönetim idaresinin mülkiyetindeki taşınmazların devri ve satışı ile ilgili kararların, o yerinden yönetim iradesinin yetkili organları tarafından verilmesi gerekir. Söz konusu fıkrada ise, "gerekli görülenler" ibaresi yer almakla birlikte, gerekli görecek olanın kim olduğu hususu açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle, gerekli görecek olanın, Maliye Bakanlığı da, yerinden yönetim idaresi de olabileceği sonucuna varılabilir. Bu durum, söz konusu fıkradaki düzenlemeyi, bir hukuk devletinde yasalarda olması gereken açıklık ve belirlilikten yoksun bırakmakta ve bu nedenle Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı bir görünüme sokmaktadır.

4'üncü fıkradaki düzenlemede, "gerekli görecek" olanın, yerinden yönetim idaresinin yetkili organları değil de, merkezî yönetim olarak düşünülmüş olması halinde, bu, merkezi idarenin vesayeti altındaki idarenin yerine geçerek onun yetkilerini kullanması anlamına gelecek ve Anayasa'nın 123'üncü maddesine aykırı düşecektir. Kaldı ki Maliye Bakanı, il özel idaresi ve köy tüzelkişiliğinin yasal vesayet makamı da değildir.

Anayasa'nın 123'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği; 2'nci fıkrasında da idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı ifade edilmiştir.

İdarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği olarak merkezî idarenin yerinden yönetim idareleri üzerinde idarî vesayet yetkisi vardır.

Kural olarak vesayet makamı, yerinden yönetim idaresinin yapacağı bir işlemi, yerinden yönetim idaresinin yerine geçerek yapamaz (Bkz. E.1984/12, K. 1985/6, K.t. 01.03.1985 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı).

İdari vesayet, merkezî idareye tüzel kişiliğe sahip bir yerinden yönetim idaresinin özerkliğini zedeleyecek yetkiler getiremez. (Bkz. E. 1987/22, K. 1988/19, K.t. 13.06.1988 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı) ve merkezî idarenin, yerinden yönetim idaresinin yönetim işlerine ve işlemlerine karışmasını haklı göstermez.

Yerinden yönetim esası, yerinden yönetim idaresinin tüzel kişiliğe sahip olmasını, organlarını seçme hakkının ve bu organlara karar verme yetkisinin tanınmasını gerektirir.

İptali istenen 4'üncü fıkradaki düzenleme ise, il özel idarelerine ve köy tüzel kişiliğine, mülkiyetlerindeki taşınmazın devrinin gerekli olup

olmadığına karar verme yetkisi bırakmadığı, bu yetkiyi merkezî idareye hem de yasal vesayet makamı olmayan Maliye Bakanlığına verdiği için, hem 123'üncü maddenin 1'inci fıkrasındaki idarî vesayet yetkisi ve 123'üncü maddenin 2'nci fıkrasındaki yerinden yönetim esasıyla uyum halinde değildir.

Diğer yandan, eklenen 4'üncü fıkrada yer alan ve il özel idaresinin veya köy tüzelkişisinin özel mülkiyetinde bulunan bir taşınmazın, gerekli görülmesi halinde Hazineye bedelsiz devredilmesini hükme bağlayan düzenleme, söz konusu tüzelkişilerin bu taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkını, Anayasa'ya aykırı bir şekilde sınırlandırmakta; bir başka deyişle de ortadan kaldırmaktadır.

Çünkü bir taşınmazın iradesi dışında ve bedelsiz olarak malikin elinden alınması, bu hakkı tümüyle kullanılamaz hale getirmekte; haktan geriye hiçbir kısım bırakmamakta; bu nedenle de özünden zedelemektedir. Halbuki bedel, taşınmazın satışında, devrinde veya el değiştirmesinde mülkiyet hakkından geriye kalan bir parça niteliğini taşımaktadır.

Anayasa'nın 35'inci maddesi, mülkiyet hakkını kişi hakkı olarak kabul etmiştir. Anayasa'nın 35'inci maddesine göre, mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir ve mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

Mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme) yetkilerini içerir.

Anayasal güvence altına alınan bu haktan, malik sıfatını taşıyan bütün gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir. Bu güvence, hukuk devletinin gereğidir ve ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasa'yla güvence altına alınmış bir temel hakkın ortadan kaldırılamayacağı, duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sadece sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasa'nın 13'üncü maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır.

Anayasa'nın 13'üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlandırmalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı

olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz denilerek, sınırlandırmanın ölçüsü de konulmuştur.

Demokratik toplum düzeninin gereklerinden birisi de, sınırlamalarda hürriyetlerin özüne dokunulmamasıdır. Güdülen amaç ne olursa, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde ve ağırlıkta olamaz. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E. 1989/6, K. 1989/42, K.t. 07.11.1989 sayılı kararı)

Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E. 1987/16, K. 1988/8, K.t. 19.04.1988 sayılı kararı).

İptali istenen 4. fıkradaki düzenleme de, hakkı özünden zedelediği için, "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ni karşılayamamakta ve dolayısı ile mülkiyet hakkını Anayasa'nın 35 ve 13'üncü maddelerine aykırı biçimde sınırlandırmaktadır.

5005 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle 1739 sayılı Kanunun 51'inci maddesine eklenen 4'üncü fıkrada, taşınmazlardan gerekli görülenlerin satılması için Maliye Bakanına sınırsız yetki verilmiş; hangi nitelikleri taşıyan taşınmazların hangi hallerde satılabileceği konusunda bir belirleme yapılmadığı gibi, ölçüt de konulmamıştır. Bunun anlamı, bu konularda aslî düzenleme yetkisinin Maliye Bakanına bırakıldığı ve keyfi yetki kullanımına kapının açıldığıdır. Halbuki Anayasa'nın 7'nci maddesine göre; yürütme yetkisi ve görevi, kanunlar çerçevesinde kullanılır ve yerine getirilir. Anayasa'da gösterilen istisnaî haller dışında, yürütmeye, kanunla düzenlenmemiş bir alanda aslî düzenleme yetkisi verilemez. Böyle bir yetkinin yürütmeye verilmesi, Anayasa'nın 7 ve 8'inci maddelerine aykırı bir biçimde, yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve kökenini Anayasa'dan almayan böyle bir yetki, Anayasa'nın 6'ncı maddesiyle de çelişir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5005 sayılı Kanunun 1739 sayılı Kanunun 51'inci maddesine eklediği 4'üncü fıkra, Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine; 6'ncı maddesinde yer alan hiçbir kimsenin ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamayacağı ilkesine; 7'nci maddesinde yer alan, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine; 8'inci maddesinde yer alan, yürütmenin kanunîliği ilkesine; 13'üncü maddesinde yer alan, demokratik toplum düzeninin gereklerine; 35'inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkına; 123'üncü

maddesinde yer alan idarenin bütünlüğü ilkesi ve yerinden yönetim esaslarına aykırıdır. Anayasa'nın her hangi bir hükmüne aykırı olan bir düzenlemenin, Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ve 11'inci maddesinde yer alan Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Anayasa'nın söz konusu hükümlerine aykırı düşen 4'üncü fıkranın iptali gerekmektedir.

2) 5005 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda Değiştirdiği Yapılması Hakkında Kanunun (çerçeve) 2'nci maddesinin değiştirdiği 1739 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 55'inci maddesinin değişiklik yapılmadan önceki metninde Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenmeyen hiçbir kitap ve eğitim aracının okullarda okutulamayacağı, resmî kurum ve kuruluşların dışındaki kişi veya kuruluşlarca hazırlanacak kitap ve eğitim araçlarından, Milli Eğitim Bakanlığınca tavsiye edilmeyenlerin öğrencilere aldırılamayacağı şeklinde açık bir hüküm vardı.

1739 sayılı Kanununun 55'inci maddesi, değişmeden önce aynen şöyle idi:

"İlk ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak kitaplar Milli Eğitim Bakanlığınca tespit edilir. Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenmeyen hiçbir kitap ve eğitim aracı okullarda okutulamaz.

Resmî kurum ve kuruluşların dışındaki kişi ve kuruluşlarca hazırlanan kitap ve eğitim araçlarından, Milli Eğitim bakanlığınca tavsiye edilmeyenler öğrencilere aldırılamaz.

Milli Eğitim bakanlığınca hazırlanacak veya hazırlatılacak kitap, eğitim araç ve gereçlerinin hazırlama, inceleme ve seçme işleri veya redaksiyonu ile görevlendirilecek kimselere ve teşkil edilecek jürilerin memur olmayan üyelerine ücret ödenir ve yarışmalarda derece alanlara ödül verilir.

Tavsiye edilmek üzere Milli Eğitim Bakanlığına gönderilen kitap ve eğitim araçları için gönderenden inceleme ücreti alınır.

Milli Eğitim Bakanlığınca kişi ve kuruluşlara incelettirilen kitap ve eğitim araçları için inceleme ücreti ödenir.

Kitap, eğitim araç ve gereçlerinin kabulü süresi, telif hakkı ve ücretlerle ilgili esaslar; hangi kitap ve eğitim araçlarından ne miktar inceleme ücreti alınacağı; kitapların ve eğitim araçlarının inceleme işlemleri ile Milli Eğitim Bakanlığınca

incelettirilecek kitaplar ve eğitim araçları için ödenecek ücret miktarı,yönetmelikle tespit edilir."

5005 sayılı Kanunun (çerçeve) 2'nci maddesi ise, 1739 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, Milli Eğitim Bakanlığınca yapılacak belirlemeyi sadece ders kitapları ile sınırlı tutan, yardımcı ders kitapları ve eğitim araçları için de mevcut olan Milli Eğitim Bakanlığınca belirlenme zorunluluğunu kaldıran bir değişiklik yapmış; bu değişiklikte, fıkranın eski metninde bulunan "Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenmeyen hiçbir kitap ve eğitim aracı okullarda okutulamaz" hükmü de, madde metninden çıkarılmıştır.

5005 sayılı Kanunun 1'inci maddesiyle değiştirilen 55'inci madde aynen şu hale gelmiştir:

"İlköğretim ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak ders kitapları, Millî Eğitim Bakanlığınca belirlenir.

Millî Eğitim Bakanlığınca hazırlanacak veya hazırlatılacak kitaplar ile eğitim araç ve gereçlerini hazırlama, inceleme ve redaksiyonunda görevlendirilenlere ücret ödenir.

Ders kitaplarına ilişkin yarışmalarda derece alanlara verilecek ödülün ödeme, usul ve esasları ile miktarı yönetmelikle belirlenir.

Özel kesimce hazırlanan ve okullarda ders kitabı olarak okutulmak üzere Millî Eğitim Bakanlığına gönderilen eserler ücret karşılığı incelenir.

Ders kitaplarının kabulü, uygunluk süresi, telif hakkı ve ücretlerle ilgili esaslar; inceleme işlemleri ve alınacak inceleme ücreti miktarı; Millî Eğitim Bakanlığınca incelettirilecek eserler için ödenecek ücret miktarı; ders kitaplarının hazırlanması ve incelenmesinde aranacak kriterler ile ders kitabı üreten yayın evlerinde aranacak kriterler; ders kitabı dışındaki diğer kitap ve eğitim araçlarının kullanımı ve bunlardan hangileri için inceleme ücreti alınacağı ve ödeneceği ile ilgili esas ve usuller Millî Eğitim Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

Ders kitapları ve diğer eğitim araçları; öğretim programlarının amaçlarına ulaşması için, öğretmen ve öğrenciye yardımcı olan araçlardır.

Örgün ve yaygın eğitim kurumlarında okutulan ders kitapları ve eğitim araçlarının incelenmesi; "Ders Kitapları Yönetmeliği" ile "Ders Kitaplarının Hazırlanması ve incelenmesiyle ilgili Esas ve Usuller Yönergesi"ne göre program, gelişen eğitim teknolojisi ve öğrencinin gelişim basamakları dikkate alınarak Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı bünyesinde yer alan

Eğitim Araştırmaları Merkezi ve Akşam Sanat Okulu tarafından yapılmaktadır.

İnceleme, hem içerik hem de şekil bakımından yapılmaktadır. Şekil yönünden; kullanılan malzemenin kalitesi, seviyenin gerektirdiği tekniğe uygunluğu, harf ve rakam büyüklükleri, resim, tablo, şema ve benzerlerinin metinleri aydınlatıcı ve tamamlayıcı olup olmadığı, kolaylıkla kullanılabilir, korunabilir ve sağlığa uygun olup olmadığı, bibliyografya, dipnot ve benzerlerinin bulunup bulunmadığı incelenmektedir.

İçerik yönünden ise; Millî Eğitim Temel Kanunu'na uygunluğu, bilimselliği, kişi veya kuruluşları yıpratıcı olup olmadığı, siyasi propaganda niteliği taşıyıp taşımadığı, ders programlarını destekleyip desteklemediği incelenmektedir.

5005 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2'nci maddesi ile değiştirilen 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 55'inci maddesinin birinci fıkrası, ders kitapları ve diğer eğitim araçları üzerinde yapılan incelemeyi anlamsız, Talim Terbiye Kurulu Başkanlığını da işlevsiz kılmıştır.

Anayasa'nın 42'inci maddesinin üçüncü fıkrası aynen şöyledir: Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz.

Devletin gözetim ve denetimi, eğitim ve öğretimin sağlanmasının, güvenlik altında gerçekleşmesinin temel şartıdır. Devlet, eğitim ve öğretimin yapılmasını sağlayacak, içeriğini denetleyecek, eğitim ve öğretimin Anayasa ve Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda ve çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre yapılmasını temin edecektir. Eğitim ve öğretim özgürlüğü, hiçbir şekilde Anayasa'nın temel felsefesine ve ilkelerine aykırı davranmanın bahanesi olamaz. Devlet, bu özgürlüğün kullanılmasında, Atatürk ilke ve devrimlerine, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına uyulmasını gözetecektir. Bu fıkra hükmünün bir amacı da, çeşitli hukuki yapıdaki kuruluşların gençler üzerindeki olumsuz etkilerini önlemek, Atatürk ilkeleri ve devrimlerini hedef alan açık ya da kapalı girişimleri engellemektir.

5005 sayılı Kanunun çerçeve 2'nci maddesi ile, 1739 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak kitapların Milli Eğitim Bakanlığı tarafından tespit edileceği ilkesinin sadece ders kitapları için geçerli hale getirilmesi, bir başka deyişle yardımcı ders kitapları ve eğitim araçları bakımından kaldırılması;

bunun yanısıra "Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenmeyen hiçbir kitap ve eğitim aracı okullarda okutulamaz" ilkesinin fıkra metninden çıkarılması; Milli Eğitim Bakanlığınca belirlenmeyen kitapların ve eğitim araçlarının da okullarda okutulabilmesine imkan hazırlamış ve yardımcı ders kitapları ile eğitim araçları bakımından, devlet denetimi dışında ve bu nedenle Anayasa'nın 42'nci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı bir eğitim ve öğretim uygulamasının temellerini atmıştır.

Yardımcı ders kitaplarını ve ders araçlarını mevcut devlet denetimi dışına çıkaran bu düzenleme ile, ne Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafında gösterilen hedeflere ulaşılabilir; ne de Devletin, Anayasanın 5'inci maddesinde kendisine verilen ödevleri, eğitim alanında gerçekleştirmesi mümkün olabilir.

Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten ve aynı zamanda metnine dahil olan "Başlangıç" kısmının ikinci paragrafında " Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak; Türkiye Cumhuriyetinin ilelebet varlığı, refahı, maddi ve manevi mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde" sürekli çaba harcanacağı vurgulanırken; "Devletin temel amaç ve görevleri" başlığını taşıyan 5'inci maddesinde de, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Bu ödevlerin yerine getirilmesinin ve gösterilen hedeflere ulaşılmasının yolu da hiç kuşkusuz; Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, aklın egemenliğine dayanan çağdaş eğitim ve öğretim ortamının oluşturulmasıdır. Bu da ancak Devletin gözetim ve denetimiyle mümkündür.

Birtakım yardımcı ders kitapları ve eğitim araçları aracılığı ile öğrencilere çağ dışı ve insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesini olumsuzca etkileyecek bilgilerin aktarılmasını önlemenin yolu da bu tür kitap ve araçların devlet denetimi ve gözetimi altına alınması, bir başka deyişle Milli Eğitim Bakanlığınca tespit edilmesidir.

Bu açıklamalar, 5005 sayılı Kanunun çerçeve 2'nci maddesinin değiştirdiği 1739 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasının, yardımcı ders kitapları ile eğitim araçlarını böyle bir devlet denetimi dışına çıkararak, Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafına ve Anayasa'nın 5'inci maddesine de aykırı düştüğünü göstermektedir.

5005 sayılı Kanunun çerçeve 2'nci maddesi ile değiştirilen 1739 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrası, Anayasa'nın çeşitli maddelerine

aykırı bir düzenleme olduğu için, Anayasa'nın 2'inci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasa'nın 11'inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5005 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun çerçeve 2'inci maddesi ile değiştirilen 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 55'inci maddesinin birinci fıkrası; Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafına, Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine, 5'inci maddesinde yer alan Devletin temel amaç ve görevlerine, 11'inci maddesinde yer alan Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine ve eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevini düzenleyen 42'nci maddesine aykırı olup, iptali gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

03.12.2003 tarih ve 5005 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; çerçeve 1'inci maddesi ile 1739 sayılı Kanunun 51'inci maddesine 4'üncü fıkra olarak eklenen fıkranın ve çerçeve 2'nci maddesi ile değiştirilen 1739 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasının uygulanması halinde, eğitim düzenimizde giderilmesi olanaksız durum ve zararlar doğacaktır. Anayasanın çeşitli hükümlerine açıkça aykırı olan bu hükümlerin uygulanmasından doğacak bu durum ve zararları önleyebilmek için, söz konusu hükümlerin yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle: 3/12/2003 tarih ve 5005 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun;

1) a) (Çerçeve) 1'inci maddesinin 1739 sayılı Kanunun 51'inci maddesine 4'üncü fıkra olarak eklediği fıkranın; Anayasa'nın 2, 6, 7, 8, 11, 13, 35 ve 123'üncü maddelerine,

b) Çerçeve 2'nci maddesinin değiştirdiği 1739 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasının; Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafına ve Anayasa'nın 2, 5, 11, ve 42'nci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

2) Uygulanmaları halinde giderilmesi olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için; (çerçeve) 1'inci maddesinin 1739 sayılı Kanunun 51'inci maddesine 4'üncü fıkra olarak eklediği fıkranın ve (çerçeve) 2'nci

maddesinin değiştirdiği 1739 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin 1'inci fıkrasının iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun iptali istenilen kuralları da içeren 51. ve 55. maddeleri şöyledir:

*"**Madde 51-** Her derece ve türdeki eğitim kurumlarına ait bina ve tesisler çevrenin ihtiyaçlarına ve uygulanacak programların özelliklerine göre Milli Eğitim Bakanlığınca planlanır ve yaptırılır.*

Bu maksatla her yıl Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine gerekli ödenek konur.

Arsa temini ile okul bina ve tesislerin yapım ve donatımında, Devletin azami imkânlarının kullanılması yanında vatandaşların her türlü yardımlarından da yararlanılır ve yardımlar teşvik edilir ve değerlendirilir.

Millî Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar ile Millî Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin, mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra; Millî Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırmaya ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24'üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya Maliye Bakanı yetkilidir.

Satış bedelleri bütçeye gelir kaydedilir. Okul/derslik yapımı, onarımı ve donatımı ile ders araç ve gereçleri alımında kullanılmak üzere Millî Eğitim Bakanlığı bütçesine gerekli ödenek öngörülür."

*"**MADDE 55- İlköğretim ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak ders kitapları, Millî Eğitim Bakanlığınca belirlenir.***

Millî Eğitim Bakanlığınca hazırlanacak veya hazırlatılacak kitaplar ile eğitim araç ve gereçlerini hazırlama, inceleme ve redaksiyonunda görevlendirilenlere ücret ödenir.

Ders kitaplarına ilişkin yarışmalarda derece alanlara verilecek ödülün ödeme, usul ve esasları ile miktarı yönetmelikle belirlenir.

Özel kesimce hazırlanan ve okullarda ders kitabı olarak okutulmak üzere Millî Eğitim Bakanlığına gönderilen eserler ücret karşılığı incelenir.

Ders kitaplarının kabulü, uygunluk süresi, telif hakkı ve ücretlerle ilgili esaslar; inceleme işlemleri ve alınacak inceleme ücreti miktarı; Millî Eğitim Bakanlığınca incelettirilecek eserler için ödenecek ücret miktarı; ders kitaplarının hazırlanması ve incelenmesinde aranacak kriterler ile ders kitabı üreten yayın evlerinde aranacak kriterler; ders kitabı dışındaki diğer kitap ve eğitim araçlarının kullanımı ve bunlardan hangileri için inceleme ücreti alınacağı ve ödeneceği ile ilgili esas ve usuller Millî Eğitim Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 42. ve 123. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM ve Fazıl SAĞLAM'ın katılımlarıyla 14.1.2004 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- 5005 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesiyle 1739 Sayılı Yasa'nın 51. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkranın İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

1739 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin dördüncü fıkrasında, *"Millî Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar ile Millî Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin, mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra; Millî Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırmaya ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24'üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya Maliye Bakanı yetkilidir."* denilmek suretiyle Millî Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar ile il özel idaresine veya köy

tüzel kişiliğine ait taşınmazların satışında Maliye Bakanı yetkili kılınmaktadır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 47. maddesi gereğincekamu idareleri, kanunlarında belirtilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmek için mülkiyetlerindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri, birbirlerine ve köy tüzel kişiliklerine bedelsiz olarak tahsis edebilirler. Tahsis edilen taşınmaz, amaç dışı kullanılamaz.Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlarla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerleri tahsis etmeye, kamu ihtiyaçları için gerekli olmayanların tahsisini kaldırmaya Maliye Bakanlığı, diğer taşınmazları tahsis etmeye ve tahsisini kaldırmaya ise maliki kamu idaresi yetkilidir.

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 65. maddesindeki *"Okullar için tahsis, satın alma veya kamulaştırma yoluyla sağlanan topraklarla bu topraklar üzerinde yapılacak bina veya tesisler, bulundukları yerlere göre köy veya özel idareler adına tapuya tescil edilir. Bunların ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan okul binaları ile tesislerinin daimi bakım ve onarım giderleri, bulundukları yerlere göre özel idare veya köy bütçelerinden karşılanır."* hükmü gereğince köylerde bulunan ilköğretim bina ve tesisleri köy tüzel kişiliği adına il, ilçe ve beldelerde bulunanlar ise il özel idareleri adına tapuya tescil edilir.

İl özel idaresi, 5302sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin (a) bendine göre, ilk ve orta öğretim kurumlarına arsa temin eder ve bu binaların yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri yerine getirir, 7. maddesine göre de hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, taşınır ve taşınmaz malları alır, satar, kiralar, takas eder ve bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis eder.

442 sayılı Köy Kanunu'nun 13. maddesinin 15. bendinde *"Köyde maarif idarelerinin vereceği örneğe göre bir mektep yapmak"* köyün görev ve yetkilerinden sayılmıştır.

İptali istenilen kuralın kapsamına, Millî Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan Hazine adına kayıtlı taşınmazlar, mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait il özel idarelerinin kendi imkânları ile yaptırdıkları okullar ile Millî Eğitim Bakanlığı tarafından yaptırılan, Yasa gereği özel idareler ve köy adına kayıtlı okul olarak kullanılan taşınmazlar girmektedir. Kuralla, Maliye Bakanı 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24. maddesine bağlı olmaksızın anılan taşınmazları satışta yetkili kılınmaktadır.

1050 sayılı Yasa 24.12.2003 günlü, 25326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10.12.2003 günlü, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 81. maddesi gereği yürürlükten kaldırılmıştır. 5018 sayılı Yasa'nın geçici 9. maddesine göre diğer kanunlarla 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununa yapılan atıflar, 5018 sayılı Yasa'ya yapılmış sayılmaktadır.

5018 sayılı Yasa'nın 46. maddesinde *"Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin her türlü taşınır ve taşınmazlarının satışına Maliye Bakanlığı yetkilidir. Satış bedelleri genel bütçeye gelir kaydedilir. Diğer kamu idarelerine ait taşınır ve taşınmazların elden çıkarılması özel kanunlarında belirtilen yetkili organlarının kararıyla mümkündür. Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin taşınmazlarından değeri her yıl merkezî yönetim bütçe kanununda belirtilen sınırın üzerinde olanlar, Bakanlar Kurulu kararıyla satılır."*denilerek genel bütçe kapsamındaki kamu kurumlarının taşınmazlarının satışında yetkili olanlar belirlenmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde kuralın, il özel idareleri ve köy tüzel kişiliğine ait taşınmazların yetkili organlarının kararına bağlı olarak satış ve devrinin yapılması gerektiği halde, *"gerekli görülenler"* ibaresiyle gerekli görecek olanın kim olduğunun açıkça belirtilmemesinin, hukuk devletinde yasalarda olması gereken belirlilik ve açıklığa aykırı olarak düzenlemeyi Maliye Bakanı ya da yerinden yönetim idaresi şeklinde yoruma elverişli kılması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesine; gerekli görenin merkezi idare şeklinde yorumlanabilmesi nedeniyle de, merkezi idarenin vesayeti altındaki idarenin yerine geçerek onun yetkilerini kullanmasını olanaklı kılacağından Anayasa'nın 123. maddesine; taşınmazların iradesi dışında ve bedelsiz olarak malikinin elinden alınarak Hazineye devir olanağı vereceğinden Anayasa'nın 35. ve 13. maddelerine; Maliye Bakanına taşınmazların satışında verilen yetkinin sınırlarının belli olmaması nedeniyle de Anayasa'nın 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir, taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 127. maddesi yönünden de incelenmiştir.

1739 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin dördüncü fıkrası, Millî Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra; Millî Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırma ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 46. maddesine bağlı olmaksızın satışı konusunda Maliye Bakanını yetkili kılmaktadır.

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 yerel yönetimlere 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'nın 127. maddesine koşut olarak 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3. maddesinin (a) bendinde, il özel idareleri, il halkının mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'da merkezi yönetim – yerel yönetim ayrımının yapılması, yerel yönetimlerin 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 halidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da, Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca yerel yönetimlerin idari ve mali özerkliklerinin bulunduğu vurgulanmıştır.

İl özel idaresi ve köyün, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişiliği oldukları kuşkusuzdur. İdari özerklik icrai karar alma yetkisini de içermektedir. Merkezi idarenin bu kuruluşlar üzerindeki vesayet yetkisi yerindelik ve hukukilik denetimleriyle sınırlı olup vesayet, yerinden yönetim kuruluşları yerine geçerek icrai karar alma yetkisini içermez.

Kuralın kapsamına il özel idareleri ve köy tüzel kişilerinin kendi imkânları ile yaptırdıkları okullar ile Millî Eğitim Bakanlığının yaptırdığı ancak Yasa gereği özel idareler ve köy adına kayıtlı bulunan okul olarak kullanılan taşınmazlar girmektedir. İl özel idaresinin herhangi bir kararına bağlı olmaksızın Yasa kapsamındaki taşınmazlarının satışı için Hazineye bedelsiz devrinin öngörülmesi, mahalli idarelerin özerkliği ile bağdaşmamaktadır.

Bu nedenlerle 1739 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin dördüncü fıkrasının *"…ile Millî Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin, mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra;…"* bölümü Anayasa'nın 127. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Haşim KILIÇ ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

Anılan bölüm Anayasa'nın 127. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Millî Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlardan gerekli görülenlerin Millî Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırma ve satma konusunda Maliye Bakanına verilen yetki genel bütçe kapsamındaki idarelerin sahip oldukları taşınmazlara ilişkindir. 1739 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin son fıkrası gereğince okul/derslik yapımı, onarımı ve donatımı ile ders araç ve gereçleri alımında kullanılmak üzere Millî Eğitim Bakanlığı bütçesine gerekli ödenek sağlanması için satılacak taşınmazların tespitinin ise kuraldaki *"Millî Eğitim Bakanlığı ile mutabık*

kalınarak" ibaresinden Millî Eğitim Bakanlığı yetkilileri ile Maliye Bakanı tarafından birlikte yapılacağı anlaşılmaktadır. Anayasa, 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'na göre kalkınma plan ve programları doğrultusunda milli eğitim hizmetlerini yürütmek Milli Eğitim Bakanlığının görevi olup, tahsisinin kaldırılması ya da satışına karar verilmesi gerekli olan taşınmazların belirlenmesinde Millî Eğitim Bakanlığının mutabakatının aranması belirtilen görev kapsamında bulunduğundan kuralın sınırlarının belirsizliğinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle *"Millî Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar … Millî Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırmaya ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24'üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya Maliye Bakanı yetkilidir."* bölümü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 6., 7., 8., 13. ve 35. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

B- Yasa'nın 2. Maddesiyle 1739 Sayılı Yasa'nın Değiştirilen 55. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde 5005 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilmesinden önce 55. maddedeki "*Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenmeyen hiçbir kitap ve eğitim aracı okullarda okutulamaz."* hükmünün yeni düzenlemede yer almamasının Milli Eğitim Bakanlığının belirlemediği kitapların okullarda okutulmasına zemin hazırladığı, Devletin denetimi dışında Anayasa'nın 42. maddesine aykırı eğitim ve öğretim uygulamasının temellerinin atıldığı, kuralın bu nedenle Anayasa'nın 42. maddesine; Devletin eğitim alanında gerçekleştirmesi gereken amaçlara aykırı olması sebebiyle Anayasa'nın 5. maddesine; Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç Bölümünün ikinci paragrafı ile Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 2. maddesiyle değişik 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin birinci fıkrasında *"İlköğretim ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak ders kitapları, Millî Eğitim Bakanlığınca belirlenir."* denilerek ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak yardımcı ders kitapları ve eğitim araçlarının Millî Eğitim Bakanlığınca belirlenmesi uygulamasına son verilmiş, sadece ders kitapları yönünden Bakanlık yetkili kılınmıştır.

Anayasa'nın *"Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi"* başlıklı 42. maddesinde, eğitim ve öğretim hakkının genelliği ilkesi kapsamında ikinci fıkrada öğrenim hakkının yasayla saptanacağı ve düzenleneceği; eğitim esaslarının belirlendiği üçüncü fıkrada, eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağı, dördüncü fıkrada eğitim ve öğretim hürriyetinin Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldıramayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 42. maddesinin anılan hükümlerinin gerekçesinde de, öğrenim hakkının genel ve sosyal bir hak olarak nitelendirildiği, bu hakkın temel gerçekleşme yerinin ilköğretim olması nedeniyle zorunlu kılındığı, öğrenim ve öğretimin, fert bakımından hak olarak tanınırken devlet bakımından başta gelen ödevlerden sayıldığı, Devletin eğitim ve öğretimin yapılmasını sağlarken muhtevasını da denetleyeceği, bu denetimin çerçevesinin eğitim ve öğretime katılanların tümünün Anayasaya sadakatini temin etmek olduğu, eğitim ve öğretim özgürlüğünün hiçbir şekilde Anayasanın temel felsefesine ve ilkesine aykırı davranmanın bahanesi olamayacağı, Devletin bu özgürlüğün kullanılmasında Atatürk ilkelerine, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına uyulmasını gözeteceği ifade edilmiştir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 26. maddesinde, *"…Eğitim, insan şahsiyetinin tam gelişmesini ve insan haklarıyla ana hürriyetlerine saygının kuvvetlenmesini hedef almalıdır"* denilmiştir. Ekonomik, Sosyal, kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 13., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 1. Protokolün 2., Avrupa Sosyal Şartının 9. ve 10. maddelerinde de eğitim hakkı ve kapsamıyla ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Anayasa'nın 42. maddesinde, eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılması öngörülmüştür. Eğitim, kişiyi aklı, duyguları ve davranışlarıyla bir bütün olarak ele alan bir oluşturma ve yönlendirme süreci; öğretim ise öğrenmenin gerçekleşmesi ve bireyde istenen davranışların gelişmesi için uygulanan süreçlerin tümüdür. Çağdaş eğitim ve öğretim, ders kitapları yanında yardımcı kitaplar, görsel ya da işitsel teknolojik araç gereçler gibi bütün öğrenme araçlarının kullanılmasını da zorunlu kılmaktadır.

İptali istenilen kuralda sadece ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulacak ders kitaplarının Millî Eğitim Bakanlığınca belirlenmesi esası kabul edilmiştir. Eğitim ve öğretim kamusal yükümlülükler alanında olması sebebiyle, ders kitapları dışında yardımcı kitapların da Atatürk ilkelerine,

çağdaş bilim ve eğitim esaslarına uygun olup olmadığının Devletin gözetim ve denetimi altında bulunması gerekir. Böylece Devletin birliğini ve bütünlüğünü bozucu faaliyetlerin, Anayasanın felsefesi dışına çıkan teşebbüslerin eğitim kurumlarında gelişmesi önlenebilir.

Açıklanan nedenlerle Millî Eğitim Bakanlığına okullarda okutulacak eğitim araçlarından sadece ders kitapları açısından belirleme yetkisi veren kural Anayasa'nın 42. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 42. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın Başlangıcı, 2., 5. ve 11. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.12.2003 günlü, 5005 sayılı Millî Eğitim temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkranın;

1- *"…ile Millî Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin, mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra;…"* bölümü, 15.5.2008 günlü, E.2004/1, K. 2008/106 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümün uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- Kalan bölümüne yönelik iptal istemi, 15.5.2008 günlü, E. 2004/1, K. 2008/106 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

15.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten*

kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmiştir.

3.12.2003 günlü, 5005 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin iptal edilen birinci fıkrasının doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte olduğundan gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

3.12.2003 günlü, 5005 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkranın;

1- "… ile Millî Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin, mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra; …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, A. Necmi ÖZLER ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 2. maddesiyle değiştirilen 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, A. Necmi ÖZLER ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 2. maddesiyle değiştirilen 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin iptal edilen birinci fıkrasının doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal

edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince bu fıkraya ilişkin iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

15.5.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyunda belirtilen 1 ve 3 numaralı bölümlere aynen katılıyorum.

Başkan
Haşim KILIÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyunda belirtilen 3 numaralı bölüme aynen katılıyorum.

Üye
Sacit ADALI

KARŞIOY YAZISI

1- 5005 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 1739 sayılı Yasa'nın 51. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile, Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar ile Milli Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerek görülenlerin, mülkiyetinin Hazine'ye bedelsiz devrinden sonra; Milli Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırmaya ve 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 24. maddesine bağlı olmaksızın satmaya Maliye Bakanı yetkili kılınmıştır.

Yasa metni incelendiğinde, anılan taşınmazların satışına kimin gerek göreceği hususunun belirsiz olduğu, ayrıca, hangi nitelikleri taşıyan taşınmazların satışına gerek görüleceği konusunda bir belirleme yapılmadığı ve ölçüt getirilmediği anlaşılmaktadır. Bu durum, yasalarda olması gereken açıklık ve belirlilikten yoksunluk nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ve Maliye Bakanı'na yasama organınca verilen yetkinin çerçevesi ve sınırlarının çizilmemesi nedeniyle de Anayasa'nın 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine aykırılık oluşturduğundan dördüncü fıkranın kalan bölümünün de iptali gerekmektedir.

2- 5005 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin iptali istenilen birinci fıkrasında, ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak ders kitaplarının Milli Eğitim Bakanlığı'nca belirleneceği öngörülmüş, maddenin diğer fıkralarında bu konudaki detaylar düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrasında ise yönetmelikle düzenlenmesi belirtilen hususlar arasında "*ders kitabı dışındaki diğer kitap ve eğitim araçlarının kullanımı* " da sayılmıştır.

Maddenin değişiklikten önceki metninde "*Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenmeyen hiçbir kitap ve eğitim aracı okullarda okutulamaz*." kuralı yasada yer almamış ise de, bunun yerine yukarıda belirtildiği gibi bu hususun düzenlenmesi Milli Eğitim Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmıştır.

Yasama organının bu tercihinin, Türk Milli Eğitiminin temel ilkelerinde bir değişikliğe yol açmadığı, ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarında "ders kitabı dışındaki diğer kitap ve eğitim araçları" konusunda Devletin gözetim ve denetim yetkisini de ortadan kaldırmadığı sonucuna vardığım için düzenleme, Anayasa'nın 42. maddesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
A. Necmi ÖZLER

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İl Özel İdaresi ile köy tüzel kişiliği Anayasa'nın 123 ve 127. maddeleri uyarınca birer "yerinden yönetim" kuruluşlarıdır. 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6/a maddesinde, İl Özel İdaresinin görevleri arasında "…ilk ve ortaöğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları içinde … yapmak" da sayılmakta; 442 sayılı Köy Kanunu'nun 13. maddesinin 15. bendinde de "köyde maarif idarelerinin vereceği örneğe göre bir mektep yapmak" köyün görev ve yetkileri arasında belirtilmiştir. Ancak hemen işaret etmek gerekir ki, bu görevlerin Anayasa'nın 127. maddesi kapsamında bir "mahalli müşterek ihtiyaç" olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü, yine Anayasa'nın 42. maddesi uyarınca eğitim ve öğretimin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılması esas olup; ilgili yasal düzenlemelerle de (222 ve 5450 sayılı Kanunlar) bu amaca özgülenmiş taşınmazların Milli Eğitim Bakanlığı'na tahsis edildikleri anlaşılmaktadır.

5005 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik iptale konu 1739 sayılı Kanun'un 51. maddesindeki düzenleme, Milli Eğitim Bakanlığı kullanımında bulunan mülkiyeti il özel idaresine veya köy tüzel kişiliğine ait taşınmazlardan gerekli görülenlerin mülkiyetinin önce Hazine'ye bedelsiz devri, ardından da Maliye Bakanlığı'nca Milli Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak bu taşınmazlar üzerindeki tahsislerinin kaldırılması ve satılmasına yöneliktir. İl Özel İdareleri ile köy tüzel kişiliklerinin mülkiyetindeki taşınmazların Hazine'ye devri ve akabinde belirtilen işlemlerin tesisinin mahalli idarelerin özerkliği ilkesine aykırı bir yönü olmadığı gibi; "idarenin bütünlüğü" ilkesinin doğal sonucu olarak MEB ve diğer tüm kamu idarelerinin mülkiyetindeki taşınmazlar gibi İl Özel İdareleri ve köy tüzel kişiliklerinin mülkiyetindeki tüm taşınmazların da gerçek sahibi yine Hazinedir (Devlettir) ve bu bakımdan, sonuçta yasakoyucunun takdir hakkı çerçevesinde eğitim-öğretim amacına özgülenmiş tüm taşınmazlar yönünden öngörülen düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Bu bakımdan, konuyu mahalli idarelerin özerkliği ilkesiyle bağdaşmaz gören ve sonuçta iptale yönelen görüşe katılmaya imkan bulunmamaktadır.

2- Ancak, anılan kuralın kalan bölümü yönünden Anayasa'ya uygunluktan sözedebilmeye de imkan olmadığı ortadadır. Çünkü, bu bölümde Maliye Bakanı'na verilen yetki neredeyse sınırsız olup, tüm kamu taşınmazları bakımından gerekli olan 1050 sayılı Kanunun 24. maddesi (ve daha sonra yapılan yasal düzenlemeyle onun yerini alan 5018 sayılı

Kanun'un 46'ncı maddesi) dahi bu kural yönünden dikkate alınmayacaktır. Oysa Maliye Bakanına verilen böyle bir yetkinin sınırlarının belirli olması ve "… mutabık kalınarak …" gibi soyut ve her anlama çekilebilecek ölçütler yerine daha somut ve objektif kriterlere yer verilmesi hukuk devleti ilkesinin tabii bir gereği olmalıdır. Bu nedenle, Anayasa'nın 2. maddesine açıkça aykırı düşen kuralın anılan bölümünün iptali gerektiği değerlendirildiğinden, red yönündeki çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

3- 5005 sayılı Kanunla değişik 1739 sayılı Kanunun 55. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı hiçbir yönü bulunmamaktadır. İptali istenen kural, ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulacak ders kitaplarının Milli Eğitim Bakanlığı'nca belirlenmesine ilişkindir. Kuralın ders kitapları dışında okullarda okutulacak kitap ve eğitim araçlarını kapsamadığı, bu durumun uygulamada bir belirsizliğe ve sübjektif değerlendirmelere yol açacağı, bunun ise Anayasa'nın 42. maddesine aykırı düştüğü savının yerinde olmadığı değerlendirilmektedir. Anılan kural dışında Milli Eğitim Bakanlığı mevzuatı bu konuda bir boşluk içermemekte, bilakis mevcut düzenlemelerle konunun sıkı bir denetime tâbi olduğu ve herhangi bir layüselliğe yer bırakmadığı anlaşılmaktadır.

Çoğunlukça benimsenen görüş, bir eksik düzenleme olgusuna dayanmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararındaki genel eğilim, kendisi içerdiği kurallar itibariyle Anayasa'ya aykırılık taşımayan bir Yasa'nın, salt eksik düzenleme öngördüğünden bahisle iptal edilemeyeceği yönündedir. Mahkemeye göre "…bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptali istenemez. Yasakoyucunun dilediği zaman giderebileceği eksik düzenleme, yukarıda belirtilen anayasal zorunluluk dışında, aykırılık oluşturmaz…" (Any.Mah.nin 18.1.1989 tarih ve E.1988/3, K.1989/4; AMKD, Sayı:25, s.31-32)

Açıklanan nedenle, kuralın mevcut haliyle Anayasa'ya aykırı bir unsur içermediği, dolayısiyle iptal isteminin reddi gerektiği değerlendirildiğinden; iptal yönündeki çoğunluk kararına katılınmamıştır.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2002/45

Karar Sayısı : 2008/109

Karar Günü : 29.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 9. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 7.2.1969 günlü, 1101 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Ek 11. maddenin Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Çalışmakta olduğu şirketin 5434 sayılı Yasa kapsamına giren işyerine dönüşmesi nedeniyle emekli aylığının kesilmesine dair Emekli Sandığı işleminin iptali istemiyle açılan davada, Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bulan Mahkeme, itiraz konusu kuralın iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasamızın 10. maddesinde; "…Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." Hükmüne 60. maddesinde de, "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." hükmüne yer verilmiştir.

Dava konusu olayda Kara Kuvvetleri Komutanlığı emrinde KD.Bnb. olarak görev yapmakta iken 21.4.1993 tarihinde isteği ile emekliye ayrılan davacı 1996 yılı Kasım ayında İzelman Genel Hizmetler Temizlik İşleri Özel Eğitim Reklam ve Taşımacılık Tic. Ltd. Şti.'nde S.S.K.'na sosyal güvenlik destek primi ödeyerek çalışmaya başladığı, söz konusu şirketin kuruluşundan 15.11.1999 tarihine kadar % 70'i İZOLAŞ A.Ş.'ne % 30'u ise İzmir Yayıncılık-İzmir Büyükşehir Belediyesi Yayıncılık ve Tarım Hizmetleri Sanayi ve Ticaret A.Ş.'ne ait iken İzmir İmar Limited Şirketi ve İzay İzmir İnşaat Müşavirlik Jeotermal Kaynaklar Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi ile birleşmesi sonucunda İzmir Büyükşehir Belediyesi hisse oranının % 63.3'e

yükseldiği, bunun üzerine davacının emekli aylıklarının kesilerek 1.12.1999-20.6.2000 tarihleri arası aylık farkları tutarının adına borç çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

Dava konusu işleme dayanak alınan 5434 sayılı Ekmekli Sandığı Yasasının Ek 11. maddesinde aynen; "T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi daire, kurum ve ortaklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi daireler, kurum ve ortaklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işyerlerinde emekliye tabi olmayan ücretli geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetler tayin edilen emeklilerin, buralarda çalıştıkları sürece emekli aylıkları kesilir.

Bunları çalıştıranlar, vazifeye başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde yazı ile T.C. Emekli Sandığına bildirirler.

Şu kadar ki, yaş haddini aşmamış olmaları kaydıyla her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ders ücreti karşılığı ders görevi verilenler ile mahiyeti itibariyle hizmetin görülmesi mücbir bir sebebe dayandığı ve özel bir ihtisası gerektirdiği ilgili Bakanlığın teklifi ve Maliye Bakanlığının mütalaası alınmak suretiyle Bakanlar Kurulu kararı ile belirtilen yerlere tayin edilecekler hakkında 1. fıkra hükmü uygulanmaz" hükmü yer almakta ancak, 5434 sayılı Yasa'da söz konusu maddede belirtilenler dışında Sosyal Sigortalar Yasasına tabi olarak çalışan emeklilerin emekli, aylıklarının kesileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu durumda 5434 sayılı Yasanın Ek 11. maddesi Emekli Sandığına tabi emekli statüsünde olup Sosyal Sigortalar Yasasına tabi iş yerlerinde çalışanlar arasında çalıştıkları işyerlerinin niteliklerine göre bir ayrıma yer verilmiş olmaktadır ki bu hususu Anayasanın 10. maddesinde yer alan yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Zira bu ilke ile aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa önünde eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Öte yandan 5434 sayılı Yasanın Ek 11. madde hükmü ile Emekli Sandığına tabi emekli olanlardan söz konusu maddede belirtilen işyerlerinde çalışanların emekli aylıklarının kesilmesinin öngörülmesi sosyal güvenlik hakkının kısıtlanması sonucunu doğurduğundan Anayasa'nın 60. maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanununun Ek 11. maddesindeki hükmün Anayasanın 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından, anılan Yasa hükmünün iptali istemiyle Anayasa

Mahkemesine, başvurulmasına ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dosyanın bekletilmesine 4.7.2001 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 1101 sayılı Yasa ile eklenen Ek 11. madde şöyledir:

"T.C. Emekli Sandığı Kanununa tabi daire, kurum ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işyerlerinde emekliliğe tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emeklilerin, buralarda çalıştıkları sürece emekli aylıkları kesilir.

Bunları çalıştıranlar, vazifeye başladıkları tarihten itibaren bir ay içinde yazı ile T.C. Emekli Sandığına bildirirler.

Şu kadar ki, yaş haddini aşmamış olmaları kaydıyla her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ders ücreti karşılığı ders görevi verilenler ile mahiyeti itibariyle hizmetin görülmesi mücbir bir sebebe dayandığı ve özel bir ihtisası gerektirdiği ilgili Bakanlığın teklifi ve Maliye Bakanlığının mütalaası alınmak suretiyle Bakanlar Kurulu kararı ile belirtilen yerlere tayin edilecekler hakkında 1'inci fıkra hükmü uygulanmaz".

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Rüştü SÖNMEZ, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, ve Enis TUNGA'nın katılımlarıyla 14.3.2002 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural konusu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse

veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları ise, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz etki yapacak nitelikteki kurallardır.

Emeklinin emekli aylığının kesilmesine dair dava konusu işlem, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 1101 sayılı Yasa ile eklenen Ek 11. maddenin birinci fıkrasına göre yapılmıştır. Ek 11. maddenin ikinci fıkrası emekli aylığının kesilmesi usulüne, üçüncü fıkrası ise istisnalara ilişkin düzenlemeler içermektedir. Buna göre ikinci ve üçüncü fıkralar, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin davada uygulayacağı kurallar olmadığından, bunlara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın kapsamında belirtilenler dışında Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak çalışan emeklilerin emekli aylıklarının kesileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı, 5434 sayılı Yasa'ya göre emekli olanların Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi işyerlerinde çalışmaları ile 5434 sayılı Yasa'ya tabi işyerlerinde çalışmalarında, emekli aylıklarının kesilmesi açısından çalıştıkları işyerlerinin niteliklerine göre farklı düzenlemelere yer verilmediği, bunun da Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine, sosyal güvenlik hakkının kısıtlanması sonucunu doğurması nedeniyle de Anayasa'nın 60. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, 5434 sayılı Yasa'ya tabi daire, kurum ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işyerlerinde emekliliğe tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emeklilerin, buralarda çalıştıkları sürece emekli aylıklarının kesileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 60. maddesinde *"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir"* denilmektedir. Buna göre Devlet, bireylere gelecekte karşılaşacakları sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için asgarî ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, sosyal sigorta kuruluşlarınca, kendi kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir ve yerine getirilir.

Sosyal güvenlik, her şeyden önce, herhangi bir nedenle kısmen ya da tamamen çalışamayanlara ve bu nedenle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşenlere, insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat sürmeleri için gerekli olan gelirin sağlanmasını öngörür. Sosyal güvenlik, ekonomik yönden güçsüzleri, insanca yaşamak için yeterli geliri olmayanları koruyup kollar.

Emekli aylığının amacı da, yaşlılık döneminde çalışamama dolayısıyla gelirden yoksun kalmaya yönelik tehlikenin ortadan kaldırılmasıdır. Böylece kişilere, yaşlılık nedeniyle çalışamaz duruma geldiklerinde yaşamlarını sürdürebilecekleri bir geliri sağlama güvencesi verilmektedir.

İtiraz konusu kural, emekli aylığı almakta olan kişinin kendi isteği ile kuralda belirtilen yerlerde yeniden çalışmaya başlaması durumunda emekli aylığının kesilmesine ilişkindir. Böylece itiraz konusu kuralla, kişinin sosyal güvenlik hakkı ortadan kaldırılmamakta ve emeklilik statüsüne zarar verilmemektedir. Kural, sadece belirtilen yerlerde çalışıldığı ve karşılığında gelir elde edildiği sürece emekli aylığının kesilmesini öngörmektedir. Bu durumda da sosyal güvenliğin sosyal riskler karşısında asgari yaşam düzeyinin sağlanması amacı ortadan kalkmamaktadır. Kaldı ki kişi, belirtilen kurumlarda çalışarakdaha iyi bir yaşam elde etme düşüncesiyle sosyal güvenlik sisteminin sağladığı emekli aylığından kendi isteği ile vazgeçmektedir. İşyerinin daha sonra Emekli Sandığı kapsamına tabi hale gelmesinin de bu ilkeyi değiştirmeyeceği açıktır.

Öte yandan, istihdam politikasının bir gereği olarak emekli aylığı almakta iken kendi isteği ile belirtilen yerlerde yeniden çalışmaya başlayanların emekli aylıklarının kesilmesinin öngörülmesi yasa koyucunun takdir alanı içerisindedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 60. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

5434 sayılı Yasa'ya tabi daire, kurum ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işyerlerinde emekliliğe tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emekliler ile bunların

dışında kalan işyerlerinde çalışan emeklilerin aynı durumda olmamaları nedeniyle bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Mehmet ERTEN bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 7.2.1969 günlü, 1101 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Ek 11. maddenin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Mehmet ERTEN'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 29.5.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

İptali istenen kural, T.C. Emekli Sandığı Kanunu'na tabi daire, kurum ve ortaklıklar ile bunların Sosyal Sigortalar Kanununa tabi işyerlerinde emekliliğe tabi olmayan ücretli, geçici kadrolu veya yevmiyeli hizmetlere tayin edilen emeklilerin, buralarda çalıştıkları sürece emekli aylıklarının kesileceğini öngörmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş; 10. maddesinde eşitlik ilkesine yer verilerek hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınamayacağı vurgulanmış; 60. maddesinde de herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Anayasa'nın Başlangıcındaki ifadeler ile 5. ve 60. maddeleri Sosyal Devlet ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa'nın amacının, yasalar çerçevesinde emekli

aylığı almaya hak kazanan kişinin bu hakkının kesintisiz devamını güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasanın Başlangıç bölümünün yedinci fıkrasında *"Topluca Türk vatandaşlarının … **nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak** olduğu …"* belirtilmiştir. Buna karşın, mevzuatımızda bu konuda kişiler arasında farklı uygulamalara yol açan kurallar bulunmaktadır. Bu bağlamda, örneğin, 5335 sayılı Yasa'nın 30. maddesinin dördüncü fıkrasında sayılan şu kişiler yönünden, emekli aylıklarında herhangi bir kesilme söz konusu değildir:

" a) Cumhurbaşkanlığına seçilenler,

b) Dışarıdan Bakanlar Kurulu üyeliğine atananlar,

c) Yasama Organı üyeliğine seçilenler,

d) Mahalli idareler seçimleri sonucuna göre görev alanlar,

e) Sadece toplantı veya huzur ücreti ya da hakkı ödenen görevleri yürütenler ile yönetim ve denetim kurulu üyeliği ücreti karşılığında görevlendirilenler,

f) Yaş haddini aşmamış olmaları kaydıyla her derece ve türdeki örgün ve yaygın eğitim kurumlarında ders ücreti karşılığı ders görevi verilenler (üniversitelerde ders ücreti karşılığı ders görevi verilenler hakkında yaş haddini aşmamış olmaları kaydı aranmaz),

g) Vakıf üniversitelerinde görev alanlar,

h) Özel kanunlarında emeklilik veya yaşlılık aylığı kesilmeksizin çalıştırılma veya görev yapma hakkı verilenlerden Cumhurbaşkanı tarafından atananlar, Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek kararname ile atanan veya görevlendirilenler ve Türkiye Büyük Millet Meclisince yapılan seçimler sonucunda görev verilenler,

i) 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 60'ıncı maddesinin (a) fıkrası uyarınca Yasama Organı üyeliğinin bitiminden sonra öğretim üyesi olarak atanmış olanlar"

Kamuda bir kesime tanınan bu istisnalara bakıldığında, herkes için eşit koşullarda sağlanması gereken sosyal güvenlik hakkından doğan ve o güne kadar ödenmiş primlerin karşılığını oluşturan emekli aylıklarının tekrar kamu görevine giren bir kısım kişiler için kesilmezken bir kısmı için kesilmesinin, Anayasa'nın öngördüğü bir sonuç olmayıp, yasa koyucunun nesnel bir ölçüte dayanmayan öznel takdiri olduğu sonucuna varmak kaçınılmazdır. Emekli aylığından mahrumiyetin, kişinin daha iyi imkanlara

kavuşacağı düşüncesiyle yeniden çalışmaya başlaması üzerine kendi isteğiyle meydana geldiği de ileri sürülemez. Çünkü yine kendi istekleriyle diğer bazı görevlere gelenlerin aylığında bu kesinti yapılmamaktadır. Kuralın, genç iş gücüne daha fazla çalışma olanağı sağlama amacıyla benimsenen bir istihdam politikasını yansıttığı da söylenemez. Kişiler arasında ayrımcılık gözetilerek ve adaletsiz davranılarak sosyal yararın sağlandığından söz etmek, sosyal Devlet fikrine yabancıdır. Eğer Devletin mali imkanları vatandaşlardan bir kısmının emekli aylığı kesilmeksizin tekrar kamuda çalıştırılmasına olanak veriyorsa aynı olanağın, aynı hukuki konumda (emekli) bulunan tüm vatandaşlara tanınması gerekir. Eşitlik ilkesi, yasa koyucunun farklı bir düzenleme yapmasına engeldir. Eşitliğe aykırı olan bu düzenleme, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı düşer.

Belirtilen nedenlerle Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 5., 10. ve 60. maddelerine aykırı olan kuralların iptali gerektiği düşüncesiyle, karara katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY YAZISI

Anayasa Mahkemesi'nin 3.4.2007 günlü, E.2005/52, K.2007/35 sayılı kararında, 5335 sayılı Yasa'nın 30. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının iptali gerektiği yönündeki karşı oy yazısında belirttiğim gerekçelerle 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 1101 sayılı Yasa ile eklenen Ek 11. maddesinin iptali gerekir.

Bu nedenle redde ilişkin çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

Esas Sayısı : 2005/83

Karar Sayısı : 2008/110

Karar Günü : 29.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Konya 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 104. maddesinin *"39'uncu maddenin yetersizlik ve disiplin sebepleri hariç olmak üzere (e) … fıkralarıyle … gösterilenler, kurumlarda emeklilik hakkı tanınan vazifelerde çalıştırılamazlar"* bölümünün, Anayasa'nın 2., 10., 70., 154., 155., 156. ve 157. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Subay iken ticaret yapmak suçundan Askeri Ceza Kanununa Müzeyyel Kanun'un 1/A maddesi gereğince mahkum olup, Türk Silahlı Kuvvetlerinden ihraç edilmesine karar verildikten sonra 5434 sayılı Yasa'nın 104. maddesi gereğince görevine son verilme işlemine karşı açılan davada Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bulan Mahkeme, itiraz konusu kuralın iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1-) ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmüne yer verilmektedir. Hukuk Devleti, İnsan Haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Hukuk devleti ilkesi gereği, devletin tüm organlarının (yasama organı da dahil), hukuk kuralları ile öncelikle kendisini bağlı sayan bir devlettir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparkenki takdiri sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.

Bu duruma göre yasa koyucunun, hizmet gereklerini göz önüne alarak askeri personelle ilgili olarak diğer memurlardan daha sıkı-katı kurallar koyabileceği ancak bu aykırılığın sadece askeri hizmeti ilgilendiren durumlarla sınırlı olması gerektiği kuşkusuzdur. Oysa dava konusu ihtilafta, ticaret yasağı yapan davacının silahlı kuvvetlerden ihracı bu bağlamda değerlendirilse de anılan kurumdan ihraç edildikten sonraki özel veya mesleki hayatının yine sıkı-katı bir şekilde diğer kamu görevlilerinden farklı engelleyici tarzda düzenlenmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Çünkü davacı askeri personel için gerekli kurallara uygun davranmamanın bedelini aldığı yargısal ceza (hapis) ve ihraç kararıyla zaten fazlasıyla ödemiştir. Artık bu aşamadan sonra her Türk vatandaşı gibi kamu görevine girmek, mesleğini icra etmek istemektedir. Tam bu aşamada diğer kamu görevlileri için konulmayan bir şartın davacı önüne konulması kamu yararı-hizmet gerekleri ve de hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu sebeple 5434 sayılı Yasanın 104. maddesinin yukarıda anılan kısmının Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

2-) ANAYASANIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 10. maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet Organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre yasa koyucu düzenleme yaparken, hizmet gerekleri, görevin özelliği için zorunlu olanlar dışında farklı koşullar getiremez. Nitekim dava konusu ihtilafta, davacı, askerlikten ihraç edilerek, askerlik hizmetinin gereklerine uymamanın bedelini ödemiştir. Bu aşamadan sonra, askerlik hizmeti dışındaki tüm kamusal hak ve sorumluluklar yönünden diğer vatandaşlar ve kamu görevlilerinden farkı yoktur. Nitekim daha önce görevden ayrılıp yeniden bir kamu görevine girmek isteyen, bir memurdan ne isteniyorsa davacıdan da aynı şeylerin istenmesi veya aynı engellerin geçerli olması gerekir. Çünkü yeni talep edilen kamu görevinin askerlikle ilgisi olmadığından davacının askerlikten ihracı tek başına bu göreve girmesine engel olmamalıdır. Aksi takdirde Anayasanın 10. maddesine aykırı davranılmış olacağı düşünülmektedir.

3-) ANAYASANIN 70. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 70. maddesinde "Her Türk kamu hizmetlerine girmek hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" hükmü düzenlenmektedir. Buna göre, yukarıda da bahsedildiği üzere, kamu hizmetine alınırken, hizmet gereklerine göre farklı koşullar getirilebileceği kuşkusuz olmakla birlikte aynı hizmet gurubu için talep edenlere göre farklılık getirilemez. Anayasa hükmünün 1. fıkrasında

da belirtildiği üzere kamu hizmetine girme Anayasal bir haktır. Dolayısıyla bu hakkın kullanılması, hizmet gerekleri dışında hiçbir kıstasa göre sınırlandırılamaz. Nitekim davacının askerlik ve askeri hizmet koşullarıyla artık ilgisi kalmamıştır. Cezasıyla, bedeliyle askeri personel olma konumunu kapatmıştır. Bu aşamadan sonra bir uzman doktor olarak bir kamu hastanesinde hizmetle mesleğini icra etmek istemektedir. Bu konu davacı yönünden Anayasanın verdiği "kamu hizmetine girme hakkının" kullanılmasından ibarettir. Yapmak istediği hizmet, askerlik dışında sivil hayata dönük doktorluk hizmeti olup, bu hizmetin gerektirdiği tüm koşuların davacıda mevcut olduğu da taraflar arasında ihtilafsızdır. Sadece davacının askerlikten ihraç edilmiş olması bu hizmete engel sayılmıştır. Bu sebeple Anayasa hükmü hilafına davacı hakkında "görevin gerektirdiği niteliklerden başka" sebeplerle ayrım yapılmıştır. Bu sebeple, işlem dayanağı olan yasa maddesinin Anayasanın 70. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

4-) ANAYASANIN 154-155-156 ve 157. MADDELERİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 154-155-156 ve 157. maddelerinde yüksek mahkemeler düzenlenerek, Türk Yargı sisteminin genel şekli belirlenmiştir. Buna göre Türk Yargı sistemi, Adli Yargı, İdari Yargı, Askeri Yargı şeklinde 3 ana kola ayrılmış olup, ihtilaflar da niteliklerine göre bu yargı kollarına yönlendirilmiştir. Anayasanın yaptığı ayrım tamamiyle işin niteliğine göre teknik bir ayrım olup hiyerarşik bir sınıflandırma yapılmamıştır. Bu sebeple daha alt düzenlemelerde, bu yargı kollarından birisinin diğerlerine üstün veya önceliğini ifade eden kurallara yer verilemez. Dolayısıyla anılan yargı yerlerince verilen kararların hak kısıtlama yönünden doğurduğu neticede aynı olmak zorundadır. Örneğin kamu hizmetine girmede kriterler belirlenirken, bir ceza yargısı kararı söz konusu ise, sivil veya askeri ceza yargısı tarafından verilen kararlar arasında etki farkı olmamalıdır. Yine tek ayrım işin niteliğinden kaynaklanabilir. Örneğin askeri hizmete girmek isteniliyorsa elbette "önceden var olan askeri suçlar ve de askeri mahkeme kararları burada elbette farklı değerlendirilebilir. Ancak talep edilen hizmet genel ve sivil hata tıp mesleğiyle ilgili bir hizmet ise burada aranan koşullar arasına askeri yargı kararlarına öncelik ve ağırlık veren bir koşul konulamaz.

Aksi takdirde yukarıda anılan Anayasa hükümleriyle ortaya konulan Türk Yargı Sistematiğine aykırı hareket edilmiş olur.

SONUÇ: Davacının görevine son verilmesi işleminin 5434 sayılı Yasanın 104. maddesine dayandırıldığı, işlemin yargısal denetiminde bu hükmün doğrudan uygulanacak hüküm olduğu, ancak yasa hükmünün (kararda belirtilen bölümünün) yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2-10-70-

154-155-156 ve 157. maddesine aykırı olduğu, gerek davacının iddiaları ciddi bulunarak gerekse resen tespit edilerek Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği sonucuna varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun itiraz konusu bölümün de yer aldığı 104. maddesi şöyledir:

"**MADDE 104 – 39'uncu maddenin yetersizlik ve disiplin sebepleri hariç olmak üzere (e)** ve (f) **fıkralariyle** 92'nci maddede **gösterilenler, kurumlarda emeklilik hakkı tanınan vazifelerde çalıştırılamazlar."**

B- İlgili Yasa Kuralları

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 39. maddesinin (e) ve (f) fıkraları ile 92. maddesi şöyledir:

"**MADDE 39-** Emekli aylığı aşağıdaki hallerde bağlanır: …

e) Subay ve askeri memurlarla, gedikli subay ve gedikli erbaşların ahlâk noktasından hüküm ile veya yetersizlik veya disiplin sebeplerinden dolayı sicilleri üzerine veyahut askerî mahkemelerce verilecek kararlar üzerine kurumlarınca resen;

f) (e) fıkrasında yazılı olanlar dışındakiler ahlâk ve yetersizlik sebeplerinden dolayı tüzüğüne göre sicilleri üzerine kurumlarınca resen; …."

"**MADDE 92-** İştirakçilerden Türk vatandaşlığından çıkarılan, Türk vatandaşlığını bırakan, yabancı memleket uyruğuna girenlerin (Türk vatandaşlığını muhafaza edenler hariç) bu Kanunla tanınan her çeşit hakları düşer.

Aylık almakta iken veya aylık bağlama hakkı doğmadan önce, tanınan her çeşit hakları bu madde uyarınca düşenler, bu durumlarının ortadan kalkması halinde, Sandığa yazılı olarak yapacakları müracaatları takip eden aybaşından itibaren ve bu Kanunda öngörülen diğer şartları da taşımaları kaydıyla bu haklardan yeniden yararlandırılırlar.

Yukarıdaki hükümler 88'inci madde kapsamına girenlerle, dul ve yetimleri hakkında da uygulanır"

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 70., 154., 155., 156. ve 157. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 22.7.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

Mahkemede bakılmakta olan davaya konu idari işlem, 5434 sayılı Yasa'nın 104. maddesine göre *"askeri mahkemelerce verilecek kararlar üzerine"* Türk Silahlı Kuvvetlerinden re'sen emekli edilenlerin tekrar göreve alınmalarının mümkün olmadığına ilişkindir. İptali istenilen bölümdeki ibareler, iptal istemi dışında tutulan 39. maddenin (f) fıkrası ve 92. madde için de geçerlidir. Diğer yandan, 39. maddenin (e) fıkrasında askeri mahkemelerce verilen kararlar dışındaki sebeplerden de söz edilmiştir. Bu nedenlerle, kuraldaki incelemenin *"askerî mahkemelerce verilecek kararlar"* yönünden ***"…(e)…"*** ibaresiyle sınırlı olarak yapılmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

Başvuru kararında itiraz konusu kuralın, asker olarak görevliyken ticaret yapmak suçundan dolayı askeri mahkeme kararıyla ihraç edilen kişinin mesleki hayatı engellendiğinden hukuk devleti ilkesine, ihraçtan sonraki

aşamada, askerlik hizmeti dışındaki tüm kamusal hak ve sorumlulukları yönünden diğer kişi ve kamu görevlileri arasında bir fark olmadığı halde aksi öngörüldüğünden eşitlik ilkesine, kamuda yeniden çalışmaya engel olunduğundan ve ayrıca askeri mahkeme kararlarına farklı anlamlar yüklendiğinden Anayasa'nın 2., 10., 70., 154., 155., 156. ve 157. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, 5434 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin yetersizlik ve disiplin sebepleri hariç olmak üzere (e) bendinde gösterilenlerin kurumlarda emeklilik hakkı tanınan görevlerde çalıştırılamaması öngörülmektedir.

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

Anayasa'nın 70. maddesinde "*Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."* denilmiştir.

5434 sayılı Yasa'nın 39. maddesinin (e) fıkrasında sayılanlardan Türk Silahlı Kuvvetlerinden askeri mahkemelerce verilecek kararlardaki ihraç fer'i cezası nedeniyle uzaklaştırılanların kamuda emeklilik hakkı tanınan yerlerde çalıştırılamamalarının, askeri hizmetin gereği olan disiplinin sağlanması ve bu hizmetteki istihdamdan beklenen faydanın elde edilmesi amacıyla öngörüldüğü ve düzenlemenin yasa koyucunun takdir alanı içerisinde olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca, askeri mahkeme kararı ile ihraç edilen bir kişinin Bağ-Kur veya SSK'ya bağlı olarak çalışma hayatını sürdürmesine bir engel de bulunmamaktadır.

Askeri mahkeme kararıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinden ihraç edilen bir kişinin Emekli Sandığına tabi kurumlarda yeniden göreve alınamaması, Anayasa'nın 70. maddesinde belirtilen hizmete almada görevin gerektirdiği nitelikler kapsamında görüldüğünden Anayasa'nın bu maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa

önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Devlet memurluğuna girmek isteyen bir kişi ile askeri mahkeme kararıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinden ihraç edildikten sonra tekrar Devlet memurluğuna girmek isteyen kişinin hukuksal konumları aynı olmadığından, bunlar arasında eşitlik karşılaştırılması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuraldaki *"askerî mahkemelerce verilecek kararlar"* yönünden ***"(e)"*** ibaresi Anayasa'nın 2., 10. ve 70. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 154., 155., 156. ve 157. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 104. maddesinin *"askerî mahkemelerce verilecek kararlar"* yönünden ***"…(e)…"*** ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 29.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/5

Karar Sayısı : 2008/111

Karar Günü : 29.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Sivas İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 4447 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 50. maddesinin ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bağ-Kur tarafından bağlanan yaşlılık aylığına ilişkin davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı vekili Mahkememize vermiş olduğu 28.8.2002 tarihli dava dilekçesinde özet ve sonuç olarak, davacı müvekkilinin 31.10.1986 tarihinde Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edilmiş olduğunu, davacının Bağ-Kur sigortalısı olarak tescil edilmeden önce 3582 gün SSK'ya tabi sigortalılık hizmetinin olduğunu, 4181 sayılı Yasa'yla 1479 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 9. madde uyarınca davacının 7. basamak yükselme talebinde bulunup tahakkuk eden primi Bağ-Kur'a ödediğini, 8.5.2002 tarihinde 370.512.952.- TL aylıkla Bağ-Kur'dan emekli olduğunu ancak aylığının noksan bağlanmış olduğunu, davacının SSK'ya tabi hizmetinin nazara alınıp 1479 sayılı Yasa'nın 50. maddesi uyarınca 6. basamağa intibak ettirildiğini ve 6. basamak primlerini kuruma ödeyip 31.10.1986 tarihinde 6. basamaktan, 1988 tarihinde 7. basamaktan, 1990 yılında 8., 1992 yılında 9., 1994 yılında 10., 1996 yılında 11. basamaktan prim öderken 4181 sayılı Yasa'yla 1479 sayılı Yasa'ya eklenen geçici 9. madde uyarınca 7. basamak yükseltme talebinin kabulüyle bu basamaktan prim ödediğini, böylece prim basamağının 18.

basamak olduğunu, davacının 1998 yılında 19., 2000 yılında 20., 2002 yılında 21. basamakta olup 21. basamakta iken tahsis talebinde bulunmuş olduğunu, 1479 sayılı Yasa'nın 4447 sayılı Yasa ile değişik 50. maddesi uyarınca bu Yasa'ya göre sigortalıların ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıkların hesabında 24. basamaklı gelir tablosunun uygulanması gerektiğini ve tabloda yer alan gelir basamaklarının her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre DİE tarafından açıklanan en son temel yılı kentsel yerler tüketici fiyatlığı indeksindeki değişim oranı kadar ve ikinci olarak bir önceki yılın gayri safi yurt içi hasıla sabit fiyatlara gelişme hızları kadar artırılarak belirlenmesi gerektiğini ve 1.4.2002-31.3.2003 tarihleri arası prim ve aylık hesabına esas gelir basamaklarını tespite yetkili olan Bakanlar Kurulu'nca 1.4.2002-30.6.2002 arası 21. basamağın 583.926.237.- TL olarak belirlendiğini ve 2001 yılı TEFE oranının %88.6., TÜFE oranının %68.5., olup davacının 2002 yılında tahsis talebinde bulunduğundan ödenecek aylığın 517.180.354.- TL. olması gerektiğini, oysa Bağ-Kur'ca 370.512.952.- TL aylık bağlandığını beyan ederek kurumca 10.5.2002 tarihi itibariyle bağlanan 370.512.952.- TL. aylık tahsisine ilişkin işlemin iptaliyle aylığın 517.180.354.- TL olması gerektiğinin tespitine, noksan aylıkların ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı kurum vekili yargılama sırasında davayı kabul etmediklerini, kurumlarınca resmi belgelere dayanılarak işlem yapılmakta olduğunu beyan ederek davanın reddini talep etmiştir.

Davacıya ait 2/00978249 tahsis numaralı (0478922079 Bağ-Kur numaralı) Bağ-Kur dosyası muhteviyatı ile davaya emsal teşkil eden 2/00886029 aylık tahsis, (0221522449 Bağ-Kur numaralı) sigortalı Ali Küçükkılıç'a ait ve yine 280154378 Bağ-Kur numaralı Kahraman Köseoğlu'na ait dosya muhteviyatları celp edilmiştir.

Ayrıca SSK il müdürlüğünden davacıya ait hizmet dökümü celp edilmiştir.

Toplanan tüm delillerden sonra dosya bilirkişiye tevdi edilmek üzere Ankara Nöbetçi İş Mahkemesi'ne gönderilmiş olup, bilirkişi Av. Halit Akyürk tarafından tanzim olunan 22.1.2003 tarihli rapor alınmıştır.

Davacı vekili dosyanın 3 kişilik bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesini talep etmesi üzerine dosya tekrar 3 kişilik uzman bilirkişi heyetine tevdi edilmek üzere Ankara Nöbetçi İş Mahkemesi'ne gönderilmiş olup, 6.6.2003 tarihli rapor alınmıştır.

Her iki bilirkişi raporunda da emsaller ile davacının almış olduğu yaşlılık aylığının farkının 2001 yılında belirlenen gelir basamakları ile

davacının emekli olduğu 1.6.2002 tarihinde belirlenen gelir basamaklarının farklı olmasından, her ikisi de 21. basamakta olmalarına rağmen, bağlanan aylıkların tutarlarının aylık talep tarihindeki tüketici fiyat endeksinin farklı olmasından kaynaklandığı belirtilmiştir.

Davacı vekili 26.8.2003 tarihli talep dilekçesinde; 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası'nın aylıkların belirlenmesine esas olan gelir basamakları başlığını taşıyan (Değişik 4447-25.8.1999) 50. maddesinde "Bu kanuna göre sigortalının ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıkların hesabında, yirmi dört basamaklı gelir tablosu uygulanır. Tabloda yer alan gelir basamakları, her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yılı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranı kadar, ikinci olarak bir önceki yılın gayrisafi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızları kadar artırılarak belirlenir" denilmekte ve 1479 sayılı Yasa'ya tabi sigortalıların gelecekte alacakları aylıkları, kentsel farklılıklara dayandırılmakta, zaman farklılıkları aynı kanuna tabi, aynı primleri ödemiş, fakat farklı kentte yaşayan Bağ-Kur İl Müdürlüklerinin bulunduğu kentlerdeki sigortalılar arasında yaşlılık aylığı alma koşullarını tamamlamış kişilerin farklı zamanda müracaatlarına, farklı aylık tahsisine yol açmakta, aynı koşullara sahip sigortalılar arasında eşit olmayan aylık tahsisine yol açmakta olduğunu, Anayasamızın kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. md. "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu, hiçbir kişiye, aileye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları" hükme bağlanmış olduğunu, Anayasamızın 10. maddesine göre, Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde insanlar arasında ayrım yapmadan Devlet faaliyetlerini yürütmek zorunda olduğunu, Anayasa'da öngörülen eşitlik …Herkesin aynı hak ve yükümlülüklere sahip olması anlamında olmadığını ancak eşitliğin her yönüyle aynı hukuki durumda olanlar arasında söz konusu olduğunu Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle "eşitlerin eşitliği" anlamında olduğunu davamızdaki durumun her yönüyle aynı hukuki durumda olanlara farklı yaşlılık aylığı tahsisi işleminden kaynaklanmakta olduğunu,

1479 sayılı Kanun'un 50. maddesi kentlere, bölgelere göre Devlet İstatistik Enstitüsünün açıkladığı tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranları farklı olduğunu, farklı olanlar esas alınarak aylık belirleme

yöntemini öngören 1479 sayılı Kanun'un 50. maddesi aynı koşulları taşıyan, fakat farklı kentlerde yaşayan sigortalılara farklı aylıklar bağlandığını, farklı zamanda müracaat halinde, tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranlarının farklı olduğunu farklı oranlar aylık bağlamaya esas alındığında, tüm şartları aynı olduğu halde, yalnızca kısa aralıklarla ancak (3 ay önce veya sonra gibi) farklı zamanlarda tahsis talebinde bulunan sigortalılara farklı aylık tahsisine yol açmakta olduğunu, davalarında olduğu gibi, davacının dosyasında emsal olarak sunmuş oldukları Ali Küçükkılıç ve Kahraman Köseoğlu'nun yani her üç kişinin de,

1479 sayılı Kanun'a tabi sigortalı olduklarını, 21. basamakta iken yaşlılık aylığı tahsisi talebinde bulunmuş olduklarını, aynı sürede sigorta primlerini ödemiş olduklarını, ancak farklı zamanlarda (günlerde) yaşlılık aylığı tahsisi talebinde bulunmuş olduklarını, Devlet organlarının ve idari makamlarının davacı ile emsal olarak bildirilen sigortalılara aynı yaşlılık aylığını ödememekte olduğunu, tanzim olunan bilirkişi raporunda da eşitsizliğin nedeni 1479 sayılı Kanun'un 50. maddesi hükmünün neden olduğuna işaret edilmekte olduğunu, beyan ederek, aynı kanuna tabi ve aynı koşullara sahip sigortalılara, farklı yaşlılık aylığı tahsisi sonucunu ortaya çıkaran aylık tespitini 1479 sayılı Yasa'nın 50. maddesindeki kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranına bağlayan 50. maddenin hükmü Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğundan Anayasa'ya aykırılık iddialarının kabulüne, 1479 sayılı Yasa'nın 50. maddesinin iptali için konunun Anayasa'nın 152. maddesinin öngördüğü biçimde Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na intikaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı vekilinin 26.8.2003 tarihli dilekçesinde de belirtildiği üzere 1479 sayılı Yasa'nın 4447 sayılı Yasa'yla değişik 50. maddesinde "…bağlanacak aylıkların hesabında … tabloda yer alan gelir basamakları, her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranı kadar, 2. olarak bir önceki yılın gayri safi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızları kadar artırılarak belirlenir." Hükmü aynı statüde bulunan sigortalılar arasında zaman ve yer bakımından farklılıklar oluşturmaktadır. Aynı süre sigortalı olmuş ve aynı miktar primi ödemiş bulunan sigortalılar arasında bağlanacak yaşlılık aylığı tutarlarında farklılıklar oluşturmaktadır. Bu durum Anayasa'nın 5. maddesinde düzenlenen Devletin temel amaç ve görevleri ile 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Bu nedenle davacı vekilinin Anayasa'ya aykırılık iddiası yerinde görülerek konunun Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermek gerekmiştir.

HÜKÜM: Davacı vekilinin 26.8.2003 tarihli Anayasa'ya aykırılık iddiası ile ilgili dilekçesinin kabulü ile 1479 sayılı Yasa'nın 50. maddesinde düzenlenen … Tabloda yer alan gelir basamakları, her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler, tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranı kadar, ikinci olarak bir önceki yılın gayri safi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızları kadar artırılarak belirlenir.

Hükmünün Anayasa'nın 5. maddesinde düzenlenen Devletin temel amaç ve görevleri ile 10. maddesinde düzenlenen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğundan iptali ile Anayasa'ya aykırılığın giderilmesi için konunun Anayasa Mahkemesi'ne İNTİKALİNE,

Anayasa'nın 152. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 28. maddesi gereği davanın Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar GERİ BIRAKILMASINA, karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 4447 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu tümceyi de içeren 50. maddesi şöyledir:

"*Bu Kanuna göre sigortalıların ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıklarının hesabında, yirmidört basamaklı gelir tablosu uygulanır.* ***Tabloda yer alan gelir basamakları, her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranı kadar, ikinci olarak bir önceki yılın gayrisafi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızları kadar artırılarak belirlenir.***"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 5. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılımlarıyla 27.1.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, statüsü ile sigortalılık süresi aynı bulunan sigortalılara bağlanacak yaşlılık aylığı tutarlarında zaman ve yer bakımından farklılıklar oluşturduğu, bu nedenle Anayasa'nın 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1479 sayılı Yasa'nın 4447 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 50. maddesinin itiraz konusu ikinci tümcesinde, gelir tablosunda yer alan gelir basamaklarının her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranı kadar, ikinci olarak bir önceki yılın gayri safi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızları kadar arttırılarak belirlenmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da vurgulandığı gibi, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik eylemli değil hukuksal eşitliktir. Durum ve konumlarındaki farklılık ve özellikler, kimi kişiler veya topluluklar için değişik kural ve uygulamaları gerekli kılar.

Resmi istatistiklerin üretimine ve organizasyonuna ilişkin temel ilkeleri ve standartları belirlemek, ülkenin ihtiyaç duyduğu alanlarda veri ve bilgilerin toplanmasını, değerlendirilmesini, gerekli istatistiklerin üretilmesini, yayımlanmasını, dağıtımını ve resmi istatistik programında istatistik sürecine dahil kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak üzere Devlet İstatistik Enstitüsü kurulmuştur. Bu kurumun yayınladığı tüketici fiyat indeksleri, enflasyon ve ekonomi için bir gösterge

olması, hükümetlerin ekonomik politikalarının belirlenmesi, ücretlerin ve fiyatların ayarlanması, milli muhasebe hesapları, fiyat analizleri, ticari faaliyetlerin yönlendirilmesi gibi değişik amaçlar için çeşitli kesimler tarafından kullanılan resmi ve bilimsel ölçütlerdir.

DİE, nüfusu 20.001 ve daha fazla olan kentsel yerleşim yerlerinden oluşan Kentsel Yerler Tüketici Fiyatları İndeksi ve nüfusu 20.000'den az olan yerleşim yerlerinden hareketle Kırsal Yerler Tüketici Fiyatları İndeksini hesaplayıp yayınlamaktadır. Kentsel Yerler Tüketici Fiyatları İndeksi uygulanmasında esas alınacak değerler, il rakamları değil, Türkiye geneli ortalamasını vermektedir.

DİE'nce Avrupa Hesaplar Sistemine göre derlenmekte olan gayri safi yurtiçi hasıla, ekonomik büyüklüğün birkaç ölçütünden biri olup, gayri safi milli hasıladan farklı olarak, ülke sınırları içerisinde belli bir zaman içinde, üretilen tüm nihai mal ve hizmetlerin para birimi cinsinden değerinin göstergesidir.

İtiraz konusu kuralla, gelir basamaklarının arttırılmasında kentsel yerler tüketici fiyat indeksi artış oranının uygulanması enflasyon karşısında sahip olunan değeri korumakta, gayrisafi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızının uygulanması ise büyüyen ekonomiden verilen payı göstermekte, böylece enflasyon karşısındaki kıymetin korunması ve bir artı değer kazanmasının amaçlandığı gözetildiğinde, buna bağlı olarak yaşlılık aylıklarında farklılık bulunmayacağından, eşitlik ilkesine aykırılıktan sözedilemez.

1479 sayılı Yasa'ya göre bağlanacak aylıkların belirlenmesinde, sigortalının, sigortalılık süresi içinde aylar itibariyle bulunduğu her bir basamakta ödediği prim gün sayısı, 4447 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihin öncesi ve sonrasında ödediği prim gün sayısı, aylık başlangıç tarihindeki gelir tablosu, aylık bağlama oranı ile aylık bağlanma talep tarihi ve aylık bağlanma tarihinde geçerli olan hesaplama yöntemi, Yasa'nın geçici 11. maddesi ve dönemsel olarak yapılan yasal düzenlemelerle getirilen sosyal destek ödemeleri uygulamalarının belirleyici unsurlar olduğu gözetildiğinde, bu unsurlardan birinde oluşacak değişikliğin bağlanan aylıklarda da farklılıklar ortaya çıkarması kaçınılmazdır.

Buna göre, aylık bağlanma zamanı ve koşulları farklı olan sigortalılar arasında eşitlikten sözedilemez. Tüm özellikleri aynı olan sigortalıların da alacakları aylıkların itiraz konusu kural nedeniyle farklı olmayacağı açıktır.

Belirtilen nedenlerle, kural, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 5. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 50. maddesinin ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 29.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/9

Karar Sayısı : 2008/112

Karar Günü : 29.5.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Çorum İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun;

1- 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa ile değiştirilen 25. maddesinin ikinci fıkrasının,

2- 14.4.1982 günlü, 2654 sayılı Yasa ile eklenen Ek Geçici 13. maddesinin,

3- 14.3.1985 günlü, 3165 sayılı Yasa ile eklenen Ek Geçici 16. ve Ek Geçici 17. maddelerinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı Bağ-Kur sigortalısının, Bağ-Kur sigortalılığının başlangıç tarihinin vergi kaydının başlangıç tarihi olan 1.12.1980 tarihi olarak tespitine karar verilmesi istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralların Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasaya Aykırılık Yönünden İnceleme:

Acaba davacının yukarıdaki veriler ile ihtilaflı dönem olan 1.12.1980-20.4.1982 tarihleri arasında vergi kaydı sahibi olarak vergilerini ödemiş olmasına (ödenen vergi kayıtları Vergi Dairesince imha edildiğinden temin olunamamıştır.) ve Eczacı Odası kaydı olmasına rağmen 20.4.1982 tarihi öncesi mevzuata göre Bağ-Kur'lu olma şartlarını taşıdığı halde sırf 20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 S.Y. hükümleri gereğince tüm hakları

geçersiz hale gelmiş midir? Mahkememizce davacının geçmişe yönelik haklarının şekli düzenleme ile kaldırılamayacağı ve bu yöndeki düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Şöyle ki;

2229 S.Y. ile değişik 1479 S.Y.'nın 25. maddesi ile; 24. maddede belirtilen kimseler çalışmaya başladıkları tarihten itibaren kendiliğinden sigortalı olur hükmü bulunmasına rağmen, bu kişilerin hak ve yükümlülüklerinin hangi tarihte başlayacağı konusunda açıklık bulunmamaktaydı. 20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 S.Y. ile değişik 1479 S.Y.'nın Ek Geçici 13. maddesi ile 20.4.1982 tarihinden önceki dönem için hak ve yükümlülüklerin 20.4.1982 tarihinde başlayacağı, aynı yasanın 25. maddesinde yapılan değişiklikle ise 20.4.1982 tarihi sonrasında hak ve yükümlülüklerin sigortalı sayıldıkları tarihte başlayacağı düzenlenmiştir. Görülüyor ki 20.4.1982 tarihinden önce kendi nam ve hesabına çalışanlar ile 20.4.1982 tarihinden sonra kendi nam ve hesabına çalışanlar arasında kanundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin başlama tarihi konusunda eşitsizlik bulunmaktadır. Bu durumun Anayasa'nın eşitlik ilkesi düzenleyen 10. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

2654 S.Y.'nın Ek Geçici 13. maddesi ve 3165 S.Y.'nın Ek Geçici 16 ve 17. maddeleri ile ilgili olarak; 20.4.1982 tarihi öncesinde 1 günlük kendi adına bağımsız faaliyeti bulunan bir esnaf ile çalışmaya 1.10.1972 tarihinde başlamış, ve vergi ödemiş, yaklaşık 10 yıl hizmet vermiş, diğer bir esnaf aynı kefeye konulmakta ve her ikisinin de hak ve yükümlülüklerinin başlayış tarihi 20.4.1982 tarihi olarak kabul edilmektedir. Bu haksız ve adaletsiz bir düzenlemedir. Bu düzenleme Anayasanın eşitlik kuralını düzenleyen 10. maddesine aykırı düzenlemedir. Daha önceki kanunda (2229 S.Y.) hak ve sahibi olmak için tescil şartı aranmadığı halde sonradan yasalaşan 2654 S.Y.'da sigortalı sayılma koşulu getirilmiş ve kazanılmış hak ihlal edilmiştir. Hak ve yükümlülüklerin başlayış tarihi olarak sigortalı sayılma tarihi kabul edildiğinde; örneğin kurumun sigortalı sayılma işlemi yapması sırasında başvuru sayısının 1 günde incelenemeyecek kadar çok olması durumunda durumları incelenen kişilerin başvurularının daha sonraki günlerde inceleneceği ve daha sonraki günlerde sigortalı sayılacakları, yani kuruma başvuru yapan kişilerin hak ve yükümlülüklerinin kurumun çalışma düzenine ve insafına bırakılması sonucunu doğurmaktadır.

2654 S.Y. ile değiştirilen 1479 S.Y.'nın 25. maddesi ile ilgili olarak; 506 S.Y.'nın 2. maddesinde sigortalı sayılma koşulları düzenlenmiş ve hak ve yükümlülüklerden faydalanma şartları ayrıca düzenlenmemiştir. 506 S.Y. kapsamında çalışan her kişinin çalışmaya başladığı halde hak ve

yükümlülüklere sahip olduğu sabittir. Oysa 1479 S.Y.'nın 2654 S. Y. ile değişik 25. maddesinde hak ve yükümlülüklerinden faydalanmak için ayrıca sigortalı sayılma koşulu getirilmiştir. Hatta 20.4.1982 tarihi öncesi dönem için bu hak ve yükümlülüklerin başlangıç tarihi 20.4.1982 tarihi olarak belirlenmiştir. 506 S. Y.'nın 79/8. maddesi gereğince çalışılan işyeri kuruma bildirilmemiş bile olsa hatta çalışan işçinin kaçak olarak çalıştırılması halinde bile sonradan bu durumun açığa çıkması durumunda hak düşürücü süre içerisinde dava açıldığı takdirde geriye dönük hak ve yükümlülüklere sahip olma imkanı tanınmıştır. Ve hatta bazı belgelerin varlığında hak düşürücü süreye tabi olunmamakta ve yıllar sonra sigortalıya hak ve yükümlülüklerden yararlanma imkanı verilmektedir. Oysa 2654 sayılı ve 3165 S.Y. ile getirilen düzenlemeler nedeniyle 20.4.1982 tarihi öncesinde kendi adına bağımsız şekilde 1479 S.Y.'ya tabi olarak çalışmış olduğu resmi vergi kaydı ve oda kaydı ile sabit olunmasına rağmen davacıya bu imkan tanınmamaktadır. Bu Anayasamızın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı bir durumdur. 506 S.Y.'nın 79/8. maddesinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesinde görülen dava sonunda bu yasanın Anayasamıza aykırı olmadığı, Anayasa Mahkememizin 30.6.1998 tarihli 1997/18 E. 1998/42 K. sayılı kararı ile karara bağlanmıştır. Söz konusu kanun hükmü Anayasaya uygun olarak değerlendirildiğinde sosyal güvenlik teşkilatı şemsiye altında bulunan diğer bir kurum olan Bağ-Kur'a tabi sigortalılarında böyle bir imkandan faydalanması gerekmektedir. Bu imkanı engelleyen kanun hükümleri 2654 S.Y. ile değişik 1479 S.Y.'nın 25. maddesinin 2. Bendi, Ek Geçici 13. madde ve 3165 S.Y.'nın Ek Geçici 16 ve 17. maddeleridir.

Bağ-Kur Kanununun 54. maddesi incelendiğinde usulüne göre ödenmeyen primlerin İcra İflas Yasası hükümleri gereğince sigortalılardan tahsil olunacağı belirtilmektedir. Dava konusu dönemde davacının Bağ-kur sigortalısı olarak kabul edilmesi durumunda kurumun hiçbir zararının olmayacağı ve ödenmeyen primlerin resen tahsil olunacağı sabit olduğu halde Bağ-Kur sigortalılarına böyle bir hakkın verilmemesi daha doğrusu 2654 S.Y. ile bu hakkın takip imkanının kaldırılması hak ve nesafet kuralarına aykırıdır.

Anayasamızın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." Hükmü yer almasına rağmen yukarda anlatılan düzenlemeler kazanılmış hakları ihlal eden hukuk

devleti ilkesine aykırı kazanmış hakları ortadan kaldıran düzenlemeler olarak mevzuatımızdaki yerini almıştır. Ayrıca bu düzenlemeler sosyal devlet ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Durumları resmi belgeleri ile ispat edildiği halde sigortalıların haklarını ortadan kaldırdığı ortadadır. Anayasamızın 5. maddesinde "Devletin temel amaç ve görevleri Türk Milletini bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi koruma, kişilere ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak kişinin temel ve hak hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." şeklindedir.

Kişilerin temel ihtiyaçlarından ve mutluluğun başta gelen şartlarından birisi yarına güvenle bakabilmektir. Hayattan doğan tehlikeleri önlemek ve bunların yarattığı olumsuz sonuçların üstesinden gelmek kişilerin imkanları dahilinde değildir. Çağımızda devletler özellikler sosyal devlet ilkesini benimseyen devletler kişileri toplumsal risklere karşı güvenceye almak ve onların geleceğe güvenle bakmalarını sağlamak görevini üzerine almışlardır. Sosyal güvenlik müessesesi kişilerin bu temel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik gelişmeye açık bir alandır. Bu özelliği ile en önemli insan haklarından birisi olarak çağımıza damgasını vurmuştur. Modern sosyal güvenlik hukuku prensiplerine göre hareket eden dünyanın birçok ülkesinde sigortalıların haklarını daha da genişleten ve geliştiren düzenlemeler yapıldığı halde maalesef ülkemizde 2654 S. ve 3165 S.Y.'larla Bağ-Kur sigortalılarının durumları daha da geriye götürülmüş ve geçmişe yönelik haklarına ulaşmaları engellenmiştir. Bu Devletin sigortalıların haklarını genişleten ve kolaylaştıran düzenlemeler yapması gerekmekte iken bu alanda hakları daraltan uygulamalar yapması Anayasamızın yukarıdaki hükümleri ile çelişmektedir. Söz konusu kanunlar ile Bağ-Kur sigortalıları arasında sınıflar yaratılmıştır. Sigortalılar 20.4.1982 tarihinden önce ve 20.4.1982 tarihinden sonra sigortalı olanlar şeklinde iki sınıfa ayrılmış ve farklı statüler oluşturulmuştur. Bu Anayasamızın 10. maddesinde "herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." şeklinde ifade edilen eşitlik ilkesine aykırıdır. Kişi ile devlet arasında akdedilen sosyal güvenlik sözleşmesinde düzenlemelerin devlet tarafından tek yönlü olarak yapıldığı bilinmektedir. Devletin bu düzenlemeleri yaparken adil, makul ve ölçülü davranması gerekmektedir. 20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 S.Y. ile önceye dayanan hakların bir anda yok sayılması bu temel ölçülere

uymamaktadır ve sigortalıları mağdur etmektedir. Devletin Anayasa kurallarına uyması hukuk devleti ilkesini zorunlu bir sonucudur. Bu zorunluluk Anayasamızın 11. maddesinde "Anayasa Hükümleri yasama, yürütme ve yargı organları idare makamlarının ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." Şeklinde ifade edilmiştir. Yapılan yasal düzenlemelerin Anayasamızın 11. maddesine aykırı olduğu da görülmektedir. Sosyal güvenlik konusunda devlete düşen görev Anayasamızın 60. maddesinde "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir; Devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." Şeklinde ifade edilmiştir. Devletimizin sosyal güvenlik alanında bu görevini yerine getirmek için Emekli Sandığı, SSK ve Bağ-Kur olmak üzere üç büyük kuruluşu hayata geçirdiği bilinmektedir. Bu üç büyük kuruluştan biri olan Bağ-Kur Türkiye'ye özgü bir yapı sergilemektedir. SSK ve Emekli Sandığına tabi geçmiş hizmetleri şüphe götürmeyecek belgelerle ispatlanan sigortalıların bu geçmiş hizmetleri dikkate alınmasına rağmen Bağ-Kur mevzuatında maalesef belirtilen düzenlemeler nedeniyle sigortalıların geçmiş hizmetleri yasal mevzuatlar sebep gösterilerek dikkate alınmamaktadır. Bu durumda devletin Bağ-Kur sigortalıları ile ilgili eşit olmayan bir düzenleme içinde olduğu görevini aksattığı görülmektedir. Bağ-Kur sigortalılarının bir kenara itilerek diğer sosyal güvenlik kuruluşu üyelerine tanınan hakların Bağ-Kur sigortalılarına tanınmaması hukukun temel ilkelerine aykırıdır. Aynı şemsiye altında ve aynı amaç için kurulan sosyal güvenlik kuruluşlarının üyelerine sağladıkları hizmetlerin ve hakların birbiri ile paralel ve dengeli olması zaruridir. Yukarda anlatıldığı üzere bu dengeyi ve eşitliği bozan Bağ-Kur sigortalılarının geçmişe dönük hizmetlerinden kaynaklanan haklarına ulaşmasını engelleyen 2654 S. ve 3165 S.Y.'ların aşağıda belirtilen maddelerinin ve kısımlarının Anayasamıza aykırı olduğu kanaatine varılarak karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ VE TALEP:

Davacı hakkında uygulanan 14.4.1982 tarihli 2654 sayılı "1479 Sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu kanuna Ek Geçici maddeler eklenmesine dair kanunla" değiştirilen 1479 S.Y.'nın 25. maddesinin 2. Bendindeki "bu suretle sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri sigortalı sayıldıkları tarihte başlar." Cümlesinin ve aynı kanunun ek geçici 13. maddesinin ayrıca yukarıdaki kanun hükmüne paralel olarak düzenlenen 14.3.1985 tarihli 3165 sayılı "2.9.1971 tarihli ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu

Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu kanuna ek 3 madde ile 6 ek geçici madde eklenmesine dair" kanunun Ek Geçici 16 ve Ek Geçici 17. maddelerinin Anayasamızın 2., 5., 10., 11. ve 60. maddelerine aykırı olduğundan, bu maddelerin iptali için Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile başvurulmasına, dava dosyasının tamamının tasdikli bir örneğinin 2949 S.Y.'nın 28. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve davanın Anayasa Mahkemesinin vereceği karara kadar Anayasamızın 152. maddesi gereğince geri bırakılmasına,

Dair verilen karar açıkça okunup usulen anlatıldı. 19.1.2004"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun itiraz konusu ikinci fıkrayı da içeren 25. maddesi ile itiraz konusu Ek Geçici 13., Ek Geçici 16. ve Ek Geçici 17. maddeleri şöyledir:

"Sigortalılığın başlangıç ve bitiş tarihi

Madde 25 – (Değişik: 24/7/2003-4956/15 md.)

Bu Kanunun 24'üncü maddesine göre sigortalı sayılanlardan gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıkları, mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıkları ise Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmak şartıyla talep tarihinden itibaren başlatılır.

Bu suretle sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri sigortalı sayıldıkları tarihte başlar.

Bu Kanuna tâbi sigortalılık;

a) Gelir vergisi mükellefi olanların, mükellefiyetlerini gerektiren faaliyetlerine son verdikleri,

b) Gelir vergisinden muaf olanların, Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarındaki üye kayıtlarının silindiği,

c) Şirketlerle ilgisi kalmayanların, çalışmalarına son verdikleri veya ilgilerinin kesildiği,

Tarihten itibaren,

d) Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına tâbi olarak çalışmaya başlayanların, emekli keseneği kesilmeye başladığı,

e) İflâsına karar verilmiş olan tasfiye halindeki özel işletmeler ile şirket ortaklarının, özel işletmenin veya şirketin mahkemece tasfiyesine karar verildiği, iflâsına karar verilmiş olan veya tasfiye halindeki özel işletmeler ile şirket ortaklarından hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başladığı,

f) 2108 sayılı Kanuna göre 1479 sayılı Kanun kapsamına giren köy ve mahalle muhtarlarından; kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmasından dolayı gelir vergisi mükellefiyeti bulunanlar hariç, aynı zamanda hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başladığı,

g) Gelir vergisinden muaf olan, ancak Esnaf ve Sanatkârlar Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarındaki kayıtlara istinaden Bağ-Kur sigortalısı olanlardan bu sigortalılıklarının devamı sırasında, hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başladığı,

Tarihten bir gün önce,

Sona erer.

Sigortalılığı sona erenler sigortalılıklarının sona erdiği tarihten itibaren üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıtlarını sildirmek zorundadırlar."

"Tescilini yaptırmayanlar hakkında yapılacak işlemler

Ek Geçici Madde 13 – (Ek: 14/4/1982 - 2654/13 md.)

1479 sayılı Kanun ve aynı Kanunda değişiklik yapan kanunlara göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olanların her türlü hak ve mükellefiyetleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte başlar.

Ancak, bu Kanuna göre zorunlu sigortalı olarak kayıt ve tescilli bulunmak kaydı ile, 1/10/1972 tarihinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesabına bağımsız çalıştıklarını belgeleyen sigortalılar belgeledikleri süreyi borçlanabilirler.

Borçlanma primleri sigortalının bulunduğu basamak üzerinden yürürlükteki prim tutarlarına göre hesaplanarak defaten veya bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde ödenir. Bu süre içinde primi ödenmeyen borçlanma süreleri hizmetten sayılmaz.

Borçlanma talebi bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde Kuruma yazılı olarak yapılır ve bu süre içinde vergi dairelerince verilecek belgelerle tevsik edilir.

Çalışma belgelerinin gerçeğe uymadığı mahkeme kararı ile tespit edildiği takdirde, gerek sigortalılar gerekse belgeyi düzenleyenler hakkında genel hükümlere göre ceza kovuşturması yapılır. Ayrıca Kurumun bu yüzden uğrayacağı zararlar % 50 fazlası ve kanuni faizi ile birlikte bunlardan tahsil edilir."

"20/4/1982 tarihinden önce tescilini yaptırmayanlar hakkında yapılacak işlemler:

Ek Geçici Madde 16 – (Ek: 14/3/1985 - 3165/24 md.)

1479 sayılı Kanuna 2654 sayılı Kanunla ilave edilen ek geçici 13'üncü maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen iki yıllık süre ile dördüncü fıkrasında belirtilen bir yıllık süre, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren yeniden işlemeye başlar."

"20/4/1982 tarihinden önce vergi dairelerine kayıtlı bulunulan sürelerin borçlanılması

Ek Geçici Madde 17 – (Ek: 14/3/1985 - 3165/24 md.)

20/4/1982 tarihinden önce her ne suretle olursa olsun Kuruma kayıt ve tescili yapılan ve talep tarihinde sigortalılık niteliğini taşıyanlar, 1/10/1972 ile 20/4/1982 tarihleri arasında, Kuruma veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarına kayıtlı bulundukları süreler dışında vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesaplarına bağımsız çalıştıkları sürelerinin tamamını belgelemek şartıyla borçlanabilirler. Sigortalının ölümü halinde bu haktan, hak sahipleri de faydalanabilir.

Borçlanma primleri sigortalının bulunduğu son basamak üzerinden yürürlükteki prim tutarlarına göre hesaplanarak defaten veya bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren en geç iki yıl içinde ödenir. Bu süre içinde primi ödenmeyen borçlanma süreleri sigortalılıktan sayılmaz.

Borçlanma talebi bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde Kuruma yazılı olarak yapılır ve bu süre içinde vergi dairelerince verilecek belgelerle tevsik edilir.

Çalışma belgelerinin gerçeğe uymadığı tespit edildiği takdirde, gerek sigortalılar ve gerekse belgeyi düzenleyenler hakkında Türk Ceza

Kanununun genel hükümlerine göre ceza kovuşturması yapılır. Ayrıca, Kurumun bu yüzden uğrayacağı zararlar % 50 fazlası ve kanuni faizi ile birlikte bunlardan tahsil edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasanın 2., 5., 10., 11. ve 60. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılmalarıyla 4.3.2004 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle, itiraz konusu Ek Geçici Madde 17'nin davada uygulanacak kural niteliğinde olup olmadığı sorunu ele alınmıştır.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kurallardır.

1479 sayılı Yasa'ya 14.3.1985 günlü 3165 sayılı Yasayla eklenen Ek Geçici 17. maddenin birinci fıkrasında "20.04.1982 tarihinden önce her ne suretle olursa olsun Kuruma kayıt ve tescili yapılan ve talep tarihinde sigortalılık niteliğini taşıyanlar, 01.10.1972 ile 20.04.1982 tarihleri arasında, Kuruma veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarına kayıtlı bulundukları süreler dışında vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesaplarına bağımsız çalıştıkları sürelerinin tamamını belgelemek şartıyla borçlanabilirler. Sigortalının ölümü halinde bu haktan, hak sahipleri de faydalanabilir." denilmiştir.

Buna göre, 20.4.1982 tarihinden önce her ne suretle olursa osun Kuruma kayıt ve tescili yapılan ve talep tarihinde sigortalılık niteliği taşıyanlar Yasa kapsamına alınmıştır. Dava konusu olayda, davacının 20.4.1982 tarihinden önce Bağ-Kur'a hiçbir şekilde kayıt ve tescilinin yapılmadığı çekişme konusu değildir. Böylece, davacının durumunun, iptali istenilen 1479 sayılı Yasanın Ek Geçici 17. maddesinin kapsamına girmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, 1479 sayılı Yasanın Ek Geçici 17. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, itiraz başvurusunun diğer kısımları hakkında ise dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamı

1479 sayılı Yasanın 25. maddesinin ilk iki fıkrasında Bağ-Kur sigortalılığının başlangıcı ile sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin başlangıcı konuları düzenlenmiştir. Maddenin geri kalan kısımlarında ise sigortalılığın sona ermesi ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrası ile itiraz konusu ikinci fıkrasında, "Bu Kanunun 24'üncü maddesine göre sigortalı sayılanlardan gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıkları, mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıkları ise Esnaf ve Sanatkarlar Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmak şartıyla talep tarihinden başlatılır. Bu suretle sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri sigortalı sayıldıkları tarihte başlar." denilmektedir.

Bağ-Kur Kanunu, vergi mükellefiyetinin başlangıç tarihini aynı zamanda Bağ-Kur sigortalılığının sağladığı haklar ve getirdiği yükümlülüklerin de başlangıç tarihi olarak düzenlemiştir. Bağ-Kur Kanunu'nun 25. maddesi, sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin başlangıç tarihi bakımından genel düzenleme niteliğindedir. 1479 sayılı Yasanın itiraz konusu ek geçici 13. maddesinde ise konuyla ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır. Yasa'nın ek geçici 13. maddesinin 1. fıkrasında; "1479 sayılı Kanun ve aynı Kanunda değişiklik yapan kanunlara göre sigortalılık niteliği

taşıdıkları halde bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olanların her türlü hak ve mükellefiyetleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte başlar." denilmiştir. Bu düzenlemenin kapsamına girenlerin sigortalılık hak ve yükümlülükleri, ek geçici 13. maddenin yürürlüğe girdiği tarih olan 20.4.1982'den itibaren başlatılmıştır.

1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinde Bağ-Kur Kanunu kapsamında sigortalı sayılmanın koşulları düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalı sayılmanın temel koşulu kişinin kendi ad ve hesabına bağımsız çalışmasının olmasıdır. Bu koşul, Yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren varlığını sürdürmüştür. Bunun yanında sigortalı sayılmanın diğer bir kısım koşulları ve sigortalılığa karine oluşturan olgular zaman içerisinde farklı şekillerde düzenlenmiştir.

1479 sayılı Kanunun 24. maddesinin ilk şeklinde, bağımsız çalışma olgusunun gerçekleşmesinin yanında, sigortalılığın oluşumu için, ayrıca, kanunla kurulan meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulu da aranmıştır. Bu kuruluşlara kayıt tarihi ise, sigortalılığın başlangıcı yönünden, yasal karine kabul edilmiştir.

4.5.1979 tarihinde yürürlüğe giren 2229 sayılı Yasayla, Bağ-Kur'lu olabilme yönünden, 24. maddenin öngördüğü, meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulu kaldırılmış, sadece yasanın temel ilkesi olan kendi ad ve hesabına çalışma koşulunun gerçekleşmesi durumunda sigortalılığın oluşacağı kabul edilmiştir. Buna karşın, 20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 sayılı Yasayla, bağımsız çalışanların sigortalı olabilmeleri yönünden vergi yükümlülüğü öngörülmüş, vergiden muaf olanların da kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmaları durumunda sigortalı sayılacakları kabul edilmiştir. Yasanın 24. maddesi 14.3.1985 günlü, 3165 sayılı Yasayla tekrar değiştirilmiş ve "gelir vergisi mükellefi olanlar, Esnaf ve Sanatkâr siciline kayıtlı bulunanlar veya kanunla kurulu meslek kuruluşlarına usulüne uygun olarak kayıtlı olanlar, … sigortalı sayılırlar" hükmü getirilmiştir.

1479 sayılı Yasa'nın 14.4.1982 günlü, 2654 sayılı Yasa ile eklenen ek geçici 13. maddesinin birinci fıkrasında "1479 sayılı Kanun ve aynı Kanunda değişiklik yapan kanunlara göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olanların her türlü hak ve mükellefiyetleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte başlar" denilmiştir.

Ek geçici 13. maddede ayrıca, Yasanın yürürlüğe girdiği 20.4.1982 tarihinden önceki dönemde vergi mükellefi olduğu halde Kuruma sigortalı olarak tescil edilmemiş olan kişiler için geçmiş sürelere yönelik borçlanma imkanı getirilmiş ve bu borçlanma imkanının kullanılması için de Kanunun yürürlüğe girişinden itibaren Kuruma yazılı olarak yapılması öngörülen başvurular için bir yıllık başvuru süresi ve hesaplanacak prim tutarlarının ödenmesi için de iki yıllık ödeme süresi öngörülmüştür. Daha sonra, 3165 sayılı Yasayla 1479 sayılı yasaya eklenen ek geçici 16. maddenin yürürlüğe girdiği 22.3.1985 tarihinden itibaren geçmiş dönemlerin borçlanılabilmesi için sigortalılara ikinci kez, bir yıl içinde başvuru ve iki yıl içinde de prim tutarlarını ödeme olanağı tanınmıştır.

B- Anayasaya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2654 sayılı Yasa ile 1479 sayılı Yasaya eklenen ek geçici madde 13'e göre, zorunlu sigortalılık niteliği taşıdığı halde, 2654 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olanların her türlü hak ve mükellefiyetlerinin bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlatıldığı, bu durumun kazanılmış haklara zarar verdiği, geriye dönük bir düzenleme yapıldığı, bu nedenlerle kuralın hukuk devleti ilkesi bağlamında Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu; İtiraz konusu yasa kuralı uyarınca, 20.4.1982 tarihinden sonra çalışmaya başlayanların çalışmaya başladıkları tarihten itibaren, bu tarihten önce çalışmış olanların ise 20.4.1982 tarihinden itibaren hak ve yükümlülüklere sahip oldukları, böylece Bağ-Kur sigortalılarının iki farklı kategoriye ayrıldığı, bu durumun kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; Ayrıca, 20.4.1982 tarihinden önce örneğin bir gün çalışması bulunanlarla on yıl çalışması bulunanların aynı kefeye konulduğu, bu yönden de eşitlik ilkesine aykırılığın bulunduğu; 506 sayılı Yasada ve Emekli Sandığı Kanunu'nda geçmiş hizmetlerin tespitinin mümkün olmasına rağmen Bağ-Kur Yasasında böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının da yine eşitlik ilkesini ihlal ettiği; İtiraz konusu kuralın Anayasanın 5. maddesine de aykırı olduğu zira bu madde gereğince Devletin sigortalıların haklarını korumak ve geliştirmek yükümlülüğü altında olduğu, oysa itiraz konusu kuralla tam aksinin yapıldığı ve kişilerin geçmişe yönelik haklarına ulaşmalarının engellendiği; İtiraz konusu kuralın ayrıca Anayasanın 11. maddesine de aykırı olduğu; Anayasanın 60. maddesinde herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin bu hakkın kullanımını sağlayacak gerekli tedbirleri almakla ve teşkilatı kurmakla görevli olduğu, Sosyal Sigortalar Kurumunda ve Emekli Sandığı'nda, geçmiş çalışmalarını belgeleyen kişilerin bu çalışmalarının

sigorta hak ve yükümlülüklerinde dikkate alındığı, buna karşılık Bağ-Kur mevzuatında bu yönde düzenleme yapılmadığı, Bağ-Kur sigortalılarının bir kenara itildiği ve sonuç itibariyle Devletin bu yönden görevini eksik yaptığı ileri sürülmüştür.

1- Ek Geçici Madde 13'ün ve Ek Geçici Madde 16'nın İncelenmesi

1479 sayılı Yasa'nın 20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren itiraz konusu ek geçici 13. maddesi, o güne kadar Bağ-Kur'a kaydını yaptırmayan ve sosyal güvenlik sistemi dışında kalan kimselerin, vergi kaydı, meslek kuruluşu kaydı vb. belgelere dayalı olarak Kurumca re'sen tescil edilmelerine ve böylece sosyal güvenlik sistemine dahil edilmelerine yol açmıştır. Bu şekilde sisteme dahil edilen vergi mükellefi kimselere ayrıca 20.4.1982 tarihinde yürürlüğe giren itiraz konusu ek geçici 13. maddede ve 22.3.1985 tarihinde yürürlüğe giren itiraz konusu ek geçici 16. maddede gösterilen süreler içinde başvurmaları ve primlerini ödemeleri şartıyla geçmişe dönük borçlanma imkanı da getirilmiş ve böylece sözü edilen kişilerin sigortalılık başlangıçlarının vergi mükellefiyetlerinin başlangıcına kadar geri götürülmesine imkan tanınmıştır. Hukuk devletinde, belli bir hakkın kullanılabilmesi için belli sürelerin öngörülmesi kazanılmış hakların ihlali olarak değerlendirilemez.

Anayasanın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara tabi tutulması zorunluluğunu içermez. Önemli olan aynı hukuksal durumda bulunanların farklı muameleye tabi tutulmamasıdır. Bu açıdan bakıldığında, Bağ-Kur sigortalılarıyla SSK veya Emekli Sandığı sigortalıları arasında, bunlar aynı hukuksal statüde bulunmadıklarından eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Keza, yukarıda açıklandığı üzere, itiraz konusu kuralla, kişinin geçmiş çalışmaları tamamen yok sayılmayıp, o güne kadar kendisinin ya da Kurumun ihmali veya kusuru nedeniyle Bağ-Kur kapsamında sosyal güvenlik sistemine dahil edilmemiş kimseler sisteme katıldığı ve bunların geçmiş çalışmalarının da geçmişe dönük primlerin ödenmesi kaydıyla sigortalılık süresine eklenmesi öngörüldüğü için itiraz konusu kurallarla Bağ-kur sigortalılarının kendi aralarında da eşitsizliğe yol açıldığı yönündeki iddia isabetli görülmemiştir. Kaldı ki, yasal yükümlülüklerini yerine getiren sigortalılarla bunları yerine getirmeyenler aynı durumda olmadığından bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı da açıktır.

İtiraz konusu yasa kurallarıyla geçmişe dönük borçlanma imkanı getirilmiş, ancak bu hakkın kullanılması belli sürelere bağlanmıştır. Böylece

Bağ-Kur sigortalılarının geçmiş çalışmaları tümüyle yok sayılmamıştır. İtiraz konusu kurallarda geçmiş primlerin ödenmesi için belli hak düşürücü süreler öngörülmesi nedeniyle Devletin Anayasanın 60. maddesinde gösterilen görevlerini eksik yaptığı yönündeki iddialar da isabetli görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 1479 sayılı Yasanın itiraz konusu ek geçici 13. maddesi ile ek geçici 16. maddesi Anayasanın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralların Anayasanın 5. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- 25. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1479 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrasında **"… gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıkları, mükellefiyetin başlangıç tarihinden … itibaren başlatılır";** ikinci fıkrasında ise **"Bu suretle sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri sigortalı sayıldıkları tarihte başlar"** denilmektedir. Buna göre, yasa koyucu, Bağ-Kur sigortalılığı bağlamında, vergi mükellefiyetinin başlangıç tarihini aynı zamanda sigortalılığının da başlangıç tarihi olarak tespit etmiştir. Bağ-Kur sigortalılarının hak ve yükümlülüklerinin hangi tarihten itibaren veya hangi olaylara bağlı olarak başlatılacağı hususlarında Anayasada emredici bir kural bulunmadığına göre bu alanlarda yasa koyucunun takdir yetkisine sahip bulunduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun;

1- 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa'nın 15. maddesiyle değiştirilen 25. maddesinin ikinci fıkrasının,

2- 14.4.1982 günlü, 2654 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle eklenen Ek Geçici 13. maddesinin,

3- 14.3.1985 günlü, 3165 sayılı Yasa'nın 24. maddesiyle eklenen Ek Geçici 16. maddesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 29.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/33

Karar Sayısı : 2008/15 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 29.5.2008

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri Suha OKAY ve Kemal KILIÇDAROĞLU

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 13.3.2008 günlü, 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 10. maddesiyle 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen 94/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…mektup, …" sözcüğü ile 94/B maddesinin, Anayasa'nın 2., 11., 67. ve 79. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

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

13.3.2008 günlü, 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen;

1- 94/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan " … mektup, …" sözcüğü,

2- 94/B maddesi mektupla oy kullanma yönünden,

29.5.2008 günlü, E. 2008/33, K. 2008/113 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu hükümlerin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, 29.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/33

Karar Sayısı : 2008/113

Karar Günü : 29.5.2008

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 13.3.2008 günlü, 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesi ile 298 sayılı Kanuna 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen

1) 94/A maddesinin birinci fıkrasındaki "mektup" sözcüğünün,

2) 94/B maddesinin,

Anayasa'nın 2., 11., 67. ve 79. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 10. maddesi ile 26.4.1961 tarihli ve 298 sayılı Kanuna 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen; 94/A maddesinin birinci fıkrasındaki "mektup" ibaresinin ve 94/B maddesinin Anayasa'ya aykırılık gerekçesi aynı olduğundan tek başlık altında aşağıda açıklanmıştır.

Yasa'nın 94/A maddesi ile yurt dışı seçmenlerin oy vermesiyle ilgili genel ilkeler belirlenmiş, 94/B maddesi ile de mektupla oy kullanma düzenlemiştir.

İptali istenen 94/B maddesi göre;

Yüksek Seçim Kurulunun, özel olarak imal ettirdiği oy pusulası ile özel renkte bastırılmış oy zarflarını göndereceği Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu,

arkası kendi mührüyle işaretlenmiş oy pusulası ile oy zarflarını, seçimlerin yapılacağı günün yetmişbeş gün öncesinden seçmenin yurt dışında kayıtlı olduğu adresine gönderecektir. Seçmene oyunu kullanmak üzere gönderilen özel zarflardan, içine oy pusulasının konulduğu bir köşesi Yurtdışı İlçe Seçim Kurulunun mührünü taşıyan küçük zarfın, üzerinde "Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE" yazılı orta boy ikinci bir zarfa konacağı ve bu ikinci zarf da, üzerinde seçmenin yurt dışı adresi yazılı üçüncü büyük zarfa yerleştirilecektir.

Mektubu alan seçmen, üzerinde kendi adresi yazılı zarfı açarak mühürlü küçük zarf içerisindeki oy pusulasında tercih ettiği siyasi parti sütunundaki daireyi veya cumhurbaşkanı seçimi ya da halkoylaması için düzenlenen oy pusulasındaki tercih ettiği bölümü (X) işareti ile işaretledikten sonra sadece oy pusulasını küçük zarfa koyarak ve kapattığı bu zarfı, üzerinde alıcısı "Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE" adresi yazılı ikinci zarfa koyarak seçim günü saat 17:00'a kadar Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunda bulunacak şekilde posta ile gönderecektir.

Bir ülkedeki seçimin demokratik olarak kabul edilebilmesi için o seçimin bazı evrensel koşulları taşıması gerekir. Bunlar; serbest oy veya seçimlerin serbestliği ilkesi, eşitlik, gizlilik, genel oy, açık sayım ve döküm, dürüstlük ilkeleridir. Bu ilkeleri kısaca şöyle açıklayabiliriz: serbest oy veya seçimlerin serbestliği ilkesi, oy verecek kişinin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak özgürce oy vermesidir; eşitlik ilkesi, herkesin yalnızca bir oya sahip olması; gizlilik ilkesi, oy vermenin gizli olması; tek dereceli seçimveya doğrudan oy ilkesi, seçmenlerin bizzat ve doğrudan oy kullanmasıdır; genel oy ilkesi, herkesin seçmen olması yani her vatandaşın hiçbir ayrım yapılmaksızın seçimlerde oy verme hakkına sahip olması; açık sayım ve döküm ilkesi, oyların sayımının ve dökümünün alenî yapılmasıdır; ve son olarak dürüstlük ilkesi; seçimlerin dürüstlük kurallarına göre yapılması olup belirtilen ilkeleri kapsar.

Anayasa'nın 67. maddesinin ikinci fıkrasında "Seçimler ve halkoylaması serbest,eşit, gizli, tek dereceli, genel oy,açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır" denilmek üzere seçimlerin temel ilkeleri açıklanmıştır.

Anayasa'nın 79. maddesinde de, "dürüstlük ilkesi"ne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.1987 gün ve E.1987/6, K.1987/14 sayılı kararında,

"Anayasa'nın 79. maddesi yönünden inceleme:

Bu madde, "Seçimlerin genel yönetim ve denetimi" başlığı altında Yüksek Seçim Kurulu'nun görevlerini belirlerken "... seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma" dan söz etmektedir. Böylece vurgulanan "dürüstlük" ilkesi, 67. maddede belirlenen ilkeleri kapsadığı gibi onları ön plâna çıkarmaktadır. Kaldı ki, 67. maddenin ikinci fıkrasındaki ilkeler de dürüstlük ilkesini özetlemekte, onunla birleşmekte, bütünleşmektedir."

denilmek suretiyle dürüstlük ilkesine açıklık getirilmiştir.

Yurt dışı seçmenlerin mektupla oy kullanması yöntemi, serbestlik ve gizlilik ilkeleri ile bağdaşmamakta ve dolayısıyla dürüstlük ilkesine de aykırı düşmektedir. Serbest oy veya seçimlerin serbestliği ilkesinin evrensel tanımı yukarıda verilmiş ve bu ilkenin, oy verecek kişinin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak özgürce oy vermesi olduğu açıklanmıştı. Serbest oy ilkesine göre yapılan seçimde, seçmen oyunu açık ya da kapalı hiçbir baskıya ve bir müdahaleye uğramadan kullanır. Bu ilkenin zedelenmesi için, oy verecek kişi üzerindeki baskının mutlaka fiili ve maddi olması da gerekmemektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 24.10.1968 tarih ve 13035 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan E.1968/15, K.1968/13 sayılı kararında,

"serbest oy esasına göre yapılan seçim, seçmenin oyunu baskıya, kanun dışı bir müdahaleye uğramadan kullanabildiği seçimdir. Ancak bir eylemin serbest oy esasını zedelemesi için baskının mutlaka fiili ve maddi olması gerekmez. 'Serbestlik' ilkesi aynı zamanda seçmen iradesine dolaylı yollardan müdahalede bulunacak veya etki yapacak bir engel ve tedbirin seçmen karşısına çıkarılmamasını da zorunlu kılar." denilmiş ve Yüce Mahkeme'nin 18.11.1995 gün ve E.1995/54, K.1995/59 sayılı kararında da bu görüş yenilenmiştir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, seçimler, demokrasinin bir gereği ve Anayasal bir zorunluluk olarak ''serbest ve gizli oy, açık tasnif'' yöntemiyle yapılacaktır. Bunun sağlanması için seçmenin oyunu tek başına kullanması gerektiği açıktır. Nitekim sandıkla oy kullanma yönteminde. Sandık Kurulu'ndan zarf ve birleşik oy pusulasını alan bir seçmen, oyunu kullanmadan önce başka bir yere gidemez, başka bir kimseyle konuşup danışamaz; hemen KAPALI oy verme yerine girerek oyunu kimse görmeden kullanır.

İptali istenen kuralın getirdiği düzenlemeye göre ise, yurt dışındaki seçmen yetmiş beş gün öncesinde başlayan bir süreç içinde kendisine mektupla zarf içinde gönderilen oy pusulası ile oyunu kullanacaktır. Bu şekilde oyunu kullanacak olan bir seçmenin; tek başına ve toplum dışı bir yaşam sürdürdüğü varsayılamayacağından maddi ve manevi her türlü etkileşime açık olduğu kuşkusuzdur. Mektupla oyunu kullanacak seçmenin, her şeyden önce birlikte karar verme isteğinin yönlendirmesiyle aile içi manevi bir baskı altında kalmasının öncelikli bir olasılık olduğu tartışmasızdır.

Mektupla oy kullanacak seçmen, aile baskısı dışında içinde bulunduğu çevrenin de her türlü baskısı altında kalabilecektir. Bu bağlamda "mahalle" içindeki çoğulcu potansiyel görmezlikten gelinemeyeceği gibi dini baskı da göz ardı edilemez.

Kamusal alandan ve siyasal süreçten Anayasal ve yasal kurallarla "dışlanan" din olsun, feodal (hemşerilik, akrabalık) ilişkileri olsun, komşuluk ilişkileri olsun gündelik yaşamda kişinin içinde gömülü bulunduğu topluluk içinde ortaya çıkan ve kişiyi şekillendirici bir boyutu olduğu yadsınamaz.

Aynı memleket, şehir, köy vb. yerden olan kimse" (Meydan Larousse Büyük Lügat ve Ansiklopedi, 1973:773)'ye hemşeri denir. Toplumumuzda akrabalık ilişkileri gibi, hemşerilik ilişkileri de çok yaygındır. Anadolu'dan İstanbul, Ankara, İzmir'e göç eden ya da yurt dışında çalışmaya giden bir kişi, akrabalık ve hemşerilik bağlarından faydalanmaktadır. Özellikle yurt dışına çalışmaya gidenler, yabancılık duygusunun da etkisiyle hemşerileri ve Türk komşularıyla sıkı bir bağ kurmakta ve buradan da kaçılmaz bir sonuç olarak karşılıklı etkileşim doğmaktadır.

Terör örgütleri, hemşerilik ilişkilerinden de en iyi şekilde yararlanmaktadır. Yurt dışında kendini yalnız hisseden insanlarımıza ve özellikle de gençlerimize "hemşerim" sözcüğünün çağrıştırdığı anlamlar çerçevesinde yaklaşmaktadırlar.

Ülkemizde faaliyet yürüten terör örgütleri, eleman kazanmada sosyal yöntemlerin yanı sıra, psikolojik yöntemleri de kullanmaktadır. Bu çerçevede, arkadaş ilişkisi, akraba ilişkisi, hemşerilik, sosyal ve kültürel faaliyetler ve dini değerleri kullanarak bireylerin fizyolojik, psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bir grubun içerisine çekmektedirler. Grubun içerisine çektikleri bireylerin tutumlarında, örgütün ideolojisi doğrultusunda gerekli değişikliği yapmakta, algılama dünyalarına nüfuz

etmekte, bilinçaltı oluşturmakta ve bütün bunlarla birlikte bireye, istediği siyasi kimliği ve kişiliği kazandırmaktadırlar.

Oryantalizmin yani Doğuculuğun etkisi altındaki demokrasilerde, ismen var olan fakat içeriği doldurulmayan bir sistem, gözümüze çarpmaktadır. Bu sistemde bireye haklarının ne olduğu konusunda bilgi verilirken birey bu haklarını; şeyhlerin, tarikat liderlerinin çizdiği sınırlar içerisinde kullanabilmektedir. Yani demokrasi kavramına dinin müdahale ettiğini ve özellikle de bu müdahalenin yurt dışında ağırlık kazandığını gözlemlemekteyiz.

13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Genel Gerekçesi"nde "Başta Almanya olmak üzere, birçok Avrupa ülkesi ile Kanada ve Güney Amerika ülkelerinde uygulanan mektupla oy verme yöntemi de Tasarıda benimsenmiş ve esasları düzenlenmiştir. Bu yöntemle, Anayasamızın 67. madde hükmüne uygun olarak seçmen iradesinin Parlamentoya yansıtılması ve dış temsilciliklerin seçim süresince olağan çalışma düzeninin korunması sağlanmıştır" denilmişse de bu gerekçede doğruluk payı olan tek nokta, seçim süresince dış temsilciliklerin olağan çalışma düzenine rahatlık kazandırmadır.

Zira, batı toplumlarının ve devlet düzenlerinin laiklik doğrultusundaki evriminin özü, devletin belli bir dini temsil etmekten çıkarılması, din ve devlet ayrılığının sağlanması ve devletin her türlü inanç karşısında tarafsız ve eşit davranmasıdır. Laiklik doğrultusundaki bu evrimin, ülkemizde tamamlandığını söylemek ne yazıktır ki mümkün bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, yurt dışı seçmenlerin mektupla oy verme yöntemi; oyunu kullanacak olan seçmenin, gerek aile içi, gerek toplumsal ve dini nedenlerden kaynaklanan fiili ve maddi olmayan çevresel baskılara açık olduğu bir yöntemdir. Bu yöntemin; aşiret, tarikat ilişkileri içindeki topluluklarda, feodal ilişkilerde, terör örgütü başta olmak üzere çeşitli örgütlerin nüfuz ettiği topluluklarda, kimi siyasi partilerin oy karşılığı çıkar sağladığı koşullarda fiili ve maddi baskıların da söz konusu olabileceği dikkate alındığında, serbestlik, gizlilik ve dürüstlük ilkeleriyle bağdaşmadığı ve dolayısıyla Anayasa'nın 67. ve 79. maddelerine aykırı olduğu çok açıktır.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin 18.11.1995 gün ve E.1995/54, K.1995/59 sayılı kararında,

"Toplumsal istemlerin ve yeğlemelerin yasama organına tam olarak yansımasını sağlayacak yöntemleri içeren sistemlerin en uygununu, en doyurucusunu, başka bir anlatımla hiçbir yakınmaya yol açmayanını edinmek olanaksız ise de yakınmaya en az neden olanı yeğlemek olanaklıdır. Seçimlerde ideal bir sistem bulunmamış olmakla birlikte ülke koşulları ve anayasal gerekler karşısında yasal düzenlemeleri gerçekleştirerek Anayasa'ya en uygununu almak ya da aykırı olanını bırakmak gerekir."

denilmiştir. Yüce Mahkeme'nin bu kararından da anlaşılacağı üzere; yasama organı tarafından oy verme yöntemini belirlenirken ülke koşulları ve anayasal gereklerin dikkate alınarak Anayasa'ya en uygun olanın alınması ya da aykırı olanın bırakılması gerekmektedir. Anayasa'nın 67. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin "…yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler" hükmünün taşıdığı anlamda budur.

Yukarıda etraflıca açıklandığı üzere iptali istenen kurallar ile, yurt dışı seçmenler için getirilen mektupla oy verme yöntemi, en uygun olan bir yöntem olmadığı gibi fiili, maddi ve manevi her türlü baskıya açık bir yöntemdir. Yine bu yöntemde, yargı yönetim ve denetiminin ne ölçüde sağlanabileceği de tartışmaya açık bir konudur. Bu nedenle, mektupla oy vermenin bırakılması gereken bir yöntem olarak yurt dışı seçmenlerin oy kullanmalarında uygulanabilir bir tedbir niteliği taşımadığında hiçbir duraksamaya yer yoktur ve anılan yöntemi düzenleyen iptali istenen kurallar bu yönden de, Anayasa'nın 67. maddesine aykırı düşmektedir.

Öte yandan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasa'nın 2. maddesinin yanısıra, 11. maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 10'uncu maddesi ile 26.4.1961 tarihli ve 298 sayılı Kanuna 94'üncü maddeden sonra gelmek üzere eklenen; 94/A maddesinin birinci fıkrasındaki "mektup" İbaresi ve 94/B maddesi Anayasa'nın 2., 11., 67. ve 79. maddelerine aykırı olup, iptal edilmeleri gerekmektedir.

YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Seçme ve seçilme hakkı demokratik devlet yönetiminin "olmazsa olmaz" koşullarındandır. Bu nedenle seçim özgürlüğünün, Anayasa'ya ve ona uygun olarak çıkarılacak bir yasaya uygun olarak kullanılmaması halinde, demokratik hukuk devleti yönünden sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

Bu nedenle, Anayasa'ya açıkça aykırı olan söz konusu kuralların yürürlüklerinin de durdurulması istemiyle iptal davası açılmıştır."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesi ile 298 sayılı Kanuna 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen dava konusu sözcüğü içeren 94/A ve 94/B maddeleri şöyledir:

"Madde 94/A- Yurt dışı seçmenlerin sandık, mektup, gümrük kapılarında oy kullanma veya elektronik oylama yöntemlerinden hangisine göre oy kullanacağına yabancı ülkenin durumuna göre Dışişleri Bakanlığının görüşünü alarak Yüksek Seçim Kurulu karar verir.

Milletvekili genel seçimlerinde, üzerinde Yüksek Seçim Kurulu filigranı bulunan özel imal edilmiş kâğıtlara basılı birleşik oy pusulalarında; sadece seçime katılan siyasi partilerin özel işaretleri, kısaltılmış isimleri ve tam yazı halinde adlarıyla her siyasi parti için ayrılan bölümün altında çapı iki santimetre olan boş bir daire bulunur.

Yurt dışı seçmenler, milletvekili genel seçimi, Cumhurbaşkanı seçimi ve halkoylamasında oy verebilirler.

Yurt dışı seçmenler sadece seçime katılan siyasi partilere oy verebilirler. Yurt dışında ve yurt dışı temsilciliklerde seçim propagandası yapılamaz."

"Madde 94/B- Yüksek Seçim Kurulu, özel olarak imal ettirdiği oy pusulası ile özel renkte bastırılmış oy zarflarını, Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna gönderir. Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu, arkası kendi mührüyle mühürlenmiş oy pusulası ile oy zarflarını, seçimlerin yapılacağı günün yetmiş beş gün öncesinden seçmenin yurt dışında kayıtlı olduğu adresine gönderir.

Seçmene oyunu kullanmak üzere gönderilen özel zarflardan, bir köşesi Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunun mührünü taşıyan küçük zarfa oy pusulası konur. Bu zarf, üzerinde "Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE" yazılı orta boy ikinci zarfa konur ve bu ikinci zarf, üzerinde seçmenin yurt dışı adresi yazılı üçüncü büyük zarfa konur.

Mektubu alan seçmen, üzerinde kendi adresi yazılı zarfı açar, mühürlü küçük zarf içerisindeki oy pusulasında tercih ettiği siyasi parti sütunundaki daireyi veya cumhurbaşkanı seçimi ya da halkoylaması için düzenlenen oy pusulasındaki tercih ettiği bölümü (X) işareti ile işaretler, sadece oy pusulasını küçük zarfa koyar ve zarfı kapatır. Bu zarfı, üzerinde alıcısı "Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE" adresi yazılı ikinci zarfa koyar ve ağzını kapatıp seçim günü saat 17:00'a kadar Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunda bulunacak şekilde posta ile gönderir.

Mektupların gönderilmesi, güvenliği ve kimlik tespitine ilişkin usul ve esaslar, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğünün görüşü alınarak Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir. Posta giderleri Yüksek Seçim Kurulunca karşılanır.

Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna gelen mektup, seçmenin kimliği tespit edilip seçmen kütüğündeki ismi bulunarak işaretlendikten sonra, sandık kurulunca açılır ve içerisinden çıkan oy pusulasının bulunduğu zarf açılmaksızın sandığa atılır. Oy sandığı her gün saat 17:00'da yetkili sandık kurulunca açılır, zarflar oy veren seçmen sayısı ile karşılaştırılır ve uygunluğu tutanakla saptanır. Oy zarfları açılmaksızın tutanağın bir örneği ile birlikte torbaya konularak ağzı mühürlenir ve sandık kurulunca Yurt Dışı İlçe Seçim Kuruluna teslim edilir.

Seçim günü saat 17:00'dan sonra gelen mektuplar tutanakla tespit edildikten sonra yakılarak imha edilir.

Seçimin yapıldığı gün saat 17:00'dan itibaren oy torbaları Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulunca açılarak sayım, döküm ve birleştirme işlemleri yapılır ve sonuçlar Ankara İl Seçim Kuruluna iletilir. Bu Kurulca da birleştirme tutanağı düzenlenerek Yüksek Seçim Kuruluna gönderilir.

Yurt dışı seçmenler tarafından kullanılan toplam geçerli oy sayısı, Yüksek Seçim Kurulunca Türkiye genelinde kullanılan toplam geçerli oy sayısına ilave edilerek yurt düzeyinde genel oy miktarı ve her partinin ülke genelinde aldığı geçerli oy miktarı bulunur.

Bu şekilde, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33'üncü maddesine esas teşkil eden toplam oylar bulunmuş olur.

Her seçim çevresinde geçerli toplam oy, Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulundan Ankara İl Seçim Kuruluna gelen toplam oyun diğer seçim kurullarından gelen oylara bölünmesiyle elde edilen oranda artırılır. O seçim çevresinde kullanılan toplam oylarla bu şekilde hesaplanan toplam oy arasındaki fark partilere, Ankara İl Seçim Kurulundan gelen oydaki hisseleri oranında taksim edilir ve elde edilen rakamlar o seçim çevresinde aldıkları geçerli oylara ilave edilir. Böylece Milletvekili Seçimi Kanununun 34'üncü maddesinde belirlenen esas seçim çevresinde kullanılan geçerli toplam oy miktarı ve partilerin aldıkları toplam geçerli oy miktarı bulunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 11., 67. ve 79. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 17.04.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

A- Anlam ve Kapsam

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

Yasa'nın 94/A maddesinde yurt dışı seçmenlerin oy hakkından nasıl yararlanacakları düzenlenmektedir. Buna göre yurt dışı seçmenler milletvekili genel seçimi, Cumhurbaşkanı seçimi ve halkoylamasında oy kullanabileceklerdir. Yasa'da dört farklı oy verme yöntemi öngörülmüştür. Bunlar, sandıkta oy kullanma, mektupla oy verme, elektronik oy ve gümrük kapılarında oy verme yöntemleridir. Yüksek Seçim Kurulu her ülke için ayrı

ayrı bu oy verme yöntemlerinden hangisinin uygulanacağına Dışişleri Bakanlığı'nın görüşünü alarak karar verecektir.

Yasa'nın 94/B maddesine göre Yüksek Seçim Kurulunun yurt dışı seçmenlerin oylarını mektupla kullanmalarına karar vermesi halinde Ankara İl Seçim Kuruluna bağlı bir Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu oluşturulacaktır. Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu, oy verme gününden yetmiş beş gün önce seçmenin yurt dışında kayıtlı olduğu adreslerine özel basılmış oy pusulaları ile oyunu yollayacağı zarfları gönderecektir. Seçmen kullandığı oy pusulasını kendisine gönderilen bir köşesi mühürlü boş zarfa koyacak, bu zarfı Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu'nun adresi yazılı ikinci bir zarfa koyarak postaya verecektir. Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu gelen oy zarflarını seçmenlerin listedeki ismini işaretleyerek açacak oy zarfını açmadan oy kutusuna atacaktır. Bu şekilde her gün gelen oylar sandık görevlilerince akşam sayılarak listelerle uyumluluğu kontrol edildikten sonra tutanakla Yurtdışı İlçe Seçim Kurulu'na teslim edilecektir. Oy verme gününün sonunda ise oylar açılarak sayım ve dökümü yapılacaktır.

B-Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kurallarda öngörülen mektupla oy kullanma yönteminin Anayasa'da yer alan seçimlerin serbestliği, gizliliği ve dürüstlük içinde yapılması ilkeleriyle bağdaşmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2., 11., 67. ve 79. maddelerine aykırı olduğu öne sürülmüştür.

Anayasa'nın 67. maddesinin ikinci fıkrasında *"Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler."* denilmektedir.

Buna göre seçimler serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılacaktır.

Gizli oy ilkesi, seçmenin, seçme hakkını hiçbir etki ya da baskı altında kalmaksızın özgür iradesiyle kullanmasını sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Gizli oyun amacı seçmeni oy verirken her türlü çevre etkisinden uzaklaştırmaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında belirtildiği gibi serbest oy ilkesi seçmenin hiçbir yasa dışı el atmaya, baskıya ve etkiye kapılmadan oyunu kullanmasıdır. Serbest seçim, oyların bu ortamda kullanıldığı seçimdir. Oy kullanmayı etkileyecek, seçmenin özgür iradesini

saptırabilecek her tür etkileme baskı sayılır. Seçmeni dolaylı da olsa, olumlu ya da olumsuz etkiye açık tutacak her girişimin önlenmesi gerekir.

Oy hakkı Anayasa'da güvence altına alınmış temel bir haktır. Yasa koyucunun ödevi de yurt içinde ya da yurt dışında yaşayan bütün yurttaşların oy hakkından Anayasa'nın öngördüğü ilkelere uygun olarak yararlanmasını sağlamaktır.

Devletin, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy verme haklarını kullanabilmelerini sağlarken Anayasa'da belirlenen seçim ilkelerine uygun ve uygulanabilir nitelikteki tedbirleri alması gerekir. İptali istenilen yasa kurallarında öngörülen mektupla oy kullanma yöntemi, seçmenin oyunu kullanırken aile üyelerinden ve sosyal çevresinden gelebilecek her türlü etkiye açık olması nedeniyle seçmenin iradesini korumaya elverişli bulunmamaktadır. Seçimin serbestliği ilkesi, seçmenin oyunu her türlü etkiden uzak ve gizlilik içinde kullanmasının tam olarak güvence altına alınması halinde gerçekleşebilir. Bu güvencenin ise kuralda öngörülen mektupla oy verme yöntemi ile gerçekleştirilmiş olduğundan söz edilemez. Bu nedenle seçim için aranan serbestlik ve gizlilik ilkelerini sağlamaya elverişli bulunmayan mektup yöntemiyle oy kullanılmasına ilişkin yasa kuralları Anayasa'nın 67. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU ve Serruh KALELİ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmışlardır.

Kurallar, Anayasa'nın 67. maddesine aykırılık nedeniyle iptal edildiklerinden, 2., 11. ve 79. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

13.3.2008 tarih ve 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesi ile 26.4.1961 günlü 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen;

1- 94/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…mektup…" sözcüğü,

2- 94/B maddesinin mektupla oy kullanma yönünden,

29.5.2008 günlü, E.2008/33, K.2008/113 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu hükümlerin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz

kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, 29.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

13.3.2008 günlü, 5749 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen;

A- 94/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… mektup,…" sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- 94/B maddesinin mektupla oy kullanma yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

29.5.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

FARKLI GEREKÇE

Anayasa'nın 67. maddesinin ilk fıkrasında seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları düzenlenmiş, ikinci fıkrasında da seçimler ve halk oylamasının serbest, eşit, gizli tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılacağı, ancak yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanunun, uygulanabilir tedbirleri belirleyeceği hükme bağlanmıştır.

Temel siyasi haklar arasında bulunan oy hakkının gerçek işlevini yerine getirebilmesinin, Anayasa'da güvence altına alınan seçim ilkelerine uygun olarak kullanılmasına bağlı olduğu kuşkusuzdur. Aynı ilkeler gözetilerek yurt dışında bulunan vatandaşların da oy hakkından yararlandırılmalarının sağlanması Anayasal bir zorunluluktur. Bu bağlamda yurt dışı seçmenlerin de oy haklarını kullanabilmeleri için 5749 sayılı Yasa'da aralarında "mektub"un da bulunduğu bazı yöntemlere yer verilmiştir.

298 sayılı Yasa'ya 5749 sayılı Yasa ile eklenen 94/A maddesindeki "mektup" sözcüğü, kararda belirtilen nedenlerle Anayasa'ya aykırı bulunarak, mektupla oy kullanmanın her halde Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı sonucuna varılmış ise de serbest oy ilkesine uygun daha güvenli diğer yöntemlerin uygulanamadığı durumlarda, Anayasa'ya aykırılık gerekçesi gözetilerek yeni düzenleme yapılmasına Anayasal engel bulunmamaktadır.

Bu gerekçeyle çoğunluk görüşüne katılıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Sacit ADALI
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2008/16

Karar Sayısı : 2008/16 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 5.6.2008

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Suha OKAY, Kemal ANADOL ve 110 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

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

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 5.6.2008 günlü, E.2008/16, K.2008/116 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu Kanun'un, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 5.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2008/16

Karar Sayısı : 2008/116

Karar Günü : 5.6.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Hakkı Süha OKAY, Kemal ANADOL ile birlikte 110 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- YOKLUK, İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

27.2.2008 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun, 1'nci maddesi ile Anayasamızın 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına, "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere **"ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında"** ibaresi; 2'nci maddesi ile de, Anayasamızın 42'nci maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."

5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun" un "Genel Gerekçe" sine bakıldığında şu tümceler göze çarpmaktadır.

"Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine

üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır.

Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir.

Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10'uncu ve 42'nci maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur."

1'nci maddenin gerekçesinin 2'nci paragrafına bakıldığında, getirilen düzenlemenin amacının, "tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, **giyim, kuşam** ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak" olarak ifade edildiği görülmektedir.

2'nci maddenin gerekçesinin son tümcesinde ise, ülkemizde münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlama ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim haklarından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırma amacı belirtilmektedir.

5735 sayılı Kanunun genel gerekçesi, 1 ve 2'nci maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonunda ve Genel Kuruldaki görüşmelerde söz konusu maddeler üzerindeki konuşmacıların ve grup sözcülerinin açıklamaları incelendiğinde; yönelinen temel hedefin, kamu hizmetlerinden yararlanan veya yükseköğrenim hakkını kullananlar için dinî amaçlı örtünme serbestisi tanınması, bu şekilde örtünenlerin kamu hizmetlerinden yararlanmalarını önleyecek düzenleme veya yaptırımların engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Türbana ilişkin düzenlemenin Anayasa Komisyonundaki görüşmelerinde, "Türban Yasasının" mimarlarından olan Komisyon Başkanının, "… Açıkça yapamayız çünkü. Açıkça deyince, açıkça teklif nasıl getirilir, böyle bir şey olabilir mi yani? İlk dört madde açıkça teklif burada nasıl görüşülür." şeklinde Komisyon Tutanağının 121. sayfasına yansıyan görüşü bu düşüncenin bir örneğidir.

Söz konusu Anayasa değişikliğinin Türkiye'nin siyasal gündemine **"türban yasası"** olarak girmesi ve teklifi hazırlayıp imzalayan

milletvekillerinin, Başbakanın, Adalet ve kalkınma Partisi üst düzey yöneticilerinin, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı ile üst düzey yöneticilerinin açıklamaları da bu saptamayı doğrulamaktadır.

5735 Sayılı Kanununla, yukarıda açıklanan hedefe ulaşmak için adı konulmadan ve dolaylı bir biçimde dinî amaçlı örtünme, dinî kıyafet dahil her türlü dinî simge ve üniformayı da içerecek, kapsamlı bir kıyafet serbestîsi tanınmıştır.

Çünkü, 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde yapılan düzenlemeyle, Devlet organları ve idare makamlarına, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymak yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlamak yükümlülüğü; kişilere de Devlet organları ve idare makamlarından sundukları kamu hizmetlerinden kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanmalarını sağlamasını istemek imkânı getirilmiştir. Olaya kıyafet açısından bakıldığında, bu hüküm karşısında Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere kıyafetleri nedeniyle yasak uygulayarak kamu hizmeti vermekten kaçınamayacaklarını; kişilerin kamu hizmetlerinden yararlanmalarını da, kıyafet nedeniyle yapılan yasaklamalarla engelleyemeyeceklerini söylemek gerekmektedir.

Ancak bu düzenlemede yer alan "kamu hizmetinden yararlanılmasında" ölçütünün, hem hizmet alan hem de hizmet veren konumundaki kimseler için bir belirsizlik yaratacağı ortadadır. Şöyle ki; örneğin, üniversitelerdeki araştırma görevlileri öğrenim vererek kamu hizmeti sunduklarında getirilen kıyafet serbestisinin kapsamı dışında kalırken, yüksek lisans bağlamında öğrenim gören yani kamu hizmetinden yararlanan kimlikleri ile, getirilen kıyafet serbestliğinden kanun önünde eşitlik ilkesi çerçevesinde yararlanmak konumunda olacaktır.

Eğitim Fakültelerinin 3 ve 4. sınıf öğrencilerinin, "Okul uygulaması, öğretmenlik deneyimi" dersleri kapsamında ilköğretimde "stajyer öğretmen" statüsünde derslere türbanlı girmelerinin önünün açılacak olması, bunun örneklerinden biridir. Bu durumda, kamu hizmeti alanla verenin ayırımını kim yapacaktır? Yine benzer bir durumun tıp fakültelerinde yaşanması da kaçınılmaz olacaktır.

Bu düzenlemeden yararlanılarak türban, dinî kıyafet ve simgeler dahil her türlü kıyafet ilköğretimden yükseköğretime, öğretim hizmetlerinden yararlanma bağlamında herhangi bir engelle karşılaşmadan yayılabilecektir.

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 2'nci maddesinde ise, kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimsenin yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemeyeceği bildirilmekle, yükseköğretim kurumlarında dinî amaçlı örtünme nedeniyle öğrenim hakkından yararlanmanın engellenmesinin de önüne geçilmektedir. Bunun da, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yükseköğretimde kıyafetin, (türban, dini amaçlı örtünme, dini ve siyasi üniforma dahil) serbest bırakıldığı; yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrumiyet sonucunu doğuracak bir yaptırım getirilemeyeceği ve uygulanamayacağı anlamına geldiğinde kuşku yoktur.

Halbuki dini amaçlı kıyafetlerin serbest bırakılması, Anayasa Mahkemesince E.1989/1, K.1989/12 tarih ve 07.03.1989 tarihli kararla Anayasaya aykırı bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi E.1990/36, K.1991/8 sayı ve 09.04.1991 tarihli kararıyla da bu hususu yinelemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin kararları göz önünde tutulduğunda, 5735 sayılı Kanunla getirilmiş olan kıyafet serbestisinin söz konusu kararlarda Anayasamızdaki lâiklik ilkesi ile örtünme arasında kurulmuş olan ilişkiyi temelsiz ve Anayasa Mahkemesinin 1989 ve 1991 tarihli söz konusu kararlarını etkisiz bırakmaya yönelik olduğunu; başta lâiklik ilkesi olmak üzere, Anayasamızın 2'nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel nitelikleri ile bağdaşmayacağını; böyle bir serbestiyi tanımak için Anayasanın 10'uncu ve 42'nci maddelerinde yapılan değişikliklerin, Cumhuriyetimizin Anayasamızın 2'nci maddesinde belirtilen temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştirmek anlamını taşıyacağını ve bu nedenle Anayasamızın 4'üncü maddesinde ifade edilen değiştirilemezlik ilkesine aykırı düşeceğini söylemek gerekir.

Bu saptamayı yaptıktan sonra, 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinin Anayasaya aykırılık gerekçeleri şu şekilde ayrıntılı bir biçimde ortaya konulabilir.

1- <u>09.02.2008 Tarih ve 5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2'nci Maddelerinin Anayasanın 2'nci Maddesine Aykırılığı</u>

Anayasanın 2'nci maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devlettir" hükmü yer almaktadır.

Üniversitelerde ve her türlü öğrenim kurumunda kamu hizmetinden yararlananların, dinî amaçlı örtünmesine, dinî ve siyasî üniforma niteliğindeki kıyafetleri giyebilmesine, simgeleri taşıyabilmesine imkân tanıyacak bir düzenleme ise, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 1/12 sayı ve 1989 tarihli ve 36/8 sayı ve 1991 tarihli kararlarına göre Anayasanın 2'nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında gösterilen **"toplumun huzuru, milli dayanışma ….. içinde"**, **"insan haklarına saygılı"**, "**Atatürk Milliyetçiliğine bağlı**", **"başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan"**, **"demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti"** hususları ile bağdaşmamakta ve bunlara aykırı düşmektedir.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda incelendiğinde, 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinin de Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hususlara aykırı olduğu görülmektedir.

a) 1 ve 2'nci maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "toplumun huzuru, millî dayanışma içinde" niteliğine aykırılığı

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinin dolaylı bir biçimde getirdiği geniş kapsamlı kılık – kıyafet serbestîsinin dinî amaçlı örtünmeyi, dinî ve siyasî üniformaları ve simgeleri de içereceğine yukarıda değinilmiştir.

Böylesi sınırsız ve koşulsuz bir kıyafet serbestisinin ise, toplumsal huzuru ve ulusal dayanışmayı zedelemesi hatta giderek ortadan kaldırması kaçınılmazdır.

Çünkü dinî örtünme amaçlı kıyafetlerin giyilmesinin sınırsız, koşulsuz serbest bırakılması halinde, bu tür kıyafetlerin giyilmesi, kamu yönetiminde ve toplumsal yaşamda ayırımcılığı davet edebilecek; bu tür kıyafetleri giyenlerin giymemeyi tercih edenlere yönelik bir etkileme, baskı, dayatma ve tehdit unsuru haline gelebilecek; örtünen – örtünmeyen, inançlı – inançsız, Müslüman olan – olmayan şeklinde din eksenli ayrışmalar, kutuplaşmalar ve bunlara bağlı olarak kamu düzenini ve huzurunu tehdit edecek gerginlikler ve çatışmalar ortaya çıkabilecektir.

Türbanın veya benzeri türden din kökenli kıyafetlerin ülkemizde artık bütünüyle masum bir alışkanlık ve kıyafet tercihi olmaktan çıkarak (Leyla Şahin dosyasında, Türkiye Cumhuriyeti adına beyanda bulunan dönemin Dışişleri Bakanlığının 19 Kasım 2002 tarihli dilekçede ifade ettiği gibi) kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşıt bir dünya

görüşünün simgesi haline gelmiş bulunmasının, bu kutuplaşma ve çatışmaların daha da büyük boyutlara taşınmasına neden olacağı ortadadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları incelendiğinde "eşitlik ilkesi"nin vurgulandığı görülmektedir. Ancak, siyasi iktidarın çözüm olarak ortaya koyduğu Anayasa değişikliği, "eşitliğe" değil "eşitsizliğe" hizmet etmektedir. Bireysel anlamdaki eşitlik ilkesi, kolektif anlamdaki cemaatçiliğe indirgenmektedir. Bununla birlikte, Leyla Şahin davasında AİHM'nin çoğu Müslüman olan bir ülkede dinsel bir simge olan türbanın üniversitelerde bu simgeyi giymeyenler üzerindeki etkisini dikkate almak gerektiği şeklindeki yorumu, konun özgürlükler bağlamında topluma sunulmasının yanlışlığını ortaya koymaktadır.

Dinî inanç ayrılıkları bağlamında ortaya çıkan kutuplaşmaların ve ona bağlı çatışmaların boyutlarının ülkemizde nerelere kadar uzanabileceği hakkında fikir verecek, yaşanmış pek çok olay vardır.

Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli kararında da, kişilerin hangi inançtan olduklarını giysileriyle belli etmelerinin, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önleyeceği; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açacağı belirtilmiştir.

5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinin TBMM'deki görüşmeleri sırasında izlenen toplumsal tepkiler ve kutuplaşmalar ise, bu tehlikenin daha söz konusu maddeler yürürlüğe girmeden kendisini göstermeye başladığını ortaya koymaktadır.

5735 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yaşananlar ise, bu tehlikenin boyutlarının giderek büyüme eğiliminde olduğunu kanıtlamaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerindeki düzenlemelerin, aynen Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararıyla iptal edilen 2547 sayılı Kanuna eklenmiş bulunan Ek madde 16 gibi Cumhuriyetimizin, Anayasamızın 2'nci maddesinde belirtilen "toplumun huzuru ……. milli dayanışma anlayışı içinde" niteliği ile bağdaşmayacağını ve Anayasanın 4'üncü maddesine aykırı olarak, dolaylı bir biçimde Anayasanın 2'nci maddesini değiştirmeye yönelik hükümler niteliğini taşıdıklarını söylemek gerekmektedir.

b) <u>1 ve 2'nci maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "insan haklarına saygılı" niteliğine aykırılığı</u>

Din ve vicdan özgürlüğü, Anayasamızın, 24'üncü maddesinde güvence altına almış olduğu bir insan hakkıdır.

Din ve vicdan özgürlüğü kişilere diledikleri inancı benimsemek, bu inancın gereklerini yerine getirmek, dinî inancını açıklamaya veya belli bir dini benimsemeye zorlanamamak imkânlarını tanımaktadır. Ancak bu özgürlük aynı zamanda kişilere, kendilerinden farklı inançlara sahip olanlara saygı göstermek, başkalarının üzerinde baskı kurarak veya zorla kendi inançlarına veya başka inançlara yönlendirmemek, kimseyi inancından dolayı kınamamak gibi yükümlülükler de getirmektedir.

Dinî inanca dayalı örtünme, benimsenen dini gösteren kıyafetler giyebilme özgürlüğü ise, benimsenen dinî inancı gösteren giysiler aracılığı ile toplumda ayrışmalara neden olabilir ve toplum kesimlerinin ve bireylerin giysilerinden kendileri ile aynı inancı paylaşmadıklarını anladıkları kimseler üzerinde baskı kurmalarına; birbirlerinin din ve inanç özgürlüğünü zedeleyici, engelleyici davranışlarda bulunmalarına hatta kendi inançlarından olmayanları dışlamalarına yol açabilir.

Bu gibi durumların da din ve vicdan özgürlüğünü özünden zedeleyeceği ortadadır. Bu nedenle, bu gibi durumlara yol açabilecek olan 1 ve 2'nci maddelerdeki düzenlemelerin, (aynen Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararıyla iptal edilen 2547 sayılı Kanunun Ek 16'ncı maddesi gibi) Anayasanın 2'nci maddesinde Cumhuriyetin niteliği olarak gösterilen "insan haklarına saygılı" hususu ile bağdaşmadığını; dolaylı bir biçimde de olsa, Anayasanın ikinci maddesinde Cumhuriyetin "insan haklarına saygılı" olarak belirtilen temel niteliğini değiştireceğini söylemek gerekir.

Böyle bir değişiklik ise, Anayasanın 4'üncü maddesinde ifadesini bulan değiştirilemezlik ilkesine aykırı düşer.

c) <u>1 ve 2'nci maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "Atatürk Milliyetçiliğine bağlı" niteliğine aykırılığı</u>

Atatürk milliyetçiliği, Anayasa Mahkemesince; "gelişme ve ilerleme yolunda, uluslararası işlem ve ilişkilerde çağdaş uluslara uygun ve onlarla uyum içinde yürümekle birlikte, Türk toplumunun özel yeteneklerini ve bağımsız kimliğini koruması olarak tanımlanan Türk milliyetçiliğinin Türk olma mutluluğunu duyan herkesi kapsayan biçiminin adı" olarak

tanımlanmıştır. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, k.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararı)

Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Atatürk'ün 5.11.1925 günlü söylevinde belirttiği gibi, din ve mezhep bağının yerini Türk ulusçuluğu bağı almıştır. Bu tanıma göre, ulusu oluşturan öğeler arasında dil birliği, ulusal duyguyla yan yana insanlık duygusu, siyasal varlıkla birlik, yurt birliği, köken birliği, tarihsel ve ahlâksal yakınlıklar sayılır. Geçmiş ortaklığı, gelecek ve amaç birliği de öğeler arasına alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkına Türk Ulusu diyerek başka ayrımlara yer vermeyen Atatürk milliyetçiliğinde dinsel öğe esas alınmamıştır…. Laiklik, devlet ve toplumun karşılıklı laik tutumunu da içerir. Bu da birleştiricilikle sonuçlanır. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E.1989/1, k.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararı)

Anayasa Mahkemesi bu görüşten hareketle, dinsel inanç gereği örtünmeye imkân tanıyan düzenlemeyi iptal etmiştir.

Bu karar, söz konusu 1 ve 2'nci maddelerde getirilen dini amaçlı kıyafet serbestîsinin de "Atatürk milliyetçiliği" ile bağdaşmayacağını ortaya koymaktadır. Çünkü böyle bir serbesti toplumda, kıyafetler aracılığı ile din eksenli kutuplaşmalara yol açabilecek ve Atatürk milliyetçiliğinin devlet ve toplumun karşılıklı lâik tutumundan beklediği birleştiriciliğin, yerini ayrışmacılığa bırakmasına neden olabilecektir.

Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "Atatürk milliyetçiliğine bağlı" niteliğine aykırı bir düzenlemenin ise, Anayasanın 4'üncü maddesinde belirtilen yasağa aykırı bir biçimde, Anayasanın 2'nci maddesinde ifade edilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştirmek anlamını taşıyacağından kuşku yoktur.

d) <u>1 ve 2'nci maddelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" niteliğine aykırılığı</u>

Anayasanın Başlangıcında belirtilen, konumuzla ilgili başlıca ilkeler:

- Hiçbir faaliyetin Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliği karşısında korunma göremeyeceği (bkz. prg.5);

- Atatürk devrimlerine ve ilkelerine bağlılık, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi (bkz.prg. 1 ve 2);

- Lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı (bkz.prg.5);

- Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu (bkz.prg.6);

- Topluca Türk vatandaşlarının …… birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu (bkz.prg. 7);

- Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün Anayasa ve kanunlarda bulunduğudur. (bkz.prg.4).

Anayasanın tüm maddelerinin, Başlangıçta ifade edilen ilke ve esaslar doğrultusunda yorumlanıp değerlendirilmesi gerekmektedir.

Lâiklik, Atatürk ilke ve inkılâplarının en önemlisidir. Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1, K. 1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli kararında **"laiklik** ilkesi hakkında özetle şu temel değerlendirmeler yapılmıştır: "Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. Çağdaş bilim, skolastik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Lâiklik, dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, gerçekte toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset – vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu, dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur. Dünya işlevinin hukuksal, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi, batı demokrasilerinin dayandığı temellerden birisidir.

Lâik anlayış, devletin, göreviyle ilgili düzenlemelerinin salt günlük yaşamla ilgili olmasını gerektirdiği gibi içeriklerinin de mutlaka dinsel doğrultuda olmasını gerektirmemektedir. Dine uygunluğunun aranması zorunluluğu yoktur. Düzenlemenin kaynağı din değildir. Din ve dünya işlerinin ayrılmasıyla vicdan, din ve ibadet özgürlükleri daha belirginleşmekte ve özgür biçimde korunmuş olmaktadır.

Türkiye'de lâiklik ilkesinin uygulanması, rejimleri değişik kimi batılı ülkelerdeki lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların lâiklik anlayışına yansıyarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması tanımına karşın, İslam ve Hıristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıkları gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dini ve din anlayışı tümüyle farklı bir ülkede lâiklik uygulamasının, batıyla geniş ilişkiler içinde bulunulsa da batı ülkelerindeki gibi olması, lâikliğin aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan karşılanması gereken sonucudur. Kaldı ki; aynı dini benimseyen batı ülkelerinde bile devletlerin lâiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Lâiklik kavramı, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, kimi dönemlerde, kimi kesimlerce da kendi anlayış ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefî ve ideolojik bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilerek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan lâiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmekte, kendisi de onları etkilemektedir. Türkiye için lâiklik anlayışı tarihsel gelişimi nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapısıyla, batıda ayrı biçimde ele alınsa da, özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşatılmaktadır."

Anayasa Mahkemesinin 21.10.1971 günlü 53/76 sayılı; 3.7.1980 günlü, 19/48 sayılı; 25.10.1983 günlü, 2/2 sayılı ve 4.11.1986 günlü 11/26 sayılı kararlarında da lâikliğin hukuksal, sosyal, siyasal tanımları yanında ulusal ve hukuksal değeri de geniş bir biçimde belirtilmiş, özenle korunması gereken anayasal ilke niteliği vurgulanmış, Türk Ulusunun yücelmesi bakımından Anayasada öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasada benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur.

Bu kararların kimisi 1982 tarihli Anayasanın yürürlüğe girmesinden önce verilmiş oldukları halde, 1982 Anayasasının 153'üncü maddesi 1982 Anayasasına 174'üncü madde olarak olduğu gibi alındığı ve lâiklik ilkesi 1982 Anayasasında da gerekçeleri gösterilerek 1961 Anayasasındaki anlayışla değerlendirildiği için, bugün de geçerliliklerini korumaktadır. Bu kararlara göre;

- Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması esasını benimseme,

- Dinin, bireyin manevî yaşamına ilişkin olan dinî inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetmeksizin, dini Anayasa güvencesi altına alma,

- Dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,

- Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, devlete dinsel hak ve özgürlükler üzerinde denetim yetkisi tanıma, lâiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, devlet, demokrasi, hukuk, din ve vicdan özgürlüğü, eğitim ve öğretim hakkı ile lâiklik arasındaki ilişkileri de şöyle tanımlamaktadır. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararı):

"Modern devlette din, kimi haklara sahip olmanın şartı değildir. Günümüzde devlet, vicdan hürriyetine olabildiğince saygılı, bünyesinde çeşitli din ve mezheplere inananlara ve bunlara ait teşekküllere yer veren bir kurumdur. Lâik devlette herkes dinini seçmekte ve inançlarını açığa vurabilmekte, tanınmış olan din ve vicdan özgürlüğünün sınırları içerisinde serbesttir. Hiçbir dine itikadı olmayanlar için de durum aynıdır. Lâik bir toplumda herkes istediği dine ya da inanca sahip olabilir. Bu husus yasa koyucunun her türlü etki ve müdahalesinin dışındadır. Gerçek vicdan hürriyetinden ancak lâik olan ülkelerde söz edilebilir. Dinlerden birini devlet olarak tercih fikri, ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Lâik devlet, din konusunda, inancına bakmaksızın, yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir.

Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devriminin kaynağı olan lâiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar. Böylece Devlet, bilimsel gereklere uygun biçimde kurumlaşmış, hukukla düzenlenmiş; karşılıklı saygı, hoşgörü ve anlayışa katkıda bulunan

lâiklik, ulusal birliği sağlamıştır. Düşünce ve inanç özgürlüğü, kişileri ve toplum kesimlerini birbirine güvenle bağlayan uluslaşmayı sağlayan, ulusal dayanışmayı da güçlendiren özgür düşünce, özgür inanç, çağdaş uygarlığa yöneliş ulusal yaşamda önemli bir aşamadır. Lâikliğin, insana, dine saygısı, dini kendi yerinde tutan anlayışı, akla, bilime, sanata, çağdaş yönetim biçimine ve tüm uygar gereklere kapıyı açmıştır. Atatürk'ün din hakkındaki sözleri anımsanacak olursa, lâiklik uygulamasının dine karşı olmadığı, dini kötülemediği, din düşmanlığı anlamına gelmediği ve dini asla yadsımadığı açıktır. Cumhuriyet ve demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır. Genelde bir tür düşün ve anlayış biçimi, dünya görüşü sayılan bu ilke, "ümmet"ten, "ulus"a geçmenin itici gücü olmuştur.

Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik din ve mezheplere inananlar, bu ayrımlara karşın birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. Böylece bölünmeler durmuş, iç barış sağlanmış, yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk Ulusunun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa'dan çıkarılması da olanaksızdır. Lâiklik, dinsellikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez.

Hukukun ikiliğini, ayrıcalık ve eşitsizlikleri kaldıran,- dinsel sömürüyü önleyen, siyasal ve sosyal kurumları güçlendiren lâiklik, öğretim ve eğitime de ışık tutmuştur. Lâik öğretim ve eğitim bilimsel çalışmaların en olumlu ortamıdır. Dine karşı yansızlık nasıl dine karşıtlık olarak alınamazsa, lâik öğretim-eğitim de inanç özgürlüğü engeli sayılamaz. Öğretim ve eğitimin zorunluluk koşulları, inanç özgürlüğünü ortadan kaldırmaz. Bu özgürlük de

anayasal güvenceye bağlanmıştır. Ancak, din ve ahlâk eğitim ve öğretimi, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin yol açtığı zararlar lâiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu lâiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçişin de aracı olan lâiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Lâik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılamaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır. Bireyin özgür iradesine bağlı din duygularının zorlamadan korunması da bu biçiminde sağlanmış olmaktadır. Eğitsel ve kültürel yaşantıyı yönlendirmek amacıyla lâikliğe aykırı eğitim ve öğretim de gerçekleştirilemez."

"…… Laikliğin, Türk Devriminin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. (Dinsel inanç gereği) sözcükleri kullanılmasa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasadaki lâiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur."

"Lâik hukuk düzeni, lâik eğitim ve öğretim ve lâik yönetim birbirinden ayrı düşünülemez. Anayasanın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinin 3. fıkrasında "Eğitim ve öğretim Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz" denildikten sonra 4. fıkrasında "Eğitim ve öğretim hürriyeti Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz" kuralıyla Başlangıçtaki ilkelere bağlılık pekiştirilmiştir. Yükseköğretim kurumları bu yükümlülükler dışında tutulmamışlardır."

"…… Eğitim ve öğretimde, dinsel inanca devlet gücünün özel bir katkı vermesi düşünülemez. Lâiklik bir bütündür. Özellikle eğitim ve öğretim alanında lâikliğe bağlılık ve saygı, ulusun geleceği açısından da üzerinde önemle durulacak bir konudur. Siyasal alanda dinsel çabalar, dinsel geleneklere uygunluğu aranan düzenlemeler, eylem ve işlemler ne kadar geçersizce, öğretim ve eğitim alanında da din buyruklarıyla ilişki

kurulamaz. Demokrasinin güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir."

" …… Egemenliğin ulusta oluşuna dayanan hukuk düzeniyle tanrısal buyruklara dayalı ilâhi istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp hukukla sürdüren devlettir. Egemenlik insana dayalıdır. Özünde insan değeri bulunan egemenliğin hukuksal biçimlenmeyle devlet gücüne dönüşmesi, hukuk devletinin uygar yapısını açıklamaktadır. Bu yapıyı etkileyecek olumsuzluklar, hukuk devleti ilkesini tartışma konusu yapar. Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz.

Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır; ulusal bir devlette bu tür bir düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi ayrı dinler için de ayrılık aracı olur. ….. siyasal düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasadır. …… Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir. …… Yasalar dinsel temele oturtulamaz.

…. Demokrasi, insan hakları, hukuk konularında da Anayasa düzeyi ve sınırları geçerlidir. Dilek ve öneri türünde ya da özlem niteliğinde görüşlerle, Anayasanın öngördüğü sınırlamaları, lâikliğin korunması için getirilen kuralları hiçe saymak olanaksızdır. Dava konusu somut olayı soyutlaştırarak sınırsız bir demokrasi anlayışıyla açıklayan görüşler Anayasa ile çatışır. Herkesin her istediğini yapması en eski ve en yeni demokrasilerde bile söz konusu değildir. Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması da düşünülemez. Özelde korunması gerekli görülen lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz."

" ……. Ulusal egemenlik kavramı demokratik yapının temelidir. Demokratik düzen ise, dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin karşıtıdır. Dinsel gereklere yönetimde ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik bir devlet, ancak lâik devlettir. Dinsel gerekli düzenlemeler dinsel çabaları, zorlamaları, bunlar da dinsel ayrılıkları getirir. Sonuçta demokrasinin özgürlükçü, çoğulcu, hoşgörü niteliği kalmaz."

" …… Devletin temsil ettiği ve egemenlik gereği olarak kullandığı siyasal gücün düzenleyicisi hukuktur. Gerçekten hukuksal bir kurum olan

devletin tüm işlem ve eylemlerinin hukuka uygunluğu başlıca geçerlik koşuludur. Devlet yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır. Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz. Din kurallarının kaynağı Tanrıdır. "İlahî istenç (irade)", tanrı buyrukları, din kurallarının başlıca dayanağıdır. Hukukun kaynağı ise, hukuku yaratan istenç olarak kendi ulusunun istencidir. Din, ulustan kaynaklanan bir değer olmadığından temelini ulusal istencin oluşturduğu bir düzende hukuk kaynağı sayılması olanaksızdır. Egemenliğin ulusta oluşuna dayanan hukuk düzeniyle tanrısal buyruklara dayalı ilahî istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp hukukla sürdüren devlettir. Egemenlik insana dayalıdır. Özünde insan değeri bulunan egemenliğin hukuksal biçimlenmeyle devlet gücüne dönüşmesi, hukuk devletinin uygar yapısını açıklamaktadır. Bu yapıyı etkileyecek olumsuzluklar, hukuk devleti ilkesini tartışma konusu yapar. Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz. Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır; ulusal bir devlette bu tür bir düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi, ayrı dinler için de ayrılık aracı olur. Siyasal düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasadır. Başka kaynak ve dayanak aranamaz. Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir. ….. Yasalar dinsel temele oturtulamaz."

Anayasa Mahkemesi, belirlediği bu ilkeler çerçevesinde, yükseköğretim kurumlarında dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasını serbest bırakan 3511 sayılı Kanunun 2'nci maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununa eklenen Ek Madde 16'yı incelemiş ve şu sonuçlara varmıştır:

- İncelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur.

- "…… Lâiklik bir bütündür… Demokrasinin güvencesini ve Cumhuriyetin özgün niteliğini oluşturan bu ilkenin büyük bir duyarlık ve özenle korunması Anayasa gereğidir. Dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınması zorunluluğu nedeniyle

yükseköğretim kurumlarında dinsel gereğe bağlanan başörtüleri lâik bilim ortamıyla bağdaştırılamaz.

- "…… Lâiklik ilkesine uygun çalışmalar yapmakla yükümlü üniversitelerde bu çalışmalara katılacaklar, hangi statüde olurlarsa olsunlar, dinsel gereklere göre biçimlendirilmemelidir."

- "…….. dersliklerde, laboratuarlarda, klinik, poliklinik ve koridorlarda bilimsel yöntemlerle yetiştirilerek gerçeği bulmak için birlikte çalışmalar yapanların kardeşlikleri, arkadaşlıkları, dayanışmaları, yarınları için bile gerekli iken, onları dinsel gereklerle ayırmak, kimin hangi inançtan olduğunu gösteren bir işaretle belli etmek, onların yakınlaşmalarını, birlikte çalışıp karşılıklı yardımlaşmalarını ve işbirliğini önler; ayrılıklara, dinsel inanç ve görüşler nedeniyle çatışmalara yol açar…"

- "……. Lâiklik, herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat özgürlüğüne saygılı olmasını gerektirir. İnançların ayrı olmasının doğallığı, demokrasilerde düşünce ve inanç özgürlüğü ile doğrulanır; bu iki tür özgürlük birbirini tamamlar, güçlendirir ve birbirinin güvencesidir. Dinsel inancı ne olursa olsun insanların birlikteliklerini sürdürmeleri uygarlık gereğidir. Vicdan özgürlüğünü kimi simgelerle kullanılamaz, yararlanılamaz duruma düşürmek Anayasal ilkelere aykırılık oluşturur. Din seçimine, ibadete kimse karışamazken, dinsel simgelerle yaratılacak ayrılıklarla toplumun bu haklardan yoksun kalması tehlikesi doğabilir. Her hakkın kaynağı insan olduğuna göre, eski çağlarda doğaya, yönetenlere, kendi yaptıklarına tapan, bunlardan korkan insanlar, düşünerek kabul ettiği, özgürce seçtiği dinlere inanarak belli bir aşamaya gelmişken bu düzeyi yıkacak eylemleri vicdan ve dinsel inanç özgürlüğü ile bağdaştırmak olanaksızdır. Yükseköğretim kurumlarında giysilerin, başörtü ve türbanın dinsel inanca dayandırılması çağın gereklerine aykırıdır. ……. Belli biçimde giyinmek özgürlüğü, dinsel inancı aynı, ayrı olanlar ve olmayanlar arasında farklılık yaratmaktadır. Vicdan özgürlüğü, istediğine inanma hakkıdır. Laiklikle vicdan özgürlüğü karıştırılarak dinsel giyinme özgürlüğü savunulamaz. Giyim konusu Türk Devrimi ve Atatürk ilkeleri ile sınırlı olduğu gibi vicdan özgürlüğü konusu da değildir. Zorlamayı uygun bulmayan din alanında, hukuk kuralları gibi nesnel yaptırımlar niteliğinde kural getirilmesi dinsel inanç özgürlüğüne ters düşmektedir."

- "….. 3.12.1934 günlü 2596 sayılı "Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun"un gerekçesinde "Din ile Devletin ayrılığını ve dini akidelerin Devlet hayatı haricinde sırf vicdani bir mahiyette kalıp memleketin hayatında dinin hiçbir tesiri olmamasını yani laiklik esasını inkılabın ve

rejimin ana umdesi tanımış olan Cumhuriyet Hükümeti…" denildikten sonra, Yasanın amacı belirtilirken "Teşkilat-ı Esasiye Kanunumuzla müeyyet ve ekalliyetler için de ayrıca hususi hükümleriyle tanınmış olan ve esasen Türk inkılâbının ana umdelerinden bulunan vicdan serbestisi hakkını tahdit yollu bir müdahale mevzubahis olmayıp bu hüküm ile takip edilen gaye bilakis vicdan hürriyetini takviyeye matuftur, çünkü ehemmiyetsiz kıyafet müsavatsızlıkları dolayısıyla memleket amme nizamını muhil olabilecek ihtimallerde halkın huzur ve sükûnunu korumaktan ve Türkiye'de yan yana yaşayan insanların birbirlerine karşı medenî ve insanî saygılarla yaşayabilmelerini ve her türlü soğukluk ve geçimsizlik bahanelerinin bertaraf edilmesini teminden ibarettir. Binaenaleyh bu kanunun hedefi, Cumhuriyetin sınırları içinde yaşayan insanların hangi din ve mezhebe mensup olurlarsa olsunlar serbesti vicdan hususunda tam bir müsavata mazhariyetlerini ekseriyetten olsun, ekalliyetten olsun, yabancı bulunsun, yerli olsun, Türkiye'de vicdanî hürriyetin lüzumsuz bir kasru tahdidi asla düşünülmeksizin Türkiye'de herkesin dinî hürriyetin tazimi hususunda müsavat üzerine nizamı ammenin icaplarına tabî tutulmasını temin etmektedir." görüşlerine yer verilmiş; daha sonra sözü edilen eşitliği ve laiklik ilkesini zedelemeden düzenleme yapıldığı belirtilerek amacın, ulusal birliği'incitici, ulusal duyguyu kışkırtıp kızdıracak durumlara engel olmak olduğu açıklanmıştır. Bu yasa yürürlükteyken, dinsel inanç gereği örtüyü getiren dava konusu madde, açık biçimde, lâiklik ilkesini güçlendirip koruyan kurallarla çatışmaktadır. Her tür baskıyı reddeden demokrasiyle, yükseköğrenim kurumlarında ayrılıklar yaratarak zamanla toplumun öbür kesimlerine sıçrayıp kutuplaşmalara neden olacak, başka eğitim, öğretim yerleri ve kamu kurumları için kötü örnek sayılacak dinsel baskılı uygulamaları bağdaştırmak olanaksızdır. Devlet laik olunca, ulus çoğunluğunun belli bir dine bağlı olması da düzenlemelerin dinsel gereğe dayanmasını haklı kılamaz. İçtenlik, sadelik isteyen, temizlik, sevgi ve saygı kaynağı olması gereken dinin gösteri niteliğinde bir belirtiye gereksinimi olduğu da düşünülemez. Dinler, doğaları gereği lâik değillerdir. Ancak lâikliğe karşı olmaları da zorunlu değildir. Başka dinlere, dinsel inancı olmayanlara hoşgörü olanaklıdır. ……. Çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma, Türk Devriminin amaçladığı ulusal aşamadır. Anayasa'nın 174. Maddesi kapsamındaki 29.11.1934 günlü, 2950 sayılı Yasa'nın gerekçesinde, Türk Devrimi'nin en belirgin niteliğinin demokratlık olduğu, Türk Devrimi ve Cumhuriyetinin yasalar önünde herkesi eşit kıldığı anlatılmaktadır. Özellikle Tevhid-i Tedrisat Kanunu, aklın ve bilimin öncülük ettiği tek tür eğitim düzeni içinde duygu ve görüş birliğini, dayanışmayı amaçlayarak

lâik eğitim ve öğretime dayanak olmuştur. Önyargılardan arınmış, araştırıcı, akla ve bilime bağlı, bağnazlığa karşı, ulusal değerlere saygılı, özgür düşünceli, özgür vicdanlı, çağdaş görüşlü insan yetiştirme ereği Anayasa'nın 42. ve 130. maddeleriyle de doğrulanmaktadır.

……. başörtüsü ve onunla birlikte kullanılan belli biçimdeki giysi, bir ayrıcalıktan ötede bir ayrım atacı niteliğindedir. Şimdiye kadar başörtüsü kullanmadan yükseköğretim kurumlarını bitirmiş bayanlarla şimdi yükseköğretim kurumlarında bulunan bayanları dine karşı ya da dinsiz göstermek için kullanılma olasılığı da kaçınılmazdır. Çağdışı bir görünüm veren bu durumun giderek yaygınlaşması Cumhuriyet, devrim ve lâiklik ilkesi yönünden sakıncalara da açıktır. Demokrasiden yararlanarak lâikliğe karşı çıkışlar, din özgürlüğünün kötüye kullanılmasıdır. Dinin birleştiriciliğine, hoşgörüsüne inandırarak benimsetme özenine aykırı yanlış yorum ve değerlendirmelere dayalı bölücülükler, dinden soğutmaya neden olacak tutumlar din saygısıyla da bağdaşmaz. Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır."

Anayasa Mahkemesi bu belirtilen saptamaları yaptıktan sonra 10.12.1988 tarih ve 3511 sayılı kanunla, 2547 sayılı Üniversiteler kanununa "Ek Madde 16" olarak eklenen; "Yükseköğretim kurumlarında, dershane, laboratuar, klinik, poliklinik ve koridorlarda çağdaş görünümde bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir." hükmünü Anayasanın Başlangıcına, 2'nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine, 10, 24 ve 174'üncü maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Daha sonra E.1990/36, K.1991/8 sayı ve 09.04.1991 tarihli kararında da dini amaçlı örtünme ve kıyafetlerin Anayasanın 2'nci maddesine aykırı olduğu hususunu teyit etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin belirtilen kararlarında da ifade edilen bu hususlar çerçevesinde, 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinde yapılan düzenlemeler incelendiğinde, "dinî gereğe dayalı" sözcükleri kullanılmasa ve dolaylı bir biçimde tanınmış olsa da, dinî amaçlı ve dinî gereğe dayalı örtünmeyi ve giysileri de kapsayacak biçimde getirilmiş olan kıyafet serbestisinin Anayasanın Başlangıcında yer alan lâiklik ilkesine aykırı düşeceği görülmektedir. Çünkü:

- Bu düzenlemeler, bir takım din buyruklarının, geçerliği tartışmalı da olsa, gereğini karşılamak amacıyla yani dinî esaslara dayanılarak yapılmıştır. Halbuki Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve

7.03.1989 tarihli kararında da belirtildiği gibi, lâik bir devlette kamu hukuku alanındaki bir düzenleme dinsel gerek ve temellere dayandırılamaz; din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı tutulacağı ilkesi gözardı edilemez. Yasa metninde **"dinî inanç gereği**" ibaresinin yer almamış olması, durumda herhangi bir değişiklik yapmamaktadır.

- Dinî amaçlı örtünmeye imkân tanıyan bir düzenleme, benimsenen dinî inançların, kıyafetler simge olarak kullanılmak suretiyle açığa vurulmasına yol açar. Bu da inanan- inanmayan, örtünen – örtünmeyen, Müslüman olan – olmayan gibi ayrışmalara; farklı dinden olanların hatta aynı dine farklı ölçülerde bağlı bulunanların, birbirleri üzerinde etki ve baskı kurmalarına ve çatışmalara neden olabilir. Kişiler, toplumsal baskı altında, dinin gereği olduğu iddia edilen bazı giysileri giymeye kendilerini mecbur hissedebilir veya bu giysileri giymedikleri için giyenler tarafından kınanabilir. Bu da din ve vicdan özgürlüğünün zedelenmesi sonucunu doğurur. Lâik bir devlette ise, din ve vicdan özgürlüğünün tüm unsurlarıyla güvence altında olması gerekir. Bu güvenceyi sağlayamayan bir düzenleme, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarında da ifade edildiği gibi, lâiklik ilkesiyle bağdaşamaz.

- Bu düzenlemeler eğitim hizmeti alanların ve yükseköğrenim hakkını kullananların, yükseköğretim kurumlarına, ilk ve ortaöğretim kurumlarına dinî amaçlı giysiler, dinî simgelerle girmesine imkân verecektir. Halbuki dersliklerde ve ilgili yerlerde dinsel inançları simgeleyen belirtilerden uzak kalınmasının, lâiklik ilkesinin eğitim alanına yansımış bir gereği olduğu Anayasa Mahkemesinin E. 1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1983 tarihli kararında ifade edilmiştir.

5735 Sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinde yapılan düzenlemelerin, lâiklik ilkesini zedelemekle, Başlangıçta yer alan **"Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık"** ilkesine de aykırı düştüğünü ifade etmek gerekmektedir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, Atatürk ilke ve devrimlerinin en önemlisi lâikliktir.

Söz konusu düzenlemeler, lâiklik ilkesinin yanısıra, Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 07.03.1989 tarihli kararından da anlaşılacağı gibi, en önemli devrimlerden olan kıyafet devriminin ve özellikle 3.12.1934 tarih ve 2596 sayılı Kanunun amacı ile de bağdaşmamaktadır.

Çünkü bu amaç, önemsiz kıyafet farklılıklarının, kamu düzenini bozmasını önlemek, halkın huzur ve sükûnunu korumaktır.

1 ve 2'nci maddelerde yapılan düzenlemeler ise herhangi bir sınırlama ve koşul getirmeksizin her türlü kıyafete serbestî tanımakla, yukarıda da açıklandığı gibi, kamu düzenini, toplum huzur ve sükûnunu tehlikeye atmaktadır.

2596 sayılı Kanunun ve kıyafet devriminin amaçları ile bağdaşmayan böyle bir durumun da **"Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık"** ve **"çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi"** hususlarına aykırı düşeceği açıktır.

5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinde yer alan düzenlemelerin, Anayasanın Başlangıç kısmında yer alan "**lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı**" ilkesine de aykırı düştüğü görülmektedir.

Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, lâikliğin en önemli unsurlarından birisi, din duygularının Devlet işlerine karıştırılmaması ve dolayısı ile yasaların din esasına dayandırılmamasıdır. Halbuki 1 ve 2'nci maddelerin, İslam dininin örtünme konusunda öne sürdüğü düşünülen buyruğunun gereğini yasa yoluyla karşılamak için düzenlendiği herkesin bildiği bir gerçektir. Öyle ki, söz konusu Kanun, "Türban Kanunu" olarak adlandırılmaktadır. Bu da, bu Kanunla dinin devlet işine karıştırıldığını açıkça göstermektedir.

5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerindeki düzenlemeler, Anayasanın Başlangıç kısmında yer alan; **"Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetisine doğuştan sahip olduğu"** anlayışına da uymamaktadır. Çünkü dinî amaçlı örtünme ve giysi serbestîsini de içerecek bir kıyafet serbestîsi, benimsenen dinî inançların, kıyafetler simge olarak kullanılmak suretiyle açığa vurulmasına yol açar. Bu da toplumda din eksenli bölünmelere, inanan inanmayan, örtünen – örtünmeyen gibi ayrışmalara ve farklı dinden olanların hatta aynı dine farklı ölçülerde bağlı bulunanların, birbirleri üzerinde etki ve baskı kurmalarına ve çatışmalarına neden olabilir. Böyle bir ortamın da kişinin din ve vicdan özgürlüğünden gereğince yararlanmasına, maddî ve manevi varlığını geliştirmesine elverişli olduğu söylenemez.

5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddeleriyle yapılan düzenlemeler, Anayasanın Başlangıç kısmında belirtilen "**kuvvetler ayrılığı**" ilkesine de aykırıdır. Bunun nedeni, bu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesinin

E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli kararıyla E. 1990/36, K.1991/8 sayı ve 9.4.1991 tarihli kararlarını etkisiz kılmaya, bu kararlarda dinî amaçlı örtünme ile Anayasanın lâiklik ilkesi arasında kurulmuş olan ilintinin hukukî temelini ortadan kaldırmaya, Anayasaya aykırılığı bu kararlarla belirlenmiş bir hususun Anayasaya uygunluğunu sağlayabilmek için Anayasayı değiştirmeye yönelmiş olmalarıdır. Bu yapılanın, yasamanın yargıya müdahalesi olduğu açıktır. Bu şekilde yasama, yargı üstünde üstünlük sağlamaktadır.

Halbuki Anayasanın Başlangıç kısmının 4'üncü paragrafında, kuvvetler ayrımının Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün Anayasa ve kanunlarda bulunduğu ifade edilmiştir. Anayasanın 7, 8 ve 9'uncu maddelerinde de yasama, yürütme ve yargı erklerini kullanacak organlar açıklanmıştır.

Diğer yandan Anayasanın 138'inci maddesinde yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organların ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 153'üncü maddesinde de Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı ifade edilmiştir. Burada, kararların gerekçelerinin de bağlayıcılık kapsamında olduğu söylenmelidir.

Anayasanın 153'üncü maddesi, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir iptal kararı üzerine aynı konunun yeniden düzenlenmesi durumunda yasama organını sınırlayıcı niteliktedir ve iptal kararı gerekçesi ile birlikte yeni yasal düzenlemelerin temelini oluşturur. Bu yüzden Anayasa Mahkemesi kararlarının yasakoyucu için zaman sınırı tanımayan bir etkisi vardır. Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine yasakoyucu aynı konuda yeni bir düzenleme yapmak istediğinde, yapılacak düzenlemenin iptal kararına ve iptal gerekçesine uygun olması zorunludur. Tersi durumda Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olma niteliği dolayısıyla Anayasa kurallarının bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi sözde kalır.

Söz konusu 1 ve 2'nci maddelerde yapılan düzenlemelerle ise Anayasaya aykırı bulduğu bir kıyafet serbestisini Anayasaya uygun hale getirmek amacıyla Anayasanın değiştirilmeye kalkışılması, etkisizleştirilmeye ve başkalaştırılmaya çalışılması, yasama erkinin

Anayasanın 138 ve 153'üncü maddelere aykırı biçimde ve Anayasanın belirlediği sınırlara uyulmaksızın "hukukun üstünlüğü" ilkesi gözardı edilerek, bütün devlet organlarının işlemlerinde başta Anayasa olmak üzere hukuk kurallarına bağlı olmasını gerekli kılan "hukuk devleti" ilkesine aykırı biçimde kullanıldığını ortaya koymaktadır.

Söz konusu 1 ve 2'nci maddelerde yapılan düzenlemeler, bu bakımdan da, Anayasanın 2'nci maddesine aykırı ve bu maddeyi değiştirici niteliktedir.

e- <u>1 ve 2'nci maddelerin, Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti" niteliğine aykırılığı</u>

İptali istenen 1 ve 2'nci maddelerin amacının, dolaylı biçimde de olsa kamu hizmetlerinden yararlanılmasında ve yükseköğrenim hakkının kullanılmasında dinî amaçlı örtünme veya giysileri serbest bırakmak olduğu, 09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı kanunun gerekçelerinden ve yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin E.1989/1, K.1989/12 sayı ve 7.3.1989 tarihli ve E.1990/36, K.1991/8 sayı ve 09.04.1991 tarihli kararlarına bakıldığında, böyle bir serbestinin Cumhuriyetin "demokratik, lâik, sosyal, hukuk devleti niteliği ile bağdaşmayacağını söylemek gerekir. Söz konusu karara göre: "Ulusal egemenlik, demokratik yapının temelidir… Demokratik düzen ise, dinsel gerekleri egemen kılmaya çalışan, şeriat düzeninin karşıtıdır. Dinsel gereklere yönetimle ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. Demokratik devlet, ancak lâik devlettir. Dinsel gerekli düzenlemeler dinsel çabaları, zorlamaları, bunlar da dinsel ayrılıkları getirir. Sonuçta demokrasinin özgürlükçü, çoğulcu, hoşgörücü niteliği kalmaz…"

"…… Devletin temsil ettiği ve egemenlik gereği olarak kullandığı siyasal gücün düzenleyicisi hukuktur. Gerçekte hukuksal bir kurum olan devletin tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu başlıca geçerlik koşuludur. Devlet Yönetiminde tüm düzenlemeler ancak hukuk kurallarına göre yapılır. Din kurallarına göre yapılan düzenlemeler hukuksal nitelik taşımaz. Din kurallarının kaynağı Tanrı'dır. İlahî istenç (irade), tanrı buyrukları, din kurallarının başlıca kaynağıdır. Hukukun kaynağı ise, hukuku yaratan istenç olarak kendi ulusunun istencidir. Din, ulustan kaynaklanan bir değer olmadığından, temelini ulusal istencin oluşturduğu bir düzende hukuk kaynağı sayılması olanaksızdır. Egemenliğin ulusta oluşuna dayanan hukuk düzeniyle tanrısal buyruklara dayalı ilahî istenç arasında ilişki kurulamaz. Hukuk düzeni, dinsel düzeni dışarıda bırakan, varlığını hukuktan alıp,

hukukla sürdüren devlettir. Egemenlik imana dayalıdır. Özünde insan değeri bulunan egemenliğin hukuksal biçimlenmeyle devlet gücüne dönüşmesi, hukuk devletinin uygar yapısını açıklamaktadır. Bu yapıyı etkileyecek olumsuzluklar, hukuk devleti ilkesini tartışma konusu yapar. Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz. Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır; ulusal bir devlette bu tür düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için de ayrılık sayılabileceği gibi ayrı dinler için de ayrılık aracı olur. Gelişmek ve ilerlemek için durağan din kurallarına değil insanlığa ayak uydurmak, akla ve bilime öncülcük tanımak gerekir. Siyasal düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasa'dır. Başka kaynak ve dayanak aranamaz. Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir… Yasalar dinsel temele oturtulamaz.

… Egemenliğin bağsız koşulsuz ulusta olması ilkesi, dinde olmadığının kanıtıdır. Cumhuriyet, ulusal egemenliğin hukuksal biçimi olduğundan dinsel olguların etkisi dışındadır. Teokratik devlet düzeni lâik olamaz ama dinlere hoşgörü ile bakabilir. Demokrasi, insan hakları, hukuk konularında da Anayasa düzeyi ve sınırları geçerlidir. Dilek ve öneri türünde ya da özlem niteliğinde görüşlerle, Anayasanın öngördüğü sınırlamaları, lâikliğin korunması için getirilen kuralları hiçe saymak olanaksızdır."

"… Kuşkusuz burada demokrasinin bir özgürlükler rejimi olduğu göz ardı edilmemelidir. Ancak, dinî amaçlı örtünme ve dinî kıyafet serbestîsi konusu nasıl lâikliğe aykırı bir anlayışla düzenlenemezse, sınırsız bir özgürlük anlayışı ile de açıklanamaz. Herkesin her istediğini yapması en eski ve en yeni demokrasilerde bile söz konusu değildir. Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılamayacağı gibi, özgürlük, bir başkasının özgürlüğünden yararlanmasına imkân bırakmayacak bir biçimde de kullanılamaz."

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında da ifade edildiği gibi, demokratik bir hukuk devletinin gerçekleştirilebilmesi için gereken unsurların en önde gelenlerinden birisi, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır. Bu yapılırken de, özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılmasına imkan tanınmaması ve özgürlüklerin, başkalarının özgürlüklerinden yararlanmalarını engelleyecek biçimde kullanılmasına izin verilmemesi, öncelikle gözetilmesi gereken hususlardır.

Halbuki 5735 sayılı Kanunun dinî gerekleri karşılamak amacıyla düzenlenen 1 ve 2'nci maddelerinde getirilen ve dinî amaçlı örtünmeyi de

kapsayan kıyafet özgürlüğü, dinî simge niteliğindeki kıyafetler aracılığı ile kişilerin, farklı dinî yaklaşımları olanları denetim ve baskı altına almalarına imkân hazırlayarak, çağdaş bir demokrasinin en temel özelliği olan çoğulculuğa ve hoşgörüye bir tehdit oluşturacak; kişilerin kıyafet özgürlüğünü başkalarının din ve vicdan özgürlüğünü zedeleyecek biçimde kullanmalarına yol açabilecektir. Bu da Cumhuriyetin "demokratik" olmak niteliği ile bağdaşmayacak bir durumdur.

Böyle bir durumun Cumhuriyetin "**lâik hukuk devleti olma**" niteliğine de aykırı düşeceği ortadadır.

Çünkü "**hukuk devleti**" adı verilen yönetimi biçiminin gerçekleştirilmesinde gerekli unsurların en başında da "**kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması**" gelmektedir. Din ve vicdan özgürlüğünü herkes için karşılıklı olarak yeterince güvence altına alamamış olan bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması da olanaksızdır.

Diğer yandan, 5735 sayılı kanunun 1 ve 2'nci maddelerinde yer alan düzenlemelerin dinsel gerekleri karşılamak amacıyla ve dinsel temellere dayalı olarak yapıldığı da görülmektedir. Halbuki lâik ve demokratik bir hukuk devletinde, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği gibi, egemenlik ulustan kökenlendiği için hukuk düzeninin halkın iradesi doğrultusunda şekillendirilmesi, dinsel gereklere göre ve din kuralları temel alınarak hukuk düzeni oluşturulmaması, özgürlüklerin laikliğe aykırı bir anlayışla düzenlenmemesi gerekmektedir. Din kuralları temel alınarak ve din gereklerini karşılamak üzere yasa yapılması, "laik, demokratik hukuk devleti" anlayışına aykırı bir durumdur ve yönetimde dine üstünlük tanımak anlamına gelmektedir. Söz konusu 1 ve 2'nci maddelerdeki düzenlemelerin bu açından da Cumhuriyetin "laik, demokratik, hukuk devleti olma" niteliğine aykırı düştüğü söylenmelidir.

Hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin gerçekleştirilmesinde temel unsurlardan birisi de kuvvetler ayrılığıdır. Söz konusu 1 ve 2'nci maddelerde yapılan düzenlemelerle, yukarıda açıklandığı gibi kıyafet serbestisi konusunda Anayasa Mahkemesinin verdiği kararları etkisiz kılmak ve Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı gördüğü bir hususu Anayasaya uygun hale getirebilmek için Anayasal dayanak hazırlamaya yönelinmiş olunması, yukarıda da açıklandığı gibi yasamanın yargı üzerinde üstünlük kazanması anlamına gelmekte ve Anayasanın Başlangıç kısmında tanımlanmış olan kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin yanısıra Anayasanın 2'nci maddesinde ifade edilmiş olan "hukuk devleti" ilkesine de aykırı düşmektedir.

Söz konusu düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi gözardı edilerek yapılmış olması da yukarıda açıklandığı gibi "hukuk devleti" ilkesine aykırılık oluşturan bir başka hususdur.

5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinde getirilen dinî amaçlı örtünmeyi de içerecek kıyafet serbestîsinin, Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "sosyal devlet" niteliği ile de bağdaşmadığı görülmektedir. Çünkü yukarıda belirtildiği gibi, dinî esaslı giysiler bağlamında ortaya çıkacak toplumsal ayrışma, kutuplaşma ve çatışmalar toplumsal huzuru bozacak ve sosyal devlet adı verilen yönetim biçiminin en önemli yapıcı unsuru olan sosyal birlik ve dayanışmayı ortadan kaldıracaktır.

Bununla birlikte göz ardı edilmemesi gereken bir nokta da, YÖK Kanununun Ek 17. madde için AKP ve MHP'nin birlikte verdiği ve Komisyonda bekleyen Yasa Teklifinin, belli bir inanç grubuna imtiyaz tanıma sonucunu doğuracak olmasıdır. Belli bir biçimde başını örtenlere yüksek öğrenim hakkı tanıyan bu düzenleme, Anayasanın 10. maddesine eklenen ibarenin de belli bir inanç grubuna imtiyaz tanınmasına yönelik olduğunu ortaya koymaktadır.

Bütün bu açıklamalar, 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinde yapılan düzenlemelerin Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen "laik, demokratik, sosyal hukuk devleti" niteliklerine aykırı düştüklerini ve Anayasanın 4 ncü maddesindeki yasağa karşın, Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen ve yukarıda açıklanan niteliklerini değiştirdiklerini ortaya koymaktadır.

2- <u>09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddeleriyle yapılan düzenlemelerin Anayasanın 4 ncü maddesi karşısındaki konumları</u>

"Anayasa Devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapısı ve düzeni, bu kuruluşların yetkileri, görevleri ve birbirleriyle olan ilişkileri ile karşılıklı durumları, Devlet ve kişilerin haklarıyla ödevleri, bu hukuksal yapının bütününü oluştururlar. Anayasa düzeni diye adlandırabileceğimiz bu yapının öyle kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın oluşum ve gelişim süreci gerçeklerine aykırı düşen kimi hükümlere bağlanması, sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir. Anayasamızın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" hükmü bu çeşit kuralların başında yer alır. Bu

hükmün değiştirilmesi, hiç kuşku yok ki, Anayasa yapısını temelinden yıkar.

…….. Çağdaş Anayasalar, kendilerini böyle istenmeyen ve uygun olmayan değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçmişler ve sonunda sağlamayı başarmışlardır. Bu nitelikte bir yolu seçmenin bir anlamı da, klâsik demokrasiden daha ayırımlı bir sistem olarak, Anayasayı yasama organının kendisine ve daha açık bir deyimle çoğunluğun baskısına karşı koruyacak hükümlere ve kurumlara da yer verilmiş bulunmasıdır. Böyle bir sisteme gidiş, yurdumuzda siyasal iktidarın bütün öğeleri ile birlikte ulusa geçişi demek olan Cumhuriyetin kurulmasından sonra, onu, temelinden sarsacak tutum ve davranışlara karşı ulusun direnişinin ve yine temeline oturtularak bu kez daha da anayasal ilke ve güvencelere ve hukuksal kurallarına bağlama zorunluluğunun doğurduğu gereksinmelerin kaçınılmaz bir sonucu olmuştur.

Bu gereksinmeler 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 4 ncü maddesine de, "Anayasanın 1'nci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 ncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" hükmünün yerleştirilmesine neden olmuştur. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 1973/19, K. 1975/87 sayı ve 15.4.1975 tarihli kararı)"

4 ncü madde incelendiğinde önce bir değişmezlik ilkesi konulduğu, buna ek olarak da bir teklif yasağı getirildiği görülmektedir.

Anayasanın 4 ncü maddesine göre; Anayasanın 1'nci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 ncü maddesi hükümlerinde değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamayacaktır. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.

Anayasanın 4'üncü maddesinde yer alan bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik

teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin E.1970/1, K.1970/31 sayı ve 16.06.1970 tarihli ve E.1973/19, K.1975/87 sayı ve 15.04.1975 tarihli kararı)

Görüldüğü gibi 4'üncü maddedeki yasak, Anayasanın 7'nci maddesinde TBMM'ne verilmiş olan yasama yetkisi için bir sınır oluşturmaktadır. Yani, Anayasanın 1, 2 ve 3'üncü maddelerindeki hükümlerin kapsamını oluşturan konular, yasama erkinin konusal alanının dışında bırakılmış ve bu suretle TBMM, bu alanda, yasama yetkisini kullanmaktan men edilmiş; yetkisiz kılınmıştır.

Kuşkusuz Anayasanın 7'nci maddesine göre yasama yetkisi münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Ancak TBMM'nin bu yetkisi mutlak değildir. TBMM bu yetkisini Anayasanın 4, 138 ve 153'üncü maddeleriyle sınırlı olarak kullanacaktır. Yani Anayasanın 138'inci maddesinin son fıkrasına göre, mahkeme kararlarına uyacak, mahkeme kararlarını değiştiremeyecek ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecek; 153'üncü maddenin son fıkrasına göre de Anayasa Mahkemesi kararlarının ve gerekçelerinin bağlayıcılığına uyacaktır. Anayasanın 4'üncü maddesi de TBMM için yetkisizlik alanı çizmiştir.

Bu yetkisizlik 4 ncü maddede **"değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez"** şeklinde öylesine açıktır, mutlak ve emredici bir dille ifade edilmiştir ve bu koruma mekanizmasına öylesine bir anlam yüklenmiştir ki, aksi yöndeki bir Anayasa değişikliği, Anayasa buyruğu ve yasağının çiğnenmesi içerikli **"ağır ve açık yetki tecavüzü"** oluşturacaktır. Bu tür bir yetki tecavüzü taşıyan bir işlemin "yok" hükmünde (keenlemyekūn) olduğu ve bu nedenle hukuken hiç doğmamış sayılacağı; bu yüzden hiçbir makam ve kişiyi bağlamayacağı ve uyma ve uygulama görev ve yükümü getirmeyeceği, Türk hukukunda öğreti ve içtihadın birleştiği doğrulardandır. Bu tür işlemlerin resen veya istem üzerine "yok"luğunun tespitinin ise, tüm yargı organlarının doğal yetki alanı içerisinde olduğu tartışmasızdır.

Kuşkusuz burada yetkisizlik kapsamında olanın sadece Anayasanın ilk üç maddesi olmadığını tekrar belirtmekte yarar vardır.

Anayasanın ilk üç madde dışındaki hükümlerinde yapılacak ve ilk üç maddede belirtilen hususları değiştirip başkalaştırma sonucunu doğuracak

tüm yasa düzenlemeleri de 4 ncü maddedeki yasağın kapsamına girmektedir. (Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, "Anayasada Türban Değişikliği" Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008)

Aksini kabul, Anayasanın ilk üç maddesindeki hükümlerin özünün Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle boşaltılmasına, başkalaştırılmasına, **"Anayasaya karşı hile"** yapılmasına imkân tanımak anlamına gelecektir.

Bu husus Prof. Dr. Erdoğan Teziç tarafından da, Anayasanın lâiklik ilkesini düzenleyen 2. maddesi ve onu koruyan 4'üncü maddesi karşısında, türban yasağının başka Anayasa maddelerinde yapılacak düzenlemelerle kaldırılamayacağı; böyle bir işe kalkışılırsa bunun 2'nci maddeyi etkisiz kılmak için **"Anayasaya karşı hile"** oluşturacağı yolundaki ifadelerle açıklanmıştır. (Bkz.Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklama, "Yön", Milliyet Gazetesi, 25.01.2008)

Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de Anayasanın değiştirilemeyecek hükümlerinin, Anayasanın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle değiştirilmesi halinde, bu tür yasama işlemlerinin de değişiklik yasağının kapsamına gireceğini, E.1970/1, K.1970/31 sayı ve 16.6.1970 tarihli kararında şu şekilde ifade etmiştir.

"Bu bakımdan bu ilkelerle değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir."

Bu saptamaları yaptıktan sonra iptali istenen 1 ve 2'nci maddelerin, Anayasanın 4'üncü maddesi karşısında konumunu belirleyebilmek için, bu maddedeki düzenlemelerin Anayasanın 2'nci maddesindeki hususları değiştirici veya başkalaştırıcı bir nitelik taşıyıp taşımadığı sorusuna yanıt vermek gerekir. Bu da yukarıda söz konusu 1 ve 2'nci maddelerin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde açıklanmış ve getirdikleri düzenlemelerin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine aykırı düştüğü, bunları değiştirip başkalaştırdığı sonucuna varılmıştır.

3. <u>09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci Maddelerinin Getirdiği Düzenlemelerin, Anayasa Mahkemesinin Yetki ve Görevleri Bakımından Konumu</u>

Anayasanın 148'inci maddesinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyeceği ve denetleyeceği; Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir.

Bu hüküm karşısında, Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 4'üncü maddesinde belirtilen yasağa karşın Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen hususları değiştiren bir Anayasa değişikliği hakkında yargısal denetim yapıp yapamayacağının belirlenmesi gerekmektedir.

Bu belirleme, Anayasanın 4'üncü maddesi dahil, Anayasa değişikliklerinin teklif edilmesini düzenleyen Anayasa hükümlerinin şekil kuralı niteliğini taşıyıp taşımadığı saptamasından hareketle yapılmalıdır. Bu saptama, Anayasa Mahkemesinin E. 1973/19, K.1975/87 sayı ve 15.04.1975 tarihli kararında yapılmış ve söz konusu kararda Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümlerinin yanı sıra bunu yasaklayanların da birer şekil kuralı olduğunda kuşku bulunmadığı belirtilmiştir.

Ne var ki olayımızda, iptali istenen 1 ve 2'nci maddelerle getirilmiş olan düzenlemelerin, Anayasanın 4'üncü maddesinde ifadesini bulan şekil kuralına aykırı olup olmadığının belirlenmesi ancak esasa girilerek yapılacak bir denetimle yani bu düzenlemelerin içeriğinin Anayasanın ilk üç maddesinde getirilen ilkelerle bağdaşmayacak, bu nedenle bu ilkeleri değiştirici bir nitelik taşıyıp taşımadıklarının belirlenmesi yoluyla mümkün olabilecektir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin yetkisizliği nedeniyle yasama yetkisini kullanamayacağı bir alanda yapılan düzenlemeleri içeren söz konusu 1 ve 2'nci maddeleri, böyle bir **"şekil içerisinde esas denetimi"** yapmaya yetkili olmadığı ve şekil denetiminin kapsamının "teklif ve kabul yetersayılarına ve ivedilikle görüşmeme hususuna uyulup uyulmadığı" ile sınırlı tutulmuş olduğu gerekçesiyle denetlemekten kaçınabilecek midir?

Bu soruya kuşkusuz olumsuz yanıt vermek gerekmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetimi yapamayacağını kabul etmek, Anayasanın 4'üncü maddesinde belirtilen yasağa aykırı yasama işlemlerini yaptırımsız bırakmak anlamına gelecek; Anayasanın 4'üncü

maddesindeki yasağı işlevsiz ve etkisiz hale sokacak; ağır ve açık bir yetki tecavüzü ile malûl "yok" hükmündeki bir yasama işleminin yürürlükte kalmasını sağlayacak; Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen niteliklerini güvencesiz bırakacaktır.

Halbuki Anayasamızın ilk 3 maddesinde belirtilen nitelikler, Türkiye Cumhuriyetinin temelidir. Bu nitelikler değiştirildiği taktirde Anayasanın yerleşmiş düzeni, ahengi, bütünlüğü ve Devletin niteliği de başkalaşır. Bu durumda da Devlet yapısının Anayasada tanımlanan ve istenen biçimde işlemesi söz konusu olamaz.

Bir teklifin kabulünde, kabul yetersayısına ulaşılamamasını iptal nedeni olarak kabul eden bir Anayasanın, yukarıda ifade edilen durumların ortaya çıkmasına yol açacak bir şekil aykırılığını, yaptırımsız bırakmayı tercih etmiş olduğu, kabul edilemez. Böyle bir kabul, TBMM'nin belli bir çoğunluğunun, değişmez nitelikteki Anayasa hükümlerini, ağır ve açık yetki tecavüzü teşkil eden yasama işlemleriyle bertaraf etmesine ve **usul saptırmalarına** kapıyı ardına kadar açmak; anlamına gelir. Böyle bir durumun ise, Anayasa ve hukukta yeri olamaz. Çünkü bu, hukukun genel ilkelerine aykırı düşer. (Bkz. Prof. Dr. Sait Güran, "Anayasa'da Türban Değişikliği", Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008) Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklamalar "Yön", Milliyet Gazetesi, 25.01.2008 ve 9.02.2008,

Anayasanın 148'inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif ve …… şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm aslında böyle bir denetime engel değil dayanaktır. Çünkü "teklif ……" şartına uyulup uyulmadığının incelenmesi yetkisi, Anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerde Anayasanın 4'üncü maddesindeki yasağa uyulup uyulmadığının da denetlenmesini gerektirir.

Kaldı ki Anayasanın 4'üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesinin gereği olarak, bir teklifin Anayasada öngörülen sayılarla teklif veya kabul edilip edilmediğinin incelenebilmesi için öncelikle ortada hukuken sonuç doğurabilecek bir teklifin bulunması gerekir. Bu nedenle teklif ve kabul yetersayılarını denetleme konusunda verilen bir yetkinin, bir Anayasa değişikliği söz konusu olduğunda evleviyetle **"teklifin Anayasanın 4'üncü maddesine uygunluk bağlamında hukuken geçerli olup olmadığını" inceleme yetkisi**"ni de içerdiğini söylemek gerekir.

Bu açıklamalara göre varılacak sonuç, Anayasa Mahkemesinin, 5735 sayılı kanunun 1 ve 2'nci maddelerinin Anayasaya uygunluğunu

inceleyebileceği ve söz konusu maddelerin Anayasanın 10 ve 42'nci maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen niteliklerini de değiştirip değiştirmediğini belirledikten sonra, değiştirdiğine karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasanın 4'üncü maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğidir.

Düşünülebilecek ikinci seçenek ise, Anayasa Mahkemesinin yasama organının yetkisiz olduğu bir alanda yaptığı düzenlemeler niteliğindeki 1 ve 2'nci maddelerin "**yok hükmünde**" olduklarına karar vermesidir. Türk hukuku, yukarıda da belirtildiği gibi, "**bir hukukî işlemin yokluğu**" iddiasının her mahkemede öne sürülebileceğini ve "**yokluk tespiti**"nin istem üzerine veya resen her mahkeme tarafından yapılabileceğini; "yokluk tespiti" yetkisinin mahkemelerin herhangi bir yerde yazılı olması gerekmeyen "**genel bir yetki ve görev**"i olduğunu kabul etmektedir.

Yukarıda söz konusu 1 ve 2'nci maddelerle yapılan düzenlemelerin, Anayasanın 4 ncü maddesinde yasama organına vermediğini açıkça belirttiği yani Anayasadan kökenlenmeyen bir yetkinin Anayasanın 6'ncı maddesine aykırı olarak kullanılması nedeniyle "yok hükmünde" oldukları ifade edilmiştir.

Bu durum karşısında ve bu seçenek çerçevesinde, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 4 ncü maddesinin vermediği bir yetkinin kullanılması yoluyla dolaylı bir biçimde Anayasanın 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren 5735 sayılı Kanunun 1 ve 2'nci maddelerinin yok hükmünde olduğuna ilişkin iddiayı inceleyebilecek ve Cumhuriyetin Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen niteliklerinde doğrudan veya dolaylı bir değişiklik yapıldığını tespit etmesi halinde, söz konusu 1 ve 2'nci maddelerin "yok hükmünde" olduğunu karara bağlayabilecektir.

YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 1 ve 2'nci maddelerinin, Anayasanın 2'nci maddesinde ifade edilen Cumhuriyetin niteliklerini, Anayasanın 10 ve 42'nci maddelerine yaptıkları eklemelerle dolaylı bir biçimde değiştirdikleri yukarıda gerekçeleriyle açıklanmıştır. Böyle bir durum Anayasanın 4'üncü maddesinde belirtilen değiştirme yasağına aykırıdır. Anayasanın 4'üncü maddesinin yasakladığı bir alanda, Anayasanın vermediği bir yasama yetkisinin kullanılması suretiyle yapılan

bu Anayasa değişikliklerinin yok hükmünde olduğuna karar verilmesi veya iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Ancak söz konusu hususlarda Anayasa Mahkemesinin kararı yürürlüğe girinceye kadar geçecek süre içinde bu Anayasa değişikliklerinin yürürlükte kalması, Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerini yitirmesine, başkalaşmasına yol açacak; bu değişikliklere dayalı olarak bir takım kanunların yapılmasına imkân tanıyacaktır.

Bu süre içerisinde türban ve benzeri dinî inançlı giysiler hızla kamu hizmetlerinden veya yükseköğrenim hakkından yararlananlar arasında yayılarak, kamu yönetimine taşınacak; dinî amaçlı giysi eksenindeki toplumsal bölünme, ayrımcılık, kutuplaşma, etki ve baskı süreçlerinin kontrol edilemeyecek boyutlara ulaşması söz konusu olabilecektir. Bu durumun ise kamu düzenini, toplum huzur ve beraberliğini giderilmesi mümkün olmayacak ölçülerde zedeleyeceği ortadadır.

Anayasa değişikliği yürürlüğe girmeden önce getirilen düzenlemelerin toplumda türban taraftarı ve aleyhtarı ayrışmasına, tepkilere ve buna bağlı gösterilere neden olduğu bilinmektedir.

Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden hemen sonra Yükseköğretim Kurumu Başkanının üniversitelere, türbanlıların alınacağına ilişkin olarak gönderdiği yazıya, pek çok üniversite rektörünün türbanın serbest bırakılması için yeni bir düzenleme yapılmasını gerekli bularak uymaması sonucunda ortaya çıkan karmaşa; türbanlılar ile türbana hayır diyen öğrencilerin ve türbanlıları dersliklere almayan üniversite yöneticilerinin arasında şimdiden kendisini gösteren ve giderek yaygınlaşan gerginlikler de yukarıda ifade edilen endişelerin yersiz olmadığını kanıtlamaktadır.

Anayasa değişiklikleri gündeme girdikten sonra, tesettürlü olmayan kadınlara yönelik olarak yurdun çeşitli yörelerinde görülen saldırılar da, geleceğe yönelik endişeler bakımından, görmezden gelinemeyecek kadar önemli ve tehlikeli gelişmelerdir.

Sonradan giderilemeyecek böylesi zarar ve tehlikelerin önlenmesi için, söz konusu 1 ve 2'nci maddelerin yürürlüklerinin dava sonuçlanıncaya kadar durdurulması gerekmektedir.

SONUÇ VE İSTEM

09.02.2008 tarih ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 ve 2'nci

maddelerinin "yok hükmünde olduklarına veya iptallerine karar verilmesi ve dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulması istemini saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

9.2.2008 günlü ve 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen 1. ve 2. maddeleri şöyledir:

"MADDE 1- 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında" ibaresi eklenmiştir.

MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42'nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir.**"**

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 6.3.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ŞEKİL YÖNÜNDEN İNCELEME

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

A- Yasalaşma Süreci

5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un yasalaşma süreci İstanbul Milletvekili Recep Tayip Erdoğan ve Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli ile 346 Milletvekilinin yazılı teklifiyle başlamıştır. Teklif TBMM Başkanlığına sunulduktan sonra, henüz Anayasa Komisyonunda görüşülmeden önce 57 Milletvekilinin de bu teklife katıldıkları yasama belgelerinden anlaşılmaktadır. Bu durumda teklif çoğunluğu 407 olarak belirlenmektedir.

1.2.2008 tarihinde Meclis Anayasa Komisyonunda kabul edilen teklif Meclis Genel Kuruluna sunulmuştur.

Kanun, Meclis Genel Kurulunda 6.2.2008 ve 9.2.2008 tarihlerinde yapılan görüşmelerin ardından 411 oyla kabul edilmiş, 23.2.2008 tarihli ve 26796 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde,

- Kuralların, sınırsız ve koşulsuz bir kıyafet özgürlüğü getirerek insanlar arasında örtünen-örtünmeyen, inançlı-inançsız, müslüman-müslüman olmayan şeklinde din eksenli ayrışmalar ve kutuplaşmalara yol açması nedeniyle kamu düzenini ve huzurunu tehdit edeceği, gerekçesiyle Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "toplumun huzuru ve adalet anlayışı içinde" ifadesini değiştirme anlamına geldiği,

- Din ve vicdan özgürlüğünün aynı zamanda başkaları üzerinde baskı kurarak ya da zorla kendi inançlarına veya başka inançlara yönlendirmeme yükümlülüğünü de içerdiği, dini inançlara dayalı örtünme, benimsenen dini gösteren kıyafetleri giyme özgürlüğünün, toplumda ayrışmalara neden olacağı, diğerleri üzerinde baskı kurmalarına, birbirlerinin inanç özgürlüklerini zedeleyici, engelleyici davranışlara yol açacağı gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'nin türbanla ilgili 1989 yılında verdiği kararında belirtildiği biçimde "insan haklarına saygılı devlet" ilkesini değiştirme anlamına geldiği,

- Dinsel inanç gereği başını örtmeye imkân tanıyan düzenlemeyi iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında Atatürk Milliyetçiliğine dayanıldığından, toplumda kıyafetler aracılığıyla din eksenli kutuplaşmalara yol açabilecek ve birleştiricilik yerine ayrışmacılığa olanak sağlayacak değişikliğin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "Atatürk milliyetçiliğine bağlı" niteliğini değiştirmek anlamına geldiği,

- Laikliğin, Anayasa Mahkemesi kararlarında tanımlanarak özenle korunması gereken bir ilke olması nedeniyle Türk ulusunun yücelmesi bakımından Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden ve Anayasada benimsenmiş tüm temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu, kuralın Anayasa Mahkemesi'nce tanımlandığı biçimiyle laiklik ilkesine, başlangıç kısmına ve Anayasanın 174. maddesine aykırı olduğu, Mahkeme kararları karşısında "dini gereğe dayalı" ifadelerini kullanmasa da dinsel inançların gereği olan giysileri de kapsaması nedeniyle "başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan" niteliğini değiştirmek anlamına geldiği,

- Kuralların, dinsel giysilerin zamanla ilk ve ortaöğretim kurumlarına yayılmasına olanak sağladığı, 2596 sayılı Yasa'nın amaçlarıyla bağdaşmayan bu durumun Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık ve "çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma azmi" ile bağdaşmadığı; "laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı" ilkesine aykırı düştüğü, kişinin din ve vicdan özgürlüğünden gereğince yararlanmasına, maddi ve manevi varlığını geliştirmesine elverişsiz olduğu, Anayasa Mahkemesinin kararıyla ortaya çıkan hukuksal durumu ortadan kaldırmayı amaçladığından, yargıya müdahale, dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunduğu, Anayasa'nın 138. maddesinde yasama ve yürütme organlarının mahkeme kararlarına ve 153. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğu,

- Dini amaçlı örtünmeyi de kapsayan kıyafet özgürlüğünün, dini simge niteliğindeki kıyafetler aracılığı ile kişilerin, farklı dini yaklaşımları olanları denetim ve baskı altına almalarına imkân hazırlayarak, çağdaş bir demokrasinin en temel özelliği olan çoğulculuğa ve hoşgörüye tehdit oluşturduğu, bu şekilde başkalarının özgürlüklerini yok etme olanağı tanıması nedeniyle demokratik ve laik hukuk devleti olma niteliğini değiştirme anlamına geldiği,

- Anayasa'nın ilk dört maddesi ile 138. ve 153. maddelerinin TBMM'nin yetkisinin sınırını çizdiği, ilk üç madde dışındaki hükümlerdeki her bir değişikliğin, bu maddelerdeki hususları başkalaştırıp değiştiremeyeceği, aksinin kabulünün "Anayasaya karşı hile" anlamına geleceği, Anayasa'nın ilk üç maddesindeki esaslara aykırı bir değişiklikle, Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı konmasının mümkün olamayacağı ve "açık ve ağır yetki tecavüzü" nedeniyle yok hükmünde sayılması gerektiği,

- Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisinin "teklif çoğunluğu"nu da kapsadığı dikkate alındığında, teklif edilemez nitelikteki ilk dört maddenin dolaylı yoldan değiştirilmesi anlamına gelen dava konusu kuralların teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmediğinden iptaline de hükmedilebileceği

İleri sürülmektedir.

Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerini değiştirdiği gerekçesiyle değişikliklerin yok hükmünde sayılması, kabul edilmediği takdirde, "teklif edilemezlik" kuralı nedeniyle teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmemiş sayılması, dolayısıyla Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılarak iptaline karar verilmesi istenmektedir.

1- Yokluğun Saptanması İsteminin İncelenmesi

Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece "var"lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne ait olup, Meclis bu yetkisini üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabilmektedir.

TBMM üyelerinin üçte birinden fazla sayıda Milletvekilinin imzasıyla teklif edilen ve 9.2.2008 tarihinde TBMM Genel Kurulunda kabul edilmekle yasalaşan 5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisi kapsamındadır. Dava konusu Yasa Cumhurbaşkanı'nca 23.2.2008 günlü Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın yokluğunun saptanması isteminin reddi gerekir.

2- İptal İsteminin İncelenmesi

a) Teklif edilebilirlik yönünden

Anayasa'nın 175. maddesi Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu, Meclisin bu yetkisini üye tamsayısının üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabileceğini öngörmektedir.

Anayasa'yı değiştirme yetkisinin niteliği ve sınırlarını belirlemek için, yasama organının kurucu iktidar karşısındaki hukuksal durumunun irdelenmesi gerekmektedir.

Bir devletin hukuksal yapısının temelini oluşturan, ulus adına yetki kullanacak anayasal organları, yetkilerin sınırlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyen, hak ve özgürlükleri düzenleyen anayasayı yapma veya değiştirme işlevi asli ve tali kurucu iktidar işlevidir. Asli kurucu iktidar ülkenin siyasal rejiminde çeşitli etkenlere dayalı olarak ortaya çıkan kesintilerin ürettiği ve ortaya çıkış biçimi itibariyle hukuksal çerçeve dışında yer alan, yeni hukuksal düzenin temel esaslarının ne olacağını belirleyen anayasa koyucu iradedir. Katılımcı, müzakereci ve uzlaşıyı esas alan demokratik ülkelerde asli kurucu iktidarın sahibi halktır.

Asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline gelir. Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite" sınırları içinde hareket etmeleri, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin önkoşuludur. Bu durum, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımaksızın kabul edilmiştir. Anayasa koyucu "hiçbir kimse ya da organ"dan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulü gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin, değiştirilemezlik kuralının yalnızca devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. maddeyle sınırlı kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde verdiği 16.6.1970 günlü ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, 13.4.1971 günlü ve E.1971/41, K. 1971/37 sayılı, 15.4.1975 günlü ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı, 23.3.1976 günlü ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı, 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, 27.1.1977 günlü ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı ve son olarak 27.9.1977 günlü ve E. 1977/82, K. 1977/117 sayılı kararlarında anayasal düzenin hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanmasının bu düzenin bütünlüğünü bozabileceği, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" kuralı ile bunu tamamlayan ve Cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesini değiştirecek derecede etkisi olacak bir değişikliğin yapılamayacağı, aksi takdirde

değişiklikten sonraki yeni düzenin önceki Anayasa'da tanımlanan biçimde işleyemeyeceği, bu gibi sonuçların önlenmesi için, çağdaş Anayasaların kendilerini böyle değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtikleri ifade edilmiş, buna dayalı olarak da Anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin her şeyden önce Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelerde en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremeyecekleri, değişikliklerin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef alması durumunda teklif edilemeyecekleri ve yasama meclislerince kabul edilemeyecekleri, teklif edilmeleri ve kabul edilmeleri durumunda ise Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen biçim koşullarına aykırı olacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasayı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasaya uygun olarak kullanılacağı kuşkusuzdur. Yasama organı bu yetkisini 175. maddede belirtilen yöntemle kullanırken, yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 4. maddesinde "*Anayasanın 1'inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2'nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3'üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*" denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin kullanılamayacağı, kullanılsa dahi hukuken geçerli olamayacağı alanlar açıkça belirlenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir.

Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasanın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasanın 148'inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "*teklif … şartına uyulup uyulmadığı*" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir.

Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibariyle doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez.

Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin, 5735 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'ya uygunluğunu inceleyebileceğinin ve söz konusu maddelerin Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerini değiştiren hükümlerinin Cumhuriyetin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen

niteliklerine aykırı olup olmadığı, aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşe katılmamışlardır.

b) İçerik yönünden

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen laik Cumhuriyet ilkesi, egemenliğin ulusa ait olduğu, ulusal irade dışında herhangi bir dogmanın siyasal düzene yön vermesine olanak bulunmadığı, hukuksal kuralların dinsel buyruklar yerine demokratik ulusal talepler esas alınarak aklın ve bilimin öncülüğünde kabul edildiği, çoğunluk ya da azınlık dinine, felsefi inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese tanındığı ve anayasada öngörülenin ötesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, dini veya din duygularının kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklandığı, devletin tüm işlem ve eylemlerinde dinler ve inançlar karşısında eşit ve tarafsız davrandığı bir cumhuriyeti öngörmektedir.

Anayasanın Başlangıç kısmının 5. paragrafında "*laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı*", 14. maddesinde "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiç biri(nin)… laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde*" kullanılamayacağı, 42. maddesinde "*Eğitim ve öğretim(in) Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında*" yapılacağı ve "*eğitim ve öğretim hürriyeti(nin), Anayasaya sadakat borcunu ortadan*" kaldırmayacağı hükme bağlanmış, 174. maddesinde de Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini koruma amacını güden inkılâp yasalarının iptal edilemeyeceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasına göre "*Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.*" Anayasa koyucu ülkenin koşullarını dikkate alarak dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri siyasi çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla kullanılmasını laiklik ilkesinin korunması bakımından zorunlu görerek yasaklama yolunu seçmiş ve temel hak ve özgürlüklerin kapsamı dışında bırakmıştır.

Atatürk devrimlerinde önemli bir yer tutan laiklik ilkesinin değerlendirilmesinde, yukarıdaki kurallar ile Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlarda ulaşılan sonuçların göz önünde bulundurulması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında ayrıntılı olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasal ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümsenir, siyasal, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasal barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasal yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerine siyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasal barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasal yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaşmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, dava konusu 1. maddesi ile Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına, "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*" ibaresi; 2. maddesi ile de, 42. maddesine, altıncı fıkradan sonra gelmek üzere "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir*" biçiminde yedinci fıkra eklenmiştir.

5735 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun" un Genel Gerekçesinde düzenlemenin amacı şu şekilde ifade edilmektedir:

"Yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafetlerinden dolayı bazı öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi kronik bir sorun haline gelmiştir. Kurucusu ve üyesi bulunduğumuz Avrupa Konseyine üye ülkelerin hiç birinde üniversite düzeyinde böyle bir sorun mevcut bulunmamaktadır.

Buna rağmen ülkemizde uzun bir süredir üniversitelerde bazı kız öğrencilerin başlarını örtmede kullandıkları kıyafetler nedeniyle eğitim ve öğrenim hakkını kullanamadıkları bilinmektedir.

Atatürk'ün hedef gösterdiği çağdaş uygarlık düzeyinde "fikri hür, vicdanı hür, irfanı hür" nesiller yetiştirilmesi, kişilerin yükseköğrenim hakkından kanun önünde eşitlik ilkesi gereği hiçbir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmadan yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenlerle, Anayasanın 10'uncu ve 42'nci maddesinde işbu değişikliklerin yapılması gereği doğmuştur."

Yasa'nın dava konusu 1. maddenin gerekçesinin ikinci paragrafına bakıldığında, getirilen düzenlemenin amacı, "tüm idare makamları gibi üniversitelerin de, yükseköğretim hizmeti sunarlarken dil, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep, giyim, kuşam ve benzeri sebeplerle bu hizmetten yararlanan kişilerin arasında ayrımcılık yapmasını olanaksızlaştırmak" olarak ifade edilmekte, 2. maddenin gerekçesinin son tümcesinde ise, ülkemizde münhasıran yükseköğretim hizmetlerinden yararlanan vatandaşlar arasında eşitliği sağlama ve yükseköğretim kurumlarında öğrenim haklarından mahrum edilen kişilerin bu hak mahrumiyetini ortadan kaldırma amacı belirtilmektedir.

5735 sayılı Kanun'un genel gerekçesi, 1. ve 2. maddelerin gerekçeleri, Anayasa Komisyonu ve Genel Kurul görüşmelerinde yapılan açıklamalar incelendiğinde; temel hedefin, bir kamu hizmeti niteliği bulunan yükseköğrenim hakkını kullananlar yönünden dinî amaçlı örtünme serbestîsi tanınması olduğu anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde belirtilen hususların dışında, Meclis görüşmelerinde, dava konusu kuralların, üniversitelerde uygulanan başörtüsü yasağı nedeniyle eğitim haklarını kullanamayan öğrencilerin sorunlarını çözme olasılığını barındırsa bile, toplumdaki kaygıların giderilmediği ve güvence taleplerine sessiz kalındığı, demokratik uzlaşma yolları dışlanarak meydan okumanın veya dayatmanın yöntem olarak benimsendiği gerekçeleriyle eleştirildiği tutanaklardan anlaşılmaktadır.

5735 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapılan düzenlemeyle, Devlet organları ve idare makamlarına, bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymak yükümlülüğünün yanı sıra kamu hizmetlerinden kişilerin

kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yararlanmalarını sağlamak yükümlülüğü; kişilere de Devlet organları ve idare makamlarından, sundukları kamu hizmetlerinden kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak yararlanmalarını sağlamasını istemek imkânı getirilmiştir. Olaya kıyafet açısından bakıldığında, bu hüküm karşısında Devlet organları ve idare makamlarının, kişilere yüksek öğrenim hakkından yararlanırken bu hakkın kullanımına hiçbir sınırlama getiremeyecekleri anlaşılmaktadır.

5735 sayılı Kanun'un 2. maddesinde ise, *kanunda açıkça yazılı olmayan* herhangi bir sebeple kimsenin yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemeyeceği belirtilerek yüksek öğretim kurumlarında dinî amaçlı örtünme nedeniyle öğrenim hakkından yararlanmanın engellenmesinin de önüne geçilmektedir. Bu durumda, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı ortaya çıkmaktadır.

Bireysel bir tercih ve özgürlük kullanımı olsa da, kullanılan dinsel simgenin tüm öğrencilerin bulunmak zorunda olduğu dersliklerde veya laboratuar ortamlarında, farklı yaşam tercihlerine, siyasal görüşlere veya inançlara sahip insanlar üzerinde bir baskı aracına dönüşmesi olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın ortaya çıkması durumunda taşınan dinsel simgenin başkalarının üzerinde yaratacağı baskı ve olası eğitim aksamaları ile kamu düzeninin bozulması karşısında, üniversite yönetimlerinin ve kamu kurumlarının müdahalesine olanak verilmemesi, herkesin eşit şekilde eğitim hakkından yararlanmasını engelleyebilecektir.

Dava konusu kurala bakıldığında "*kanunda açıkça yazılı haller*"in ne olduğu ve ne zaman geçerlilik kazanacağı hususu, yasa koyucunun aktif bir yasama tasarrufuyla anlaşılabilecektir. Anayasal düzenimizde yasa koyucuyu yasal düzenlemeye zorlayıcı bir hukuksal yaptırım mekanizması bulunmadığından, başkalarının özgürlükleri ve kamu düzenini koruyucu yasal önlemlerin alınmasının yasa koyucunun takdirine kalacağı açıktır. Yasa koyucunun temel siyasal karar mekanizması olduğu ve ülke nüfusunun büyük çoğunluğunun belirli bir dine mensup olduğu dikkate alındığında, bu takdirin dinsel özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılmasının güçlüğü açıktır. Temel düzen normu olan Anayasa kuralları değiştirilirken, çoğunluk inancının dışında kalan insanların temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasının yasa koyucunun takdirine bırakılmaması, kayıtlar ve güvence mekanizmalarının doğrudan anayasada

yer alması, demokratik anayasacılık deneyiminin sonucu olan insan haklarına dayalı devlet olmanın da bir gereğidir.

Toplumsal sorunların Anayasa'nın açık hükümleri çerçevesinde ve demokratik barışı ve uzlaşıyı esas alan yöntemlerle çözümü yerine, dinin, din duygularının veya dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilmek suretiyle kullanılmasına Anayasa izin vermemektedir. Zira her bir toplumsal sorun istismarı, bu sorunun çözümlenmesi olanaklarını ortadan kaldırmak suretiyle, bir yandan toplumsal çatışmaların derinleşmesine ve demokratik süreçlerin işlevsizleştirilmesine yol açabilir; sonuçta devlet iktidarının toplumsal sorunları çözeceğine yönelik inancı zedeleyebilir. Dava konusu kuralın hazırlanış ve kabul biçimi Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasının anlam ve özünü yansıtan bu temel zorunlulukları göz ardı etmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 07.03.1989 günlü, E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararıyla dini inanç gereği başörtüsü takılmasına izin veren bir düzenleme başkalarının hak ve özgürlükleri, dinin araçsallaştırılması ve kamu düzeni bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimlerin Anayasa karşısında geçerli olamayacağını belirten Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.1991 günlü, E.1990/36, K.1991/8 sayılı kararları ile 16.1.1998 günlü, E. 1997/1 (SPK), K. 1998/1, Refah Partisi kararı ve 22.6.2001 günlü, E. 1999/2 (SPK), K. 2001/2 sayılı Fazilet Partisi kararında bu hususlar yinelenmiştir. Danıştay'ın içtihatları da benzer yönde gelişmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesinin 29.6.2004 tarihli ve Büyük Dairenin 10.11.2005 tarihli *Leyla Şahin* kararlarında, sözleşmeci devletlerin dinsel sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda takdir hakkının geniş olduğunu, bu konuyla ilgili kuralların ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine değişiklik arz etmesi ve "başkalarının haklarını koruma"nın ve "kamu düzeni"nin gerekleri konusunda Avrupa'nın ortak bir anlayışı bulunmamasının bunu zorunlu kıldığını, başörtüsünün yasaklanmasının Türkiye'nin koşulları dikkate alındığında "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" ile "kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması" bakımından demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. 15.2.2001 tarihli *Dahlab-İsviçre* kararında türban taktığı için ilköğretim kurumlarında öğretmenlik yapması engellenen öğretmenin başvurusunu reddederken, türbanın cinsiyetler arası eşitlik ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir simge olduğunu, buna izin verilmesinin diğer dinlerin giyim sembollerinin de kullanımını beraberinde getireceğini, okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğini ve yasaklamanın altında önemli bir kamu yararının

bulunduğunu, sonuç olarak öğretim faaliyetinde başörtüsü takma yasağının başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı ve demokratik bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 3. Dairesinin 31.7.2001 ve Büyük Dairenin 13.2.2003 tarihli *Refah Partisi* kararlarında da başörtüsü takma özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlanabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğa mensup dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgeleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar öngörülebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin temel niteliklerini dolaylı bir biçimde değiştiren ve işlevsizleştiren bu düzenleme Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilen değiştirme ve değişiklik teklif etme yasağına aykırı olduğundan, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen teklif koşulunun yerine getirilmiş olduğu kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu Yasa'nın 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Haşim KILIÇ ve Sacit ADALI bu görüşlere katılmamışlardır.

3- İptal Sonucu Yasa'nın 3. Maddesinin Uygulama Olanağını Yitirip Yitirmediğinin İncelenmesi

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, "Ancak başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu belirli madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya

içtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir" denilmektedir.

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin iptal edilmesi sunucu yürürlük maddesi olan 3. maddesinin uygulama olanağı kalmadığından, 2949 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca anılan maddenin de iptali gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması'na Dair Kanun, 5.6.2008 günlü, E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu Kanun'un, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 5.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10'uncu maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen **"ve her türlü kamu hizmetinden yararlanılmasında"** ibaresinin,

B- 2. maddesiyle 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 42'nci maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere eklenen **"Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir."** biçimindeki fıkranın,

Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddeleri gözetilerek **İPTALİNE**, Haşim KILIÇ ile Sacit ADALI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- İptal edilen kurallar nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan 3. maddesinin de 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama

Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince **İPTALİNE,** OYBİRLİĞİYLE,

5.6.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- USUL YÖNÜNDEN

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Yasa ile Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Yapılan bu değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nce şekil denetiminden yola çıkılarak esası denetlenmek suretiyle incelenmiş ve iptal edilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinden yetki türetilerek işin esas denetimi yapılmıştır.

Çoğunluk, Anayasa değişikliklerinde "teklif edilebilir nitelikte bir Anayasa kuralının var olması" gerektiğini teklif çoğunluğundan önce aranan bir şart olarak kabul etmekte, teklif edilebilir nitelikte olup olmadığını da işin esasına girerek tesbit etmektedir. Başka bir anlatımla Anayasa değişikliklerinin, Anayasal normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerektiği, bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının müeyyidesinin 148. maddede öngörüldüğü belirtilmektedir.

Yine çoğunluğa göre, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişiklik Anayasa'nın değiştirilemez ya da değiştirilmesi teklif edilemez olan Cumhuriyetin niteliklerini dolaylı olarak değiştirmekte ya da işlevsiz hale getirmektedir.

Anayasa'nın 148. maddesi, Anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin tek Anayasa kuralıdır. Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerine ilişkin başkaca hiçbir maddede buna ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Buna göre, Anayasa değişikliklerinin esastan denetim sonucunu doğuracak bir incelemeye tabi tutulması mümkün değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasası döneminde verdiği tüm kararlarında esas denetimin olanaksızlığını vurgulamıştır.

Şekil denetimi ise "teklif çoğunluğu" ve "oylama çoğunluğu"nun bulunup bulunmadığı "ivedilikle görüşülemeyeceği" şartına uyulup uyulmadığıyla sınırlı olarak yapılan bir denetimdir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi E.2007/72, K.2007/68 sayılı kararında aynen: *"… Kabul edilen yasa, Anayasa hükmü haline gelir ve esas yönünden denetimi olanaksız olup, şekil yönünden ise 148. maddede belirtilen çerçeve içinde denetlenebilir. Yapılacak iptal başvurusu, yasalar ve içtüzük yönünden altmış gün, şekil yönünden ise on günle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, olağan yasalar ve içtüzük değişikliklerinde salt çoğunlukla karar verebilirken, Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi nitelikli çoğunluk koşuluna bağlanmıştır."* Bir önceki kararda da *"Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır."* ifadeleriyle hukuksal durumu somutlaştırmıştır.

Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin 1982 sonrasında verdiği kararlarına rağmen, Mahkememiz 148. maddeye ek yaparak yeni bir şekil şartı öngörmüş ve buradan açtığı yolla Anayasa değişikliklerini esastan incelemiştir.

Çoğunluk görüşünde; asli kurucu iktidarın önceki Anayasalarla bağlı olmaksızın yarattığı yeni Anayasa, temel düzen normu haline geldiği andan itibaren, tüm Anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline geldiği, Anayasa'nın öngördüğü ve öğretide kurulu iktidar olarak tanımlanan yasama, yürütme, yargı organları ile bunların alt birimlerinin asli kurucu iktidarın yarattığı "hukuksal otorite"nin sınırları içinde hareket etmelerinin, işlem ve eylemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesinin ön koşulu olduğu, Anayasa'nın 6. maddesinde "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." dendiği, kurulu bir organ olarak yasama organının da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulü gerektiği belirtilmiştir. Ancak

bunun yasama organı gibi "kurulu" bir iktidar olan Anayasa Mahkemesi için de evleviyetle geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa'nın 6. maddesinde hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamayacağı ifade edilirken veya 11. madde uyarınca Anayasa kurallarının yasama, yürütme ve yargı organları ile tüm idare makamlarını bağlayıcı temel kurallar olduğu belirtilirken, Anayasa Mahkemesi bunlardan istisna edilmemiştir. Bir denetim organı olarak da Anayasa Mahkemesi ulusun onayladığı Anayasa'nın somut kuralları çerçevesinde kurulmuş, Anayasa'ya ve ulusa karşı sorumluluk bilinci içinde görev yapmak zorunda olan bir Anayasal organdır. Anayasa'nın çizdiği sınırlar içinde yetki kullanması, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının da hukuksal açıdan geçerli olmasının önkoşuludur. Anayasakoyucunun öngördüğü hukuk devleti ilkesi, yalnızca hukuk kuralı koyan iktidarların değil, bu kuralları uygulayan ve yorumlayan kurumların da Anayasal çerçeve içinde kalmaları gerektiğini göstermektedir.

Bir denetim organı olan Anayasa Mahkemesi'nin, hukuk dışına çıktığı iddia edilen otoriteleri denetlerken, bu denetiminin hukuka uygunluğu konusunda tüm kuşkulardan arınma zorunluluğu vardır. Anayasal sınırları aşarak denetime başladığı yerde, denetlenen otoritelerden herhangi bir farkı kalmaz. Hukuk düzeni dışına çıkan otoriteyle aynı kaderi paylaşmaktan kurtulamaz. Denetimin meşruiyeti denetleyen organın hukuksal meşruiyet sınırları içinde hareket etmesine bağlıdır.

Çoğunluk, Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ne tanındığını, kaynağı Anayasa olan bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılacağını kabul etmektedir. Ayrıca bir yetki sorununu öne çıkararak, yetkinin geçerliliğini asli kurucu iktidar tarafından izin verilen bir alanda kullanılmasına bağlayarak, Anayasa değişikliklerinin sıradan bir yasa gibi denetlenebileceğini düşünmektedir. Bu düşünceye katılmak olanaksızdır. Anayasa'nın Anayasa'yı değiştirme yetkisine çizdiği sınırlar, hiçbir yoruma gerek duyulmayacak açıklıktadır. Bunlar ilk üç maddenin değiştirilemezliği ile değişikliğin 175. maddede belirtilen usullerle yapılması zorunluluğu olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'ya uygun olarak kullanılacak bu yetkinin, Anayasa'nın ilk üç maddesi dışındaki her maddede değişiklik yapma olanağı verdiği açıktır. Kurucu iktidar yetkisini daraltacak olan, ancak ve ancak yine bir kurucu iktidar olabilir. Anayasa Mahkemesi'nin ise kurucu iktidarın çizdiği hukuksal sınırlar dışına çıkması durumunda kurucu iktidar yerine geçeceği kaçınılmazdır.

Çoğunluk görüşü, kurucu iktidar ile ilgili isabetli açıklamaların ardından vahim bir hataya düşmekte, kanun yapan yasama organı ile Anayasa'yı değiştiren tali kurucu iktidar arasındaki farkı görmezden gelmektedir. Aynı organ tarafından gerçekleştirilmiş olmakla birlikte ikisinin hem nicelik, hem de nitelik olarak birbirinden farklı bir işlevi olduğu, Anayasa hukukunun temel bilgilerindendir. Yasama ve Anayasa'yı değiştirme işlevi TBMM tarafından yerine getirilirken, ilki Anayasa'nın 96. maddesi uyarınca Anayasa'nın hiçbir maddesine aykırı olmamak koşuluyla basit çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi bulunmayan "yasa" koyma işlevi iken, diğeri Anayasa'nın yalnızca ilk üç maddesini değiştirmemek koşuluyla, nitelikli çoğunlukla ve Anayasal değer ve etkisi olan Anayasa Mahkemesi dahil tüm kurum ve kuruluşları bağlayıcı "Anayasayı değiştirme" işlevidir.

Bu gerçeğe karşın, yapılan Anayasa değişikliğinin iptal edilmesinin olağan bir yasanın iptalinden hiçbir farkı kalmamıştır. Demokratik bir ülkede, hukuksal değerlendirmelerin dayanağı varsayımlar veya öznel kabuller değil, demokratik süreçlerin ürünü olan hukuk kurallarıdır. 1982 Anayasası'nın önceki tecrübeler nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetim yetkisini yasaklayıp, şeklî denetim yetkisini çok daha ileri bir düzeyde sınırladığı ortada iken, adeta bu süreç hiç yaşanmamış gibi, şekil denetiminin 1970'li yıllarda yapıldığı gibi, başka adlar altında yeniden devreye sokulmasının meşru bir temeli bulunmamaktadır. Sosyal ve siyasal yaşamın dinamizmine uyum sağlamak amacıyla Anayasa'nın bütünlüğünü oluşturan normları değiştirmek suretiyle Anayasal düzende dönüşümlere ve değişikliklere her zaman gidilebilir. Anayasal normlar arasında hiyerarşik bir ilişki kurulamaz. Anayasa'nın 2. maddesindeki soyut niteliklerin somutlaştırılması diğer maddelerdeki düzenlemelerle mümkündür. İlkelere, bu somut düzenlemelerle anlam kazandırılarak bütünlük sağlanır. Başka bir anlatımla ilk üç maddenin dışındaki maddelerle değiştirilemez hükümlere dinamik bir yapı kazandırılarak siyasal yapının temel tercihlerinin meşruiyet temelleri güncelleştirilmiş olur. Değiştirilemez kurallar dinamik bir dönüşüme tabi tutulmadığı takdirde tıkanan hukuksal yollar nedeniyle demokrasi dışı girişimlerin gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Çoğunluk görüşü, Anayasa'nın gelecek kuşakların sorunlarına cevap verme olanağını ortadan kaldırmakla, esasen kendisi değiştirilemez hükümleri işlevsiz hale getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde Anayasa değişikliklerini iptal etmesi üzerine, 1971 Anayasa değişikliklerinde Anayasakoyucu, bu durumu, "kaynağını Anayasadan almayan bir yetki

kullanımı" olarak nitelemiş ve denetimin yalnızca biçimsel unsurlar bakımında yapılabileceğini kabul etmiştir. Elbette yapılan incelemede sözkonusu iradenin Anayasakoyucu iradesi olduğu saptandığı andan itibaren, tüm kurulu iktidarları bağlayan niteliğiyle bunun esastan denetime tabi tutulması mümkün değildir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 1975 yılından başlayarak Anayasa değişikliklerinin esas denetimini "biçimin esas yönünden incelenmesi" adı altında sürdürmesinin ardından, 1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi 1971 Anayasası'nda öngörülenden öte sınırlamaya tabi tutulmuştur. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin yalnızca biçim denetimi yapabileceği bu denetimin ise (a) teklif çoğunlu, (b) oylama çoğunluğu ve (c) ivedilikle görüşülme koşuluna uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı olduğu hiçbir farklı yoruma elvermeyecek açıklıkta vurgulanmıştır. Bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimini hangi ad altında olursa olsun yapmasını engellemek amacıyla kabul edildiği Danışma Meclisi tutanaklarında yeralmaktadır.

Nitekim 1982 Anayasası'nın hazırlanması sırasında Danışma Meclisi'nde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisine ilişkin maddesinin *"Anayasa değişikliklerini ise sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler"* biçiminde değiştirilmesine yönelik önerge verilmiş, *" …Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu ve bunun değiştirilemeyeceği ilkesinin de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulması yararlı olacaktır. Aksi halde bunun bir müeyyidesi olmaz"* ifadeleriyle gerekçelendirilmiş, ancak, *"Eğer devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yolundaki hüküm değiştirilirse, o zaman buna kim mani olacak?"* sorusuna cevap veren bu önerge reddedilmiştir. Anayasa Komisyonu başkanı ret gerekçesi olarak da *"Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz kırkbeş milyon buna karşı koyarız"* ifadelerini kullanmıştır.

Kuşkusuz bu yaklaşım, halk temsilcilerine isnat edilecek bir keyfilik karşısında duyulan çaresizliğin değil, Türk halkının demokratik seçimler sonucunda belirlediği temsilcilerinin nitelikli çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde uzlaşmayacağına yönelik derin bir inançtan beslenen saygının ifadesidir. Nitekim 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği tarihten bu yana yapılan tüm Anayasa değişikliklerine bakıldığında Türk halkının tercihinin daima demokrasinin geliştirilmesi ve özgürlük alanlarının genişletilmesi yönünde olduğu görülecektir. Bu da Türk halkının ve onun demokratik temsilcilerinin özgür iradeleriyle demokrasi dışı ve özgürlük karşıtı bir talep üzerine uzlaşmayacağını kanıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin sınırlı sayıdaki üç husus dışında herhangi bir denetim yetkisinin bulunmadığı bu tarihi gelişmelerden de açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 4. maddesinde ilk üç maddenin değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin teklif edilmesi yasaklanmıştır. Anayasa'nın 11. maddesinde yasakların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş olmasına karşın, Anayasa değişikliklerinin ilk üç maddeye aykırı olamayacağına ilişkin herhangi bir kural öngörülmemiştir.

Anayasa'da değişiklik yapma yetkisi tali kurucu iktidar sıfatıyla TBMM'ne verilmiştir. Bu yetki kullanılırken, yetkinin asli sahibi olan halk karşısında azami sorumluluk gereği halkın inanç, din, cinsiyet veya etnik köken değerlerinde bir ayrıma gidilmeksizin yerine getirilmek zorunluluğu vardır. Yapılan Anayasa değişikliklerinde parlamentonun (5/3, 2/3) şeklindeki çoğunluk koşulu aranmasına rağmen, aşırı faraziyeler örnek gösterilip TBMM'ne duyulan güvensizlik üzerine yorumlar yapılarak kararlar kurgulanamaz.

Her biri diğerinden farklı, çok yönlü talepleri bulunan bireylerin oluşturduğu ulusun ve onların demokratik temsilcilerinin büyük bir çoğunluğunun demokrasi dışı bir talep ekseninde birleşmesi muhtemel görülecekse, bu ihtimalin Egemenlik yetkisi kullanan diğer kurum mensupları yönünden de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Anayasal demokrasilerde egemenliği kullanma yetkisi farklı organlar arasında paylaştırılmış, ancak Anayasa'da bunlara gerekli sınırlar öngörülmüştür. Anayasal değerleri koruma adına değişikliklerin esastan denetimine olanak tanınması Erk'ler arası dengenin bozulmasına ve bir vesayetin doğması sonucuna yol açması kaçınılmazdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yeralan; adalet anlayışı, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik, sosyal, hukuk devleti gibi niteliklerin Anayasa'nın 2. madde dışındaki tüm maddeleri ile yakından ilgisi olan kavramlar olduğu açıktır. Çoğunluk görüşündeki kurgu'dan hareket edilirse yapılabilecek her türlü Anayasa değişikliğinin belirtilen niteliklerle ilgisi nedeniyle onları başkalaştırdığı, içini boşalttığı, işlevsiz kıldığı gibi hiçbir ölçüsü olmayan gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin esas denetimine konu olacağı tartışmasız bir gerçektir. Bu sonuç, halka ait Kurucululuk yetkisinin üstlenilmesi yine halka ait olan egemenlik yetkisinin göz ardı edilmesidir. Anayasa Mahkemesi kendi sınırlarını genişletmiş tali kurucu iktidar yetkisini ise oldukça sınırlamıştır. Oysa, idari işlem, düzenleyici işlem, yasama tasarrufu biçimindeki normlar hiyerarşisine uygun olarak yukarı çıkıldıkça, işlem sahibi iradenin takdir yetkisi genişlemekte, buna bağlı olarak denetim alanı da daralmaktadır. Bu, arkalarındaki demokratik meşruiyetin genişlemesiyle de açıklanabilir. Bu nedenle Anayasa değişikliklerinin denetiminde kurucu iktidarın takdir yetkisinin ileri

düzeyde geniş, denetim organının ise ileri düzeyde sınırlı olması beklenir ki, 1982 Anayasasının üzerine kurulduğu sistemde buna işaret etmektedir. Çoğunluk görüşü bu ilişkiyi tersine çevirerek siyasal işleyişi yargı vesayetine bağlayarak ciddi bir sorun yaratmıştır.

Anayasakoyucunun tarihsel deneyimlere dayanan açık tercihi karşısında çoğunluğun "içerik yönünden" veya "esasın biçim yönünden incelenmesi" tarzındaki usullerle ulaşmaya çalışılan sonucun, mantıken doğru kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü başlık altında yapılan inceleme, yapılan Anayasa değişikliğinin anlam ve kapsamını belirledikten sonra, bunun Anayasa'nın 2. maddesindeki ilkelere aykırı olduğunu tesbitten ibarettir. Esas denetim de zaten bundan başka bir şey değildir. Dolayısıyla Kurucu İktidar Anayasa Mahkemesine esas denetim yetkisi vermiş olsaydı, zaten bundan farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktı. Bu durumda "1982 Anayasası Anayasa Mahkemesine neyi yasakladı" sorusu cevapsız kalmaya mahkum olmaktadır.

Bu nedenlerle söz konusu denetimin Anayasal dayanağı yoktur.

2- ESAS YÖNÜNDEN

(Usul sorununun aşılması üzerine bu bölüme ilişkin karşıoy yazılmıştır.)

Düzenlemenin 1. maddesiyle Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "*ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında*" ibaresi eklenmektedir. Bireylerin "her türlü kamu hizmetinden eşit bir biçimde yararlanması" eşitlik ilkesinin evrensel anlayış biçiminin bir somutlaşması niteliğindedir. Zaten bu ibarenin eklenmesinden önce de devletin bireyleri "her türlü kamu hizmetlerinden *yararlandırılmaması*"nın eşitliğe uygun olduğunu ileri sürmek olanaksızdı. 2004 yılında yapılan değişiklikle "pozitif ayrımcılığın" bir Anayasal direktif haline getirilmesinden sonra, kadınlar yönünden eşitliğin yalnızca yasalar karşısında değil, yasal uygulamalarda da gözetilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Kamu adına kamusal talep ve tercihleri yaşama geçirmek dışında herhangi bir meşruiyeti olmayacak olan devletin, bireylerin bir kısmını kamu hizmetlerinden yararlandırmasında ayrımcılık yapması olasılığı değişiklikten önce de Anayasa'ya aykırı olacaktı. Bu nedenle yapılan değişikliğin Anayasa'nın evrensel ilkelerinden olan eşitlik ilkesinin "somutlaştırılması"ndan başka bir anlamı bulunmamaktadır.

Düzenlemenin 2. maddesiyle de 42. maddeye bir fıkra eklenmiştir. Buna göre "*Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yüksek öğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla düzenlenir*." Anayasa'nın 42. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Kimse eğitim*

ve öğretim hakkından mahrum bırakılamaz." Her iki kuralı birlikte değerlendirdiğimizde birinci fıkrada "*genel eğitim*" bakımından öngörülen bir "*genel kural*" olduğu, yeni kuralda ise "*yüksek öğrenim*" bakımından bir "*özel kural*" öngörüldüğü söylenebilir. Her iki kuralın istisnalarının da bulunduğu görülmektedir. Birinci fıkradaki eğitim ve öğretim hakkı, mahrumiyet düzeyine ulaşmayacak biçimde, yasayla düzenlenebilecektir. "*Mahrumiyet*" kavramı hem genel eğitim ve öğretim için hem de yüksek öğrenim hakkı için "*hakkın özü*"nü oluşturmaktadır. Buna ilişkin düzenlemelerin yasayla yapılacağı söz konusu değişiklikte de vurgulanmaktadır. Oysa, Anayasa'nın 13. maddesinde de aynı kural aynı şeyi ifade etmektedir. Yeri gelmişken hemen belirtmek gerekirse, yasa koyma yetkisi münhasıran yasama organına ait olduğuna göre temel hakların sınırlanması niteliğinde ortaya çıkacak her türlü "sınırlama" tasarrufunun da yasama organının iradesine dayanması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesi de bunu açıkça göstermektedir. Yargı organlarının gerekçe olanağını kullanarak sınırsız ve denetimsiz norm ihdası hem yetki aşımı hem de erkler ayrılığı ilkesinin açık ihlalidir.

Görüldüğü gibi, yapılan değişikliklerin uygulamaya geçirilebilmesi için yasal bir düzenlemeye ihtiyaç gösterdiği açıktır. İşte tam da bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin işlevi kendini göstermektedir. Eski metne yeni bir boyut kazandırmayan Anayasa değişikliklerinin esas denetiminin yerine, bunun uygulanması için ihtiyaç duyulan Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'nın 2. maddesindeki nitelikler başta olmak üzere denetiminin yapılması Anayasal sistematiğe daha uygun olurdu.

Çoğunluk görüşü laikliği, eleştirel akla dayalı bir süreç olan aydınlanmanın bir ürünü olarak tanımlamış, bu ilkenin bilim ve sanatı esas alan Rönesans ve dinsel çoğulculuğu esas alan Reformasyon ile ilişkisini isabetle vurgulayarak, çağdaş dünyaya egemen olan temel parametreleri benimsemiştir. Ancak esasta ulaştığı sonuçlar çağdaş dünyadaki sonuçlarla temelde çatışmaktadır. Hiçbir çağdaş ülkede bulunmayan üniversitelerde dinsel simgeleri düzenleme zorunluluğunu dayatmaktadır. Aynı propoganda etkisine sahip siyasal simgelere ilişkin herhangi bir sınırlandırma ihtiyacı ise duyulmamaktadır. Üniversiteler propagandanın, farklı görüşlerin, yoğun siyasal, sosyal ve bilimsel tartışmaların egemen olduğu, olması gerektiği ayrıcalıklı mekanlardır. Toplumsal yaşamda çoğu zaman bulunamayacak aydınlanma, sorgulama, karşılaştırma, kabul ya da ret olanaklarını üniversiteler sunabilmektedir. Toplumsal yaşamda geçerli olmayan kılık kıyafet düzenleme gerekliliğini üniversitelere dayatmak, hem üniversitelerin bu olağan işlevine, hem de Anayasa'da öngörülen akademik, bilimsel, düşüncel, kolektif ve diğer entelektüel özgürlükler manzumesine ters düşmektedir. Üniversiteler kışla değildir. Ders disiplini, reşit

öğrencilerin uniform bir davranış, düşünüş ve inanç modeline sokulmasının gerekçesi olamaz. Üniversitelerde düzenleme yetkisinin tek meşru gerekçesi, eğitimin üniversiter gereklere uygun olarak yürütülmesi olmalıdır.

Çoğunluk gerekçesinde, 5735 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'nın 42. maddesine eklenen "*kanunda açıkça yazılı olmayan*" ibaresinden, yasa ile açıkça yasaklanmadıkça yüksek öğretimde kıyafetin herhangi bir ölçüye tabi tutulmaksızın serbest bırakıldığı, yükseköğrenim hakkını kullananlara bu kıyafetleri taşımaktan dolayı herhangi bir yaptırım uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Oysa bu ifadenin temel amacının, yasakoyucu dışında hiçbir organın temel hak sınırlamasına tevessül etmemesini sağlamak olduğu unutulmaktadır. Yani 13. madde de yasakoyucuya ait olan bir yetki biraz daha vurgulanarak ifade edilmektedir. Diğer yandan yukarıda ifade edilen varsayım devam ettirilmekte, ülkede bireylerin dinsel özgürlüklerinden kaynaklanacak hak ihlalleri ve kamu düzeninin bozulması karşısında hiçbir yasal düzenlemenin bulunmadığı ve buna dayalı olarak da tüm devlet organlarının eli ve kolunun bağlı olduğuna inanılmaktadır. Oysa 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi başlı başına bu gereksinimleri karşılayacak niteliktedir. Genel nitelikli diğer yasalardan söz etmeye dahi gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan çoğunluk görüşünün temelini oluşturan hususun iptal edilen düzenlemenin lafzı olmayıp, gerekçesinde yer alan "başörtüsü" ifadesi olduğu gözden kaçmamaktadır. Hiçbir bağlayıcılığı olmayan yasa gerekçesinde yer alan bir kavramın, Anayasa'nın temel tercihlerini ihlale neden olacak kadar ölçüsüz bir korkuya ve endişeye neden olması, hukuk bilimiyle açıklanabilir olmaktan uzaktır.

Kaldı ki Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin eski metne göre yeni bir hukuksal sonuç doğurmaya elverişli olmaması nedeniyle Yasanın gerekçesinde belirtilen amacı ne derece gerçekleştireceği de tartışmalıdır.

Çoğunluğa katılmadım.

Başkan
Haşim KILIÇ

KARŞIOY YAZISI

9.2.2008 günlü, 5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la Anayasa'nın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına "bütün işlemlerinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "**ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanılmasında**" ibaresi, 42. maddesine altıncı fıkradan sonra gelmek üzere, "**Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğretim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanılmasının sınırları kanunla belirlenir**" fıkrası eklenmiştir.

Anayasakoyucu, 148. maddeyle, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceleyip denetleyebileceğini belirtmiş, esas yönünden denetleme yapmasını yasaklamıştır. Bu denetlemeyi de, değişikliklerin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarıyla sınırlı tutmuştur.

Konuyla ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi 16.6.1987 günlü, E:1987/9, Karar:1987/15 sayılı kararında, "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir" demektedir.

Şekil bakımından denetleme esasa girmemeyi öngörmesine karşın, Anayasa değişikliğinin gerçekte neyi amaçladığının ortaya çıkartılması kaçınılmaz olarak esas denetimine girme mânâsına gelmektedir. Anayasa normunun anlam ve kapsamı da, Anayasa'ya uygun yorumla ulaşılan sonucun doğuracağı esastan iptal yahut uygun bulunma neticesi de birer esas denetim parametreleridir. Bu itibarla, normun muhtevası hakkında bağlayıcı kararla ulaşılması, heyetin çoğunluğunun şekil yönünden değil esasa girerek karar verdiğini gösterir ki, bu, yetkisi dışında görünmektedir. Çünkü 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin salt biçim yönünden incelenmesi hâlinde, basitçe, ortada 148. maddenin şartlarına aykırılık

bulunmadığı belirtilerek dosyadan el çekilmesi gerekecekti. Halbûki, şeklî aykırılık tartışmaları aşılmış, yapılan düzenlemenin 2. maddeyi dolanarak veya dolaylı olarak değiştirdiği yorumlarına girmekle normun bizzat ve kaçınılmaz tarzda esastan incelenmesine geçilmiş olmaktadır.

Bundan sonra her türlü gerekçenin gayet rahatlıkla içine girebileceği derecede geniş anlamları olan demokrasi, lâiklik, sosyallik kavramları uyarınca ve bunlarda Anayasa Mahkemesi'nce her zaman farklı yorumlamaya gidilebileceği ihtimaliyle artık hiçbir Anayasa değişikliği yapılamayacak, teklif edilemeyecek, akla dahî getirilmeyecektir.

Bu sûretle, bırakalım Anayasa'yı yeniden yapmayı, en küçük değişiklikte dahi karşısında değiştirilemez üç madde bulunacaktır.

Anayasa'nın yeniden hazırlanması da yalnızca ve sadece **aslî kurucu iktidarın** işi olacak, **tâli kurucu iktidardan** artık hiç bahsedilmeyecektir.

Toplumun temel sosyo-politik ve sosyo-ekonomik yapılanması anlamına gelen Anayasa'da bunun dışında değiştirilemeyeceği için durağan, statik, sabit bir metinle hukuk devletinin idâme ettirileceği, dinamik toplumun böyle mutlu kılınacağı zannedilecektir.

Oysa doğru olan, Anayasa'nın kendini temel ilke değişikliklerine karşı korurken bunlar dışındaki tüm maddelerde değişime izin vererek hem ilkeleri hem de bir bütün olarak kendini zamanın şartlarına uyarlıyabilme yeteneğine sahip olabilmesidir. Demokratik, lâik ve sosyal bir Anayasa her şeyden önce bu dönüşümü zorunlu kıldığından, engelleme çabası anlamına gelen çoğunluk görüşünün Anayasa'nın temel ilkeleriyle bağdaşması mümkün görülmemektedir.

Kanunlar ve anayasalar abesle iştigal etmez. Anayasa'nın 4. maddesiyle ilk üç maddedeki değişiklik yasaklanmakta iken, eşitliğin ve eğitim özgürlüğünün vurgulanmasından öte gitmeyen 10. ve 42. maddelerdeki değişikliğin 4. madde kapsamında olduğunu ileri sürmek (fevkalâde) zorlama bir yorum olmaktadır.

Bilakis, bu iki maddedeki ilâvelerin, Anayasa'nın sözü geçen 14. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları da gözönünde bulundurulduğunda, kişi hak ve hürriyetlerinin geliştirilmesi maksadına dönük olduğu, AİHM kararlarında ve Anayasamızın temel felsefesinde de bunları sınırlama değil mümkün olduğunca genişletme arzusu yattığı, böylece, lâikliği zedeleyerek Anayasa'ya aykırı olmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinin özü, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir "hukuk devleti" olduğudur. Maddede bunun içi doldurulmuş, "demokratik, lâik, sosyal" sıfatları eklenmiştir. Ne var ki, hiçbir niteleme getirilmese de, o hukuk devletinin demokratik, lâik, sosyal olacağı bellidir, kavramın kendi anlamı içinde bunlar zâten yatmaktadır. Anayasakoyucu fazladan vurgu yaparak bu nitelemeleri yazıya geçirmiş, toplumun huzuru anlayışı içinde, millî dayanışma anlayışı içinde, adâlet anlayışı içinde kalarak insan haklarına saygılı olduğunu; Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıç'ta belirlenen temel ilkelere dayandığını da ayrıca ilâve etmiştir. Ana vurgu, temel özellik, öz yapı "hukuk devleti" kavramındadır. Anayasa Mahkemesi bunun açılımını da, "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve devlet etkinliklerinin düzenli sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturarak aynı zamanda istikrara da hizmet eder. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır. Hukuk devleti, yasaların kamu yararına dayanması ilkesini de içerir. Buna göre, özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz" şeklinde belirlemektedir.

Hukuk devletinde ne çoğunluğun azınlığa ne de azınlığın çoğunluğa karşı dayatması, zorlaması, keyfi davranışı olabilir. Arzûya göre suç ihdâs edilemez, isteğe göre cezâ konulamaz. Kararların ve işlemlerin ölçülü, makûl olması aynı zamanda Mahkeme içtihatlarındandır. Amaç, her şeyin açık ve net, yetki, görev ve sorumluluk paylaşımının âdil ve dengeli olduğu **özürsüz ve ârızasız demokrasi** oluşturmaktır.

İyiniyet ve karşılıklı etkileşimlerle sistemin kendi akışına bırakılmasında, bundan böyle, büyük faydalar vardır. Şekilde kalmayıp beyinlerde ve kalplerde özümsenmiş demokratik bir lâiklik hasımlık ve bölünmeye değil, birleşme ve bütünleşmeye, sosyal barışın yerleşmesine, enerjinin içe değil (yıkıcı) dışa dönük (yapıcı) harcanmasına yol açacak; faydalı yeniliğin engeli değil gelişmenin ve kalkınmanın kanadı, karşılıklı

anlayış, dostluk, sevgi, saygı, güven ve hoşgörünün basamağı ve teminâtı olacaktır.

Mevcut ve açık tehlike ilkesi gereği, kişi yaptığı hareketin kanunda suç teşkîl etmesi karşısında ancak mahkeme kararıyla suçlu sayılır. Sanık dahî suçsuz muâmelesine tâbidir. Böyle olunca, muhtemel, potansiyel, hayalî suçlu kavramı arkaik kalmaktadır. Bir türlü gelmeyen, ne zaman geleceği belli de olmayan ama devamlı tekrarlayarak, üsteleyerek, tâze tutularak hemen geleceği vehmedilen (varsayılan) mücerret (soyut) ve mevhum (hayalî, belirsiz) bir tehlike uğruna müşahhas (somut) bir eğitim hakkının gasbına göz yumulmaktadır. Birilerinin itilip kakıldığı ve ikinci sınıf sayıldığı (veyâ böyle hissedildiği), buna karşılık ayrıcalıkların ve keyfiliğin arttığı (veyâ öyle zannedildiği) bir zeminde "hukuk güvenliğinden", "eşitlikten", "vâr olmaktan" bahsedilmesi hayli zordur. Devamlı şekilde **niyetleri** sezmeye çalışmak, **varsayımları** ve **olasılıkları** bahâne etmek problemi çözümsüzleştirmektedir. Hukuk devletinde işlemler, vehimler, tahminler veya kehânetler üzerine değil Anayasa ve yasalara uygun somut gerçeklikler üzerine binâ edilir.

Bu gerekçelerle, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan değişikliklerin Cumhuriyetin 2. maddede belirtilen temel niteliklerini dolaylı bir şekilde değiştirdiği ve işlevsizleştirdiği iddiasının gerçekte asıl hukuk devletinin dolanarak ihlâl edildiği anlamına ulaştığını görüyor, bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Sacit ADALI

Esas Sayısı : 2004/55

Karar Sayısı : 2008/118

Karar Tarihi : 12.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Beşinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4756 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile değiştirilen 15. maddesinin son fıkrasının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzmanlığı yönünden, Anayasa'nın 2., 7., 8., 123. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, gerekli şartları yerine getirmediğinden üst kurul uzmanlığına atamasının yapılmamasına ilişkin işlemin iptali için açtığı davada verilen red kararının temyiz incelemesinde, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Beşinci Dairesi iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Süheyla Öksüz tarafından, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzmanlığına yapılan atamalara ilişkin 7.8.2002 günlü, 2002/35 sayılı kararın ve bu karara dayalı olarak kurulan 8.8.2002 günlü, 574 sayılı işlemin iptali istemiyle Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na karşı açılan davanın reddi yolunda Ankara 8. İdare Mahkemesi'nce verilen 30.5.2003 günlü, E:2002/1399, K:2003/697 sayılı kararın davacı tarafından temyizi üzerine oluşturulan dosya incelendi:

Davacının, gerekli şartları yerine getirmediği için üst kurul uzmanlığına atamasının yapılmaması ile diğer çalışanların Üst Kurul Uzmanlığı'na atanmasına ilişkin işlem; "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlık Sınav, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe göre tesis edilmiş olup, anılan Yönetmeliğin yasal dayanağını 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları

Hakkında Kanunun 4756 sayılı Kanunla değişik 15. maddesini oluşturmaktadır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile kamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe sahip, tek başına icrai nitelikte kararlar alabilen ve yaptırımlar uygulayabilen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu oluşturulmuştur. Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla oluşturulan Kurul, sektör politikalarını belirlemek, idari düzenleme yapmakla görevli, kuruluş ve görev alanı itibariyle son yıllarda klasik idari örgütlenme modeli dışında kurulan, öğretide "Bağımsız İdari Otoriteler" olarak adlandırılan idari kuruluşlar arasında yer almaktadır.

Kamusal yaşamı etkileyen belli kamu hizmetlerini düzenleme ve denetleme işlevini yerine getirmek üzere kurulan bağımsız idari otoriteler, klasik idari yapının dışında, kamu tüzel kişiliğine sahip kamu kurumu niteliğini taşımaktadırlar. Dolayısıyla anılan kuruluşların, kamu kurumu nitelikleri göz önüne alınıp, idarenin kuruluş ve faaliyetleriyle, personeline ilişkin Anayasa'da yer alan ilkeler doğrultusunda kurulması gerekir.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun Üst Kurul personelinin hukuki durumunu düzenleyen 15. maddesinde Üst Kurulun, Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirmek maksadı ile yeterli sayıda ve vasıfta personelden teşkilatını oluşturacağı belirtildikten sonra, Teşkilat personelinin istihdam şekli, özlük hakları, çalışma esas ve usullerinin Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu personeline uygulanan hükümlere tabi olduğu kurala bağlanmıştır.

2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 53. maddesinde istihdam edilecek personel arasında "uzman" unvanına yer verilmiş, ancak bu uzmanların nitelikleri konusunda bir düzenleme getirilmeyip konu Kurum tarafından çıkarılacak Yönetmeliklere bırakılmıştır. 3984 sayılı Yasa'nın atıfta bulunduğu 2954 sayılı Yasa'da uzmanların nitelikleri konusunda düzenlemeye yer verilmemesi, aynı hizmet alanında farklı görevleri üstlenen Radyo ve Televizyon Üst Kurulu uzmanlarının göreve alınmalarında aranacak nitelikler seçilme usulü, yetişme koşulları, çalışma usul ve esaslarının bu kurumun özelliği de dikkate alınarak düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin "hukuk devleti" vurgulanmış, 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılıp, yerine getirileceği belirtilmiş; 123.

maddesinde de "idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında ise; Devletin kamu iktisadi teşekkülleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi için yasaların Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması zorunludur. Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, yasaların normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan anayasaya bağlılığının denetlenmesini gerektirmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde; "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." kuralı bulunmaktadır.

Yasama yetkisi asli bir yetki olduğundan ve Türk hukukunda kanunla düzenleme alanı konu itibariyle sınırlandırılamadığından (yasama yetkisinin genelliği) yasama organı dilediği alanı Anayasa ilkelerine uygun olmak koşuluyla düzenleme yetkisini haizdir. (Anayasa Mahkemesinin E:1985/2, K:1985/6 sayılı kararı; Özbudun, Ergun:Türk Anayasa Hukuku 4. Baskı. Ankara 1995, s.164-165)

Yasayla düzenlenmesi Anayasada öngörülen bir konuda yasama organının, "temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir" (Anayasa Mahkemesinin E:1993/5, K:1993/25 sayılı kararı). Bir başka deyişle yasama organı, sahibi olduğu yasama yetkisinin asli, devredilemez niteliğiyle birlikte yürütme ve idarenin türevsel, istisnai, sınırlı düzenleme yeteneğini dikkate almak suretiyle temel esaslarını düzenlediği konularda yürütme ve idareye düzenleme yetkisi tanıyabilir. Kamu görevlilerini ilgilendiren düzenlemeler söz konusu olduğunda, statünün yapıcı unsurlarının da kanunla düzenlenmesi gerekli olmaktadır.

Yasama organının, idareye düzenleme yetkisi tanıdığı yasal düzenlemelerin, Anayasa'nın 7. maddesine uygun olup olmadığının belirlenmesinde Anayasa Mahkemesi'nin 4.7.1995 günlü, E:1995/35, K:1995/26 sayılı kararında ifade edildiği gibi hem Anayasa ile belirlenen ilkelere hem de Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ortaya çıkan ölçütlere göre incelenmesi gerekmektedir.

Anayasanın 7. maddesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ortaya çıkan ölçütler konusunda çok sayıda karar bulunmaktadır.

Şöyle ki;

- Yasa koyucu temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları düzenlemek üzere hükümete yetki verebilir. (Anayasa Mahkemesinin 10.12.1962 günlü, E:1962/198, K.1962/111 sayılı kararı)

- "...yasa düzenlemek istediği alanı yeterince düzenleyecek ve yürütmeye tanıyacağı yetkileri yine yeterince sınırlandıracak, yürütme ise yasanın tanıyacağı sınırları belli yetkinin nasıl kullanılacağını düzenleyecektir..." (Anayasa Mahkemesinin 23, 24, 25 Ekim 1969 günlü, E:1967/41, K:1969/57 sayılı kararı)

- "... Yürütmenin ... klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan ... yasalarda düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir ... uygulamaya ilişkin esasların tespiti yönünden yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır. Yasada, esasla alakalı bir çok yönler düzenlenmemiştir. Bu durum, açıkça bir yetki devridir..." (Anayasa Mahkemesinin 13.6.1985 günlü, E:1984/14, K:1985/7 sayılı kararı)

- "... Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetiminin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasanın 7. maddesine aykırı düşer..." (Anayasa Mahkemesinin 6.7.1993 günlü, E:1993/5, K:1993/25 sayılı kararı)

- "... yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakmaması gerekir." (Anayasa Mahkemesinin 18.1.1996 günlü, E:1995/25, K:1996/2 sayılı kararı)

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararlarında getirilen ölçütlere göre; temel esas ve hükümler yasada yer aldıktan sonra uzmanlık veya yönetim tekniğine ilişkin konuların yürütme organına bırakılabilmesi mümkündür. Temel esas ve hükümler ise düzenlenecek konuya göre değişiklik gösterebilir. Bu şekilde yürütme organına yetki tanırken de, "idarenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek" objektif kuralların konulması zorunludur. (Anayasa Mahkemesinin 23-25.10.1969 günlü, E:1967/41, K:1969/57 sayılı kararı)

Kamu kurumu nitelikleri gözönüne alınarak bağımsız idari otoritelerin de örgütlenme ve faaliyet alanlarına, kamu yönetim usulüne tabi bu kuruluşlarda hizmetlerin kimlerce yürütüleceğine ve personel rejimine ilişkin temel ilke ve esasların yukarıdaki kararlarda ortaya konduğu üzere yasayla düzenlemesi Anayasal bir zorunluluktur. Yasama organı belirtilen konuları, ölçütlerini belirlemek suretiyle idarenin düzenlemesine bırakabilir.

3984 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun oluşumu, Üyelerin ve Başkanın seçimi, görev ve yetkilerinin yasal çerçevesi çizilmektedir. Ancak, Yasa'nın Üst Kurulun Teşkilatı ve Personeli konusunda düzenleme öngören 15. maddesinde; Daire Başkanlıklarının yeteri kadar uzman istihdam edecekleri ve uzmanlık esasına göre çalışacakları öngörülmekle birlikte, üst kurul personelinin özlük hakları, çalışma usul ve esasları ile personelle ilgili diğer hususların Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu personel rejimine tabi olduğu, üst kurulun çalışma usul ve esasları ile teşkilatı ve atama usullerinin, bu Kanuna uygun olarak üst kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği kuralına yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, hangi alanlarda uzman istihdam edileceği uzmanların nasıl bir yöntem izlenerek hangi ilke ve kurallara uyularak seçileceği, uzmanlarda aranacak öğrenim ve diğer atama koşullarının neler olacağı Yasayla düzenlenmemiş, belirtilen konular üst kurulun düzenlemesine bırakılmıştır. Böylece uzman istihdamı rejiminin, özel yöntem esas ve usullerinin belirlenmesi gerekirken, bu konuda hiç bir ilke ve kural konulmaksızın idareye bırakılması suretiyle yasama yetkisi, ölçüt ve sınırlama getirilmeksizin idareye devredilmiştir.

Nitekim anılan düzenlemeye dayanılarak çıkarılan ve 7.11.1998 gün ve 23516 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzman Yardımcılığı ve Uzmanlık Sınav, Görev ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" ile belirtilen hususların düzenlendiği, 12.1.2000 gün ve 23931 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle eklenen geçici

madde 2 ile uzmanlık gerektiren bir alanda bir yüksek öğretim kurumunda öğrenci olanlara dahi belirli koşullarla bu hakkın verildiği görülmektedir.

Sonuç olarak, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunda istihdam edilecek uzmanların personel rejimini belirleme yetkisinin temel ilke ve esasları konulup, çerçevesi çizilmeden, sınırları gözetilmeden üst kurula devrine ilişkin 3984 sayılı Yasa'nın yukarıda irdelenen hükmü, 2., 8., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu gibi; yasama yetkisinin devredilme sonucunu doğurması nedeniyle Anayasa'nın 7. maddesine de aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan Mahkemenin, o dava sebepleriyle uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi durumunda, bu yoldaki gerekçeli kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince, 3984 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzmanlığı yönünden iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan ilgili belgelerin birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, 31.3.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un itiraz konusu 15. maddesi şöyledir:

"Üst Kurul yardımcı hizmetlerinin yürütülmesinde Başkana yardımcı olmak amacıyla bir Genel Sekreter atanır. Genel Sekreterin en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu, otuz yaşını doldurmuş, Devlet memuriyetinde veya ihtisas dalında on yıllık meslekî tecrübeye ve Devlet memuriyeti için aranan koşullara sahip olması şarttır.

Ana hizmet birimleri, Üst Kurul Başkanına bağlı, Hukuk Müşavirliği, Teftiş Kurulu Başkanlığı, Savunma Sekreterliği, İzleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığı, Kamuoyu, Yayın Araştırmaları ve Ölçme Dairesi Başkanlığı, İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı, Uluslar-arası İlişkiler Dairesi Başkanlığı, Araştırma ve Geliştirme Dairesi Başkanlığından teşekkül eder.

Yardımcı hizmet birimleri, Genel Sekretere bağlı, Personel Dairesi Başkanlığı, Eğitim Dairesi Başkanlığı, İdarî ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı ve Teknik Hizmetler Dairesi Başkanlığıdır.

Daire başkanlıkları, yeteri kadar uzman istihdam eder ve uzmanlık esasına göre çalışır. **(Değişik ikinci cümle: 15/7/2003-4928/15 md.)** Mahallî yayınları izlemek için gerekli görülen yerlerde halen mevcut kadrolardan bölge teşkilâtı oluşturulabilir.

Daire başkanları ile daha üst düzeydeki görevliler Kurul Başkanının önerisi ve Üst Kurulun kararı ile atanır.

Üst Kurul personelinin özlük hakları, çalışma usul ve esasları ile personelle ilgili diğer hususlar Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu personel rejimine tabidir.

Üst Kurulun çalışma usul ve esasları ile teşkilâtı ve atama usulleri, bu Kanuna uygun olarak Üst Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuruda Anayasa'nın 2., 7., 8., 123. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A.Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 8.7.2004 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular, mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemede açılmış olan dava, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu uzmanlarının atama usulleriyle ilgili olduğundan, 3984 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin son fıkrasına ilişkin esas incelemenin

"...ve atama usulleri..." ibaresi ile sınırlı olarak Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzmanlığı yönünden yapılmasına, 12.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunda hangi alanlarda uzman istihdam edileceğinin, uzmanların nasıl bir yöntem izlenerek hangi ilke ve kurallara uyularak seçileceğinin, uzmanlarda aranacak öğrenim ve diğer atama koşullarının neler olacağının yasayla belirlenmeyip Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun çıkaracağı yönetmeliğe bırakılmasının, Anayasa'nın 2., 7., 8., 123. ve 128. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

3984 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin son fıkrası, Üst Kurul'un uzmanları da içersine alan personelinin atama usullerinin, bu Yasa'ya uygun olarak Üst Kurul tarafından çıkartılacak yönetmeliklerle belirleneceğini düzenlerken, aynı maddenin altıncı fıkrası ise, Üst Kurul'un personel rejiminin Türkiye Radyo – Televizyon Kurumu personel rejimine tabi olduğunu belirterek 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'na yollama yapmıştır. Ancak gerek 2954 sayılı Yasa'da gerekse yasanın 50. maddesindeki Türkiye Radyo – Televizyon Kurumu personelinin bu yasada düzenlenen hükümler dışında kamu iktisadi kuruluşlarının personel rejimine tabi olacağına dair hükmü gereğince 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'de uzmanların atama usulleriyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."* denilmektedir.

Radyo ve televizyon kuruluşlarına yayın izni ve lisans vermek, yayınların bu yasa ve milletlerarası andlaşmalara uygunluğu açısından izlenerek denetimlerini yapmak, yasaya aykırı ve tahsis şartlarına uymayan yayınlar için yaptırım uygulanmasına karar vermek, bu alandaki çalışma ve faaliyetlerle ilgili düzenlemeleri hazırlamak gibi temel işlevler üstlenen

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, idarenin bütünlüğü içersinde yer alan, kamu tüzel kişiliğini haiz, radyo ve televizyon yayınları alanında kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı kalarak kamu yararı amacıyla işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, bu nedenle icra ettiği hizmet sürekli ve asli nitelikte olan bir kuruldur.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu yasayla kendisine verilen kamu hizmeti niteliğindeki sürekli görev ve hizmetleri, maddenin dördüncü fıkrasına göre, daire başkanlıkları şeklinde örgütlenen ve uzmanlık esasına göre çalışan ana hizmet ve yardımcı hizmet birimlerince yerine getirir. Bu nedenle uzmanlar, Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen genel idare esaslarına göre asli ve sürekli nitelik taşıyan kamu hizmetlerini yerine getiren personeldir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesi gerekir.

Üst Kurul uzmanlarının, uzmanlık alanları, nitelikleri, öğrenim dalları ve düzeyleri, seçilme usulleri, tabi olacakları sınavlar, yeterliliklerinin belirlenmesi ve atamanın nasıl yapılacağını içeren atama usullerinin yasayla düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Üst Kurul'un çıkartacağı yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 15. maddenin son fıkrasında yer alan "...ve atama usulleri..." ibaresi Radyo ve Televizyon Üst Kurul uzmanları yönünden Anayasa'ya aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

İptal konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 128. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, ayrıca Anayasa'nın 7. maddesi yönünden incelenmesine gerek duyulmamış, 8. ve 123. maddelerle de ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 15.5.2002 günlü, 4756 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle değiştirilen 15. maddesinin son fıkrasında yer alan "…ve atama usulleri …" ibaresinin, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzmanlığı yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar

ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 12.6.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un, 15.5.2002 günlü, 4756 sayılı Kanunla değişik iptal istemine konu 15. maddesinin son fıkrasında, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun (RTÜK) çalışma usul ve esasları ile teşkilatının ve **"atama usulleri"**nin, bu kanuna uygun olarak Üst Kurul tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle belirleneceği hüküm altına alınmaktadır. Danıştay 5. Dairesi'nin itiraz başvurusuna konu olayda da, anılan Kanunu'nun 15. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen "…uzman…" kadrosuna ilişkin olarak Kanunda somut bir belirleme yapılmadığı ve çerçevenin çizilmediği, dolayısıyle salt Üst Kurul'un takdirine bırakılma şeklindeki itiraza konu kuralın Anayasa'ya aykırı düştüğü ileri sürülmektedir.

Hemen işaret etmek gerekir ki, anılan düzenlemenin, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası ile uyumlu olmadığını söyleyebilmek mümkün değildir. Gerçekten, anılan Anayasal hüküm, kamuda nitelikli ve özellikli kimi görev ve hizmetlerin mutlaka memurlar ve diğer kamu görevlileri marifetiyle gördürülmesinin zorunlu olduğu anlamında yorumlanmamalıdır. Dava konusu kuralla ilgili olarak sorulması gereken ilk soru, RTÜK'nun istihdam edeceği "uzman" kadrolarındaki kişilerin yapacağı işin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev mahiyetinde sayılıp sayılmayacağıdır.

3984 sayılı Kanun'un 5. ve 12. maddelerine göre RTÜK, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum olarak düzenlenmiş olup; öğretideki nitelemeye göre bir "bağımsız idari otorite" (5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun nitelendirmesiyle -EK III sayılı Cetvel Düzenleyici ve Denetleyici Kurum) statüsündedir. Ülkenin radyo ve televizyon yayın-iletişim sistemi üzerinde en yetkili kurum olması dolayısıyle, ifa ettiği hizmetin bir yönü itibariyle kamusal bir işlev olarak değerlendirilmesi gereklidir. Ancak, 5018 sayılı Kanun'un 2. ve 3984 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin düzenlemesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, RTÜK'ü tam anlamıyla klâsik bir kamu kurumu olarak nitelemeye ve yaptığı hizmeti Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti mahiyetinde görmeye ve bunun sonucu olarak da kurumdaki asli ve sürekli görevlerin sadece memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi ve bunlara özgü personel rejiminin mutlaka RTÜK'de istihdam edilecek personele (bu arada uzman kadrosunda görev yapacaklara da) tatbiki gerektiği şeklindeki görüşü benimsemeye imkân yoktur. Kurumun bu "özel" statüsü gereği, RTÜK'de ifa edilen hizmetin tümünün memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesine gerek olmayıp; teknik ve ihtisası gerektiren, nitelikli ve kariyer yapmış eleman istihdamını zorunlu kılan bazı hizmetlerin, iptali istenen kuralda olduğu gibi, diğer istihdam şekilleriyle gördürülmesinde Anayasal bir engel bulunmamaktadır.

Konuya açıklık getirecek diğer bir tespit, Anayasa'nın 133. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemedir. Anılan düzenlemeye göre, radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan RTÜK'nun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenecektir. Görüldüğü üzere, anılan Anayasal kuralda sadece RTÜK üyeleri bakımından kimi düzenlemeler yapılmış; ancak bu kurumun "düzenleyici ve denetleyici kurum" oluşu gözetilerek, üyeler dışındaki personeli yönünden, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasına benzer bir hüküm öngörülmemiştir. Böylelikle, RTÜK'ün belirtilen organik yapısı gözetilerek, bu Kurumda çalışacak personel yönünden memurlar ve diğer kamu görevlileri bakımından getirilen ölçütlere yer verilmemiştir. Bunun doğal sonucu olarak da, RTÜK'ün bu konumu gözetilerek, personel istihdamı yönünden yasa koyucunun takdir yetkisini düzenleyici tasarrufa bırakması doğaldır ve bu yönü itibariyle de ortaya Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

2- Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarından da aynı sonucu çıkarmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi bir kararında

"…Anayasanın 125. maddesinin dördüncü fıkrasında geçen 'yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesi' hükmündeki **'esaslar'** sözcüğü ile 128. maddesinin birinci fıkrasında geçen 'genel idare esasları' deyimi, kamu görevinin anayasal dayanağıdır… Önemi ve değeri nedeniyle Devletin başlıca görevleri **'genel idare esasları'**na göre yürütülmektedir. '**Genel idare esasları'**na göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. Bu hizmetlerin yapısal ve işlevsel özellikleri, onu diğer hizmetlerden ayırır. Bu görevlerde bulunan kimseler, yasaların güvencesi altındadır. Anayasanın 128. maddesinde genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerine ilişkin asli ve sürekli görevlerin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. **Bu görevlerin kadroya bağlanması dışında, merkezi idare ile statüer bir ilişki içinde olması ve kamu gücünün kullanılması biçiminde özellikleri görülmektedir…"** (Any. Mah.nin 9.2.1993 tarih ve E.1992/44, K.1993/7 sayılı kararı; AMKD., Sayı 29, S.273-275) şeklinde konuya açıklık getirmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi, 3182 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 23.5.1987 tarih ve 3332 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin kararında, Devlet Yatırım Bankası'nda çalışanların statü ve özlük hakları konusunda Bakanlar Kurulu'nun yetkili kılınmasına ilişkin kuralla ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: "…İddianın yerinde olup olmadığına karar verebilmek için sözkonusu banka personelinin niteliğini belirlemek gerekir. Bilindiği gibi **kamu bankaları** tıpkı bankacılık sektöründe faaliyet gösteren özel sektör bankaları gibi kredi ve mevduat işlemlerine dönük faaliyette bulunmakta ve özel sektör bankaları ile yoğun bir rekabet içinde çalışmaktadır. Adı geçen sektörde özel işletmecilik esasları hakimdir. **Bu nedenle banka personelinin hizmetini 'genel idare esaslarına göre' yürütülen 'kamu hizmetleri'nden saymaya imkân yoktur.** Dolayısıyle adı geçen banka personelinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek ilkeler çerçevesinde düzenlenmesinde Anayasanın 128. maddesine herhangi bir aykırılık yoktur…" (Any. Mah.nin 21.1.1988 tarih ve E.1987/11, M.1988/2 sayılı kararı; AMKD, Sayı 24, S.30)

RTÜK'da yukarıda işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararları ışığında, kamu (TRT) ve özel teşebbüsçe işletilen tüm radyo ve televizyon faaliyetleri üzerinde düzenleyici ve denetleyici işleve sahip, asıl iştigal olanı "görsel ve işitsel medya" olan bir kurum olarak, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasındaki "genel idare esaslarına göre kamu hizmetlerini yürütmekle

yükümlü bir Devlet kuruluşu" şeklinde nitelendirilemez. Dolayısiyle, dava konusu kuralla öngörülen düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralın iptalini gerektirir hukuki bir nedenin bulunmadığı ve bu nedenle iptal isteminin reddi gerektiği kanısına vardığımdan; sayın çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamadım.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2004/92

Karar Sayısı : 2008/119

Karar Günü : 12.6.2008

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali TOPUZ, Mustafa ÖZYURT ve 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 184. maddesinin beşinci fıkrası ile 344. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 11., 36., 56., 87. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğü durdurma istemlerini içeren 15.10.2004 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 26.09.2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 184'üncü Maddesinin Beşinci Fıkrasının Anayasanın 2'nci, 11'inci, 36'ncı ve 87'nci Maddelerine Aykırılığı

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184'üncü maddesinin birinci fıkrasında, yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapmak veya yaptırmak suç olarak nitelendirilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında da, yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su ve telefon bağlantısı yapılmasına müsaade edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. 184'üncü maddenin iptali istenen beşinci fıkrasında ise; birinci ve ikinci fıkrada açıklanan suçlan işleyenler hakkında, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan veya yaptırılan binanın imar planına ve ruhsatına uygun hale getirilmesi halinde kamu davası açılmayacağı, açılmış olan kamu davasının düşeceği, mahkum olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 87'nci maddesinde 03.10.2001 günlü, 4709 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin genel ve özel af

ilanına karar verebilmesi "üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun karan"na bağlanmış; 96'ncı maddesiyle de toplantı ve karar yeter sayısı için Anayasada öngörülen ayrık durumlar saklı tutulmuştur. 87'nci maddenin nitelikli çoğunluk arayan bu düzenlemesi karşısında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin genel ve özel af ilanıyla ilgili kararlarında 96'ncı maddede öngörülen karar yeter sayısının (toplantıya katılanların salt çoğunluğunun) yeterli olamayacağı açıktır.

Bu durumda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184'üncü maddesinin beşinci fıkrasındaki "... kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar." kuralının "af niteliğinde olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

Kuşkusuz, 184'üncü maddenin iptali istenen beşinci fıkrasında "af sözcüğü geçmemektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin 28.05.2002 tarih ve E. 2002/99, K.2002/51 sayılı kararında, "Anayasada, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koruyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin Anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir" denilmiştir. Şu halde, hukuksal metinlerin niteliklerinin saptanabilmesi için, o metinlerin adına yada sözcüklerine değil, amacına, içeriklerine ve etkilerine bakılması ve değerlendirmenin buna göre yapılması gerekmektedir.

184'üncü maddesinin birinci fıkrasında, yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapmak veya yaptırmak, ikinci fıkrasında yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su ve telefon bağlantısı yapılmasına müsaade etmek suç olarak tanımlanmış ve bu suçu işleyenlerin bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. 184'üncü maddenin iptali istenen beşinci fıkrasında, birinci ve ikinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler hakkında kamu davasının açılmayacağı, açılmış olanların ise düşeceği, mahkum olunan cezanın da bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 18.07.2001 günlü, E.2001/4, K.2001/332 sayılı kararında da belirtildiği gibi, af, kimi zaman kesinleşmiş cezaları ortadan kaldıran yada değiştiren, kimi zaman da kamu davasını düşüren yada mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir yasama tasarrufudur.

184'üncü maddenin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı davranma suçundan dava açılmayacağının, açılan davaların düşeceğinin ve mahkum olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağının öngörülmesi, Anayasa Mahkemesinin yukarıda değinilen kararında da belirtildiği üzere af niteliğindedir. Bu nedenle, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabulünde, Anayasanın 87'nci maddesi uyarınca üye tamsayısının beşte üçünün oyunun aranması gerektiği açıktır.

Oysa, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184'üncü maddesinin beşinci fıkrası Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda, yukarıda belirtilen nitelikli çoğunluk ile kabul edilmemiştir. Anayasada, genel kuraldan ayrılarak toplantı ve karar yeter sayısı için özel düzenleme bulunduğu dikkate alınarak yapılan uyarı üzerine Genel Kurul Tutanağına

"BAŞKAN- Sayın milletvekilleri, saymamı istiyorsunuz; ben, sizin bu talebinizi çok haklı buluyorum. Ben oturum devam ettiği müddetçe sayıyorum; isterseniz, rakamları size söyleyeyim. Şu istikamette, yani, genelde, muhalefetin oturduğu istikametteki sayı, bugün 85'i aşmadı, 80 ile 85 arasında, sürekli takip ediyorum. Bu taraf 140'tan aşağı düşmedi. Lütfen ben işimi yapıyorum" kaydı geçmiştir.

Belirtilen duruma göre, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184'üncü maddesinin iptali istenen beşinci fıkrası, Anayasanın 87'nci maddesinde öngörülen karar yeter sayısı olmaksızın kabul edilmiş olduğundan, bu maddeye aykırı düşmektedir. Hukuken ve fiilen af sonucunu doğurmaya elverişli yasaların çıkarılmasında uyulması zorunlu özel karar yeter sayısına uyulmaması, bu tasarrufun kanun gücünde ve etkisinde olmadığının, yasalaştığı andan itibaren uygulama ve yaptırım gücünün sakatlığının kabulünü zorunlu kılar.

Öte yandan, Anayasanın 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu, 36'ncı maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı mercileri önünde davacı yada davalı olarak sav ve savunma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir.

İptali istenen 184'üncü maddenin beşinci fıkrası ile getirilen davaların düşeceğine ilişkin düzenlemenin, yargılama sonucunda beraat edebilecekler, yönünden aleyhte sonuç doğuracağı açıktır. Hakkında kimi nedenlerle kamu davası açılmış kişilerin, savunup aklanabilmeleri olanaklı iken, seçme hakkı tanınmadan açılmış bulunan kamu davalarının kendiliğinden ortadan kaldırılması hak arama özgürlüğünün engellemesi anlamına gelmekte ve bu

durum hukuk devleti ilkesi ile de çelişmektedir. Çünkü kişinin hak arama özgürlüğünün korunması hukuk devletinin temel unsurlarındandır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 18.07.2001 günlü, E. 2001/4, K. 2001/332 sayalı kararı ile, 4616 sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun"un ilgili maddeleri, yukarıdaki gerekçeyle iptal edilmiştir.

Bu nedenle, 184'üncü maddenin beşinci fıkrası, hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı içeriğiyle Anayasanın 2'nci ve 36'ncı maddelerine de aykırı düşmektedir.

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

Açıklanan nedenlerle 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184'üncü maddesinin beşinci fıkrasının, Anayasanın 2'nci, 11'inci, 36'ncı ve 87'nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

2) 26.09.2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 344'üncü Maddesinin (b) Fıkrasının Anayasanın 2'nci, 11'inci, 56'ncı ve 90'inci Maddelerine Aykırılığı

"Çevre hakkı"nın başlıca insan hakkı olmasına, çevrenin ve doğal dengenin korunmasının da uluslararası bir yükümlülük olmasına karşın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 344'üncü maddesinin (b) fıkrasında; çevrenin kasten kirletilmesi ve çevrenin taksirle kirletilmesi suçlarını hürriyeti bağlayıcı ceza ile müeyyideye bağlayan 181'inci ve 182'nci maddelerin birinci fıkralarının, yayımı tarihinden iki yıl sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme öncelikle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 1'inci maddesinde açıklanan ceza kanununun amacı ile bağdaşmadığı için Anayasanın 2'nci maddesine aykırıdır. Şöyleki;

Türk Ceza Kanunun 1'inci maddesinde, Kanunun amacı şöyle açıklanmıştır:

"(1) Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir."

Görüldüğü üzere, Ceza Kanununun temel amaçlarından birisi, "çevreyi korumak" olup bu amacın gerçekleşmesi için de suç ve cezanın düzenlenmesi öngörülmüştür. Böyle bir suç ve cezanın düzenlenmesinin yöneldiği nihai amaç ise kuşkusuz kamu yararıdır. Hal böyle iken iptali istenen hüküm ile, çevrenin korunması için suç ve ceza düzenlenmiş ancak bunun yürürlük tarihi iki yıl sonraya ertelenmiştir. Böyle bir durumda, Türk Ceza Kanununun çevrenin korunması amacının ve dolayısı ile kamu yararının gerçekleştiğini söylemenin mümkün olamayacağı kuşkusuzdur. Bir Kanunun amacına uygun olarak ve kamu yararına yönelik düzenlemede bulunması hukukun ana ilkelerinin bir gereğidir.

Hukuk Devletinde yasa koyucu organ da dahil olmak üzere, Devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, yasa koyucunun faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı tutması gerekir. Çünkü yasanın da üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa vardır. Hukukun ana ilkelerine dayanmayan, Devletin amacı ve varlığı nedeniyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda ortaya çıkan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanarak çıkarılan yasalar kamu vicdanında olumsuz etkiler yaratır. Böyle bir yasa hukukun yüceliğini yansıtmaz. Böyle bir yasayı hukuk devletinin tasarrufu niteliğinde saymak olanaksızdır (Any. Mah. E. 1963/124, K. 1963/243, AMKD. S.1, s.243).

Bu nedenle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun iptali istenen 344'üncü maddesinin (b) fıkrası Anayasanın 2'nci maddesine aykırıdır.

Diğer yandan bir fiili suç olarak tanımlayan ve yaptırıma bağlayan hükümlerin yürürlüklerinin yasanın tüm hükümlerinden daha geç yürürlüğe girmesini sağlayacak bir düzenlemenin, bu hükümler yürürlüğe girinceye kadar söz konusu fiillerin işlenmesi bakımından yüreklendirici bir etki yapacağı da açıktır. Halbuki bir hukuk devletinde devlet suç işlenmesini teşvik için değil, suç işlenmesini engellemek için yasa çıkarmak durumundadır. Bu bakımdan da söz konusu (b) fıkrası Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile çelişmektedir.

Diğer taraftan iptali istenen (b) fıkrasının, Anayasanın 56'ncı maddesinde "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer alan çevre hakkının da zedelenmesine yol açtığı görülmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 56'ncı maddesinde "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir" demekte ve çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin

hem Devletin hem de vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır. Bu düzenleme Avrupa Birliği'nin Beşinci Çevre Eylem Programı'nda getirilen "ortak sorumluluk" yaklaşımıyla uyumludur.

İnsanların ve diğer canlıların sağlıklı yaşamasını sağlayan hava, su, toprak ve kültürel değerler çevreyi oluşturmaktadır. "Çevrenin kasten kirletilmesi" ve "çevrenin taksirle kirletilmesi" suçlarını hürriyeti bağlayıcı ceza ile müeyyideye bağlayan 181'inci ve 182'nci maddelerin birinci fıkralarının, yayımı tarihinden iki yıl sonra yürürlüğe girmesinin öngörülmesinin; Anayasanın 56'ncı maddesi ile çevrenin kirlenmesinin önlenmesi konusunda Devlete verilen ödevin yerine getirilmemesi ve savsaklanması anlamına geldiği açıktır. Bu nedenle, 344'üncü maddesinin (b) fıkrası Anayasanın 56'ncı maddesine aykırı bir nitelik taşımaktadır.

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

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

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

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

Daha sonra 1984 yılında Tokyo Konferansı tertip edilmiş ve bu konferansın sonucunda yayınlanan bildiride ise "Gelişme kavramı yeniden

gözden geçirilmeli ve her ülkenin ekonomik gelişmesi, kaynakların korunması ve arttırılması dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir.İktisadi büyümede, sadece iktisadi geliştirme göstergeleri değil, aynı zamanda tabii kaynakların korunması, hastalıklarla mücadele edilmesi, kültür miraslarının korunması gibi konularla da ilgilenilmelidir.Temiz hava, su, orman, toprak gibi çevre kaynakları korunmalı, dengeli bir nüfus artışı sağlanmalıdır. Bütün ülkelerde teknolojik gelişmeler, çevre faktörlerine önem verecek şekilde yönlendirilmelidir." denilmiştir.

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

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

Ülkemizin de taraf olduğu Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması (Barselona) Sözleşmesi'nin ve Sözleşme'ye ait protokollerin gözden geçirilerek güncelleştirilmesi sonucunda 1995 yılında yeniden imzaya açılan "Akdeniz'in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi"ne, "Akdeniz'de Gemilerden ve Uçaklardan Boşaltma veya Denizde Yakmadan Kaynaklanan Kirliliğinin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılması Protokolü"ne, "Akdeniz'in Kara Kökenli Kaynaklardan ve Faaliyetlerden Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü"ne, "Akdeniz'de Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol"e katılmamız; 31.05.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3'üncü ve 5'inci maddelerine göre, Bakanlar Kurulu'nun 22.07.2002 tarih ve 2002/4545 sayılı kararı ile kabul edilmiştir (R.G. 22.08.2002, sa. 24854).

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

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

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun iptali istenen 344'üncü maddesinin (b) fıkrası; yukarıda açıklanan Birleşmiş Milletler'in ilan ettiği Dünya Doğa Şartı'na ve 1972'de Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda yayımlanan Stockholm Deklarasyonundaki "çevre hakkı"na ve 1992 Rio Toplantısında imzalanan Çevre Sözleşmesi'ne ve "Akdeniz'in Kara Kökenli Kaynaklardan ve Faaliyetlerden Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü'ne de aykırıdır. Anayasanın 90'inci maddesinde insan haklarına ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda hükümler taşımaları halinde andlaşmaya uyulacağının ifade edildiği göz önünde tutulduğunda, uluslararası andlaşmaya aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 90'inci maddesi ile çeliştiğini de söylemek gerekmektedir.

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

Açıklanan nedenlerle 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 344'üncü maddesinin (b) fıkrası, Anayasanın 2'nci, 11'inci, 56'ncı, ve 90'inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

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

5237 sayılı Kanunun 184'üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 344'üncü maddesinin (b) fıkrası da, yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırı

olduklarından, yürürlüklerinin sürdürülmesi hukukun üstünlüğü ilkesinin zedelenmesine ve dolayısı ile kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesiz kalmasına yol açacaklardır.

Diğer yandan 184'üncü maddenin beşinci fıkrasının yürürlüğünü sürdürmesi halinde, gerekli yeter sayı ile kabul edilmediği için hukuken varlık kazanmamış bulunan bir düzenleme, pek çok olayda uygulanabilecek ve hükmün iptali halinde, doğmuş bulunan durum ve zararların giderilmesi mümkün olamayacaktır.

344'üncü maddenin (b) fıkrasının yürürlüğünü sürdürmesi halinde ise çevre hakkı güvencesiz kalacak ve hükmün yürürlüğe gireceği tarihe kadar çevre hakkına yönelik ihlaller yaptırımsız kalacağı için adeta yasallaşacaktır. Böyle bir durumun ise bu ihlalleri artıracağı ve "çevre"yi korumasız bırakacağı açıktır. Bunun sonucunda ise, giderilmesi olanaksız durum zararlar doğacaktır.

Bu nedenlerle 5237 sayılı Kanunun 184'üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 344'üncü maddesinin (b) fıkrası hakkında, yürürlüklerinin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

1) 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 184'üncü maddesinin beşinci fıkrasının, Anayasanın 2'nci, 11'inci, 36'ncı ve 87'nci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

2) 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 344'üncü maddesinin (b) fıkrasının, Anayasanın 2'nci, 11'inci, 56'ncı ve 90'inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

3) Uygulanmaları halinde giderilmesi olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar, bu hükümlerin yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Yasa'nın iptali istenilen kuralları içeren maddeleri şöyledir:

"MADDE 184.- (1) Yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Yapı kullanma izni alınmamış binalarda herhangi bir sınai faaliyetin icrasına müsaade eden kişi iki yılda beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Üçüncü fıkra hariç, bu madde hükümleri ancak belediye sınırları içinde veya özel imar rejimine tabi yerlerde uygulanır.

(5) Kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar planına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz, açılmış olan kamu davası düşer, mahkum olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar."

"**MADDE 344.-** (1) Bu Kanunun;

a) "İmar kirliliğine neden olma" başlıklı 184'üncü maddesi yayımı tarihinde,

b) "Çevrenin kasten kirletilmesi" başlıklı 181'inci maddesinin birinci fıkrası ile

"Çevrenin taksirle kirletilmesi" başlıklı 182'nci maddesinin birinci fıkrası yayım tarihinden itibaren iki yıl sonra,

c) Diğer hükümleri 1 Haziran 2005 tarihinde,

Yürürlüğe girer." şeklindedir.

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Anayasa'nın 2., 11., 36., 56., 87. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılmalarıyla

19.10.2004 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasına geçilmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun;

1- 184. maddesinin (5) numaralı fıkrasının, koşulları oluşmadığından YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM ile Fazıl SAĞLAM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 344. maddesinin (b) bendinin, koşulları oluşmadığından YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Fazıl SAĞLAM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

18.11.2004 gününde karar verildi.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

1- Şekil Açısından İnceleme

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 87. maddesinde öngörülen karar yeter sayısına uyulmadan, 5237 sayılı Yasa'nın 184. maddesinin beşinci fıkrasıyla hukuken ve fiilen af sonucunu doğurmaya elverişli bir düzenleme yapıldığı, ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesinde yasaların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukta yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı tutulmuş, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile değişik 87. maddesinde de "… Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına…" karar verilebileceği belirtilmiştir.

Af, önceden ve belli bir zamana kadar işlenmiş olan, suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, bazen de kamu davasını düşüren veya mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan yetkili mercilerce yapılmış hukuki tasarruflardır.

5237 sayılı Yasa'nın 184. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan veya yaptırılan binayı imar planına veya ruhsatına uygun hale getirenler hakkında, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmayacağı, açılmış olan kamu davasının düşeceği, mahkum olunan cezanın bütün sonuçları ile birlikte ortadan kalkacağı hüküm altına alınmıştır.

Affın, önceden ve belli zamana kadar işlenmiş suçları kapsamına alması yani geçmişe yönelik olması niteliği vardır. Bu niteliğini taşımaması nedeniyle İptali istenilen düzenleme "af" değildir ve Anayasa'nın 87. maddesinde öngörülen karar sayısı ile alınması gerekmemektedir.

2- Esastan İnceleme

A- 184. Maddenin (5) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kimi nedenlerle kişilere savunma hakkı tanınmadan açılmış olan kamu davalarının ortadan kaldırılmasının hak arama özgürlüğünü kısıtlayacağı, bu özgürlüğün korunmasının hukuk devletinin temel unsuru olduğu ileri sürülerek iptali istenilen düzenlemenin Anayasa'nın 2., 11. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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 hükme bağlanmıştır. Adil yargılanma hakkı hukuk devleti olmanın gereklerinden biridir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 184. maddesinin birinci fıkrasında, yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapmak veya yaptırmak; ikinci fıkrasında da, yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su ve telefon bağlantısı yapılmasına izin verilmesi suç olarak tanımlanmıştır. 184. maddenin iptali istenilen beşinci fıkrasında ise, birinci ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçları işleyenler hakkında, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan veya yaptırılan binanın imar planına ve ruhsatına uygun hale getirilmesi halinde kamu davası açılmayacağı, açılmış kamu davasının düşeceği ve mahkum olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu hükümden yararlanılabilmesi için, hakkında takibat yapılmakta olan veya hakkında dava açılan yada ceza alan kişinin; ruhsatsız bina yapmış veya yapıyor ise ruhsat almak ya da ruhsata aykırı davranmış

ise ruhsatına uygun hale getirmesi gerekmektedir. Ruhsat alacak ya da ruhsatına uygun hale getirecek kişi, ya hakkında takibat yapılan ya da hakkında kamu davası açılmış olan veya yargılanıp hüküm almış olan kişi ya da kişilerdir. Hükümlü olanlar daha önce yargılandıkları ve yargılama aşamasında yasal haklarını kullanma olanakları bulunduğundan, bunlar açısından, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık söz konusu değildir.

184. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında yazılı suçları işlemedikleri için bu suçların zanlısı ya da sanığı olmaması gerekenler hakkında kimi nedenlerle yanlışlıkla takibat başlatılmış veya kamu davası açılmış ise savunmalarını bu doğrultuda yapmaları ve kanıtlarını haklarında takibat yapan yetkiliye ya da dava açılmış ise mahkemeye sunma olanakları vardır. Aynı maddenin beşinci fıkrasından yararlanmak isteyenlerin ruhsat almamış iseler almaları ya da ruhsata aykırı davranmışlarsa uygun hale getirmeleri ve bu hususları kanıtlayacak belgeleri yetkililere ibraz etmeleri gerektiğinden, bu durumda olanlar açısından da hak arama özürlüğünün kısıtlanması söz konusu değildir.

Yasa koyucu, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ve cezalandırmadaki amacı gözeterek, suç ve cezayı belirleyebilir ya da daha önce suç olarak kabul edilen bir eylemi suç olmaktan çıkarabilir, gerekirse cezalandırmaktan da vazgeçebilir. İşledikleri suç nedeniyle kişilerin cezalandırılması kural olmakla birlikte, bazı koşulların gerçekleşmesi halinde, kişi hakkında ceza davasının açılmasından, açılmış olan davanın devamından ve sonuçta ceza verilmesinden yada mahkum olunan cezanın infazından vazgeçilmesi suç ve ceza siyasetinin bir gereğidir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 11. ve 36. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mustafa YILDIRIM ve Şevket APALAK katılmamışlardır.

B- 344. Maddenin (1) Numaralı Fıkrasının (B) Bendinin İncelenmesi

5237 sayılı Yasa'nın yürürlükle ilgili 344. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, "Çevrenin kasten kirletilmesi" başlıklı 181'inci maddesinin birinci fıkrası ile "Çevrenin taksirle kirletilmesi" başlıklı 182'nci maddesinin birinci fıkrası hükümlerinin Yasa'nın yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra, yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır.

5237 sayılı Yasa 12 Ekim 2004 günlü 25611 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve yayımlandığı tarihten itibaren iki yıl geçmiş olup, iptali

istenilen hükümde yer alan 181. ve 182. maddenin birinci fıkrası hükümleri 12.10.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

İptali istenilen 344. maddenin (b) bendinin konusu kalmadığından bu bende ilişkin istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun;

1- 184. maddesinin (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mustafa YILDIRIM ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 344. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin, maddede belirtilen iki yıllık yürürlüğe girme süresinin geçmesi nedeniyle konusu kalmadığından, bu bende ilişkin istem hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

12.6.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 184. maddesinin ilk fıkrasında, "Yapı ruhsatiyesi alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapan veya yaptıran kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"; ikinci fıkrasında da "Yapı ruhsatiyesi olmadan başlatılan inşaatlar dolayısıyla kurulan şantiyelere elektrik, su veya telefon bağlantısı yapılmasına müsaade eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır"; dava konusu beşinci

fıkrasında da "kişinin, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yaptığı veya yaptırdığı binayı imar plânına ve ruhsatına uygun hale getirmesi halinde, bir ve ikinci fıkra hükümleri gereğince kamu davası açılmaz; açılmış olan kamu davası düşer mahkûm olunan ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar" denilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinde, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı veya bunlara uygulanacak yaptırımların belirlenmesi, yasa koyucunun takdir alanı içinde kalmakta ise de bu belirleme yapılırken cezalandırmanın en önemli amaçlarından birinin suçun önlenmesi olduğu gerçeğinin gözardı edilemeyeceği kuşkusuzdur. Aynı maddede, usulsüz yapılaşmayı önlemek için ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapılaşma suç sayılırken bu suçun daha işlenmeden dava konusu son fıkra ile bağışlanması olanağı sağlanması, suçun önlenmesi amacıyla bağdaşmamaktadır. Kamu düzenini ve kamu güvenliğini yakından ilgilendiren kaçak yapılaşmanın engellenmesi için yaptırımlar getirilirken önceden suçun bağışlanabileceği öngörülerek insanların suç işlemeye teşvik edilmesinin, ceza hukukunun temel ilkelerini zedelediği açıktır. Ayrıca, aynı suçun tekrar işlenmesi durumunda, aynı maddeden yararlanılmasına engel bir durum söz konusu olmadığından cezanın ıslah edici özelliği de bulunmamaktadır. Oysa, bir hukuk devletinde ceza siyaseti belirlenirken cezalandırma ile korunan hukuki yararın devamlılığının gözetilmesi zorunludur. Aksi halde kamu düzeni ve esenliğinin sağlanması olanaksızdır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kuralın iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

İptali istenen 184. maddenin (5) numaralı fıkrasında, maddenin birinci ve ikinci fıkralarında tanımlanan suçu işleyenler hakkında, ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak yapılan veya yaptırılan binanın imar planına ve ruhsatına uygun hale getirilmesi durumunda kamu davası açılmayacağı, açılmış olan kamu davasının ise düşeceği, mahkum olunan cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağı belirtilmiştir.

Buna göre ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak yapılan veya yaptırılan binanın imar plânına ve ruhsata uygun hale getirilmesi koşulu ile failin, belirli bir tarih belirtilmeksizin işlediği suçun hukuki sonuçlarından kurtarılması öngörülmüştür.

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 devlettir.

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

Yasa koyucu, kuşkusuz Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın türü ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabilir ise de hukuk devletinde olması gereken, bireylerin eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranma zorunluluğunu zedeleyici düzenlemelerden kaçınması gerekir.

Toplumsal huzurun sağlanmasında suçun önlenmesinin önemi tartışılamaz. Önceden, yasalara aykırı olarak tesis edilecek eylem ve işlemlerin hukuki sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi, bu tür düzenlemelerin sadece kendi çıkarlarını esas alıp toplum düzenini ve menfaatlerini gözetmeyen kişilerin suç işlemelerini teşvik edeceği, cezanın en önemli amaçlarından olan suçu önleme niteliğini ortadan kaldıracağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturduğundan çoğunluk görüşüne katılmıyoruz. 12.06.2008

Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mustafa YILDIRIM

AZLIK OYU

Anayasa'nın 2. maddesinde vurgulanan hukuk devleti yasaların belirgin, düzenlediği konuda eksiklikler oluşturmayan nitelik taşımalarını gerektirir. Yasaların ceza belirleyen kurallarının ise, suç ve ceza tanımlarında çelişki ve duraksamalara neden olmamaları Anayasa'nın cezayla ilgili yasallık ile kamu düzenini koruma yaklaşımının özünde bulunan bir gerçektir. Bu açıdan konu değerlendirildiğinde kamusal yararın bir gereği olan ceza kurallarının toplum içindeki çarpıklıkları gideren bir işlev taşımaları zorunlu olmaktadır.

İptali istenen kural, uygar ve bayındır bir yapılaşmayı korumak amacıyla ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina yapmayı suç kapsamına almaktadır. Böylece imara aykırılıklar önlenerek çarpık yapılaşma ve kentleşme durdurulacaktır. Oluşturulan suç ile karşılığı cezanın korunması ve etkisini göstermesi ceza hukukunun doğal bir sonuç ve beklentisidir. Ancak iptale konu kural ile bu doğal sonucun önüne geçilerek, yapının sonradan imar plânına ve ruhsata uygun hale getirilmesiyle suç ortadan kaldırılmaktadır. Böylece imara aykırılıkların önüne geçilmesi yolundaki temel amacın dışına çıkılarak kamusal yarardan uzaklaşılmakta, hukuk devletinin içinde barındırdığı kamu yararı ilkesiyle çelişilmektedir.

Öte yandan ruhsatsız yapı yapmak eylemi suç olarak benimsenmişken, suçu ortadan kaldıran sonraki tutum arasında tam bir koşutluk da sağlanamamaktadır. Gerçekten de, ruhsatsız yapı yapmak suçunu ortadan kaldıran yapıyı imar planına uygun hale getirme olgusu, ruhsatsız bir yapıya ilişkin olarak her durumda ruhsat alma yükümlülüğü öngören imar hukuku karşısında suç ile suçsuzluk ilintisini kuran bir yaklaşım değildir. Çünkü, bir yapının imar plânına uygun ama ruhsatsız olması ya da ruhsat almadan imar plânına uygun duruma getirilmesi olanaklıdır. İmar plânında yer almayan kimi durumların imar yönetmeliklerinde bulunma olasılığı da ayrı bir gerçektir. İmar plânı ve yapı ruhsatının ayrı kolluk işlemleri olması ve her birinin farklı aşamalara ilişkin irade sergilemelerine dayanması bunların idare hukuku yönünden ayrı nitelik ve sonuçta işlemler olduğunun göstergesidir. İmar hukukundan kaynaklanan bir suç ve ceza ikilemi ise idare hukuku verileriyle örtüşmemesi halinde çelişki ve belirsizliklere neden olacaktır. Bu bakımdan ruhsatsız bina yapma eylemi, Yasanın yapılışındaki düşünce dizgesi doğrultusunda ancak ruhsat alma ile ortadan kalkabilir. Bu koşutluğu taşımayan bir kural; tutarlılık ve örgüsel açıklıktan yoksun olacak, içinde duraksamaları barındıracak ve böylece hukuk devletinin gerçekleştirilme boyutunda çelişkilere, yorumsal farklılıklara da neden

oluşturacaktır. Öte yandan, İmar plânına uygun hale getirme olgusunun ruhsata aykırılıkla ilintili olabileceği şeklindeki bir yaklaşım ise, ruhsatsız yapının suç kapsamından çıkarılmadığı sonucunu verecek ve Yasa'nın yorumlanmasında belirsizlikleri artıracaktır.

Açıklanan nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığından ötürü iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2004/103

Karar Sayısı : 2008/121

Karar Günü : 12.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 3. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adlî yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde …" bölümünün Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Emniyet güçlerinin açtığı ateş sonucunda bir kişinin öldüğü olayda, idarenin hizmet kusuru bulunduğu ileri sürülerek açılan tazminat davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Dava, 7.11.2000 tarihinde polis memurunun silahından atılan kurşunun maktul Alican Kaynar'ın ölümüne sebebiyet vermesi nedeniyle davalı idarenin hizmet kusurundan bahisle 25.500.000.000-TL manevi, 15.000.000.000-TL maddi olmak üzere toplam 40.500.000.000-TL'nın olay tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

2577 Sayılı Yasanın 31. maddesinin 1. fıkrasında; "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimin davaya bakmaktan memnuniyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin

tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır." hükmü yer almaktadır.

Anılan yasa hükmü uyarınca, idari yargılama usulünün genel ve müstakil niteliği zedelenerek, yargılama sürecinde tarafların iradelerinin mutlak egemen olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarına özgü çeşitli usuli müesseselerin idari yargılama usulüne de aktarılması sonucunda re'sen yargılama rejimine kısıtlama getirilmiştir.

Özel hukukta, kural olarak, yargılama usulü tarafların sübjektif nitelikteki haklarının korunmasının sağlanması amacına yönelik olarak düzenlenmiş ve esas olarak yargılamaya en az yargıç kadar tarafların da egemen olduğu bir yargılama hukuku modeli benimsenmiştir. Oysa idari yargıda, sadece idare yargıcının egemen olduğu ve bu bağlamda da "re'sen yargılama" usulünün kabul edildiği bir yargılama rejimi söz konusu olup; bu yargılama rejimi altında idare yargıcının "hukukun ne olduğunu belirleme yetkisi"ni kısıtlayacak hiçbir usuli müessesenin uygulanabilme yeteneği olmadığı ifade edilmelidir. Bu nedenle de, gerek bu maddede ve gerekse bu maddeye paralel olarak düzenlenen 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 56. maddesinde yargılamanın çeşitli aşamalarında idare yargıcının uygulayacağı usuli muameleler bakımından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan genel yollama ile bu maddelerde sayılan çeşitli usuli müesseseler ancak idari yargının genel ve müstakil yapısı ve özellikleri çerçevesinde değerlendirilmek ve ancak bu yapı ile bağdaştığı ölçüde gözetilip, uygulanmak gerekir.

Ne var ki, uygulamada HUMK'daki bazı usuli müesseselerin yargıç tarafından idari yargılama hukukunun özellikleriyle bağdaşmadığı halde Hukuk Yargılaması Usulü kapsamında uygulanmakta olduğu ve hatta bu nedenle de çoğu zaman yargılamanın önemli ölçüde gecikmesine sebep olunduğu ve bazende bu müesseselerin uygulanması suretiyle objektif bazı hukuka aykırılıkların saptanamayarak, idari yargıdan beklenen kamusal faydanın da gerçekleştirilememiş olduğu görülmektedir.

İhtilaf konusu olayda dosya kapsamında mevcut bulunan her türlü bilgi-belge dikkate alınarak vaki ölüm olayının gerçekleşmesini takiben 2577 Sayılı Yasanın 13. maddesi gereğince davacıların davalı idareye dava konusu zararlarının ödenmesi istemiyle yaptıkları başvuru tarihi olan 22.10.2001 tarihi itibarıyla (ve bu tarihten itibaren) davacıların uğradığı destekten yoksun kalma (gelir kaybı) tazminat miktarının hesaplanması

bakımından dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmış, dosyaya sunulan bilirkişi raporu neticesinde baba için 9.969.614.472-TL; anne için 9.251.786.872-TL kazanç kaybı hesaplanmış, bu rapor taraflara tebliği edilmiş olup davacı vekilinin 5.4.2004 tarihli bilirkişi raporuna itiraz dilekçesini takiben 20.5.2004 tarihli dilekçesi ile davanın netice-i talebine yönelik ıslah talebinde bulunulmuş olup şu iddialara yer verilmiştir.

Her ne kadar 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda davanın ıslahı hususunda bir hüküm yoksa ve aynı Kanunun HUMK.na atıf yapan 31. maddesinde de ıslah konusu belirtilmemişse de;

HUMK'nun 87. maddesi son cümlesinin Anayasa Mahkemesince iptalinden sonra Adli Yargıda müddeabihin ıslah suretiyle artırılması karar altına alınmıştır. Bu hususun İdari Yargıda da uygulanmasının Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı açısından kaçınılmaz olduğu, zira Anayasa'nın 153. maddesi "Anayasa Mahkemesi kararları, yasama, yürütme ve yargı organlarını ... bağlar." 141. maddesi "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir." hükümlerine amirdir. Anayasa Mahkemesi anılan kararında davacıyı iki kez dava açmaya zorlamanın hak arama özgürlüğünü sınırladığına ve bu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gerekleri ile bağdaşmadığına karar vermiştir.

Yine aynı kararda; dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi "ıslah" yoluyla artırmasını önleyen kural bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından Hukuk devleti ilkesine aykırıdır denilmiştir.

Bu cümleden hareketle 2577 Sayılı İYUK'nun da davanın ıslahını düzenleyen bir kural yoksa, doğrudan bu karar gereğince işlem yapılmasının zorunlu olduğu, şayet ıslahı engelleyen bir kural varsa, bununda Anayasanın 141 ve 153. maddeleri gereğince uygulanma olanağı kalmadığı, 2577 Sayılı İYUK'nun 31. maddesi HUMK'na atıfta bulunurken yaptığı tahdidi sıralamanın bu durum karşısında Anayasaya aykırı olduğu, davanın ıslahı yönündeki talebin mahkemece kabul edilmediği taktirde 31. maddenin "Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda;" cümlesinden sonra ve "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır." Cümlesine kadar olan "Hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif ve delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların muhakemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde" şeklindeki tahdidi sayımın yapıldığı bölümünün iptali gerektiği, çünkü bu tahdidi sıralama ile HUMK ile düzenlenen genel hükümlere atıfta

bulunulurken, davanın ıslahı gibi diğer birçok temel kuralın açıkta bırakıldığı, bu nedenle İYUK'nun 31. maddesinin belirtilen bölümünün Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği, defi yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülmesinin talep edildiği, diğer taraftan bu kararın uygulanması ile adli yargıda görülen haksız fiille ilgili bir davada müddeabihin ıslahı mümkün olacak iken, davalısı kamu idaresi olan idari yargıda ise, bu hükmün uygulanmayacağı, bu durumun Anayasanın kişilerin yasa önündeki eşitliği ilkesine ters düşeceği ileri sürülmekte olup, davacı taraf vekilinin bu iddiaları Mahkememizce de ciddi bulunmaktadır.

Hakikaten idari yargıda görülen tam yargı davalarında davacı tarafın açık ve net olarak bilemediği, bu nedenlede dava tarihinde gerçek zararın ortaya konulamadığı hallerde ki bu durumlarda da Mahkemece bilirkişi incelemesine gidilmekte olup, bilirkişi raporu sonrasında tespit edilen gerçek zararın davacı tarafından talep olunan zarardan daha fazla olması durumunda ve bu halde davacı tarafın harcını yatırmak kaydıyla davanın neticei talebine yönelik ıslah talebinde bulunması durumunda bakılan olayda karşılaşılan usule ilişkin yargısal sorunla karşılaşılmaktadır. Şöyle ki;

Bilindiği gibi, Medeni Yargılama Usulü uygulanarak çözümlenecek olan uyuşmazlık ve davalar özel hukuk alanındaki uyuşmazlık ve davalar olup, bu uyuşmazlık ve davalarda taraflarca karşılıklı olarak ileri sürülen sübjektif haklar çatışır. Bu nedenle, özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkları çözümleyecek olan yargıç, kamu düzeni ile sıkı sıkıya ilişkili ayrıksı durum ve konular dışında, taraflarca ileri sürülen sav ve savunmalarla ve getirilen kanıtlarla bağlı olup, bunların ötesinde önüne gelen uyuşmazlık ve davayı çözümlemek için kendiliğinden (re'sen) araştırma yetkisine sahip değildir. Pasif bir konumda olan yargıç, taraflarca ileri sürülen sav ve savunmaları ve getirilen kanıtları inceleyip değerlendirerek, hangi tarafın haklı olduğuna; başka bir anlatımla çatışan çıkarlardan hangisinin hukuk tarafından korunduğuna karar verir. Özel hukuk alanındaki uyuşmazlık ve davaların çözümlenmesinde izlenecek olan yargılama usulleri de, esas itibariyle bu uyuşmazlık ve davaların özelliklerine göre oluşmuştur. Öğretide, HUMK.'nun yollama yapılmayan hükümlerinin, idari yargılama usulünde boşluk olması halinde, idari yargıda da uygulanmasının yararlı ve yerinde olacağı yolunda görüşler savunulmuş, Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun eski bir kararında da "idari *kazada* hakimin adli esaslardan ilham alması(nın) umumen kabul edilmiş" bir hukuk kuralı olduğu belirtilmiştir. Ancak Danıştay'ın 5.2.1954 gün ve E: 1952/154 K: 1954/33 sayılı içtihadı birleştirme kararında, HUMK'nun idari yargıda uygulanabilecek olan hükümleri "hasren tayin ve tahdit edilmiş" bulunduğu görüşünden

hareketle, HUMK.nun yollama yapılmayan hükümlerinin idari yargıda uygulanamayacağı içtihat edilmiştir. Daha sonraki çeşitli Danıştay kararlarında da aynı yol izlenmiştir.

Danıştay'ın 12. Dairesinin 15.1.1974 gün, E:1970/5100 K:1974/22 sayılı kararında, davacılardan ölenin eşi ve iki çocuğu için onbeşer bin lira maddi tazminat istenmiştir. Bilirkişi incelemesinde eşin maddi zararının 25.143 lira, çocuklardan birininki 25.927, diğerininki ise 28.930 lira olarak saptanmıştır.

Danıştay isteğe bağlı kalarak eş ve çocuklar için onbeşer bin lira maddi tazminata hükmetmiştir.

Netice itibariyle; 2577 Sayılı Yasa incelendiğinde "ıslah müessesine" ilişkin herhangi bir düzenlemenin olmadığı açıkça ortadadır. Bu halde bakılması gereken Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunan 2577 Sayılı Yasanın 31. maddesidir. Ancak bu usul hükmünde de HUMK'na hangi hallerde başvurulabileceği hususu tahdidi olarak tek tek belirtilmiş olup örnekseme yoluna dahi gidilmemiştir. Kaldı ki, Danıştayın yerleşik içtihatlarında fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmasıda dava açma süresi aşılacağı gerekçesiyle kabul görmemektedir. Örneğin, Danıştay 10. Dairesinin 15.5.1992 gün E:1991/2716 K: 1992/2050 sayılı kararında "davacının fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak açmış olduğu ilk tazminat davasında yaptırılan bilirkişi incelemesiyle saptanan zararın istemini aşan bölümünün tazmini istemiyle açtığı dava; idari yargıda, idari eylem veya işlemlerden doğan zararın tazmininin ancak süresi içinde açılacak davalar yoluyla istenebileceği, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak süresi geçirildikten sonra yeniden tam yargı davası açılmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. O halde mevcut yasal düzenleme ve yerleşik içtihatlar dikkate alındığında idari yargıda görülen bir tam yargı davasında davanın ıslahı mümkün bulunmamaktadır.

Buna karşın, adli yargıda müddeabihin ıslah yoluyla genişletilmesini (arttırılmasını) engelleyen HUMK'nun 87. maddesinin son cümlesinin Anayasa Mahkemesinin 20.7.1999 tarih ve E: 1999/1 K: 1999/33 sayılı kararıyla iptalinden sonra adli yargıda müddeabihin ıslah suretiyle artırılması karar altına alınmıştır. Çağdaş demokratik rejimlerin temel ilkelerinden biri olan "hukuk devleti" Anayasa'nın 2. maddesinde "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılmıştır. Kişilerin devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleştirilebilir. Bu nedenle, hukuk devleti temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onların korunup

güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan devlettir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edebilmeleri için her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar.

Bu itibarla idari yargıda açılan bir tam yargı davasında dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi "ıslah" yoluyla arttırabilmesini tahdidi bir şekilde sayım yaparak HUMK'na atıfta bulunmak suretiyle önleyen 2577 Sayılı Yasanın 31. maddesinin 1. fıkrasının Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir. Bununla birlikte, özel hukuktan kaynaklanan ve adli yargıda görülen bir davada müddeabinin ıslahını engelleyen HUMK'nun 87. maddesinin son cümlesinin Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra davanın ıslahı mümkün olabilecekken, 2577 Sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan "Danıştay ile idare ve vergi mahkemeleri bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yaparlar.

Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler" hükmü çerçevesinde benimsenmiş bulunan "yargıcın re'sen yargılama yetkisi" prensibi uyarınca, yargıcın yargılamanın her aşamasında yargılamanın seyrinin gerektirdiği her türlü kararı alabilme ve her türlü yargılama enstrümanını serbetçe kullanabilme gücü bulunan idari yargıda görülen bir tam yargı davasında ise; 2577 Sayılı Yasanın 31. maddesi HUMK'nun ıslah müessesine atıfta bulunmadığı için davanın ıslahı mümkün olamayacaktır. Bu durumunda, "Kanun önünde eşitlik" başlıklı Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; Anayasa'nın 152. maddesi ve 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi uyarınca Mahkememizde görülmekte olan bu davada davacı tarafın davanın netice-i talebinin ıslahına yönelik talebi sebebiyle uygulanmak ve irdelenmek zorunluluğu bulunan 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinin 1. fıkrasının "Bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda..." cümlesinden sonra gelen ve "...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır." Cümlesine kadar olan kısmın yani tahdidi şekilde tasrih olunan hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı,

tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde bölümünün Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından bu konuyla ilgili dosyada mevcut belgelerin onaylı birer örneği ile söz konusu yasa hükmünün yukarıda belirtilen kısmının iptali istemiyle itirazen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kararın bir örneğinin taraflara da tebliğine, 24.6.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 31. maddesi şöyledir:

"1. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; **hakimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. **(Ek cümle: 5/4/1990 - 3622/11 md.;Değişik:10/6/1994-4001/14 md.)** Ancak, davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılır.

2. Bu Kanun ve yukarıdaki fıkra uyarınca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde Vergi Usul Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 1.12.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik

bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, idari yargıda görülen tam yargı davalarında davacının katlandığı zararı tam olarak bilemediği, bu nedenle dava tarihinde gerçek zararın ortaya konulamadığı hallerde usule ilişkin yargısal sorunlarla karşılaşıldığı, idari yargı uygulamasında fazlaya ilişkin hakların saklı tutularak dava açılmasının olanaklı olmadığı, itiraz konusu kural ile özel hukuktan kaynaklanan ve adli yargıda görülen bir davada dava konusu miktarın ıslah yoluyla artırılması mümkün iken, 2577 sayılı Yasa'nın 31. maddesindeki kural gereğince idari yargıda görülmekte olan davalarda bunun mümkün olmaması nedeniyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, hukuk yargılama usulünde geçerli olan kurumlardan hangilerinin idari yargılama usulünde de uygulanabileceği belirtilmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin birinci fıkrasında, bazı usul işlemlerinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağını öngörüldüğü halde, dava açıldıktan sonra istenilen tazminat miktarının artırılması konusunda hukuk usulüne atıf yapılmamakta, bu nedenle de ıslah kurumunun idari yargılama usulünde uygulama alanı bulunmamaktadır.

İdari yargı, idare hukuku alanında idare tarafından tesis edilen idari işlemler ile eylemlerinden doğan uyuşmazlıklara bakan, adli yargının dışında kendine özgü kuralları ve yargılama yöntemleri bulunan ayrı bir yargı düzenidir. Adli yargıda ise özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklara bakılmakta ve her iki yargı yolunda geçerli usul kuralları ile bunların uygulama biçimi farklılıklar içermektedir.

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

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi ise, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Anayasa'nın 125. maddesinde idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı, yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı ve idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu, 142. maddesinde de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın bu kuralları uyarınca 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda iptal ve tam yargı davaları tanımlanırken menfaatleri ihlal edilen ya da hakları muhtel olanlar tarafından açılan davalar vurgusu yapılarak, davadan önce oluşan idari işlem veya eylemlere yönelik olarak ilgililerin dava açma yolundaki kendi iradeleri esas alınmaktadır. İdari yargının yazılılık, her çeşit incelemeyi kendiliğinden ve evrak üzerinde yapma yetkisine dayanan temel özellikleri doğrultusunda, dava açma iradelerini sergileyen dilekçelerde yer alacak konular kurala bağlanmış ve bunlar arasında vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın gösterilmesi gerektiği de yer almıştır.

2577 sayılı Yasa'da dava süresi kamu düzeninden görülerek kesin kurallara bağlanmış, tebliğat ve cevap verme evresini oluşturan dilekçe ile savunmaların sayısı ve süresi sınırlandırılmış, bu sürelerin geçmesinden sonra verilecek savunma veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edilemeyeceği açıklanmıştır.

İdari yargılamanın dava açılışı ve istemlerin sergilenişi konusundaki özelliklerini yansıtan bu kuralların; idarenin sürekli dava tehditi altında kalmaması, uyuşmazlıkların mümkün olan süratle sonuçlandırılması, idarenin faaliyetlerindeki etkililiğin ve istikrarın sürmesi, davalar nedeniyle

yönetimce savunmalar hazırlanması ve gerekli idari önlemlerin alınması gibi neden ve olgulara dayandığı anlaşılmaktadır.

İtiraza konu kuralla yargılama sürecinde uygulanacak bazı usul kurumlarına ilişkin olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na yollama yapılmıştır. İdari Yargılamanın özellikleri gözetilerek sınırlı bir şekilde sayılan bu konular 2577 sayılı Yasa'da hüküm bulunmayan hususlarda uygulanacaktır. Başvuruya neden olan konu ise, hukuk usulüne yapılan yollamalar arasında ıslah kurumuna yer verilmemesidir.

İdari Yargılamanın kendiliğinden inceleme özelliğine karşın, hukuk yargılamasındaki tarafların talebine dayanan inceleme yetkisi bağlamında usule ilişkin taraf işlemlerinin tamamen veya kısmen düzeltilmesini amaçlayan ıslah kurumuna 2577 sayılı Yasa'da yer verilmemesi, yasa koyucunun usul yasalarını belirlemedeki takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Gerçekten hukuk yargılamasında bulunmasına karşın tanık, yemin, hali sabıka irca gibi kurumlara da yer vermeyen idari yargılama usulünün Anayasa'ya göre yasayla düzenlenen diğer usul yasaları gibi ilgili olduğu yargı yerinin özelliği ve gelişen yargılama koşullarına göre belirlenen bir sistem olduğu gözetildiğinde, her iki yargı sisteminde davacı ve davalı durumunda bulunanların aynı durumda bulunmadıkları ve bu nedenle de aynı yasa kurallarına tabi tutulmalarının gerekmediği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir.

İptal isteminin reddi gerekir.

Şevket APALAK karara ek gerekçeyle katılmıştır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "... hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya

KANTARCIOĞLU ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 12.6.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İptal istemine konu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun Uygulanacağı Haller" başlıklı 31. maddesinin birinci fıkrası, bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda, teker teker sayılan usule ilişkin konularda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK) hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almaktadır. Kuralda sayılan usul müesseseleri arasında "ıslah" yer almamaktadır. Islah düzenlemesinin idari yargılama usulünde uygulanmaması nedeniyle, özellikle tam yargı davalarında talep edilen maddi ve manevi tazminat miktarları daha sonra arttırılamamakta ve adli yargıda açılan tazminat davalarında böyle bir sorun olmamasına karşın, idari yargı önünde tam yargı davasını açanlar bakımından uzun yıllardır süregelen bir mağduriyet sözkonusu olmaktadır.

Bilindiği üzere, hukuki sorumluluğu saptanan hukuk süjesine yargı organınca yüklenen ödev **"tazmin borcu"** olarak karşımıza çıkmakta ve bu borç, kural olarak "mağdurun" uğradığı zararın tamamını kapsamaktadır. Doğal olarak, "tazminat borcu"nun kapsamına maddi ve manevi zararlar dahil bulunmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan "...idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür..." şeklindeki hüküm, bir idari eyleme maruz kalan kişinin uğradığı zararın **tam olarak giderilmesini** amaçlamaktadır.

2- "**Islah"** HUMK'nun 83-90. maddelerinde düzenlenmektedir. Anılan Kanun'un 87. maddesinin son cümlesi olan "müddei ıslah suretiyle müddeabihi tezyit edemez" şeklindeki kayıtlayıcı hüküm, Anayasa Mahkemesi'nin 20.7.1999 tarih ve E.1999/1, K. 1999/33 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anılan kararın gerekçesinin konumuzla doğrudan ilgili kısımları şöyledir:

"...Anayasanın 141. maddesinin usul ekonomisini düzenleyen son fıkrasında 'davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.' denilmektedir. Taraflardan birinin yapmış olduğu bir usul işleminin tamamen veya kısmen düzeltilmesi 'ıslah' olarak tanımlanmaktadır. HUMK'nun 84. maddesine göre ıslah, tahkikata tâbi olan davalarda tahkikat bitinceye kadar ve tâbi olmayanlarda mahkemenin sonuna kadar yapılabilir. İtiraz konusu kuralla müddeabihin ıslah suretiyle arttırılmasına olanak tanınmaması davaların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, Anayasa'nın 141. maddesine aykırıdır... Dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi 'ıslah' yoluyla arttırmasını önleyen itiraz konusu kural, bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından, 'hukuk devleti' ilkesine aykırıdır... Ayrıca, hak arama özgürlüğünün en önemli iki öğesini oluşturan sav ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve adil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur. İtiraz konusu kural, davacıyı ikinci kez dava açmaya zorlaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır... İtiraz konusu kural, davacıların haklarını en kısa sürede ve en az giderle almalarını engelleyerek hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde zorlaştırması nedeniyle, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığından Anayasa'nın 13. maddesine uygun bir sınırlama olarak kabul edilemez. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 141. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..."

Görüldüğü üzere, adli yargıda tazminat davaları açma sürelerinin uzunluğuna ve bu nedenle bu süreler içinde açılacak ek davalarla uğranılan maddi-manevi zararın tam olarak talep edilebilmesi imkânına rağmen; ıslah yoluyla talep edilen tazminat miktarının arttırılamamasını öngören kural Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiş ve artık ek davalar açma yolu dışında, tazminat davası açan davacılar yönünden "ıslah" yoluyla talebin arttırılabilmesi imkân dahiline girmiştir. Oysa tam yargı davalarında sürelerin adli yargıya nazaran kısa tutulması nedeniyle (eyleme ıttıla tarihinden itibaren idareye ön karar için bir yıl içinde başvurulması; olumsuz cevabın tebliğinden itibaren 60 gün içinde dava açılması zorunluluğu), ek dava yolu kapalı olup, ayrıca 'ıslah'dan

yararlanamama gibi dava konusu engelleyici kural nedeniyle, idari yargıda idari eylem nedeniyle ihlâl edilen hakkını tam yargı davasıyla talep edilen davacılar bakımından tam anlamıyla bir hak kaybı sözkonusu olmaktadır. Dolayısıyla kuralın Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 141. maddelerine aykırılığı açıktır.

3- Davaya konu kural, yukarıda açıklanan sonuçları doğuran, "ıslah" kurumuna yollama yapmamak suretiyle bu usul hükmünün idari yargıda ve tam yargı davalarında uygulanmasını engelleyen "olumsuz bir düzenleme" mahiyetindedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında, olumsuz düzenleme nedeniyle ilgili yasa kurallarının iptali yoluna gitmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, 27.11.1984 günlü, 3086 sayılı Kıyı Kanunu'nun 4. maddesinde tanımlanan kıyı çizgisi ve kıyı tanımlarını, bu tanımlarda jeolojik bakımdan kıyı sayılması gereken "kayalıklar"a yer verilmemesi nedeniyle iptal etmiştir. Bir başka deyişle iptal kararında, yasadaki kıyı tanımının, Anayasa'da belirtilen ve jeolojik olarak "kayalıklar"ı da kapsadığı sonucuna varılan kıyı kavramına uygun olmaması gerekçesine dayanılmış olup, ortada Anayasa meselesi bulunduğu kabul edilmiştir. (Any. Mah.nin 25.2.1986 tarih ve E.1985/1, K.1986/4; AMKD., Sayı: 22, s. 28)

Bu konuda başka bir kararda, Türk Ceza Kanunu'nun 3255 sayılı Kanun'la değişik olan ve semavi dinlere mensup olanlara ait kutsal değerlere hakaret etmeyi suç sayan 175. maddenin iptaline ilişkindir. Burada Mahkeme, söz konusu kuralla kanun koyucunun semavi dinlere mensup olanlara ait kutsal değerleri koruma altına alırken, semavi olmayan dinlerin mensuplarını bu koruma dışında bırakmasını laiklik ve eşitlik ilkelerine aykırı görerek iptal kararı vermiştir. (Any. Mah.nin 4.11.1986 tarih ve E. 1986/11, K. 1986/26; AMKD., Sayı:22, s.298)

Eksik düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırılık oluşturması nedeniyle iptal edilen başka bir kural da, hâkim ve savcıların noterlik stajından muaf tutulmalarına ilişkindir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 6. maddesine göre, adli veya askeri hâkimlik yahut savcılıklarına atanmış olanlar noterlik stajına tâbi tutulmuyorlardı. Bir itiraz başvurusu sonucunda Anayasa Mahkemesi, adli ve askeri yargı hâkim ve savcıları noterlik stajına tâbi tutulmaz iken, idari yargı hâkim ve savcılarının noterlik stajına tâbi tutulmaları ile ilgili yasa kuralını incelemiş ve iptal etmiştir. (Any. Mah.nin 12.11.2002 tarih ve E.2001/252, K.2002/102; AMKD, Sayı: 39, Cilt: 1, s. 179)

Eksik düzenleme niteliğinde olup, eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilen diğer bir kural, 506 sayılı SSK'nun EK- 5. maddesinin birinci fıkrasının IV numaralı bendinde yer alan "azotlu gübre ve şeker sanayiinde"

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 yararlanma olanağı tanımak amacıyla kabul edilmiş olduğu, oysa bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi dalında da bu nitelikte işlerin mevcudiyetinin görülebileceği, bu durumda itibari hizmet süresinden yararlanılabilecekler 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 Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesinin gereği olduğu, dolayısıyle aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tâbi tutulmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı sonucuna varmıştır. (Any. Mah.nin 4.10.2006 tarih ve E.2002/157, K.2006/97; RG. 27.3.2007, Sayı: 26475, s. 13-14)

Davanın somutunda da, itiraz istemine konu kuralla HUMK'nun birçok usul hükümlerine yollamada bulunulduğu halde, "ıslah" bundan istisna tutulmak suretiyle, gerçekte salt uğranılan zararın tam ve gerçek şekilde tazmini amacını güden ve bu yönü itibariyle de adli yargıdaki tazminat davalarından -nitelik, süreler ve isimlendirilme hariç- öz itibariyle farklılık göstermeyen tam yargı davaları yönünden "kısıtlama" öngören olumsuz bir düzenlemenin varlığı karşısında, eşitlik ilkesi bakımında da Anayasa'ya aykırılık açıkça görülmektedir.

4- Açıklanan nedenlerle, anılan kuralın Anayasa'nın 2., 10., 36., 125. ve 141. maddelerine aykırı düşmesi itibariyle iptali gerektiği kanısına vardığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılamıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Fulya KANTARCIOĞLU	Serdar ÖZGÜLDÜR

AYRIŞIK GEREKÇE

Kararda da belirtildiği gibi yargılama yöntemleri Anayasa gereği yasayla düzenlenirken, ilgili yargı yerinin görevleri, işlevi ve özellikleri gözönünde tutulmakta ve yasa yapıcının yeğleme ve değerlendirmeleri egemen olmaktadır. Yargı yolunun özellikleriyle örtüşen yöntem kuralları kendi içinde bir bütünlük oluşturmakta, diğer yargı yerlerinin uyguladıkları yöntemler bu dizgeye aktarılırken bütünlüğün korunmasına özen

gösterilmektedir. Bu düzenlemeler sırasında, yargı yollarının kimi kurumlarının kapsam dışı tutulmasına da sözkonusu bütünlük etken olurken, yasa yapıcının gereklilikleri gözeten seçimi de kendini göstermektedir.

Belirtilen oluş karşısında, başka işlevsel özellikler içeren yargı düzeninde yer alan ancak idari yargılama yöntemine alınmayan bir hukuk kurumunun Anayasa'ya aykırı olması için Anayasa'da tersi ve belirgin bir öngörünün bulunması gerekecektir. Bunun dışında konunun diğer bir boyutu da maddenin hak arama özgürlüğüyle irdelenmesidir. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünün "meşru vasıta ve yollarla" kullanılacağı aynı maddede öngörülmektedir. Yemin, tanık, eski hale getirme, sözlü yargılama gibi bir çok yöntem arasında ıslah kurumunun da idari yargılama usulünde yer almamasının, idari işlem veya eylem nedeniyle hukuksal yararları ve haklarında kayıplar oluşanların yargı yoluna başvurmalarını önlemediğinde kuşku yoktur. İdari işlem nedeniyle açılacak tam yargı davasının, iptal davasının sonuna bırakılma durumunda yıllara yayılan bir süreyi, idari eyleme dayalı tam yargı davasının açılmasının ise bir yılı geçen zaman dilimini kapsadığı ve ilgililerin bu süreçte görevli yargı yerlerinde delil tespiti yaptırabilecekleri ya da gerekli verileri hazırlayabilecekleri gözetildiğinde, uğradıkları zararları nesnellikle saptama ve yargı yoluna götürme olanakları bulunduğu açıktır. Kaldı ki, hak arama özgürlüğüne ilişkin meşru vasıta ve yollar vurgusu davacılara da yükümlülükler vermektedir. Usul yasasının bu olguları da gözeterek düzenlediği yönteme göre davacı dilekçesini düzenleyecek, içtihatların açılımları dışında tazminat miktarını gösterecektir. Bu açıklamalar karşısında eksik olduğu öne sürülen maddenin hak arama özgürlüğüne aykırı olmadığı, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddeleriyle çelişmediği kuşkusuzdur.

İdari davaların akışı sırasında olası bir gelişime dayandırılan eksik düzenleme savının yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa'nın somut bir kuralıyla desteklenmesi temel yaklaşımdır. Böylesi bir savın eşitlik karşılaştırılmasına uygun olmadığı da açıktır. Çünkü ayrı nedenlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların görüleceği yargı yollarının farklılığı bu yolların farklı işlevleri ve farklı sonuçları birbiriyle kıyaslanamaz ayrı yargı yerleri olgusunu ortaya çıkarmaktadır. Başka yerlerde davacı olanlar da aynı oluş nedenleriyle birbirlerinden ayrılırlar. Bu bakımdan kararda da vurgulandığı gibi aynı konumda olmak ilkesi gerçekleşmediğinden eşitlik karşılaştırması yapılamayacağında duraksama kalmamaktaysa da, bu

bağlamda beliren kimi sonuçlar da değinilen irdelemeye ayrı engellerdir. Usul bütünlüğü dışında tazminat miktarının artırılması sonucunu verecek gelişimler, yargı harcı ve avukatlık ücreti gibi nedenlerle gerçek istemden uzak tam yargı davalarının açılmasına, gerek ilk aşamada, gerekse yargılama akışı içinde tazminat miktarı artırımı gerçekleşmeden davalılarca davanın kabulü yolundaki başvurulara neden olacaktır. Bu saptama usul yasalarındaki yasama yetkisi kullanımı ve değerlendirmesinin birbirini bütünleyen parçalardan oluşan bir yöntem düzlemine dayandığını göstermektedir. Ortaya çıkan da olumsuz düzenleme tanımıyla tam uyuşmayan, yollama yapılan yasadaki bir yöntemin seçilmemesi, ilgili yasaya aktarılmamasındaki göreceli bir susuştur.

Başka anlatım ve yaklaşımla, kural ile yollama yapılan yasa arasındaki ayrım olan ve başvuruya gerekçe yapılan ıslah kurumunun usul yasalarından birinde bulunup diğerinde bulunmaması; olumsuz düzenleme şeklinde yetkin bir tanım yapılamadığından, görünen ve eksiklik olarak tanımlanan yasal yetki seçimini yansıtan kuralın anayasal yargılamasında olumsuz düzenleme ölçütleriyle ele alınamayacağı sonucunu vermektedir. Bu sonuç eşitlik karşılaştırılması yapılamayacağının başka bir gerekçesidir. Ayrıca, itiraza konu kuralın, daha önce iptal edilen adli yargıya ilişkin ıslah sınırlamasıyla, o yasada açık bir kuralın varlığı nedeniyle tam ilintisi bulunmamakta; kimi eksik düzenlemelere ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarının da, kuralın yollama yaptığı yasada sözü edilen konuda düzenleme olduğundan tam örnek olamayacağı anlaşılmaktadır. Belirtilen açıklamalar da itiraza konu maddenin Anayasa'nın 10. ve 142. maddelerine aykırı olmadığının göstergeleridir.

Belirtilen açıklamalar içinde kalınarak ulaşılacak bir sonuç da, konunun Anayasa yargısı dışında idari yargı ve yasama sorunu olduğu gerçeğidir.

Aktarıla gelen nedenlerle, kararın dayandığı gerekçelere yukarıda değindiğim ayrışık görüşlerle katılıyorum.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2005/28

Karar Sayısı : 2008/122

Karar Günü : 12.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1) Ankara 9. İş Mahkemesi (E. 2005/28)

2) Bursa 2. İş Mahkemesi (E.2005/131-132 ve133)

İTİRAZLARIN KONUSU: 13.6.1952 günlü, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 4.1.1961 günlü, 212 sayılı Yasa ile değiştirilen 14. maddesinin ikinci fıkrasıyla, Ek 1. maddesinin 8. fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2., 5., 10. 11., 48., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Basın mesleğinde çalışanlar tarafından çalışma ve/veya fazla çalışma ücretinin tespit ve tahsili talebiyle açılan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan ya da tarafların Anayasa'ya aykırılık savlarını ciddi bulan mahkemeler iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

Ankara 9. İş Mahkemesinin 22.2.2005 tarihli başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"…Dosyamızda davacının 5953 sayılı Basın İş Yasasının "ücret" başlıklı 14. maddesinin 2. fıkrasında yer alan 'Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri geçecek her gün için % 5 fazlası ile ödemeye mecburdurlar'

Aynı şekilde ek 1. maddesinin 8. fıkrasında da 'fazla çalışmalara ait ücretin müteakip ücret tediyesi ile birlikte, ödenmesi mecburidir. Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlası ile ödenir.' hükümlerini içermektedir.

Bu düzenlemeler nedeniyle, % 5 fazla ödemeye ilişkin talep ve bu talebin dayanağı düzenleme, Anayasanın Kanun önünde eşitlik ilkesini açıkça ihmal etmektedir.

Davacının davasını dayandırdığı Basın İş Yasasının 14. maddesi açıkça Anayasanın ön gördüğü eşitlik ve sosyal denge kavramlarına aykırıdır.

Şöyle ki; 1475 sayılı yasaya göre çalışan ve işçi statüsünde sayılanlar ile, gazetecilerin toplumun tüm kesimindeki işçilerden ayrık tutulması, eşitsizliğe meydan vermektedir.

Kanun koyucu iş bu maddeyi çalışanların ücretlerini vaktinde ödenmesi için koymuş ise de, diğer kanunlarda böyle bir hükmün bulunmaması Basın İş Kanunlarına tabi olarak çalışanlara haksız yere ayrıcalık sağlamaktadır.

Basın İş Yasasındaki bu düzenlemeler ile mahkememizce Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerinden biri olarak değerlendirilen 'Adalet anlayışı içindelik' farklı kanunlara tabi işçilere farklı uygulamalar yapılarak çiğnendiği kanaatine varılmıştır.

Basın İş Yasasına göre fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde her geçen gün % 5 fazlası ile ödenmesi, geçecek her gün ile orantılı olarak artmakta ve kısa sürede büyük meblağlara varmaktadır.

Madde hükmünün bu özelliği Basın İş Yasasına tabi işçiyi haksız menfaat sağlamak yoluna itmektedir.

Nitekim Yargıtay Genel Kurulu 1973/4 esas nolu kararı ile Basın İş Yasasının 14/2 maddesi 'kamu hükmü' olmasına rağmen, bir içtihadı birleştirme kararı ile sorumluluğun belirlenmesini ve şartların gerçekleşmesi halinde kıyas yolu ile Borçlar kanunun 44. maddenin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Oysa Basın İş Yasasında bu konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı halde, haksız fiillerde ve akde aykırılık hallerinde uygulanan bu hükmün kanundan doğan sorumluluklarda da uygulanması yoluna gidilmiştir.

Dolayısıyla Yargıtay Genel Kurulu bu içtihadı birleştirme kararı ile haksız menfaat elde edilmesini bir nebzede olsa azaltmaya çalışmış ve akde aykırılık hallerinde uygulanan bu hükmün kanundan doğan sorumluluklarda da uygulanması yoluna gidilmiştir.

Anayasanın 10. maddesinde 'hiçbir kişiye aileye, zümreye ve sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları, bütün işlemlerinde

kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.' denilmektedir.

Yine bu maddenin gerekçesinde; 'her hangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayrım yapılamaz.' sözleri yer almaktadır.

Devlet Organları arasında yer alan Yasama organı bu hükme aykırı olarak çıkardığı yasanın ilgili maddesi ile, bir zümreye imtiyaz tanımış ve Anayasanın 10.maddesine aykırı davranarak insanlar ve çalışanlar arasında ayırım yapmıştır.

Ayrıca Anayasanın 5.maddesinde; Devletin temel amaç ve görevlerinin bir bölümünün toplumun huzur ve mutluluğunu sağlamak ve sosyal hukuk Devleti ve Adalet ilkeleri ile bağdaşacak şekilde insanların maddi ve manevi varlığının gelişmesine çalışmak olduğu belirtilmiştir.

Ancak yukarda işaret edilen Yasa maddesi ve ek madde ile, sosyal hukuk devleti ve Adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak şekilde toplum içinde yer alan bir zümrenin mutluluğunu sağlamak ve bir kısım insanı toplumun ve çalışanların geri kalan bölümünden soyutlayarak, o zümrede yer alan insanların maddi ve manevi varlığının gelişmesine çalışıldığı ve bu şekilde Anayasanın 2. ve 5 maddelerine aykırı olarak hareket edildiği açıktır."

Bursa 2. İş Mahkemesinin başvuru kararlarının gerekçe bölümleri şöyledir:

"İptali istenen 5953 Sayılı Basın İş Yasasının 14. maddesinin 2. fıkrasında; 'Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar.' Aynı Yasanın Ek–1. maddesinin 8. fıkrasında; 'fazla çalışmalara ait ücretin, müteakip ücret tediyesiyle birlikte ödenmesi mecburidir. Fazla çalışma ücretinin gününde ödenmemesi halinde her geçen gün için % 5 fazlasıyla ödenir.' hükümleri bulunmaktadır.

Yukarda belirtilen maddelerin % 5 fazlaya ilişkin ödenmesi kanun önünde eşitlik, adalet ilkeleri ve sosyal denge kavramlarına aykırı olduğu açıktır. İş Yasasına ve diğer yasalara tabi olarak çalışan işçiler ile basın iş kolunda çalışan gazeteciler arasında ayrım yapan ve sosyal haklar, alacaklar konusunda uçurumlara neden olan, çalışma barışını bozan ilgili düzenlemenin eşitsizliğe ve haksızlığa neden olduğu açıktır. Maddede belirtilen % 5 faiz uygulaması basın iş kolunda çalışanlara haksız yere imtiyaz (ayrıcalık) sağlamaktadır. Basın İş Yasasına göre çalışanlara % 5 faiz uygulaması sonunda ödenmesi gereken miktar her geçen gün orantılı olarak

artmakta ve kısa sürede büyük meblağlara ulaşmaktadır. Madde hükmünün bu özelliğinin Basın İş Yasasına tabi olarak çalışan işçilere haksız menfaat sağladığı, diğer işçilerle mukayese dahi edilemeyecek ödemelere sebebiyet verdiği çok açıktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve ilgili Hukuk Daireleri verdikleri kararlarında, bu haksızlığın azda olsa giderilmesi için Borçlar Kanununun 44. maddesinin uygulanmasını ve önemli oranda indirim yapılması gerektiğini (% 80, 90 gibi) belirtmişlerdir. Haksız fiillere ve akde aykırılık hallerinde uygulanan bu hükmün kanundan doğan sorumluluklarda da uygulanması sonucunu doğuracak bu kararlar dahi haksızlığın giderilmesine yeterli olmamıştır.

Anayasanın 10. maddesinde 'hiçbir kişiye, aileye, zümreye ve sınıfa ayrıcalık tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır' denilmektedir. Aynı maddenin gerekçesinde de: 'Herhangi bir niteliğe ve ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayrım yapılamaz' denilmektedir

Yasama organı bu hükme aykırı olarak çıkardığı yasanın ilgili maddesiyle bir zümreye imtiyaz tanımış ve çalışanlar arasında ayrım yapmıştır.

İlgili 14/2 ve Ek 1. maddenin 8. fıkrası Sosyal Hukuk Devleti ve Adalet İlkeleri ile bağdaşmayacak şekilde toplum içinde yer alan bir zümrenin mutluluğunun sağlandığı, basın işçilerini diğer çalışanlardan soyutlayarak o insanların maddi varlıklarının gelişmesine çalışıldığı, bu iş kolunda çalışan işçilerin bağlı olduğu işverenlere ağır yıkımlar getirebilecek, sosyal dengeleri bozacak sonuçlara neden olduğu ve bu şekilde Anayasanın 2. ve 5. maddelerine aykırı olarak hareket edildiği açıktır. Yine madde hükmünün 'Devlet... çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.' ibarelerini taşıyan Anayasanın 49. maddesi ile 'Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.' ibarelerini taşıyan 55. maddesine aykırı olduğu, söz konusu uygulamanın çalışma barışını bozacak nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

13.6.1952 günlü, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un;

- İptali istenen ikinci fıkrasını da içeren 212 sayılı Yasa ile değişik 14. maddesi şöyledir:

"Kararlaştırılan ücret her ay peşin olarak ödenir. İlave ücretlerin sigorta priminin ödenmesi mecburidir.

Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar.

Mukavele müddeti sona ermeden evvel kendisine atfedilebilecek bir kusuru olmaksızın işine son verilen gazeteci, peşin almış olduğu ücretin henüz işlememiş bulunan kısmını iade etmeye mecbur tutulamaz.

Gazeteciler her hizmet yılı sonunda işverenin sağladığı kârın emeklerine düşen nıspî karşılığı olarak asgari birer aylık ücret tutarında ikramiye alırlar."

- İptali istenilen sekizinci fıkrasını da içeren Ek 1. Maddesi şöyledir:

"5953 sayılı Kanunun birinci maddesindeki gazeteci tabirinin şümulü içinde bulunan kimselerden müessese, matbaa, idarehane ve büro gibi yerlerde hizmetlerinin mahiyeti itibariyle müstemirren çalışanlar için günlük iş müddeti, gece ve gündüz devrelerinden sekiz saattir.

Yukarıdaki fıkra hükmünün dışında kalarak, gündüz veya gece devresindeki çalışma müddetinin daha fazla hadlere artırılması ve ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde çalışılması bu Kanuna göre (fazla saatlerde çalışma) sayılır.

Pazar gününden başka bir gün hafta tatili yapan gazeteci pazar günü fazla mesai yapmış sayılmaz.

Her bir fazla çalışma saati için verilecek ücret, normal çalışma saati ücretinin % 50 fazlasıdır.

Ancak, günlük normal çalışma müddetine ilaveten bu madde gereğince tatbik edilecek fazla çalışmaların saat 24'den sonraya tesadüf eden saatlerinde ücret bir misli fazlasıyla ödenir.

Fazla saatlerin hesabında, yarım saatten az olan müddetler yarım saat, fazlası ise bir saat sayılır.

Fazla saatlerde çalışma ücretlerini parça başına veya yapılan iş miktarına göre alan gazetecilere yaptırıldığı takdirde dahi bu kimselerin fazla saatlere tekabül eden ücretlerini bu maddedeki esaslara göre ödenir.

Fazla çalışmalara ait ücretin, müteakip ücret tediyesiyle birlikte ödenmesi mecburidir. ***Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlasıyla ödenir.***

Fazla mesai günde 3 saati geçemez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 2., 5., 10. 11., 48., 49. ve 55. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca, E.2005/28 sayılı dosya ile ilgili olarak 15.3.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine; E.2005/131, 132 ve 133 sayılı dosyalarla ilgili olarak 17.11.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında ise dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle davaların birleştirilerek incelemenin 2005/28 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

İtiraz başvurularında, zamanında ödenmeyen ücret ile fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla ödenmesini düzenleyen itiraz konusu kurallar gereğince, geçecek günle orantılı olarak ödenmesi gereken meblağın kısa sürede büyük rakamlara ulaştığı, böylece gazetecilere, İş Kanunu'na tâbi olarak işçi statüsünde çalışanlardan farklı olarak ayrıcalık tanındığı, ayrıca sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde çalışma barışını bozduğu gerekçesiyle kuralların Anayasanın 2., 5., 10., 11., 48., 49. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmış,

5. maddesinde, "...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış,

10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir…Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmüne yer verilmiş,

48. maddesinde, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlıyacak tedbirleri alır" denilmiş;

49. maddesinde, "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır" ifadesine yer verilmiş,

55. maddesinde ise, "Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır. Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da göz önünde bulundurulur" hükmü yer almıştır.

5953 sayılı Basın İş Kanununun 212 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişik 14. maddesinin ikinci fıkrasına göre, gazetecilerin ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücreti geçecek her gün için % 5 fazlasıyla ödemeye mecburdurlar.

Kanun'un 1. maddesine göre "gazeteci", *"Bu Kanun şümulüne giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlara"* denilmekte ve Kanun'un, *"Türkiye'de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunu'ndaki "işçi" tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanacağı"* belirtilmektedir. Dolayısıyla gazetecilik işyerinde yapılan çalışmada fikir ve

sanat işi yapma koşulunun da gerçekleşmesi gerekmektedir. Yasanın 14. maddesinde her ay peşin olarak ödeneceği belirtilen ücretin işveren ile gazeteci arasında 4. madde gereğince yazılı olarak yapılması ve sözleşmede mutlaka yer alması gereken "ücret" olduğu anlaşılmaktadır.

5953 sayılı Kanun`a eklenen 1. maddenin sekizinci fıkrasına göre, fazla çalışmalara ait ücretin müteakip ücret tediyesiyle birlikte ödenmesi mecburidir. Fazla çalışma ücretleri, gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlasıyla ödenir. Aynı maddede, gazeteci tabirinin şümulü içinde bulunan kimselerden müessese, matbaa, idarehane ve büro gibi yerlerde hizmetlerinin mahiyeti itibariyle müstemirren çalışanlar için günlük iş müddetinin, gece ve gündüz devrelerinden sekiz saat olduğu, bunun dışında gündüz veya gece devresindeki çalışma müddetinin daha fazla hadlere artırılması ve ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde çalışılmasının bu Kanuna göre (fazla saatlerde çalışma) sayılacağı, her bir fazla çalışma saati için verilecek ücretin, normal çalışma saati ücretinin % 50 fazlası olduğu belirtilmiştir.

Başvuru gerekçelerinde, kurallarda yer alan "***günlük yüzde beş fazlasıyla ödeme***"ye ilişkin düzenlemelerin itiraza konu edildiği anlaşılmaktadır.

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

İptali istenen kurallarla gazetecilere, zamanında ödenmeyen ücret ve fazla çalışma ücreti açısından diğer çalışanlara tanınmayan lehe düzenlemeler getirilmiştir. Buna ilişkin olarak yasama belgelerinde, basında mevcut bir huzursuzluğun çözümüyle işçi ve memur statüsünden farklı çalışma koşullarına tâbi gazetecileri korumanın amaçlandığı ifade edilmiştir. Basın İş Kanunu kapsamında çalışanların, yaptıkları iş gözetilerek İş Kanunu'na tâbi olanlardan farklı yasal düzenlemelere konu edilmeleri

mümkündür. Bu iki grup, aynı hukuki statüde bulunmadıklarından itiraz gerekçelerinde öne sürülen karşılaştırmaya elverişli değillerdir. Bu nedenle düzenlemelerin Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir.

Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları, işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma *barışını sağlamak* için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmektedir.

İptali istenen kurallarda yer alan "günlük yüzde beş fazlası" ibaresi nedeniyle, ücret veya fazla çalışma olarak zamanında ödenmeyen meblağın kısa zamanda yüksek miktarlara ulaşabildiği anlaşılmaktadır. Çalışma koşulları bakımından işçilerden farklı bir konumda olan ve kamuoyunu doğru bilgilendirme görevleri bulunan gazetecileri işveren karşısında korumak amacıyla getirildiği anlaşılan itiraz konusu bu kurallarla, gazetecilerin bazı alacaklarının zamanında ödenmesine, gecikme halinde ise belli miktarda ilave yapılarak tahsiline imkan sağlanmıştır. Fazla çalışma ücretiyle normal ücretin yüzde beş fazlasıyla ödenmesine ilişkin bu kuralların, "zamanında" ödenmeme koşuluna bağlı olarak uygulanabilir oldukları açıktır. Ayrıca, bu düzenlemelerin basın özgürlüğü yönünden önemli bir işlev gördüğü de yadsınamaz. Gazetecinin görevinin haber alma, verme, basma ve yayma gibi kamu düzenini yakından ilgilendiren niteliği de göz önüne alındığında kuralların başlı başına çalışma barışını bozacak nitelikte oldukları söylenemez.

Anayasa'nın "Ücrette adalet sağlanması" başlıklı 55. maddesinde, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için Devletin gerekli önlemleri alacağı öngörüldüğünden, yaptıkları işin özelliği nedeniyle basın çalışanlarını ödenmeyen ücretleri konusunda korumaya yönelik düzenlemelerin Anayasanın bu maddesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kuralların Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 49. ve 55. maddelerine aykırı olmadıkları sonucuna varılmakla itirazın REDDİ gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 48. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

13.6.1952 günlü, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un, 4.1.1961 günlü, 212 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen;

1- 14. maddesinin ikinci fıkrasının,

2- Ek 1. maddesinin sekizinci fıkrasının ikinci tümcesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 12.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2003/94

Karar Sayısı : 2008/123

Karar Günü : 19.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hamur Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 81. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren..." ibaresinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Meraya el atma suçundan sanıklar hakkında açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde tekerrür hükümleri düzenlenmiştir. Böylece; birden fazla suç işleyenler bakımından verilen cezalar belli nispette artırılarak ikinci veya daha fazlası suç işleyen kimseler ağır şekilde cezalandırılmış, birden fazla suç işlenmesi halinde cezaların artırılacağı hususu yeni suç işleyecekler bakımından caydırıcı olabileceği düşünülmüştür. Kelime anlamı olarak tekerrür; bir şeyin yinelenmesi, aynı şekilde tezahür olunması durumudur. Bir vakıa tekrar ettiğinde tekerrür etmiş sayılır.

İncelemeye konu olayda sanıklar; meraya tecavüz suçundan Mahkememizce verilen 14.2.2002 tarih ve 2002/7 karar sayılı mahkûmiyet kararı ile TCK'nın 513/2. maddesine muhalefetten 2 ay 20 gün hapis ve 189.820.000 TL. ağır para cezası ile cezalandırılmışlar, bu karar 11.6.2002 tarihinde kesinleşmiş, bu kesinleşmeden sonra 15.7.2002 tarihinde aynı sanıklar hakkında yeniden aynı suç bakımından Mahkememize işbu dava açılmış, yargılama devam ederken önceki mahkûmiyete konu cezaları sanık

Mevlüt bakımından 4.12.2002 tarihinde ve sanık Memet bakımından 5.12.2002 tarihinde infaz edilmiştir. Yürürlükte olan TCK'nın 81. maddesi hükmüne göre, sanıkların tekerrüre esas olabilecek önceki cezaları işbu davaya konu suçtan sonra infaz edildiği için sanıklar hakkında tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Kanaatimize göre bu durum Anayasamızın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır.

Şöyle ki; yukarıda izah olunduğu üzere "tekerrür" kelimesi bir şeyin yeniden işlenmesi, tekrar olunmasıdır. İncelemeye konu bu olayda da sanıklar aynı şeyi (yani eylemi) maddi vakıa olarak tekrar etmişler, aynı suçu yeniden işlemişlerdir. Bu durum kesinleşen mahkeme kararı ile ortaya konmuştur. Tekrar edilen bu eylem (yani suç) artık sırf infaz yapılmadı diye yok sayılamaz. Bir vakıanın tezahür etmesi başka tezahür edip mahkûmiyete konu olduktan sonra infazı meselesi başka konulardır. Burada önemli olan bir eylemin suç olarak nitelendirilip ceza verilmesi ve ceza hükmünün de kesinleşmesidir. İnfazı yapılmadı diye kesin hükme konu bir eylem yok sayılamaz. Bu sebepledir ki işbu olayda sanıklar hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması gereklidir.

Bir diğer konu ise; tekerrür hükmünün uygulanmasında infazın (veya cezanın düşmesinin) şart koşulması devlet otoritesine uyup cezasını hakkıyla çekenin fazladan cezalandırılması, devlet otoritesine uymayıp infazdan kaçanın ise ödüllendirilmesi anlamına gelmektedir. Mesela; ilkin meraya tecavüz suçunu işleyen ve zamanında cezasını çeken sonra hasbelkader ağır tahrik altında bir yaralama suçu işleyen A şahsı işlediği bu ikinci suçtan dolayı tekerrür hükümlerine göre cezası artırılacakken, ilkin işlediği hırsızlık suçundan mahkûm olup cezanın infazından kaçan ve daha sonra peş peşe aynı suçu işleyen B şahsı hakkında tekerrür hükmü uygulanamayacaktır. Bu durum mevzuata uygun düşmekle birlikte hukuka, adalete aykırıdır.

Bununla bağlantılı olarak; yukarıdaki örnekte A şahsı olarak belirtilen kişinin cezası tekerrür ile artırıldığında sırf bu artırım sebebi ile belki de 647 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan paraya çevirme sınırını veya 647 sayılı Kanun'un 6. Maddesindeki erteleme sınırını aşmış olabilecekken, bırakın genel tekerrürü özel tekerrüre konu suçları işleyen B şahsı sırf cezası infaz edilmedi diye pekâlâ 647 sayılı Kanun'un 4 ve 6. maddelerinden yararlanabilecektir en azından hukuken böyle bir imkânı olabilecektir. Bu durum ise Anayasamızın 10. maddesinde yer alan "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 aykırı düşecektir.

Yukarıda arz ve izah olunan gerekçeler doğrultusunda 1.3.1926 tarih ve 765 sayılı TCK'nın 81/1. maddesinde yer alan "…cezasını çektiği veya düştüğü tarihten itibaren…" ibaresinin Anayasamızın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünüldüğünden İPTALİNE karar verilmesi Yüksek Mahkemenizden saygıyla arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 81. maddesinin itiraz konusu ibareyi de içeren birinci fıkrası şöyledir:

"**MADDE 81**- Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkûmiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlerse yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılımlarıyla 18.11.2003 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

İtiraz konusu ibareyi içeren 1.3.1926 günlü 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. maddesi uyarınca yürürlükten kalkmıştır.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesi, tekerrür kurumunu yeniden düzenlemiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un 9. maddeleri uyarınca, sanıklara yüklenen meraya el atma suçunda tekerrür hükümlerinin uygulanmasında infaz şartının aranması nedeniyle sanık lehine olan 765 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılmıştır.

Tekerrür, bir suçtan dolayı kesin surette mahkûm olduktan sonra yeniden suç işleyen kimsenin kişisel durumunu ifade eder. Bu durumdaki kimseye "mükerrir" denir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde *"Bir kimse beş seneden ziyade müddetle bir mahkûmiyete uğradıktan sonra cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren on sene ve diğer cezalarda beş sene içinde başka bir suç daha işlerse yeni suça verilecek ceza altıda bire kadar artırılır."* denilerek sonradan işlenen suça verilecek cezanın tekerrür nedeniyle artırılabilmesi için, tekerrüre esas olan suçun cezasının çekilmesi ya da cezanın düşmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre bir kimsenin mükerrir sayılabilmesi için; önceden tekerrüre esas olabilecek bir ceza mahkûmiyetinin bulunması, bu mahkûmiyete ilişkin cezanın çekilmiş ya da düşmüş olması, cezanın çekilmesi ya da düşmesinden sonra yasada belirtilen süreler içinde başka bir suçun işlenmesi koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, sonradan işlenen suça verilecek cezanın tekerrür nedeniyle artırılabilmesi için tekerrüre esas olan suçun cezasının çekilmesi ya da cezanın düşmesi koşulunun öngörüldüğü, bu durumun ise tekerrüre esas olan cezasını çeken ya da cezası düşen sanıklarla cezasını çekmeyen ya da cezası düşmeyen sanıklar arasında eşitsizlik yarattığı savıyla itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle

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

Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, suçlara verilecek cezaların artırım ve indirim nedenleri ile oranlarının belirlenmesi ceza siyaseti gereği yasa koyucunun takdirindedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde suç işledikten sonra bu suçun cezasını çeken ya da cezası düşen sanığın belirli süreler içinde yeniden suç işlemesi halinde, önceki cezadan korkmadığı ve uslanmadığı, suç işlemekte ısrarlı olduğu düşüncesiyle daha sonra işlenen suç için verilen cezanın artırılması öngörülmektedir. Yasa koyucu, cezanın caydırıcılığı ve ıslah ediciliği özelliğine rağmen, cezasını çeken ya da cezası düşen sanıkların yeniden suç işlemeleri halinde, sonradan işledikleri suça verilecek cezanın artırılmasını kabul ederek bu kişilerin durumlarını farklı değerlendirmiştir. Bu sebeple, önceki cezasını çeken ya da cezası düşenler ile cezasını çekmeyen ya da cezası düşmeyen sanıklar aynı hukuksal durumda olmadıklarından, bu kişilerin daha sonra işledikleri suç nedeniyle alacakları cezaların farklı kurallara bağlı kılınması eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 11.6.1936 günlü, 3038 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 81. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/138

Karar Sayısı : 2008/124

Karar Günü : 19.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 11., 12., 36., 48., 90. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Müteahhit firmanın, taahhüdünü ihale dökümanı ve sözleşme kurallarına uygun olarak yerine getirmediği gerekçesiyle idare tarafından sözleşmenin feshedilmesi üzerine, fesih nedeniyle uğradığı zararının giderilmesi ve teminatının irat kaydının önlenmesi için ihtiyati tedbir kararı verilmesi istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı Vekili dava dilekçesinde, müvekkili ile Karayolları Genel Müdürlüğü arasında düzenlenen sözleşmenin, davalı kurum tarafından tek taraflı feshedilmesi sonucunda, müvekkili şirketin teminatının irat kaydının önlenmesi ve telafisi imkansız zarar meydana gelmemesi için, öncelikle teminatın irat kaydına yönelik ihtiyati tedbir konulmasını ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile toplam 100.000,00 YTL zararının tazminini istemiştir.

Dava, sözleşmenin tek taraflı feshi nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi ve teminatın irat kaydına yönelik ihtiyati tedbir konulması isteğine ilişkindir.

İhtiyati tedbirler, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 101 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup 103. maddesi uyarınca, *"tehirinde*

tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararın defi için hakim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir." 105/2 madde uyarınca, *"acele hallerde derhal ihtiyati tedbire karar verilebilir."*

Dava dilekçesinde teminat mektubunun paraya çevrilmesinin yakın ve telafisi güç bir zarar doğuracağı iddia edilerek, teminatın irat kaydının ihtiyati tedbir yolu ile durdurulması istenmektedir. Gerçekten de uygulamada teminat mektubunun nakde çevrilmesi durumunda, ilgilinin tüm bankalardan bir daha teminat mektubu alamaması söz konusudur. Bu nedenle davacı HUMK'un 103. maddesi uyarınca dava sonuna kadar teminat mektubunun nakte çevrilmemesi için ihtiyati tedbir isteğinde bulunmaktadır. Ne var ki Kamu İhale Kanunu'nun 34. maddesinin son cümlesi, *"Her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz."* biçiminde olup, Mahkemenin ihtiyati tedbir koyma yetkisini somut olayda engellemektedir. Oysa Anayasanın başlangıç bölümünün 4. paragrafında; *"kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu"*; 6. paragrafında, *"her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme yetkisine doğuştan sahip olduğu"* belirtilmektedir.

Anayasanın başlangıç bölümünde vurgulanan bu düzenleme çerçevesinde, Anayasanın 2. maddesi uyarınca, *"Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir."* Yine Anayasanın 10. maddesi uyarınca, *"kanun önünde herkes eşittir"* ve 11. madde uyarınca da *"Anayasa hükümleri her kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olup kanunlar Anayasaya aykırı olamaz."* Demek ki Türkiye Cumhuriyeti kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı bir hukuk Devleti olup Anayasa kuralları üstün hukuk normudur.

Öyleyse hukuk hakimine, HUMK'nun 101 ve devamı maddeleri uyarınca uygulama olanağı verilen ihtiyati tedbir kararının; idarenin taraf olduğu sözleşmelerdeki teminatlar için konulamaması, Anayasanın başlangıç bölümünde yer alan kuvvetler ayrılığı ve eşitlik ilkelerine aykırıdır. Nitekim Anayasanın 125. maddesi, *"idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"* diyerek, kuvvetler ayrımı ilkesini ve yargı denetimini çok daha açık biçimde dile getirmiştir.

Bunun yanında Anayasanın 36. maddesi, *"herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve*

savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" biçimindeki düzenlemesiyle haksızlığa uğradığını düşünen herkesin, usulüne uygun biçimde yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesini kabul ettiği için, idarece alınan teminatların üzerine ihtiyati tedbir kararı konulamayacağı biçimindeki düzenleme, Anayasanın 36. maddesine de aykırıdır. İdare lehine ve sebepsiz olarak yargı yerlerinin yetkilerini sınırlayan bu düzenleme, hukuk Devleti, kuvvetler ayrımı, eşitlik ve hak arama özgürlüğüne aykırılığının yanında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanmayı düzenleyen 6. maddesine de aykırı olup, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş Uluslararası antlaşmalara uymak bir zorunluluktur.

Öte yandan Borçlar Kanunu'nun sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 18. ve devamı maddelerinde, herhangi bir sözleşmede taraflar eşit konumda olup sebepsiz olarak bir tarafın, karşı yana üstünlüğüne olanak tanınmamıştır. Nitekim Anayasanın 48. maddesi, *"Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir."* diyerek, sözleşme özgürlüğünü güvence altına almıştır. Bir özgürlüğün güvence altına alınmasının, o özgürlüğün keyfi uygulamalardan korunması anlamına geleceği kuşkusuzdur. Bu durumda iptal istemine konu olan Kamu İhale Yasasının 34/son cümlesindeki, *"idarece alınan teminatlar üzerine ihtiyati tedbir konulamaz"* şeklindeki düzenlemenin, idare lehine hukukça geçerli bir sebep olmaksızın avantaj sağladığı düşünüldüğünde, sözleşme özgürlüğü kapsamında olması gereken korumaya ve tarafların eşit olması ilkesine aykırı düştüğü kuşkusuzdur.

Buna karşılık iptale konu yasa maddesinin, kamu kurumlarının yaptığı ihalelerde, idareye verilen teminatlar üzerine, karşı tarafın kötü niyetle ve danışıklı olarak üçüncü kişilerle anlaşarak ihtiyati tedbir, ipotek, haciz vb. koymalarının önlenmesi amaçlı olarak düzenlendiği ileri sürülebilir. Ancak maddede öngörülen, *"her ne suretle olursa olsun"* biçimindeki ifadenin keskinliği karşısında bu görüş yerinde değildir. Yasa gerekçesinde, *"teminatlar taahhüdün ihale dokümanında yer alan hükümlere uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak üzere alındığından, bu konuda bir sorun yaşandığında teminatların gelir kaydedilmesi için haczedilemeyeceği ve üzerine ihtiyati tedbir konulamayacağı hüküm altına alınmıştır."* denmektedir. Fakat Kamu İhale Kanunu'nun 34/son maddesindeki bu düzenlemenin, Kamu İhale Kanunu yürürlüğe girinceye kadar uygulanan ve olağanüstü dönemde çıkarılan, 08.09.1983 tarihli, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 26/c maddesinden aynen alındığı görülmektedir. Her ne kadar Danışma Meclisi'nin 01.08.1983

günlü 137. Birleşimin Birinci Oturumu'nda söz alan İktisadi İşler Komisyonu sözcüsü Paşa Sarıoğlu'nun sözlerinden, Devlet İhale Kanunu'nun 26/c maddesindeki *amacın, "ihalenin sağlığı açısından değerlendirme sırasında ihaleye giren şirketin verdiği teminatın üzerine her hangi bir şekilde ipotek konmasının önlenmesi olduğu"* anlaşılmakta ise de yukarıda vurgulandığı üzere, *"her ne suretle olursa olsun" biçimindeki* düzenlemenin bu amacı aştığı, Devlet İhale Kanunu'nun uygulandığı dönemde dahi tedbirin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin olarak karışıklıklara sebep olduğu, idareye amaçlanandan öte yetki tanıdığı, uygulamadaki bu karışıklığın, hukuki sürecin işleyişi gereği Yargıtay denetiminden de geçmediği, buna karşın Kamu İhale Kanunu'nun düzenlenmesi aşamasında da aynı sakıncaları taşıyarak aktarıldığı görülmüştür. Her iki yasanın gerekçesindeki anlatımların, maddelerdeki hak ve özgürlüklerin ruhuna aykırı düzenlemeyi açıklamakta yetersiz kaldığı ortadadır. Oysa keyfi kullanıma elverişli bu düzenlemenin, yüklenicilerin üçüncü kişilerle danışıklı hareketlerde bulunarak, sözleşmede taraf olan kamu kurumunu zarara uğratamayacak, ihale sürecini aksatmayacak biçimde kaleme alınması olanaklıdır. Bu yüzden keyfiliğe olanak tanıyan mevcut düzenleme Anayasaya aykırı olup iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 4134 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34/son cümlesi; Anayasanın başlangıç ilkelerinin 4. ve 6. paragrafları ile 2, 10, 11, 12, 36, 48, 125. maddelerine ve 90. maddenin göndermesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine aykırı olduğundan iptali için konunun ivediliği gereği yürürlüğün durdurulması istemli olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine tensiple birlikte karar verildi. 04.10.2005"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.1.2002 günlü ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34. maddesinin itiraz konusu son fıkrası şöyledir:

"Her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 11., 12., 36., 48., 90. ve 125. maddelerine dayanılmış, 35. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 17.11.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34. maddesinin son fıkrasının yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 17.11.2005 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, Mahkemenin ihtiyati tedbir koyma yetkisinin engellendiği, idare lehine hukukça geçerli bir sebep olmaksızın avantaj sağlandığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 11., 12., 36., 48., 90. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelerle bağlı olmadığından, iptali istenilen kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesi yönünden de incelenmiştir.

4734 sayılı Yasa'nın 34. maddesinin itiraz konusu son fıkrasında *"Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz."*; Madde'nin yasama belgelerindeki gerekçesinde de *"Teminat olarak kabul edilebilecek değerler ekonomik ve mali gelişmeler dikkate alınarak belirlenmiş ve maddede teminatların teslim ve iade şartları düzenlenmiştir. Ayrıca, teminatlar taahhüdün ihale dokümanında yer alan hükümlere uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak üzere alındığından, bu konuda bir sorun yaşandığında teminatların gelir kaydedilebilmesi için haczedilemeyeceği ve üzerine ihtiyati tedbir konulamayacağı hüküm altına alınmıştır."* denilmektedir.

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, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

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

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 33. maddesinde, *"İhalelerde, teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır."*, 43. maddesinde, *"Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır."*, 44. maddesinde de *"İhale üzerinde kalan istekli 42 ve 43'üncü maddelere göre kesin teminatı vererek sözleşmeyi imzalamak zorundadır. Sözleşme imzalandıktan hemen sonra geçici teminat iade edilir."* denilmektedir.

Anayasa'nın 35. maddesinde "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*" denilmektedir. Buna göre, mülkiyet hakkı sınırsız olmayıp, kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilecek bir haktır. Bu bağlamda, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan alacak haklarının da kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği açıktır. Kamu hizmetlerinin düzenli olarak aksatılmadan yürütülmesindeki kamu yararı gözetilerek taahhüdün ihale dökümanında yer alan hükümlere uygun olarak yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla teminat alınmasında ve bu konuda bir sorun yaşanması olasılığına karşı da teminat üzerine haciz ve

ihtiyati tedbir konulması yasaklanarak alacak haklarının sınırlandırılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, idarenin taraf olduğu sözleşmelerle diğerleri, aynı hukuksal özellikleri taşımadıklarından bunların aynı hukuksal konumda bulunmayan tarafları arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* başlıklı 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak sav ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. İtiraz konusu kuralla kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar engellenmemiş, mahkemeler, açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmamış, yargı yolu herhangi bir şekilde kapatılmamıştır.

Belirtilen nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 11., 12., 48., 90. ve 125. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2006/156

Karar Sayısı : 2008/125

Karar Günü : 19.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 6. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin 29.7.1983 günlü, 2869 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değiştirilen birinci fıkrasının *"... kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi ..."* bölümünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Evlenme nedeniyle iş akdini feshederek işten ayrılan kadın işçinin kıdem tazminatı istemiyle açtığı davada, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı Ayşe Bengiç tarafından davalı Öz Örnek İnş Eğit. Sağ. Güv. Hizm. San Tic Ltd Şti. aleyhine açılmış olan evlilik nedeniyle işten ayrılmadan doğan kıdem tazminatı alacağına yönelik davanın 02/10/2006 tarihli ara kararı gereğince,

İş Hukukumuzda kıdem tazminatı 1475 sayılı Yasanın 14. Maddesinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Yasasının yürürlüğe girmesine rağmen, bu yasada kıdem tazminatı yeniden düzenlenmeyerek 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin uygulaması korunmuş ve bu suretle kıdem tazminatına ilişkin 14. madde, 1475 sayılı Yasanın yürürlüğünü sürdüren tek maddesi olarak kalmıştır.

25.08.1971 tarihinde kabul edilip 01.09.1971 tarih 13943 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmakla yürürlüğe giren 1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesinin ilgili 1. fıkrasında "Bu kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin: 1- İşveren tarafından bu kanunun 17/II numaralı bendinde gösterilen sebepler

(işverenin iş akdinin feshi için dayanabileceği haklı sebepler) dışında, 2- İşçi tarafından bu kanunun 16. maddesi uyarınca (işçi tarafından haklı sebebe dayanılarak), 3-Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısı ile, 4-Bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malûllük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla; 5- 506 sayılı Yasanın 60. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı kanunun Geçici 81. maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeni ile, feshedilmesi veya kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi veya işçinin ölümü sebebi ile son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücret tutarındaki kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır" denilmektedir,

1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesi ile iş akdi her ne suretle sona ererse ersin, tüm işçilere kıdem tazminatı ödenmesi öngörülmemekte olup, özetle, işveren tarafından haklı bir sebebe dayanmadan iş akdi feshedilen işçiye veya haklı bir sebebe dayanarak iş akdini kendisi fesheden işçiye, yasal olarak hak kazandığı emeklilik hakkını kullanması sebebi ile (506 SY'nın 62/1. maddesi yaşlılık aylığının bağlanabilmesi için sigortalı olarak çalıştığı işten ayrıldıktan sonra yazılı istekte bulunma şartını aramaktadır) iş akdini sonlandırmak zorunda kalan işçiye ve nihayet kendi ihtiyarında olmadan, iradesi dışında, (sağlık sorunu, işverene karşı işlemediği bir suç nedeni ile hüküm giymesi veya tutuklanması sebebi ile çalışamayacak olması veya kocasının izin vermemesi sebebi ile kanunun kabul tarihinde yürürlükte bulunan Türk Medeni Yasasının 159. maddesi gereğince çalışamayacak olması) oluşan mücbir bir sebebin varlığı halinde iş akdini feshetmek zorunda kalan işçiye kıdem tazminatı ödenmesi hüküm altına alınmıştır.

01.09.1971 yürürlük tarihli 1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesi bir kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi halinde, kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı hükme bağlanmış ise de; 1475 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarih itibari ile yürürlükte bulunan 17.02.1926 kabul, 04.10.1926 yürürlük tarihli 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisinin 'Evlenmenin Genel Hükümleri' başlığı altında düzenlenen, Karının Meslek veya Sanatı başlıklı 159. Maddesinde, "Karı koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun, karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir. Kocanın izinden imtinaı halinde karı, kendisinin bir iş veya bir sanatla

iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse, bu izin hakim tarafından verilebilir. Koca, karısını bir iş veya sanat ile iştigalden menettiği taktirde keyfiyet noter marifeti ile ilan edilmedikçe hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez." hükmü yer aldığından, karının (evli kadının) çalışması, yasal olarak kocasının iznine bağlı bulunduğundan, kocasının izin vermemesi halinde, kendi iradesi dışında bir sebeple yani mücbir bir sebeple çalışamayacak olan kadına 1475 SY'nın 14. maddesindeki genel amaca uygun olarak kıdem tazminatı ödenmesinin hükme bağlandığı; ancak 743 sayılı Türk Medeni Kanununun 159. maddesinin Anayasa Mahkemesinin 29.11.1990 tarih 1990/30 E 1990/31 K sayılı ilamı ile iptal edildiği gibi, 08.12.2001 tarih 162 sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 22.11.2001 kabul 01.01.2002 yürürlük tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 'Evlenmenin Genel Hükümleri' başlığı altında düzenlenen, Eşlerin Meslek ve İşi başlıklı 191. maddesinde: "Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerlerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur." Hükmüne yer verilmekle kadının çalışması, kocanın iznine bağlı olmaktan çıkartılmıştır.

Bununla birlikte 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 'Evlenmenin Genel Hükümleri' başlığı altında düzenlenen, kocanın hak ve görevlerini düzenleyen 152. maddesinde 'kocanın (evlilik) birliğin reisidir. Evin intihabı (seçimi) karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi ona aittir."; karının hak ve görevlerini düzenleyen 152. maddesinde ".... Kadın müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin (yardımcısı) ve müşaviridir (danışmanıdır). Eve kadın bakar." hükümleri yer almakla eşler arasında erkeğe evi geçimini sağlama görevi yüklenmiş iken; kadına da evin bakımı ve ev hizmetleri görevi yüklenmekle, kadının asli görevinin ev işleri olarak kabul edilmesi ve eşinden bu hususta yardım beklemesi dahi yasal bir hak olarak verilmemiş, kadının evlenmesi sebebi ile yasa ile yalnızca kendisine yüklenen evin bakım işlerini yapabilmesi için iş hayatından çekilmesinin kabul edilebilir bir zorunlu neden görülebileceği gibi, ikametgahın seçim hakkının kocaya verilmesi sebebi ile, kocasının seçtiği yerde oturmak zorunda kalan kadının, ihtiyarında olmadan oturmak zorunda kaldığı yeni ikametgahı sebebi ile işine devam edemeyecek olmasının da zorunlu bir neden olarak ortaya çıkabileceği düşünülebilecek iken; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 'Evlenmenin Genel Hükümleri' başlığı altında düzenlenen hükümler ile ikametgahın belirlenmesi hak ve yetkisinin, ailenin geçiminin sağlanması veya evin bakım ve işlerinin eşlerden herhangi birine yüklenmediği gibi; evlilik birliğini ilgilendiren ikamet yerinin seçimi gibi

konularda ortak karar alma esasının getirildiği ve ortak karar alınmasının mümkün olmadığı hallerde ise aile konutu hakkında 194. madde ile diğer hususlarda ise 195. madde ile hakim müdahalesine başvurulması, bu durumda da esas olarak eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımı ile belirleme yapılması esasının getirildiği; buna göre evlilik birliği içerisinde kadının ve erkeğin hak ve yükümlülüklerinin eşit hale getirilmekle, kadının eşinin kararları ile bağımlı olmaktan çıkarıldığı; her iki eşin de evlilik birliğinin yürütülmesinde ortak hak ve sorumluluklara sahip hale getirildiği, bu sebeple de kadının asli görevinin evin bakım ve hizmetleri olduğu, kocasının seçtiği ikametgahı kabul etmek zorunda olduğu bu sebeple de evlenme sebebi ile iş akdinin feshi için zorunlu ve kaçınılmaz bir sebebin doğduğunun ileri sürülemeyeceği açıktır.

Buna göre 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin yürürlüğe girdiği tarih itibari ile kadının evlenmesi halinde iş akdinin feshi sebebini doğurabilecek bir zorunlu sebebin doğabilmesi mümkün iken, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra böyle bir mücbir sebebin kadın açısından doğabileceğinden bahsedilemez.

Öte yandan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile aile ikametgahının seçilmesi hakkı eşlerden birine (erkeğe) bırakılması yönündeki eşitliğe aykırı hüküm ortadan kaldırılarak bu yönde taraflara eşit hak tanınıp, anlaşamamaları halinde hakime başvuruda bulunma hakkı tanınarak Anayasanın eşitlik ilkesine uygun bir hüküm getirmekle birlikte; 1475 sayılı Yasanın 14. maddesinin "kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi" halinde, kadın işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağı hükmü varlığını sürdürmekle, pratikte, ayrı yerlerde çalışmaları sebebi ile eşlerden birinin iş akdini feshetmek zorunda kalması halinde, (evlenen erkeğe, iş akdini, evlilik veya aile birliğinin korunması amacı ile feshetmesi halinde kıdem tazminatı hakkı tanınmadığından) evlenen kadına, iş akdini feshetme ve işinden ve ikamet ettiği yerden ayrılmayı kabul etme zorunluluğu doğuracağı ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile getirilen eşitlik ilkelerinin zedeleneceği de açıktır. Öyle ki taraflar anlaşamayarak uyuşmazlığın çözümünde hakime başvurma yolunu seçseler dahi; hakim vereceği kararda, evlilik birliği ve tarafların çıkarlarının gözettiğinde eşlerden kıdem tazminatı almaksızın iş akdini feshederek ikametgahını değiştirecek olan erkek eşin değil, kıdem tazminatını alarak iş akdini feshederek diğer eşin ikametgahına gidebilecek olan kadının, erkeğin (işyerine bağlı) ikamet yeri seçimine uymasını daha uygun bulabileceğinden, bu madde tarafların, mahkeme huzurundaki, medeni

kanundan doğan hukuksal haklarının kullanmalarında eşitliklerini bozacak şekilde etki edecektir.

Her ne kadar, toplumsal yapımızdan ve kız ve erkek çocuklarının yetiştirilmesindeki eski ve yanlış geleneklere bağlı aile içi ve dışı eğitim sistemindeki çarpıklıklardan ve buna bağlı olarak Türk ailesinin henüz mevcudiyetini koruyan geleneksel yapısından ötürü; evlilik içerisinde, erkek eşin kadın eşine karşı baskın olması ve uygulamada, yasalar ile getirilmeye çalışılan eşitliğin sağlanamamış olması sebebi ile erkeğin kadın üzerindeki baskısının devam ettiği bir gerçek ise de; yasa koyucunun ve uygulanan yasaların temel alması gereken esasların, mevcut yanlış uygulamalar olmayıp, olması gereken, doğru, hakkaniyete ve hukukun temel ilkelerine uygun düzenlemeler olması; yani toplumdaki yanlış uygulamaların yasalara yön vermesinin değil, yasalar ile getirilen hukuka uygun kuralların topluma yön vermesi gerektiği; aksi halde toplumdaki yanlışlık ve eksikliklerin giderilmesinin mümkün olmadığı da bir gerçektir.

Yine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile evli kadın ve evli erkeğin çalışması eşit koşullara kavuşturulduğu halde; kadın işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazandığı halde, erkek işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanamamasının, erkek işçi ile kadın işçi arasında eşitsizlik yaratmakta olup, bu durum hem 4857 sayılı Yasanın Eşit Davranma ilkesini düzenleyen 5. maddesi ile çelişki yarattığı gibi; hem de Anayasamızın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine, aykırıdır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesi ile oluşan bu yeni durum karşısında, olaya işveren açısından bakıldığında ise, kadın işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi, artık kadının, yasalar kapsamında çalışması eşinin iznine bağlı olmadığından, tamamen kendi özgür iradesi ile yapmış olduğu bir seçim olup, işverenin çalışmak yerine ev kadını olmayı tercih eden işçisine, işverenden kaynaklanan bir hata olmadığı ve kadın işçinin hiçbir haklı veya yasal mücbir sebebe dayanmadan iş akdini feshetmesine rağmen, işvereni kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü altına sokulması anlamına gelecektir ki bu durum maddenin düzenleniş amacına aykırı olacağı gibi işveren aleyhine de eşitsizlik yaratacağı gibi bu halde haklı ve mücbir bir gerekçeye dayanmadan iş akdini fesheden diğer işçiler ile evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdiren kadın işçi arasında eşitsizliğe sebep olacaktır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 08.12.2001 tarih 162 Sayılı Resmi Gazete ile yayımlanan 22.11.2001 kabul 01.01.2002 yürürlük tarihli 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesi ile evlenen kadın işçinin çalışması, kocasının iznine tabi olmaktan çıkartılmakla, 25.08.1971 tarihinde kabul edilip 01.09.1971 tarih 13943 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmakla yürürlüğe giren 1475 sayıl Yasanın ilgili 14. maddesinin ilgili 1. fıkrasının 'kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi' halinde kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin hüküm; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile evli kadın ve evli erkeğin çalışması eşit koşullara kavuşturulduğu halde; kadın işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazandığı halde, erkek işçinin evlendikten sonraki 1 yıl içerisinde iş akdini feshetmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanamamasının, erkek işçi ile kadın işçi arasında eşitsizlik yarattığı gibi, evlendikten sonraki 1 yıllık dönemde eşlerden birinin aile birliğinin sağlanması amacı ile iş akdini feshetmek zorunluluğu doğacağı durumlarda, kadının kıdem tazminatına hak kazanacak olması sebebi ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanun ile getirilen eşitlik uygulamasını zedeleyecek şekilde iş akdini feshetmeyi kabullenmek zorunda bırakacağı ve işverenin çalışmak yerine ev kadını olmayı tercih eden işçisine, işverenden kaynaklanan bir hata olmadığı ve kadın işçinin hiçbir haklı veya yasal mücbir sebebe dayanmadan iş akdini feshetmesine rağmen, işvereni kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü altına sokulması sonucunu doğuracak olup, bu halde haklı ve mücbir bir gerekçeye dayanmadan iş akdini fesheden diğer işçiler ile evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdiren kadın işçi arasında eşitsizliğe sebep olacağından, 1475 sayılı Yasanın ilgili 14. maddesinin ilgili 1. fıkrasının 'kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirilmesi' halinde, kıdem tazminatı ödeneceğine ilişkin hüküm Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı olması sebebi ile iptaline karar verilmesi taktirlerinize sunulur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun itiraz konusu kuralı içeren 14. maddesi şöyledir:

"KIDEM TAZMİNATI

MADDE 14- *Bu Kanuna tabi işçilerin hizmet akitlerinin:*

1. İşveren tarafından bu Kanun'un 17'nci maddesinin II numaralı bendinde gösterilen sebepler dışında,

2. İşçi tarafından bu Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca,

3. Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla,

4. Bağlı bulundukları kanunla kurulu kurum veya sandıklardan yaşlılık, emeklilik veya malûllük aylığı yahut toptan ödeme almak amacıyla;

5. 506 sayılı Kanunun 60'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (a) ve (b) alt bentlerinde öngörülen yaşlar dışında kalan diğer şartları veya aynı Kanunun Geçici 81'inci maddesine göre yaşlılık aylığı bağlanması için öngörülen sigortalılık süresini ve prim ödeme gün sayısını tamamlayarak kendi istekleri ile işten ayrılmaları nedeniyle,

Feshedilmesi veya ***kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi*** *veya işçinin ölümü sebebiyle son bulması hallerinde işçinin işe başladığı tarihten itibaren hizmet akdinin devamı süresince her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir. Bir yıldan artan süreler için de aynı oran üzerinden ödeme yapılır.*

İşçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12.7.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesi ile sınırlıdır. 12.7.1975 tarihinden evvel işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmişse devir mukavelesinde aksine bir hüküm yoksa işlemiş kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur.

İşçinin birinci bendin 4'üncü fıkrası hükmünden faydalanabilmesi için aylık veya toptan ödemeye hak kazanmış bulunduğunu ve kendisine aylık bağlanması veya toptan ödeme yapılması için yaşlılık sigortası bakımından bağlı bulunduğu kuruma veya sandığa müracaat etmiş olduğunu belgelemesi şarttır. İşçinin ölümü halinde bu şart aranmaz.

T.C. Emekli SandığıKanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malûllük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye,bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir.

Yukarıda belirtilen kamu kuruluşlarında işçinin hizmet aktinin evvelce bu maddeye göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirmeyecek şekilde sona ermesi suretiyle geçen hizmet süreleri kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz.

Ancak, bu tazminatın T.C. Emekli Sandığ'na tabi olarak geçen hizmet süresine ait kısmı için ödenecek miktar, yaşlılık veya malullük aylığının başlangıç tarihinde T.C. Emekli Sandığı Kanununun yürürlükteki hükümlerine göre emeklilik ikramiyesi için öngörülen miktardan fazla olamaz.

Bu maddede geçen kamu kuruluşları deyimi, genel, katma ve özel bütçeli idareler ile 468 sayılı kanunun 4'üncü maddesinde sayılan kurumları kapsar.

Aynı kıdem süresi için bir defadan fazla kıdem tazminatı veya ikramiye ödenmez.

Kıdem tazminatının hesaplanması, son ücret üzerinden yapılır. Parça başı, akort, götürü veya yüzde usulü gibi ücretin sabit olmadığı hallerde son bir yıllık süre içinde ödenen ücretin o süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle bulunacak ortalama ücret bu tazminatın hesabına esas tutulur.

Ancak, son bir yıl içinde işçi ücretine zam yapıldığı takdirde, tazminata esas ücret, işçinin işten ayrılma tarihi ile zammın yapıldığı tarih arasında alınan ücretin aynı süre içinde çalışılan günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır.

13'üncü maddesinde sözü geçen tazminat ile bu maddede yer alan kıdem tazminatına esas olacak ücretin hesabında 26'ıncı maddenin birinci fıkrasında yazılı ücrete ilaveten işçiye sağlanmış olan para ve para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatler de gözönünde tutulur. Kıdem tazminatının zamanında ödenmemesi sebebiyle açılacak davanın sonunda hakim gecikme süresi için, ödenmeyen süreye göre mevduata uygulanan en yüksek faizin ödenmesine hükmeder. İşçinin mevzuatdan doğan diğer hakları saklıdır.

Bu maddede belirtilen kıdem tazminatı ile ilgili 30 günlük süre hizmet akidleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine değiştirilebilir.

Ancak, toplu sözleşmelerle ve hizmet akitleriyle belirlenen kıdem tazminatlarının yıllık miktarı, Devlet Memurları Kanununa tabi en yüksek Devlet memuruna 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre bir hizmet yılı için ödenecek azami emeklilik ikramiyesini geçemez.

İşçinin ölümü halinde yukarıdaki hükümlere göre doğan tazminat tutarı, kanuni mirasçılarına ödenir.

Kıdem tazminatından doğan sorumluluğu işveren şahıslara veya sigorta şirketlerine sigorta ettiremez.

İşveren sorumluluğu altında ve sadece yaşlılık, emeklilik, malullük, ölüm ve toptan ödeme hallerine mahsus olmak kaydıyla Devlet veya kanunla kurulu kurumlarda veya % 50 hisseden fazlası devlete ait bir bankada veya bir kurumda işveren tarafından kıdem tazminatı ile ilgili bir fon tesis edilir.

Fon tesisi ile ilgili hususlar kanunla düzenlenir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 41. ve 50. maddeleri de ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 12.12.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile evli kadın ve evli erkeğin çalışması eşit koşullara kavuşturulduğu halde, kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde hizmet akdini sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazandığı, erkek işçinin ise evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde hizmet akdini sona erdirmesi durumunda kıdem tazminatına hak kazanamadığı, bunun ise erkek ve kadın işçiler arasında eşitsizlik yarattığı, ayrıca böyle bir fesih hakkının işverenden kaynaklanmamakla beraber işverene kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü getiriyor olmasının haklı ve mücbir sebebe dayanmadığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 41. ve 50. maddeleri yönünden de inceleme yapılmıştır.

İtiraz konusu kuralda, kadın işçinin evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi isteği ile hizmet akdini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde *"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."* denilerek hukukun temel ilkelerinden eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçekler kadın çalışanlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabileceğinden, kadın çalışanların durum ve konumlarındaki özellikleri gözetilerek getirilmiş bulunan kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin toplumun temeli olduğu ve Devletin ailenin huzur ve refahı için gerekli tedbirleri alacağı vurgulanırken, 50. maddesinde de *"Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. …"* kuralıyla kadınların çalışma koşulları bakımından küçüklerle birlikte özel olarak korunacağı belirtilmiştir.

Kadın işçileri koruyan düzenlemelere uluslararası sözleşme ve kararlarda da yer verilmiştir. Ülkemizin de onayladığı 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı, 1935 tarih ve 45 sayılı Maden Ocaklarında ve Yer Altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılmaması Hakkında Sözleşme, 1951 tarih ve 100 sayılı Eşit Değerde İş için Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Çalışma Sözleşmesi, 1958 tarih ve 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Uluslararası Çalışma Sözleşmesi ve Tavsiye Kararı, 1952 tarih ve 102 sayılı Sosyal Güvenliğin Asgari Normları Hakkında Sözleşme ile 1964 tarih ve 122 sayılı İstihdam Politikası Hakkında Sözleşme ve Tavsiye Kararı, kadınları koruyan uluslararası sözleşme ve tavsiye kararlarındandır.

"Aile hukuku" öğretisinde de zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması gerektiği gibi hususlarda yaygın görüşler bulunmaktadır.

Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluktan kaynaklanan ve aile birliği içerisinde yüklenilen görevlerin boyut ve önemi gözetilerek evlenmesi nedeniyle hizmet akdini kendi arzusu ile sona erdiren kadın çalışanı ve aile birliğini korumaya yönelik düzenlemenin, Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10., 41. ve 50. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

25.8.1971 günlü, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin, 29.7.1983 günlü, 2869 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının "… kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 19.6.2008 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

1475 Sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin ilk fıkrasında, bu Kanun'a tabi kadın işçiye, evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile iş akdini sona erdirmesi halinde işverence kıdem tazminatı ödenmesi öngörülmüş, Yasa'nın bu kurala ilişkin gerekçesinde, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 159. maddesindeki kadının meslek veya sanatla uğraşmasını Yasadaki koşullarla kocanın iznine bağlayan kural nedeniyle kocanın izin vermemesi durumunda kadın işçinin işinden ayrılmak zorunda kalmasının, 1475 Sayılı Yasa'ya yansıtılmasından ibaret olduğu belirtilmiştir. Ancak, 743 sayılı Yasa'nın 159. maddesindeki söz konusu kural, Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1990 günlü ve E: 1990/30, K: 1990/31 sayılı kararı ile eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. 22.11.2001 günlü 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ise bu tür kurallara yer verilmediği gibi, "Evliliğin Genel Hükümleri" başlıklı üçüncü bölümdeki 185 ve devamı maddelerde evlilik birliği, haklar ve yükümlülükler bakımından eşler arasında eşitlik temeline dayandırılmıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" denilerek hukuksal eşitlik tanımlandıktan sonra 7.5.2004 günlü 5170 sayılı Yasa ile eklenen ikinci fıkrada, kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu; Devletin, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu vurgulanmıştır. Böylece kadınların da erkeklerin sahip oldukları hakları elde edebilmeleri için Devletin alacağı önlemlerle kadınlar lehine pozitif ayırımcılık yapılmasına olur verilmiştir. Bu kural kuşkusuz, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların uygulamaya geçirilmesi bakımından erkeğe göre daha geride bulunan kadının aradaki mesafeyi kapatabilmesi için getirilmiş olup, erkeğin hak kaybına uğramasının Anayasal dayanağı olarak değerlendirilemez. Pozitif ayrımcılık kadının, cinsiyeti nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacına yöneliktir.

Anayasa'nın 41. maddesinde de belirtildiği gibi aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Bu eşitlik çerçevesinde yasa koyucu evlilik birliğinin kurulması sonucu işten ayrılmayı, kıdem tazminatına hak kazanma için geçerli bir neden olarak görüyorsa, evlilik birliğinin bir tarafını diğerine üstün tutamaz. Salt cinsiyet farkı, böyle bir ayırımın gerekçesi olamaz. Bu kadın lehine dayanağını Anayasa'dan alan pozitif ayırımcılık değil erkeğe ve kadına verilen geleneksel rolün erkek yönünden doğurduğu negatif yansımadır.

Öte yandan, evlenme nedeniyle isteğe bağlı olarak iş akdinin sona erdirilmesinde, kadına kıdem tazminatı ödenerek bu durumun, özendirici hale getirilmesinin, kadının iş yaşamından uzaklaştırılmasına da neden olabileceği gözetildiğinde, geleneksel yaklaşımlarla kadının korunması amaçlanırken, aslında kadınla erkek arasında bu konudaki yasal düzenlemelere karşın uygulamada varlığını sürdüren ve Anayasa'nın 10. maddesine eklenen fıkra ile giderilmeye çalışılan eşitsizliğin daha da derinleşmesine yol açılması olasılığı, varsayımdan öte üzerinde durulması gereken Anayasal bir sorun oluşturmaktadır. Çağımızda kadın, geleneksel yaklaşımlarla değil, toplumun eşit haklara sahip bireyi olarak erkeklerle aynı hukuksal konuma getirilebilmesi amacıyla Anayasal korumadan yararlandırılmalıdır. Bu tür korumaya gereksinim duyulmadığı durumlarda ise erkeklerin kadınların yararlandığı olanaklardan yoksun bırakılmaları onlar yönünden açık bir eşitsizlik yaratacağından Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur.

Belirtilen nedenlerle itiraz konusu Kural'ın iptali gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına karşıyız.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2006/101

Karar Sayısı : 2008/126

Karar Günü : 19.6.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kocaeli İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. ve 101. maddelerinin Anayasa'nın 2., 18., 48. ve 61. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Özürlü ve eski hükümlü çalıştırmamaktan dolayı verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, itiraz konusu kuralların iptali için re'sen başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa Mahkemesinin 27.9.1967 tarih ve E:1963/336, K:1967/29 sayılı kararında insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişiyle toplum arasında denge kuran, emek sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin, adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini sağlayan devlet, demokratik sosyal hukuk devleti olarak tanımlanmıştır.

Sosyal devlet ilkesi uyarınca devlet ferdin huzur ve refahını, özürlülerin korunmasını, eski hükümlülerin topluma kazandırılmasını sağlayıcı tedbirleri bizzat almakla yükümlü olduğu gibi, özel teşebbüsünde serbest rekabet ortamı içinde güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür.Temel amacı serbest rekabet ortamı içinde,

herhangi bir devlet garantisi olmaksızın karlı bir şekilde ticari faaliyet yapmak olan özel teşebbüse bizzat devletin yapmakla görevli olduğu özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünün yüklenmesinde ve cezai müeyyide uygulanmasında Anayasanın 2. maddesinde ifade edilen sosyal devlet ilkesine uyarlık bulunmamaktadır.

Anayasanın 48. maddesinde özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu ve sözleşme serbestisi bulunduğu 18. maddesinde de, angaryanın yasak olduğu belirtilmesine rağmen, özel teşebbüsün sözleşme serbestisi elinden alınarak, zorunlu olarak, iş yerinde verimli olamayacak, işveren açısından çalışma hayatına ve ticari işletmenin verimliliğine katkısı bulunamayacak özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunda bırakılması Anayasanın 48. maddesine aykırılık teşkil ettiği gibi, kişinin istemediği kişiyle çalışmak zorunda bırakılarak maaş ödeme yükümlüğü yüklenmesi de dolaylı olarak angarya yasağı kapsamında değerlendirileceğinden Anayasanın 18.maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Sosyal hukuk devletinin Anayasa tarafından yüklenen sorumluluklarını yerine getirmek için gerekli kaynağı yine Anayasada belirtilen ölçü ve yöntemler kullanılarak vergi yoluyla elde edeceği, sosyal harcamalara ayrılan kaynakların yetersiz olması halinde sorumluluğun devri yerine, halkın bu giderlere katılımının özendirilmesi şeklinde yapılması hukuk devletinin gereklerindendir.

Özürlü, eski hükümlü ve terör mağdurlarının korunması, rehabilitasyonu, topluma kazandırılması, istihdamı ve insan onuruna yakışır bir hayat seviyesine kavuşturulması, Anayasanın 61. maddesi ile bizzat devlete verilmiş bir görev olduğundan, bu ödevin 4857 sayılı yasanın 30. maddesi ile amacı karlılık olan özel teşebbüse orantısız bir şekilde yüklenmesinde Anayasanın 61. maddesine uyarlılık bulunmamaktadır.

Bu durumda, itiraz konusu olan 4857 sayılı yasanın 30.ve 101. maddesi sosyal hukuk devletinin gereklerine, angarya yasağı kuralına, sözleşme serbestisine ilişkin Anayasa hükümlerine aykırılık teşkil ettiği kanaatine ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu 4857 sayılı yasanın 30. ve 101. maddelerinin Anayasanın 2, 18, 48 ve 61.maddelerine aykırı olduğu sonucuna varıldığından bu konuda karar verilmek üzere dava dosyasındaki belge örneklerinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine, 27.12.2005 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. ve 101. maddeleri şöyledir:

"**Madde 30-** İşverenler elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde her yılın Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranlarda özürlü ve eski hükümlü ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun ek 1'inci maddesinin (B) fıkrası uyarınca istihdamı zorunlu olan terör mağduru işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin toplam oranı yüzde altıdır. Ancak özürlüler için belirlenecek oran, toplam oranın yarısından az olamaz. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.

Bu kapsamda çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirsiz süreli iş sözleşmesine ve belirli süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür.

Oranların hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür.

İşyerinin işçisi iken sakatlanan, eski hükümlü ya da terör mağduru olanlara öncelik tanınır.

İşverenler çalıştırmakla yükümlü oldukları işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlarlar.

Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin nitelikleri, hangi işlerde çalıştırılabilecekleri, bunların işyerlerinde genel hükümler dışında bağlı olacakları özel çalışma ile mesleğe yöneltilmeleri, mesleki yönden işverence nasıl işe alınacakları, Adalet Bakanlığı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca birlikte çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Yer altı ve su altı işlerinde özürlü işçi çalıştırılamaz ve yukarıdaki hükümler uyarınca işyerlerindeki işçi sayısının tespitinde yer altı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz.

Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe

almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder.

Eski hükümlü çalıştırılmasında kanunlardaki kamu güvenliği ile ilgili hizmetlere ilişkin özel hükümler saklıdır.

Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranların üstünde özürlü ve eski hükümlü ve terör mağduru çalıştıran işverenlerin kontenjan fazlası işçiler için özürlü ve eski hükümlü çalıştırmakla yükümlü olmadıkları halde özürlü çalıştıran veya çalışma gücünü yüzde seksenden fazla kaybetmiş özürlüyü çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir özürlü için 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa göre ödemeleri gereken işveren sigorta prim hisselerinin yüzde ellisini kendisi, yüzde ellisini Hazine öder.

Bu maddeye aykırılık hallerinde 101'inci madde uyarınca tahsil edilecek para cezaları Türkiye İş Kurumu bütçesinin Maliye Bakanlığınca açılacak özel tertibine gelir kaydedilir. Bu hesapta toplanan paralar özürlü ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurma ve bu gibi projelerde kullanılmak üzere Türkiye İş Kurumuna aktarılır. Toplanan paraların nerelere ve ne kadar verileceği Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünün koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü, Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ve en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların birer temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanır. Komisyonun çalışma usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

"**Madde 101-** Bu Kanunun 30'uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için yediyüzelli milyon lira para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz".

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 18., 48. ve 61. maddelerine dayanılmış, 50. maddesi de ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 29.6.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 4857 sayılı Yasa'nın 30. maddesinde özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğünün, 101. maddesinde ise bu yükümlülüğe uymamaya yaptırım öngörülmesinin, Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesine, özel teşebbüsün sözleşme serbestisinin elinden alınarak, iş yerinde verimli olamayacak özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğunun Anayasa'nın 48. maddesine, kişinin istemediği birisiyle çalışmak zorunda bırakılarak maaş ödeme yükümlülüğünün dolaylı olarak angarya kapsamında Anayasa'nın 18. maddesine, Anayasa'nın 61. maddesiyle Devlete verilen özürlü ve eski hükümlülerin korunması, rehabilitasyonu, topluma kazandırılması, istihdamı ve insan onuruna yakışır bir hayat seviyesine kavuşturulması ödevinin, amacı kârlılık olan özel teşebbüse orantısız bir şekilde yüklenmesinin Anayasa'nın 61. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

A- 30. Maddenin İncelenmesi

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 50. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

İtiraz konusu kuralda, özel ve Devlete ait belli koşulları taşıyan işyerlerinde belirtilen oranlarda özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 48. maddesinde *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."*; 50. maddesinde *"Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar."*; 61. maddesinde ise *"Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır."* denilmektedir.

Özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, ruhsal veya fiziksel açıdan yetersizliği nedeniyle yahut işlemiş olduğu bir suç dolayısıyla aldığı cezadan dolayı iş bulma imkanını önemli ölçüde yitirenleri koruma düşüncesine dayanmaktadır. Anayasa'nın 50. maddesinin ikinci fıkrasındaki *"Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar."* hükmü özürlülerin özel olarak himaye edilmesini güvence altına aldığından kural, özürlüler bakımından Anayasa'nın 50. maddesinin bir gereğidir.

Kuralla getirilen yükümlülük, özürlü ve eski hükümlü olmalarından dolayı çalışma hayatında dezavantajlı konumda olan kişilerin çalışma hayatına kazandırılarak insan onuruna yaraşır hayat sürmelerini amaçladığından Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin bir sonucudur.

Anayasa'nın 61. maddesinin gerekçesinde, *"Devlet, sakatların çalıştırılmasını sağlamak, bazı vergi muafiyetleri getirmek, sakatların rehabilitasyonu için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür"* denilerek Devlete özürlülerin *"çalıştırılmasını sağlamak"*; 48. maddesinin ikinci fıkrasındaki *"Devlet, özel teşebbüslerin … ve sosyal amaçlara uygun yürümesini,… sağlayacak tedbirleri alır."* hükmüyle de Devlete özel teşebbüslerin *"sosyal amaçlara uygun yürümesini"* temin etmek için tedbir alma yükümlülüğü verilmiştir.

Anayasa'nın 61. ve 48. maddelerindeki Devlete verilen söz konusu yükümlülükler birlikte değerlendirildiğinde, özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın özürlü ve eski hükümlü çalıştırılma zorunluluğu öngörülen kuralın, sosyal amaçları gözettiği ve sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olduğu, ayrıca kuralda özel kesim açısından bir ölçüsüzlükten de söz edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 48., 50. ve 61. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 18. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- 101. Maddenin İncelenmesi

Kuralla, özel ve kamu ayırımı yapılmaksızın 30. maddedeki hükümlere aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

Yasakoyucu idari para cezalarına ilişkin yasa kurallarını düzenlerken ceza politikası gereği tercihler ortaya koyarak yasal düzenlemeler yapabilir. Hangi eylemlerin idari para cezasını, hangilerinin adli para cezası ya da hapis cezasını gerektirdiği ve bu cezaların miktarı konusunda yasakoyucunun Anayasa'nın genel ve özel kuralları çerçevesinde takdir hakkı bulunmaktadır. Anayasa'ya uygun olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğunu öngören 30. maddenin işlerliğini sağlamak için buna aykırı davranışa idari para cezası öngörülmesi yasakoyucunun takdir hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

Kural, 30. maddeye ilişkin gerekçeler de gözetildiğinde Anayasa'nın 2., 48. ve 61. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 18. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. ve 101. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.6.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/64

Karar Sayısı : 2008/129

Karar Günü : 22.7.2008

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Tokat 1. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

1965 yılında sigortalı olarak çalışmaya başlayan davacı, 1968 yılında mahkeme kararı ile 1956 olan doğum tarihini 1949 olarak düzelttirmiş ve SSK Tokat Sigorta Müdürlüğüne başvurarak 1.11.2006 tarihinden itibaren yaşlılık aylığı bağlanmasını istemiş; davalı İdarenin, "*sigortalılık süresi içerisinde yaş tashihi yapılmış olması nedeniyle*" başvurunun reddine karar vermesi üzerine, düzeltilmiş yaş kaydının nazara alınması gerektiğinin tespiti ve davalı kurum işleminin iptali talebiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırılığının ciddi olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizin 2007/83 esas sayılı dosyası ile davacı vekili, müvekkili Cemalettin ÇAKMAZ'ın ilk 04.06.1965 tarihinde 506 sayılı Yasa'ya göre SSK sigortalısı olduğunu, müvekkilinin doğum tarihinin nüfusa gerçeğe aykırı bir şekilde tescil edilmiş olduğunu, akranlarının askere çağrılmasına rağmen kendinin çağrılmaması nedeniyle öğrendiğini, Çekerek Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 11.09.1968 tarih, 1968/104 esas ve 1968/167 karar sayılı ilamı ile müvekkilinin 01.01.1956 olan doğum tarihinin, 01.01.1949 olarak düzeltilmiş olduğunu, bu nedenle müvekkilinin askerliğini 28.07.1969-28.03.1971 tarihleri arasında yapmış olduğunu, müvekkilinin yaşlılık aylığı

bağlanması hususundaki talebinin davalı kurum tarafından davacının ilk sigortalı olarak işe başladığı tarihte 01.01.1956 doğumlu olduğu ve sonradan yapılan yaş tashihlerinin aylık bağlanma işlemlerinde nazara alınmadığı gerekçesi ile reddedildiğini, müvekkilinin gerçekte 01.01.1949 doğumlu olduğunu, aksi halde sigortalılığının başladığı tarihte 9 yaşında ve askerliğe alındığı tarihte 13 yaşında olmasının söz konusu olduğunu, 9 yaşında birinin sigortalı olarak çalışmasının ve 13 yaşında birinin askerliğe alınmasının mümkün olmadığını, tıbben insanların gerçek yaşlarının tespit edilmesinin mümkün olduğunu ve yapılan yaş tashihinde erken emeklilik gibi bir kasıt ve düşüncenin bulunmadığını belirterek, kurum işleminin iptaline ve müvekkiline yaşlılık aylığı bağlanmasında düzeltilmiş doğum tarihinin esas alınması gerektiğinin tespitine karar verilmesi talep ve dava edilmiştir.

Davacı vekili 04.04.2008 tarihinde 506 sayılı Yasa'nın 120. maddesinin Anayasa'nın eşitlik, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 120. ve buna paralel olarak düzenlenmiş bulunan 1479 sayılı Yasa'nın 66. maddesine göre sigortalılara sosyal sigortalardan kaynaklanan haklar verilirken sigortalının ilk çalışmaya başladığı tarihteki doğum tarihi esas alınmaktadır. Buna göre sigortalılık başladıktan sonra sigortalının doğum tarihinde değişiklik yapan mahkeme kararları sosyal güvenlikle ilgili haklar verilirken uygulanmamaktadır. Kesinleşmiş bir mahkeme kararının bazı olay ve işlemlere (okula alma, askere alma, memuriyet alma ve siyasi hakları kullanma gibi) uygulanması ve bazı olay ve işlemlerde uygulanmaması Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokratik hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Bir hukuk devletinde yargı kararlarının bazı olay ve işlemlerde geçerli sayılacağına, bazı olay ve işlemlerde geçerli sayılmayacağına ilişkin hükmün bulunması düşünülemez. Bu durum mahkemeleri zan altında bıraktığı gibi yargıya olan güveni de sarsacaktır. Mahkeme kararlarını peşin olarak geçersiz sayma yetkisinin yasamaya verilmesi kuvvetlere ayrılığı ilkesine aykırıdır.

Bir kişinin doğum tarihini zamanında yanlış yazılmış olması nedeniyle akranlarından sonra sosyal haklara kavuşabilmesi aynı zaman Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan adalet ve sosyal devlet ilkelerine ve Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, devletin sosyal güvenliği sağlayacak tedbirleri alması gerektiği şeklindeki Anayasa'nın 60. maddesine aykırıdır.

Bu maddelerin amacı suistimalleri önlemek ve sigortalıların mahkemelerden gerçeğe aykırı yaş tashihi kararları alarak hak ettikleri tarihlerden önce sosyal güvenlik haklarından faydalanmalarını önlemek ise yapılacak iş mahkeme kararlarını bazı olaylarda uygulanmamasını sağlamak değil, yaş tashihi kararlarının daha sağlıklı verilmesini sağlayacak tedbirleri almaktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle mahkememiz tarafından 506 sayılı Yasa'nın 120. ve 1479 sayılı Yasa'nın 66. maddelerinin Anayasamızın 2., 10 ve 60. maddelerine aykırı olduğu ve davacı vekilinin Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanaatine varılarak aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: 1- Anayasamızın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırı olması nedeniyle 506 sayılı Yasa'nın 120/1 ve 2. maddelerinin ve aynı mahiyetteki 506 sayılı Yasa'nın 66/1. maddesinin iptali için Anayasa'ya Mahkemesine başvurulmasına…"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

- 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun itiraz konusu fıkraları da içeren yaş başlıklı 120. maddesi şöyledir:

"**İş kazalariyle Meslek Hastalıkları Sigortasının uygulanmasında, hak sahiplerine bağlanacak gelirlerle sigortalılara ödenecek sermayelerin hesabında, iş kazasının olduğu veya meslek hastalığının hekim raporu ile ilk defa tesbit edildiği tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri esas tutulur.**

Malullük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, sigortalıların ve hak sahibi çocuklarının, sigortalının yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı kanunlara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri, sigortalının sigortaya tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonra doğan çocuklarının da nüfus kütüğüne ilk olarak yazılan doğum tarihleri esas tutulur.

(Ek fıkra: 24/6/2004-5198/16 md.)İş kazalarıyla meslek hastalıkları, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasından gelir ve aylık tahsisleri ile sermaye değerinin hesabında, iş kazasının olduğu veya meslek hastalığının hekim raporuyla ilk defa tespit edildiği veya sigortalıların yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı kanunlara veya 506 sayılı Kanun ile diğer sosyal güvenlik

kurumlarına tâbi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonraki yaş tashihleri dikkate alınmaz.

Nüfus kayıtlarında doğum ay ve günleri yazılı olmıyanlar 1 Temmuzda, doğum ayı yazılı olup da günü yazılı olmıyanlar o ayın 1 inde doğmuş sayılır."

- 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren "Yaş" başlıklı 66. maddesi şöyledir:

"**Malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, sigortalıların ve hak sahibi çocuklarının sigortalının bu Kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri, sigortalının bu Kanuna tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonra doğan çocuklarının da nüfusu kütüğüne ilk olarak yazılan doğum tarihleri esas tutulur.**

Nüfus kayıtlarında doğum ay ve günleri yazılı olmayanlar 1 Temmuzda, doğum ayı yazılı olup da günü yazılı olmayanlar o ayın 1 inde doğmuş sayılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCTOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla 22.7.2008 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasaya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen

kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu dava, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'na tabi olarak çalışan davacıya yaşlılık aylığı bağlanmasında düzeltilmiş yaş kaydının nazara alınması gerektiğinin tespiti ve davalı kurum işleminin iptali istemine ilişkindir. 506 sayılı Yasa kapsamındaki sigorta kollarına ilişkin olarak sosyal sigorta yardımlarının sağlanmasında sigortalının yaşına ilişkin hususlar Yasa'nın 120. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre iş kazası ve meslek hastalıkları sigorta kollarında yaşın nasıl belirleneceği söz konusu maddenin birinci fıkrasında, uyuşmazlık konusu olan yaşlılık aylığının bağlanması, malûllük ve ölüm sigorta kollarında nasıl belirleneceği ise ikinci fıkrasında ifade edilmiştir. Dolayısıyla iş kazası ve meslek hastalıklarına ilişkin düzenlemeler içeren 506 sayılı Yasa'nın 120. maddesinin birinci fıkrası ile Bağkur sigortalılarına ilişkin düzenlemeler içeren 1479 sayılı Yasa'nın 66. maddesinin birinci fıkrası davada uygulanacak kurallar değildir.

Bu nedenle;

A- 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin birinci fıkrası ile 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasının itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B- Dosyada eksiklik bulunmadığından 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kural ile sigortalılık başladıktan sonra sigortalının doğum tarihinde değişiklik yapan kesinleşmiş bir mahkeme

kararının sosyal güvenlikle ilgili haklar verilirken uygulanmayacağının öngörüldüğü, bunun Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, ayrıca bir kişinin doğum tarihinin zamanında yanlış yazılmasından dolayı kendi akranlarından daha sonra sosyal haklara kavuşabilmesinin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan adalet ve sosyal devlet ilkelerine, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ve devletin sosyal güvenliği sağlayacak tedbirleri alması gerektiği şeklindeki Anayasa'nın 60. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin iptali istenilen ikinci fıkrasında, *"Malûllük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortalarına ilişkin yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasında, sigortalıların ve hak sahibi çocuklarının, sigortalının yürürlükten kaldırılmış 5417 ve 6900 sayılı Kanunlara veya bu Kanuna tâbi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihleri, sigortalının sigortaya tabi olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten sonra doğan çocuklarının da nüfus kütüğüne ilk olarak yazılan doğum tarihleri esas tutulur"* hükmü yer almaktadır.

İtiraz konusu kural, özü itibariyle, emeklilik hakkının kazanılmasında ve malûllük ile ölüm sigortalarına ilişkin diğer bazı haklardan yararlanılmasında sigortalı olarak çalışmaya başlanılan tarihten sonraki yaş tashihlerinin dikkate alınmayacağına ilişkindir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinde yer alan bu düzenlemenin benzerlerine 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun 105. maddesinde ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 66. maddesinde de yer verilmiş olduğu görülmektedir.

506 sayılı Yasa'nın 120. maddesi dört fıkradan oluşmaktadır. Maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yaş ile ilgili hükümlerin uygulanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmasına rağmen, bu düzenlemelerin anlamı konusunda uygulamada ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi amacıyla 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Yasayla madde metnine üçüncü fıkra eklenmiş ve sigortalı olarak çalışmaya başlanılan tarihten sonraki yaş tashihlerinin dikkate alınmayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında vurgulandığı gibi, hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık

olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Devletin, personel politikasını belirlemede büyük önemi olan emeklilik düzenini aktüeryal dengeleri gözeterek bilimsel verilere göre belirlemesi ve buna göre gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Bu düzenin korunması Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının güvenceye alınması için de zorunlu bir gerekliliktir. Nesnel ve sürekli kurallarla sağlam ve sağlıklı temellere oturtulmayan bir sosyal güvenlik kuruluşunun mahkeme kararları ile alınan yaş düzeltmeleri sonucu ortaya çıkan erken emeklilik gibi nedenlerle aktüeryal dengesinin bozulması, sosyal güvenlik sisteminin sürdürülemez bir duruma gelmesine sebep olabilir.

Sosyal Sigortalar Kurumu'na tabi olarak çalışılmaya başlanıldığı tarihteki nüfus kütüğünde kayıtlı olduğu doğum tarihinin esas alınmasını öngören itiraz konusu kuralın sosyal güvenlik sisteminin bir takım aksaklıklara yol açmadan sürdürülmesi amacına yönelik olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Burada yargı kararı hukuksal olarak değerini ve geçerliliğini korumakta, sadece emeklilik yönünden sonuç doğurmamaktadır.

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

İtiraz konusu kural, Sosyal Sigortalar Kurumu'na bağlı olarak çalışanların tümü için ilk defa çalışmaya başladıkları tarihteki nüfus kütüğünde kayıtlı oldukları doğum tarihinin esas alınmasını öngördüğünden ve bu yönüyle çalışanlar arasında herhangi bir farklılık yaratmadığından eşitlik ilkesine aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasanın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.7.2008 gününde karar verildi.

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

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY

İtiraz konusu kural, S.S.K'na tabii olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihte nüfus kütüğünde kayıtlı bulunan doğum tarihinin esas tutulacağı, sigortalı olarak çalışmaya başlanılan tarihten sonraki yaş tashihlerinin gelir, aylık bağlama ve sermaye hesabında dikkate alınmamasını temin amaçlıdır.

Yaş tashihi davaları KAMU DÜZENİ'ne ilişkin olup 4721 sayılı M.K'nun 39. maddesi uyarınca ancak mahkeme kararı ile kişisel durum sicilinde düzeltme yapılabilir.

Yasa koyucu DAVALARIN KÖTÜYE KULLANILMASI ihtimaline karşı yaş düzeltme davasının etkisini, ortadan kaldırmak istemiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası açık bir şekilde kesinleşen yargı kararları hakkında yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu, bunların değiştirilemeyeceğini ve organlar ve idarenin kararın yerine getirilmesini geciktiremeyeceği ifade etmektedir.

Temel hak ve ödevler başlığı altında hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi ile, doğru yaşının tespitini arayan bireyin, bu temel hakkın varlığının tespitine karar veren bağımsız yargının kesinleşmiş

kararının dayanağı hakkının, ilgili madde de getirilmiş bir sınırlama olmadığı sürece herkesçe tanınması zorunlu olduğuna göre, kimi mahkeme kararlarının kötü uygulamaları çağrıştırıp yarattığı gerekçesi ile idareyi mahkeme kararını tanıyıp uygulamaktan alıkoyan bu düzenleme Anayasa'nın 138. maddesinin karşısında koruma göremez.

Düzenlemenin sosyal güvenlik sisteminin kimi aksaklıklara yol açmadan sürdürülmesine olanak tanımak, bilimsel veriye göre kurulan Devlet düzeninin korunmasında öncelikli kamu yararı ve bozulacak aktüerya dengesini önlemek amacı ile yapıldığı ve kimi mahkememiz önceki kararlarında da bu mülahazaya dayanıldığı görülmekte ise de bir mahkeme kararının hukuksal değeri ve geçerliliğinin korunduğu ancak bazı sosyal haklar yönünden sonuç doğurmadığını söylemek hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.

Yargı kararını etkisiz kılan bu düzenleme yasamanın yargı kararına açık müdahelesidir.

Doğru kişinin günü gününe nüfusunun kaydı Sosyal Devletin görevidir. Bu konudaki ihmalini, ya da kötü niyetli birinin sosyal güvenlik hakkından haksız yararlanmasının önüne geçmek, mahkemeyi aldatma ihtimali ve muhtemel hilesinin önüne geçmek amacı ile Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasındaki üst norm karşısında Anayasa'yı by-pass eden düzenleme hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Sosyal Sigortalar Kurumu, üyesi yönünden sosyal sigortacılık yapmaktadır. Prim alıp hak ettiğinde ödemeler yapmaktadır. Tüm aktüeryal hesaplar hata dahil tüm olasılıkları da içinde barındırır, istatistiksel matematik mutlak doğru değildir. Risk analizleri hesap yöntemi içerisinde olmaz ise sosyal görev laiki ile yerine getirilmiş sayılamaz. Bu düşünceler ile sosyal güvenlik sisteminde muhtemel aksaklığın bertarafı için hukukun ve yargı kararının üstünlüğü ve tanınma zorunluluğunu kaldıran düzenleme anılan nedenler ile Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olduğu düşünüldüğünden çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

ALFABETİK İNDEKS

A

1. 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı **Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun**'un; A- 3. maddesinin; 1- İkinci fıkrasının son tümcesinin, 2- Son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "*…veya hasta sevk oranlarının yüksek olması…*" ibaresinin, B- 5. maddesinin ikinci fıkrasının "*Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir"* biçimindeki üçüncü tümcesinin, C- 8. maddesinin ikinci fıkrasının "*…ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler…*" bölümünün, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 73., 90. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2008/63, E: 2005/10)** 847

2. 5.1.1961 günlü, 221 sayılı **Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun**'un; A- 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine, B- 3. ve 4. maddelerinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 40., 46., 90. ve 125. maddelerine, aykırılığı savıyla iptalleri istemi **(K: 2008/42, E: 2004/25)** 701

3. 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı **Avukatlık Kanunu**'nun, 13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Yasa ile eklenen geçici 21. maddesinin Anayasa'nın 2., 5. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/54, E: 2005/128)** 787

B

4. 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı **Basın Kanunu**'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasanın 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/48, E: 2004/81)** 747

5. 13.6.1952 günlü, 5953 sayılı **Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'**un 4.1.1961 günlü, 212 sayılı Yasa ile değiştirilen 14. maddesinin ikinci fıkrasıyla, Ek 1. maddesinin 8. fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 48., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/122, E: 2005/28)** 1303

6. 17.9.2004 günlü, 5234 sayılı **Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 5. maddesiyle değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendindeki *"Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında…"* ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/82, E: 2006/109)** 985

7. 9.4.2003 günlü, 4842 sayılı **Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "… bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon payları mahsup ve iadeye konu olmaz" bölümünün, Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/83, E: 2004/94)** 993

8. 27.6.1984 günlü, 3030 sayılı **Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun**'un 18. maddesinin son fıkrasının 4916 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle değiştirilen ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 127. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/99, E: 2004/66)** 1081

C

9. A- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (l) bendinin, B- 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanunu**'nun; 1- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesinin, 2- 5358 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin başlığının ve birinci fıkrasının, 3- 349. maddesinin birinci fıkrasının ve beşinci fıkrasının ikinci tümcesinin, 4- 5358 sayılı Yasanın 21. maddesiyle değiştirilen 353. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 19., 36., 38. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemi **(K: 2008/69, E: 2006/71)** 897

Ç

10. 2.7.1941 günlü, 4081 sayılı **Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun**'un 10. maddesinin, 25. maddesinin birinci fıkrasının ve 26. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/56, E: 2004/43)** 807

D

11. 10.8.1993 günlü, 491 sayılı **Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'ye 14.6.2000 günlü ve 602 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesi ile eklenen Ek Madde 5'in, Anayasa'nın Başlangıç kısmına, 2., 6. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/51, E: 2002/106)** 759

12. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun 20.3.1997 günlü, 570 sayılı KHK'nin 10. maddesiyle değiştirilen "IV Sayılı Makam Tazminatı Cetveli"nin 8. sırasının (a) bendinin Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/76, E: 2003/49)** 929

13. 5669 sayılı **Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 1. maddesiyle, 18.4.2001 tarihli ve 4646 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesine eklenen (e) bendinin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/46, E: 2007/76)** 721

14. 5.6.2003 günlü, 4875 sayılı **Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu**'nun 3. maddesinin; 1- (d) bendinin, 2- (e) bendinin, 3- (f) bendinin ikinci tümcesinin Anayasanın Başlangıcı ile 2., 3., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlülüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/79, E: 2003/71)** 951

E

15. 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı **Emniyet Teşkilatı Kanunu**'nun, 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. maddesinde yer alan *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/53, E: 2005/38)** 773

16. 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı **Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu**'nun Ek 20. maddesinin 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasının 22.01.2004 günlü, 5073 sayılı Yasanın 15. maddesiyle değiştirilen birinci tümcesinin, Anayasanın 2., 18., 49., 55., 60., 65. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/94, E: 2004/34)** 1045

17. 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı **Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu**'nun 4447 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 50. maddesinin ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/111, E: 2004/5)** 1153

18. 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı **Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu**'nun; 1- 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa ile değiştirilen 25. maddesinin ikinci fıkrasının, 2 -14.4.1982 günlü, 2654 sayılı Yasa ile eklenen Ek Geçici 13. maddesinin, 3 - 14.3.1985 günlü, 3165 sayılı Yasa ile eklenen Ek Geçici 16. ve Ek Geçici 17. maddelerinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/112, E: 2004/9)** 1161

H

19. 10.2.1954 günlü, 6245 sayılı **Harcırah Kanunu**'nun 10. maddesinin (1) numaralı bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/81, E: 2006/44)** 979

İ

20. 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanunu**'nun 31.5.2005 günlü 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 340. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 11., 13. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/65, E: 2006/96)** 891

21. 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı **İdari Yargılama Usulü Kanunu**'nun 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adlî yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde …" bölümünün Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/121, E: 2004/103)** 1287

22. 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı **İmar Kanunu**'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümü ile ikinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemi **(K: 2008/93, E: 2005/5)** 1033

23. 25.8.1971 günlü, 1475 sayılı **İş Kanunu**'nun 14. maddesinin 2320 sayılı Yasa ile değiştirilen dördüncü fıkrasının *"...Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan..."* bölümünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/58, E: 2003/52)** 825

24. 25.8.1971 günlü, 1475 sayılı **İş Kanunu**'nun 14. maddesinin 29.7.1983 günlü, 2869 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değiştirilen birinci fıkrasının *"... kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi ..."* bölümünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/125, E: 2006/156)** 1327

25. 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı **İş Kanunu**'nun 30. ve 101. maddelerinin Anayasa'nın 2., 18., 48. ve 61. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/126, E: 2006/101)** 1341

K

26. 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı **Kamu İhale Kanunu**'nun 34. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 11., 12., 36., 48., 90. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/124, E: 2005/138)** 1319

27. 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanunu**'nun 116. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "…yetkili mahkemeye…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (**K: 2008/73, E: 2004/93)** 911

28. 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanunu'**nun 116. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…ve sürücüsü tespit edilemeyen.." ile "…tescil plakalarına göre…" ibarelerinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/74, E: 2004/116)** 919

29. 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı **Kooperatifler Kanunu'**nun 5146 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin Anayasa'nın 2., 11., 90. ve 171. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/96, E: 2004/47)** 1063

M

30. 28.12.2004 günlü, 5277 sayılı **2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'**nun 37. maddesinin (e) fıkrasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/64, E: 2008/11)** 887

31. 3.12.2003 günlü, 5005 sayılı **Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un, 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, 2. maddesiyle değiştirilen 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 42. ve 123. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2008/12, E: 2004/1) (YD)** 1111

32. 3.12.2003 günlü, 5005 sayılı **Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkrasının; 2. maddesiyle değiştirilen 55. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 11., 13., 35., 42. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/106, E: 2004/1)** 1113

Ö

33. 10.6.2004 günlü, 5188 sayılı **Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun**'un 11. maddesi ile 19. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/85, E: 2007/92)** 1009

34. 6.6.2002 günlü, 4760 sayılı **Özel Tüketim Vergisi Kanunu**'nun 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/59, E: 2005/73)** 833

P

35. 15.7.1950 günlü, 5682 sayılı **Pasaport Kanunu**'nun 3463 sayılı Yasa ile değiştirilen 14. maddesinin (A) bendinin son paragrafında yer alan "…yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/55 , E: 2004/30)** 797

R

36. 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı **Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun**'un 34. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinin, Anayasa'nın 11., 22., 26., 28. ve 30. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/50, E: 2005/100)** 755

37. 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı **Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun**'un 4756 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile değiştirilen 15. maddesinin son fıkrasının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzmanlığı yönünden, Anayasa'nın 2., 7., 8., 123. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/118, E: 2004/55)** 1255

S

38. 13.3.2008 günlü, 5749 sayılı **Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un, 10. maddesiyle 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen 94/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…mektup, …" sözcüğü ile 94/B maddesinin, Anayasa'nın 2., 11., 67. ve 79. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2008/15, E: 2008/33) (YD)** 1177

39. 13.3.2008 günlü, 5749 sayılı **Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 10. maddesi ile 298 sayılı Kanuna 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen 1) 94/A maddesinin birinci fıkrasındaki "mektup" sözcüğünün, 2) 94/B maddesinin, Anayasa'nın 2., 11., 67. ve 79. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2008/113, E: 2008/33)** 1179

40. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı **Sosyal Sigortalar Kanunu**'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/95, E: 2005/17)** 1055

41. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı **Sosyal Sigortalar Kanunu**'nun 10. ve 26. maddelerinin Anayasanın 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/98, E: 2004/15)** 1073

42. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı **Sosyal Sigortalar Kanunu**'nun 120. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı **Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'**nun 66. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/129, E: 2008/64)** 1349

Ş

43. 4.4.2001 günlü, 4634 sayılı **Şeker Kanunu'**nun 11. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 13., 48. ve 167. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/101, E: 2005/12)** 1087

44. 4.4.2001 günlü, 4634 sayılı **Şeker Kanunu**'nun geçici 8. maddesinin, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/102, E: 2005/68)** 1095

T

45. 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'**nun 11. maddesinin ikinci tümcesi ile 28. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 26. ve 34. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/78, E: 2004/90)** 937

46. 23.2.1995 günlü, 4077 sayılı **Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**'un 4822 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin beşinci ve son fıkralarının Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/84, E: 2006/78)** 1001

47. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 184. maddesinin beşinci fıkrası ile 344. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 11., 36., 56., 87. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2008/119, E: 2004/92)** 1269

48. 1.3.1926 günlü, 765 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 3038 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 81. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren..." ibaresinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/123, E: 2003/94)** 1313

49. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı **Türk Medenî Kanunu**'nun 101. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 33. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/92, E: 2005/14)** 1025

50. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı **Türk Medenî Kanunu**'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesinin, Anayasa'nın 41. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/105, E: 2005/26)** 1103

51. 6.11.2003 günlü, 5000 sayılı **Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 31. maddesinin, Anayasanın 2., 10., 11., 13. ve 28. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/47, E: 2004/3)** 737

52. 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 1. ve 2. maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2008/16, E: 2008/16) (YD)** 1193

53. 9.2.2008 günlü, 5735 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un, 1. ve 2. maddelerinin Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 1., 2., 3., 4., 6., 7., 8., 9., 24., 42., 138., 153. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2008/116, E: 2008/16)** 1195

54. 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu**'na 7.2.1969 günlü, 1101 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Ek 11. maddenin Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/109, E: 2002/45)** 1137

55. 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu**'nun 104. maddesinin *"39 uncu maddenin yetersizlik ve disiplin sebepleri hariç olmak üzere (e) … fıkralariyle … gösterilenler, kurumlarda emeklilik hakkı tanınan vazifelerde çalıştırılamazlar"* bölümünün, Anayasa'nın 2., 10., 70., 154., 155., 156. ve 157. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/110, E: 2005/83)** 1145

56. 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı **Türkiye İstatistik Kanunu**'nun 8. maddesi ile 54. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 10., 11., 12., 13., 17., 19., 20. ve 25. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/86, E: 2006/167)** 1017

Y

57. 8.5.1985 günlü, 3201 sayılı **Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun**'un Geçici 1. maddesinde yer alan "… en çok iki yıl içinde …" ibaresinin, Anayasa'nın 2,. 10., 60., 61., 62. ve 65. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2008/57, E: 2005/25)** 817

YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
221	Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkında Kanun'un; A- 1. ve 2. maddelerinin, B- 3. ve 4. maddelerinin iptalleri istemi	2008/42	2004/25	İTZ	701
491	Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 14.6.2000 günlü ve 602 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesi ile eklenen Ek Madde 5'in iptali istemi	2008/51	2002/106	İTZ	759
506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istemi	2008/95	2005/17	İTZ	1055
506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 10. ve 26. maddelerinin iptali istemi	2008/98	2004/15	İTZ	1073
506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 120. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasının iptali istemi	2008/129	2008/64	İTZ	1349
657	Devlet Memurları Kanunu'nun 20.3.1997 günlü, 570 sayılı KHK'nin 10. maddesiyle değiştirilen "IV Sayılı Makam Tazminatı Cetveli"nin 8. sırasının (a) bendinin iptali istemi	2008/76	2003/49	İTZ	929
765	Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 81. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... cezasını çektiği veya ceza düştüğü tarihten itibaren..." ibaresinin iptali istemi	2008/123	2003/94	İTZ	1313
1136	Avukatlık Kanunu'nun, 13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Yasa ile eklenen geçici 21. maddesinin iptali istemi	2008/54	2005/128	İTZ	787
1163	Kooperatifler Kanunu'nun 5146 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2008/96	2004/47	İPT	1063
1475	İş Kanunu'nun 14. maddesinin 2320 sayılı Yasa ile değiştirilen dördüncü fıkrasının *"...Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan..."* bölümünün iptali istemi	2008/58	2003/52	İTZ	825

1475	İş Kanunu'nun 14. maddesinin 29.7.1983 günlü, 2869 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile değiştirilen birinci fıkrasının *"... kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde kendi arzusu ile sona erdirmesi ..."* bölümünün iptali istemi	2008/125	2006/156	İTZ	1327
1479	Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun Ek 20. maddesinin 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasının 22.01.2004 günlü, 5073 sayılı Yasanın 15. maddesiyle değiştirilen birinci tümcesinin iptali istemi	2008/94	2004/34	İTZ	1045
1479	Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 4447 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 50. maddesinin ikinci tümcesinin iptali istemi	2008/111	2004/5	İTZ	1153
1479	Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun; 1 - 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa ile değiştirilen 25. maddesinin ikinci fıkrasının, 2 -14.4.1982 günlü, 2654 sayılı Yasa ile eklenen Ek Geçici 13. maddesinin, 3 - 14.3.1985 günlü, 3165 sayılı Yasa ile eklenen Ek Geçici 16. ve Ek Geçici 17. maddelerinin iptali istemi	2008/112	2004/9	İTZ	1161
2004	İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü 5358 sayılı Yasa ile değiştirilen 340. maddesinin iptali istemi	2008/65	2006/96	İTZ	891
2577	İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adlî yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde …" bölümünün iptali istemi	2008/121	2004/103	İTZ	1287
2911	Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 11. maddesinin ikinci tümcesi ile 28. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali istemi	2008/78	2004/90	İTZ	937
2918	Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "…yetkili mahkemeye…" ibaresinin iptali istemi	2008/73	2004/93	İTZ	911

2918	Karayolları Trafik Kanunu'nun 116. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…ve sürücüsü tespit edilemeyen.." ile "…tescil plakalarına göre…" ibarelerinin iptali istemi	2008/74	2004/116	İTZ	919
3030	Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un 18. maddesinin son fıkrasının 4916 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle değiştirilen ikinci tümcesinin iptali istemi	2008/99	2004/66	İTZ	1081
3194	İmar Kanunu'nun 42. maddesinin birinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümü ile ikinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün iptalleri istemi	2008/93	2005/5	İTZ	1033
3201	Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun, 6.4.2001 günlü, 4638 sayılı Yasa ile eklenen geçici 20. maddesinde yer alan *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce, dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenler ile…"* ibaresinin iptali istemi	2008/53	2005/38	İTZ	773
3201	Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinde yer alan "… en çok iki yıl içinde …" ibaresinin iptali istemi	2008/57	2005/25	İTZ	817
3984	Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 34. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinin iptali istemi	2008/50	2005/100	İTZ	755
3984	Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4756 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile değiştirilen 15. maddesinin son fıkrasının Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzmanlığı yönünden iptali istemi	2008/118	2004/55	İTZ	1255
4077	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4822 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin beşinci ve son fıkralarının iptali istemi	2008/84	2006/78	İTZ	1001
4081	Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinin, 25. maddesinin birinci fıkrasının ve 26. maddesinin son fıkrasının iptali istemi	2008/56	2004/43	İTZ	807
4634	Şeker Kanunu'nun 11. Maddesinin iptali istemi	2008/101	2005/12	İTZ	1087

4634	Şeker Kanunu'nun geçici 8. maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2008/102	2005/68	İTZ	1095
4721	Türk Medenî Kanunu'nun 101. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali istemi	2008/92	2005/14	İTZ	1025
4721	Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesinin iptali istemi	2008/105	2005/26	İTZ	1103
4734	Kamu İhale Kanunu'nun 34. maddesinin son fıkrasının iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2008/124	2005/138	İTZ	1319
4760	Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin iptali istemi	2008/59	2005/73	İTZ	833
4842	Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "… bu kazanç ve iratlara ilişkin olarak vergilendirme dönemi içinde ödenen fon payları mahsup ve iadeye konu olmaz" bölümünün iptali istemi	2008/83	2004/94	İTZ	993
4857	İş Kanunu'nun 30. ve 101. maddelerinin iptali istemi	2008/126	2006/101	İTZ	1341
4875	Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesinin; 1- (d) bendinin, 2- (e) bendinin, 3- (f) bendinin ikinci tümcesinin iptali ve yürürlülüğünün durdurulması istemi	2008/79	2003/71	İPT	951
5000	Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 31. maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2008/47	2004/3	İPT	737
5005	Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, 2. maddesiyle değiştirilen 1739 sayılı Yasa'nın 55. maddesinin birinci fıkrasının iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2008/12	2004/1	İPT YD	1111

5005	Millî Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesine eklenen dördüncü fıkrasının; 2. maddesiyle değiştirilen 55. maddesinin birinci fıkrasının iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2008/106	2004/1	İPT	1113
5187	Basın Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2008/48	2004/81	İPT	747
5188	Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 11. maddesi ile 19. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin iptali istemi	2008/85	2007/92	İTZ	1009
5234	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendindeki *"Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında…"* ibaresinin iptali istemi	2008/82	2006/109	İTZ	985
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 184. maddesinin beşinci fıkrası ile 344. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2008/119	2004/92	İPT	1269
5258	Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un; A- 3. maddesinin; 1- İkinci fıkrasının son tümcesinin, 2- Son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "*…veya hasta sevk oranlarının yüksek olması…*" ibaresinin, B- 5. maddesinin ikinci fıkrasının "*Alınacak katkı payı tutarı Sağlık, Maliye ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik bakanlıklarınca müştereken belirlenir"* biçimindeki üçüncü tümcesinin, C- 8. maddesinin ikinci fıkrasının "*…ve bu Kanunda belirlenen esaslar çerçevesinde bunlara yapılacak ödeme tutarları ile bu ücretlerden indirim oran ve şartları, sözleşmenin feshini gerektiren nedenler…*" bölümünün iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2008/63	2005/10	İPT	847

5271	A- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (l) bendinin, B- 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun; 1- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 337. maddesinin, 2- 5358 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 346. maddesinin başlığının ve birinci fıkrasının, 3- 349. maddesinin birinci fıkrasının ve beşinci fıkrasının ikinci tümcesinin, 4- 5358 sayılı Yasanın 21. maddesiyle değiştirilen 353. maddesinin iptalleri istemi	2008/69	2006/71	İTZ	897
5277	2005 Malî Yılı Bütçe Kanunu'nun 37. maddesinin (e) fıkrasının iptali istemi	2008/64	2008/11	İTZ	887
5429	Türkiye İstatistik Kanunu'nun 8. maddesi ile 54. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin iptali istemi	2008/86	2006/167	İTZ	1017
5434	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 7.2.1969 günlü, 1101 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Ek 11. maddenin iptali istemi	2008/109	2002/45	İTZ	1137
5434	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 104. maddesinin *"39 uncu maddenin yetersizlik ve disiplin sebepleri hariç olmak üzere (e) … fıkralariyle … gösterilenler, kurumlarda emeklilik hakkı tanınan vazifelerde çalıştırılamazlar"* bölümünün iptali istemi	2008/110	2005/83	İTZ	1145
5669	Doğal Gaz Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle, 18.4.2001 tarihli ve 4646 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesine eklenen (e) bendinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2008/46	2007/76	İPT	721
5682	Pasaport Kanunu'nun 3463 sayılı Yasa ile değiştirilen 14. maddesinin (A) bendinin son paragrafında yer alan "…yine yanında yaşayıp reşit bulunmayan erkek çocuklarına da…" ibaresinin iptali istemi	2008/55	2004/30	İTZ	797
5735	Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2008/16	2008/16	İPT YD	1193

5735	Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 1. ve 2. maddelerinin yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2008/116	2008/16	İPT	1195
5749	Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 10. maddesiyle 26.4.1961 günlü, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'a 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen 94/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…mektup, …" sözcüğü ile 94/B maddesinin iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2008/15	2008/33	İPT YD	1177
5749	Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesi ile 298 sayılı Kanuna 94. maddeden sonra gelmek üzere eklenen 1) 94/A maddesinin birinci fıkrasındaki "mektup" sözcüğünün, 2) 94/B maddesinin iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2008/113	2008/33	İPT	1179
5953	Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 4.1.1961 günlü, 212 sayılı Yasa ile değiştirilen 14. maddesinin ikinci fıkrasıyla, Ek 1. maddesinin 8. fıkrasının ikinci tümcesinin iptali istemi	2008/122	2005/28	İTZ	1303
6245	Harcırah Kanunu'nun 10. maddesinin (1) numaralı bendinin iptali istemi	2008/81	2006/44	İTZ	979

Anayasa Mahkemesi
Kararları Dizini

I- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2008/12	2004/1	YD	1111
2008/15	2008/33	YD	1177
2008/16	2008/16	YD	1193
2008/42	2004/25	İİD	701
2008/46	2007/76	İİD	721
2008/47	2004/3	İİD	737
2008/48	2004/81	İİD	747
2008/50	2005/100	İİD	755
2008/51	2002/106	İİD	759
2008/53	2005/38	İİD	773
2008/54	2005/128	İİD	787
2008/55	2004/30	İİD	797
2008/56	2004/43	İİD	807
2008/57	2005/25	İİD	817
2008/58	2003/52	İİD	825
2008/59	2005/73	İİD	833
2008/63	2005/10	İİD	847
2008/64	2008/11	İİD	887
2008/65	2006/96	İİD	891
2008/69	2006/71	İİD	897
2008/73	2004/93	İİD	911
2008/74	2004/116	İİD	919
2008/76	2003/49	İİD	929
2008/78	2004/90	İİD	937
2008/79	2003/71	İİD	951

* **İİD:** İptal ve İtiraz Davası, **YD:** Yürürlüğü Durdurma Kararı

2008/81	2006/44	İİD 979
2008/82	2006/109	İİD 985
2008/83	2004/94	İİD 993
2008/84	2006/78	İİD 1001
2008/85	2007/92	İİD 1009
2008/86	2006/167	İİD 1017
2008/92	2005/14	İİD 1025
2008/93	2005/5	İİD 1033
2008/94	2004/34	İİD 1045
2008/95	2005/17	İİD 1055
2008/96	2004/47	İİD 1063
2008/98	2004/15	İİD 1073
2008/99	2004/66	İİD 1081
2008/101	2005/12	İİD 1087
2008/102	2005/68	İİD 1095
2008/105	2005/26	İİD 1103
2008/106	2004/1	İİD 1113
2008/109	2002/45	İİD 1137
2008/110	2005/83	İİD 1145
2008/111	2004/5	İİD 1153
2008/112	2004/9	İİD 1161
2008/113	2008/33	İİD 1179
2008/116	2008/16	İİD 1195
2008/118	2004/55	İİD 1255
2008/119	2004/92	İİD 1269
2008/121	2004/103	İİD 1287
2008/122	2005/28	İİD 1303
2008/123	2003/94	İİD 1313
2008/124	2005/138	İİD 1319
2008/125	2006/156	İİD 1327
2008/126	2006/101	İİD 1341
2008/129	2008/64	İİD 1349

II- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2002/45	2008/109	İİD	1137
2002/106	2008/51	İİD	759
2003/49	2008/76	İİD	929
2003/52	2008/58	İİD	825
2003/71	2008/79	İİD	951
2003/94	2008/123	İİD	1313
2004/1	2008/12	YD	1111
2004/1	2008/106	İİD	1113
2004/3	2008/47	İİD	737
2004/5	2008/111	İİD	1153
2004/9	2008/112	İİD	1161
2004/15	2008/98	İİD	1073
2004/25	2008/42	İİD	701
2004/30	2008/55	İİD	797
2004/34	2008/94	İİD	1045
2004/43	2008/56	İİD	807
2004/47	2008/96	İİD	1063
2004/55	2008/118	İİD	1255
2004/66	2008/99	İİD	1081
2004/81	2008/48	İİD	747
2004/90	2008/78	İİD	937
2004/92	2008/119	İİD	1269
2004/93	2008/73	İİD	911
2004/94	2008/83	İİD	993
2004/103	2008/121	İİD	1287
2004/116	2008/74	İİD	919
2005/5	2008/93	İİD	1033
2005/10	2008/63	İİD	847

2005/12	2008/101	İİD	1087
2005/14	2008/92	İİD	1025
2005/17	2008/95	İİD	1055
2005/25	2008/57	İİD	817
2005/26	2008/105	İİD	1103
2005/28	2008/122	İİD	1303
2005/38	2008/53	İİD	773
2005/68	2008/102	İİD	1095
2005/73	2008/59	İİD	833
2005/83	2008/110	İİD	1145
2005/100	2008/50	İİD	755
2005/128	2008/54	İİD	787
2005/138	2008/124	İİD	1319
2006/44	2008/81	İİD	979
2006/71	2008/69	İİD	897
2006/78	2008/84	İİD	1001
2006/96	2008/65	İİD	891
2006/101	2008/126	İİD	1341
2006/109	2008/82	İİD	985
2006/156	2008/125	İİD	1327
2006/167	2008/86	İİD	1017
2007/76	2008/46	İİD	721
2007/92	2008/85	İİD	1009
2008/11	2008/64	İİD	887
2008/16	2008/16	YD	1193
2008/16	2008/116	İİD	1195
2008/33	2008/15	YD	1177
2008/33	2008/113	İİD	1179
2008/64	2008/129	İİD	1349

III- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
21.02.2008	26794	2004/25	2008/42	İİD	701
19.03.2008	26821	2007/76	2008/46	İİD	721
19.03.2008	26821	2005/100	2008/50	İİD	755
19.03.2008	26821	2004/30	2008/55	İİD	797
19.03.2008	26821	2004/43	2008/56	İİD	807
19.03.2008	26821	2003/52	2008/58	İİD	825
20.03.2008	26822	2004/3	2008/47	İİD	737
20.03.2008	26822	2004/81	2008/48	İİD	747
08.04.2008	26841	2005/38	2008/53	İİD	773
10.04.2008	26843	2006/96	2008/65	İİD	891
15.04.2008	26848	2005/25	2008/57	İİD	817
16.04.2008	26849	2006/71	2008/69	İİD	897
16.04.2008	26849	2003/71	2008/79	İİD	951
24.04.2008	26856	2004/93	2008/73	İİD	911
28.05.2008	26889	2008/11	2008/64	İİD	887
28.05.2008	26889	2003/49	2008/76	İİD	929
28.05.2008	26889	2006/44	2008/81	İİD	979
28.05.2008	26889	2004/66	2008/99	İİD	1081
28.05.2008	26889	2004/1	2008/12	YD	1111
03.06.2008	26895	2002/106	2008/51	İİD	759
03.06.2008	26895	2007/92	2008/85	İİD	1009
05.06.2008	26897	2008/33	2008/15	YD	1177
11.06.2008	26903	2005/12	2008/101	İİD	1087
13.06.2008	26905	2008/16	2008/16	YD	1193
25.06.2008	26917	2006/167	2008/86	İİD	1017
28.06.2008	26920	2005/14	2008/92	İİD	1025
01.07.2008	26923	2005/128	2008/54	İİD	787
01.07.2008	26923	2004/116	2008/74	İİD	919
01.07.2008	26923	2004/94	2008/83	İİD	993
01.07.2008	26923	2006/78	2008/84	İİD	1001
01.07.2008	26923	2004/47	2008/96	İİD	1063

05.07.2008	26927	2004/90	2008/78	İİD	937
05.07.2008	26927	2006/109	2008/82	İİD	985
05.07.2008	26927	2004/1	2008/106	İİD	1113
05.07.2008	26927	2008/33	2008/113	İİD	1179
22.10.2008	27032	2008/16	2008/116	İİD	1195
05.11.2008	27045	2005/5	2008/93	İİD	1033
05.11.2008	27045	2004/34	2008/94	İİD	1045
05.11.2008	27045	2005/17	2008/95	İİD	1055
05.11.2008	27045	2004/15	2008/98	İİD	1073
05.11.2008	27045	2005/26	2008/105	İİD	1103
05.11.2008	27045	2004/5	2008/111	İİD	1153
05.11.2008	27045	2004/55	2008/118	İİD	1255
05.11.2008	27045	2004/92	2008/119	İİD	1269
05.11.2008	27045	2003/94	2008/123	İİD	1313
06.11.2008	27046	2002/45	2008/109	İİD	1137
06.11.2008	27046	2004/9	2008/112	İİD	1161
06.11.2008	27046	2005/138	2008/124	İİD	1319
07.11.2008	27047	2005/73	2008/59	İİD	833
07.11.2008	27047	2005/10	2008/63	İİD	847
13.11.2008	27053	2005/28	2008/122	İİD	1303
19.11.2008	27059	2006/101	2008/126	İİD	1341
19.11.2008	27059	2008/64	2008/129	İİD	1349
20.11.2008	27060	2005/68	2008/102	İİD	1095
26.11.2008	27066	2006/156	2008/125	İİD	1327
23.12.2008	27089	2004/103	2008/121	İİD	1287
24.12.2008	27090	2005/83	2008/110	İİD	1145

IV- Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
17.01.2008	2004/25	2008/42	İİD	701
24.01.2008	2007/76	2008/46	İİD	721
31.01.2008	2004/3	2008/47	İİD	737
31.01.2008	2004/81	2008/48	İİD	747
31.01.2008	2005/100	2008/50	İİD	755
31.01.2008	2002/106	2008/51	İİD	759
07.02.2008	2005/38	2008/53	İİD	773
07.02.2008	2005/128	2008/54	İİD	787
07.02.2008	2004/30	2008/55	İİD	797
07.02.2008	2004/43	2008/56	İİD	807
07.02.2008	2005/25	2008/57	İİD	817
21.02.2008	2003/52	2008/58	İİD	825
21.02.2008	2005/73	2008/59	İİD	833
21.02.2008	2005/10	2008/63	İİD	847
28.02.2008	2008/11	2008/64	İİD	887
28.02.2008	2006/96	2008/65	İİD	891
28.02.2008	2006/71	2008/69	İİD	897
06.03.2008	2004/93	2008/73	İİD	911
06.03.2008	2004/116	2008/74	İİD	919
11.03.2008	2003/49	2008/76	İİD	929
11.03.2008	2004/90	2008/78	İİD	937
11.03.2008	2003/71	2008/79	İİD	951
20.03.2008	2006/44	2008/81	İİD	979
20.03.2008	2006/109	2008/82	İİD	985
20.03.2008	2004/94	2008/83	İİD	993
20.03.2008	2006/78	2008/84	İİD	1001
20.03.2008	2007/92	2008/85	İİD	1009
20.03.2008	2006/167	2008/86	İİD	1017
17.04.2008	2005/14	2008/92	İİD	1025
17.04.2008	2005/5	2008/93	İİD	1033
17.04.2008	2004/34	2008/94	İİD	1045

17.04.2008	2005/17	2008/95	İİD.....1055
02.05.2008	2004/47	2008/96	İİD.....1063
02.05.2008	2004/15	2008/98	İİD.....1073
02.05.2008	2004/66	2008/99	İİD.....1081
02.05.2008	2005/12	2008/101	İİD.....1087
02.05.2008	2005/68	2008/102	İİD.....1095
15.05.2008	2005/26	2008/105	İİD.....1103
15.05.2008	2004/1	2008/12	YD.....1111
15.05.2008	2004/1	2008/106	İİD.....1113
29.05.2008	2002/45	2008/109	İİD.....1137
29.05.2008	2005/83	2008/110	İİD.....1145
29.05.2008	2004/5	2008/111	İİD.....1153
29.05.2008	2004/9	2008/112	İİD.....1161
29.05.2008	2008/33	2008/15	YD.....1177
29.05.2008	2008/33	2008/113	İİD.....1179
05.06.2008	2008/16	2008/16	YD.....1193
05.06.2008	2008/16	2008/116	İİD.....1195
12.06.2008	2004/55	2008/118	İİD.....1255
12.06.2008	2004/92	2008/119	İİD.....1269
12.06.2008	2004/103	2008/121	İİD.....1287
12.06.2008	2005/28	2008/122	İİD.....1303
19.06.2008	2003/94	2008/123	İİD.....1313
19.06.2008	2005/138	2008/124	İİD.....1319
19.06.2008	2006/156	2008/125	İİD.....1327
19.06.2008	2006/101	2008/126	İİD.....1341
22.07.2008	2008/64	2008/129	İİD.....1349

Anayasa Maddeleri Dizini*

Başlangıç: 763, 766, 965, 966, 967, 1020, 1128, 1130, 1142, 1143, 1144, 1193, 1232, 1234, 1323, 1325

m. 1: 1193, 1231, 1232

m. 2: 708, 709, 710, 711, 714, 718, 719, 728, 729, 730, 731, 732, 734, 736, 741, 743, 745, 751, 752, 763, 766, 771, 777, 778, 779, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 791, 792, 794, 802, 803, 804, 822, 823, 830, 839, 840, 841, 842, 845, 846, 867, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 894, 896, 904, 905, 906, 907, 925, 926, 940, 942, 943, 950, 965, 966, 967, 968, 970, 975, 981, 982, 983, 997, 998, 1000, 1020, 1029, 1030, 1031, 1039, 1040, 1042, 1052, 1053, 1058, 1059, 1069, 1070, 1079, 1085, 1111, 1125, 1127, 1128, 1130, 1133, 1135, 1142, 1144, 1150, 1151, 1172, 1174, 1177, 1188, 1189, 1193, 1228, 1231, 1232, 1233, 1234, 1235, 1239, 1240, 1244, 1246, 1247, 1248, 1251, 1252, 1253, 1262, 1263, 1280, 1281, 1283, 1284, 1285, 1286, 1294, 1296, 1298, 1299, 1300, 1301, 1308, 1311, 1323, 1324, 1325, 1345, 1346, 1347, 1354, 1355

m. 3: 965, 967, 1193

m. 4: 1193, 1232, 1233, 1234, 1239, 1240, 1246, 1251

m. 5: 710, 711, 791, 794, 869, 870, 871, 940, 942, 943, 966, 975, 1020, 1029, 1031, 1111, 1128, 1130, 1142, 1144, 1158, 1160, 1172, 1174, 1308, 1309, 1311

m. 6: 733, 763, 766, 771, 969, 970, 1020, 1111, 1125, 1128, 1193, 1231, 1242, 1243

m. 7: 767, 842, 869, 871, 872, 873, 874, 876, 877, 879, 883, 885, 1098, 1099, 1101, 1111, 1125, 1128, 1133, 1193, 1262, 1263

m. 8: 842, 869, 871, 872, 873, 874, 1111, 1125, 1128, 1193, 1262, 1263

m. 9: 969, 970, 976, 977, 1005, 1006, 1193, 1232

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 10: 710, 711, 734, 736, 741, 742, 743, 777, 781, 782, 783, 784, 802, 803, 804, 822, 823, 828, 829, 830, 831, 883, 888, 890, 894, 895, 896, 903, 905, 906, 907, 909, 934, 935, 981, 982, 983, 990, 991, 997, 1000, 1013, 1014, 1015, 1020, 1029, 1031, 1039, 1042, 1140, 1142, 1144, 1150, 1151, 1158, 1160, 1173, 1174, 1233, 1235, 1236, 1239, 1241, 1247, 1249, 1250, 1251, 1253, 1295, 1296, 1300, 1302, 1308, 1309, 1310, 1311, 1316, 1317, 1323, 1324, 1325, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1354, 1355
m. 11: 728, 729, 731, 741, 743, 745, 751, 752, 763, 867, 869, 871, 872, 873, 874, 894, 896, 905, 906, 965, 967, 968, 970, 1020, 1069, 1070, 1079, 1111, 1125, 1127, 1128, 1130, 1172, 1174, 1177, 1188, 1189, 1243, 1246, 1280, 1281, 1308, 1311, 1323, 1325
m. 12: 1020, 1323, 1325
m. 13: 708, 710, 711, 741, 743, 744, 751, 869, 871, 894, 896, 905, 906, 941, 942, 977, 1013, 1015, 1020, 1029, 1030, 1031, 1111, 1125, 1128, 1248, 1298
m. 14: 1234, 1251
m. 16: 977
m. 17: 869, 870, 871, 1020
m. 18: 1052, 1053, 1345, 1347
m. 19: 1020
m. 20: 1020, 1021, 1022
m. 24: 1193, 1234, 1238
m. 25: 1020, 1021, 1022
m. 26: 940, 942, 943, 946, 947
m. 28: 741, 743
m. 33: 1029, 1030, 1031
m. 34: 940, 941, 942, 943, 945, 946, 948, 949, 950
m. 35: 708, 710, 714, 715, 718, 719, 743, 744, 745, 751, 752, 771, 1111, 1125, 1128, 1323, 1324, 1325
m. 36: 710, 711, 812, 813, 815, 907, 908, 909, 928, 976, 977, 1005, 1006, 1060, 1280, 1281, 1298, 1299, 1300, 1301, 1323, 1325, 1356
m. 37: 976, 977
m. 38: 717, 795, 894, 896, 905, 906, 907, 909, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 928, 943, 946, 948, 1286
m. 40: 710, 711
m. 41: 802, 804, 1106, 1107, 1336, 1337, 1338
m. 42: 1111, 1128, 1129, 1130, 1133, 1134, 1135, 1193, 1233, 1234,

1235, 1236, 1239, 1240, 1241, 1247, 1249, 1250, 1251, 1253
m. 46: 708, 709, 710, 711, 713, 714, 715, 716, 717, 719
m. 47: 730, 731, 733, 734, 735, 736, 880
m. 48: 791, 793, 794, 1013, 1015, 1308, 1309, 1311, 1323, 1325, 1345, 1346, 1347
m. 49: 830, 1052, 1053, 1308, 1309, 1311
m. 50: 1336, 1337, 1345, 1346, 1347
m. 55: 934, 935, 1052, 1053, 1308, 1309, 1311
m. 56: 869, 870, 871, 880, 884
m. 60: 822, 823, 831, 1052, 1053, 1058, 1059, 1140, 1141, 1142, 1144, 1172, 1174, 1354, 1355
m. 61: 822, 823, 1345, 1346, 1347
m. 62: 822, 823
m. 65: 822, 823, 1052, 1053
m. 67: 1177, 1188, 1189, 1191
m. 70: 1150, 1151
m. 73: 730, 731, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 871, 872, 997, 998, 999, 1000, 1052, 1053
m. 79: 1177, 1188, 1189
m. 87: 889, 1279, 1280
m. 88: 889
m. 89: 889
m. 90: 710, 711, 802, 804, 869, 871, 1069, 1070, 1099, 1323, 1325
m. 91: 763, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771
m. 96: 1244
m. 123: 1098, 1099, 1100, 1101, 1111, 1125, 1126, 1134, 1262, 1263
m. 125: 710, 711, 812, 813, 965, 967, 968, 976, 977, 1266, 1295, 1297, 1299, 1300, 1301, 1323, 1325
m. 127: 733, 735, 1083, 1084, 1085, 1125, 1126, 1127, 1134
m. 128: 733, 735, 867, 868, 869, 873, 874, 876, 877, 878, 879, 880, 882, 883, 884, 885, 1262, 1263, 1264, 1265, 1266
m. 133: 1265
m. 138: 905, 906, 969, 970, 1058, 1059, 1060, 1061, 1107, 1108, 1109, 1193, 1229, 1356, 1357
m. 141: 813, 1006, 1298, 1299, 1300
m. 142: 813, 1295, 1302
m. 148: 762, 1230, 1232, 1233, 1239, 1240, 1241, 1242, 1245, 1250, 1279
m. 152: 756, 775, 912, 914, 1012, 1013, 1075, 1076, 1089, 1090, 1091, 1149, 1261

m. 153: 776, 779, 780, 783, 804, 889, 890, 909, 910, 971, 972, 991, 992, 1042, 1130, 1132, 1193, 1229,
m. 154: 1150, 1151
m. 155: 1150, 1151
m. 156: 1150, 1151
m. 157: 1150, 1151
m. 158: 912
m. 161: 889
m. 167: 975
m. 171: 1069, 1070
m. 174: 1193, 1229, 1234
m. 175: 1230, 1232, 1233, 1243