ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 47
2. Cilt

2010

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-36-0

2010 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)

İletişim ve İstem Adresi
Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Yolu Serpmeleri No: 4
06805 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.
Telefon : (312) 472 37 73-74
Faks : (312) 472 37 75
http://www.sfn.com.tr

Baskı Tarihi
Haziran 2011

Dizinler

I- Alfabetik İndeks 1239
II- Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 1249
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 1257
IV- Anayasa Maddeleri Dizini 1265

Esas Sayısı : 2008/70

Karar Sayısı: 2010/21

Karar Günü: 28.1.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Yusufeli Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Şüpheliler hakkında yapılan soruşturma kapsamında verilen adlî kontrol kararının kaldırılması isteminin incelenmesi aşamasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- 17.12.2004 tarihinde yayınlanan ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesiyle; 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda yer almayan "adli kontrol" adı altında soruşturma evresinde bir kısım tedbirlere hükmedilebileceği düzenlenmiştir. Sözü edilen maddenin 3. fıkrasında soruşturma evresinde şüpheli hakkında; "yurt dışına çıkamamak, hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak, hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak, her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek, özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek, şüphelinin parasal durumu göz önünde

bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak, silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adlî emanete teslim etmek, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak, aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek" tedbirlerine hükmedilebileceği düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinde belirtilen bu hükümlerin uygulanabilmesi için ön şartlardan biri " üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suç sebebiyle yürütülen soruşturma" olması gerekmektedir. Yani üç yıldan fazla hapis cezası gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada adli kontrol uygulamasına karar verilmesi mümkün değildir. Söz konusu adli kontrol uygulamasının tutuklamaya alternatif olarak getirildiği, aynı Kanun'un 100. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde tutuklama kararında "adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukuki ve fiili nedenlere yer verilir." hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Bu husus CMK.nın 109. maddesinin gerekçesinde, "tutuklama; hâkimin, şüpheli veya sanık hakkında ya bütünüyle hürriyetten yoksun bırakmaya yada tam serbest bırakmaya mecbur kılan bir tedbirdir; adı geçenler ya bir yere kapatılacaklar veya tam serbest kalacaklardır. Tasarı bu maddesiyle bu iki durum arasında adli kontrol kurumunu getirmiş bulunmaktadır. Kurum, ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tabi kılmaktadır; böylece kişinin kaçması riski azaltılırken hürriyetten yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Bu kurumdan sonra tutukluluk uygulaması istisnai hale gelmektedir.

Adli kontrolün soruşturma evresinde uygulanmasında üç temel koşul vardır:

1- Şüphelinin işlediği iddia olunan fiilin tutuklamayı gerektirecek bir suçu oluşturması,

2- Cumhuriyet Savcısının istemde bulunması,

3- Sulh Ceza Hâkiminin kararı şeklinde ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere tasarıda, adli kontrol kurumunun uygulanması açısından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemişken (işlenen fiilin tutuklamayı gerektirebilecek bir suçu oluşturması yeterli görülmüşken); Kanunda bu konuda (üst sınırı

üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suç sebebiyle yürütülen soruşturma olması) farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir.

CMK'nın 100. maddesi ve 109. maddenin gerekçesine göre adli kontrol kurumunun tutuklamaya alternatif olarak düzenlendiği açıkça ortadır. CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasındaki tutuklama nedenleri var sayılan suçlar ve öngörülen ceza miktarları incelendiğinde bu suçlarla ilgili "adli kontrolün" uygulanması mümkün değildir. Bu suçlarla ilgili yürütülen soruşturmalarda şüpheli hakkında Sulh Hâkimi, ya tutuklama kararı verecek ya da şüpheliyi serbest bırakıp onun hakkında adli kontrole karar veremeyecektir. Bu nedenle iptali istenen ibare, Anayasanın 19. maddesinin 3. fıkrasında tutuklamanın zorunlu hallerde uygulanacağı hükmüne aykırıdır.

2- İptali istenen CMK'nın 109 maddesinin 1. fıkrasında yer alan "üst sınırı üç yıl ve daha az hapis cezasını gerektiren suç sebebiyle yürütülen soruşturma" ibaresinin sonucu olarak kişiler bakımından yükümlülük niteliği taşıyan ve CMK'nın 112. maddesi gereğince yükümlülüğe uymamanın yaptırımı olarak tutuklama öngören tedbirler (adli kontrol), az ceza içeren suçlar bakımından uygulanabilirken daha fazla ceza içeren suçlar bakımından uygulanamamaktadır. Bu durum Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin... hukuk devleti olduğunu emreden 2., eşitlik ilkesini düzenleyen 10. ve suç ve cezalara ilişkin hükümler öngören 38. maddelerine de aykırıdır.

Hukuk devleti, fiil 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. (R.G. 16.04.S. 26849, 2006/71 E., 2008/69 K.) Adaletli bir hukuk düzeni, fiilin derecesine göre ceza verilmesini gerektirir. Bu ilke, temel kanun niteliğindeki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun temel ilkeler kısmında yer alan 3. maddesinde, "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur." şeklinde ifade edilmiştir.

Adalet ve eşitlik kavramları birbirleriyle iç içe geçmiş ve bağlantılı kavramlardır. Bu bakımdan söz konusu ibare eşitlik ilkesine de aykırıdır. Suç teşkil eden fiilin cezalandırılmasında ölçü, o fiilin korunan hukuki değer açısından yarattığı "zarar" veya "zarar tehlikesi" ağırlığıdır. Fiile göre

saptanacak cezanın, failin sübjektif durumuna göre "ferdileştirilmesi" de cezanın artırılıp, azaltılması sonucunu yaratır. Fakat, yasalar, "temel ceza"yı, aynı fiili işleyenler için "eşit", "genel" ve "objektif' olarak belirler. Aynı fiil için, kişiler açısından ayrı ayrı sonuçlar yaratacak ceza belirlemesine yönelik yasal düzenleme yapılamaz.

3- Anayasamızın 38. maddesi, "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" hükmünü içermektedir. Bu kural, "cezada kanunilik kuralı" olarak isimlendirilir. "Cezada kanunilik" kuralı, öğretide "suçta kanunilik" kuralından daha önemli bir kural olarak kabul edilir. "Cezalar kanun tarafından konulunca, kanunun genel, objektif ve anonim olma niteliği, bunlarda yer alan cezaların da kim olursa olsun, suçlular hakkında eşit olarak uygulanmasını gerektirir", "Cezada hukuki eşitlik" kuralı, yasalarda dahi belirtilmiştir.

Cezaların, fiilin ağırlığı ile orantılı olması da, hukukun genel kuralı olduğu kadar, ceza sorumluluğunun şahsiliği kuralının da bir sonucudur. Ceza, işlenilen hukuka aykırı bir fiilin yarattığı "zarar" veya "tehlikenin" karşılığı olarak uygulanan bir müeyyide türü olduğuna göre, ceza ile filin yaratacağı "zarar" veya "tehlikenin" ağırlığı arasında bir oran, uyumluluk bulunması zorunludur. Ceza kanunları düzenlenirken, suçların "korunan hukuki değer"e göre belirlenmesinin mantığı da budur. Suç teşkil eden hukuka aykırı fiilin yarattığı "zarar veya tehlike" ile uyumlu olmayan bir cezalandırma sistemi, "...devlet faaliyetinin esasını teşkil eden her türlü manevi adalet kavramını bir yana bırakmak..." demektir. Böyle bir sistem, "ceza adaleti" ilkesi ve "cezada bulunması gereken nitelikler" ile uyumsuzluk yaratır. (AYM. 1991/18 E., 1992/20 K.)

Cezanın şahsa değil, fiile göre tertibi, "ceza sorumluluğunun şahsiliği" kuralının da doğal sonucudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 22.12.1964 tarih ve E: 1963/166, K: 1964/76 sayılı kararında aynı esasları benimsemiş, ceza ile "fiilin", "kamunun huzur ve sükûnunu, güvenini" bozucu etkisi arasında oran bulunmasını zorunlu görmüştür (RG, 28 Nisan 1965, No. 11958). Aynı şekilde yukarıda değinildiği üzere, Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinde, "Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur." hükmüyle paralel bir düzenleme getirilmiştir. Bu açıklamalar ışığında iptali istenen hüküm gereğince az ceza gerektiren suçlarla ilgili adli kontrol tedbirine hükmedilebilirken daha çok ceza gerektiren suçlarla ilgili uygulanamaması cezalandırma "cezada kanunilik" kuralına ve dolayısıyla Anayasanın 38. maddesine aykırıdır.

Yukarıda gerekçeli olarak belirtilen sebeplerle; şüpheli müdafiince yapılan talep nedeniyle verilecek kararda uygulama imkânı bulunan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109/1. maddesinde yer alan "üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren" ibaresinin Anayasanın 2, 10, 19 ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Bu nedenle mahkememizce yapılan başvurunun kabulüne ve yüksek mahkemenizce 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109/1. maddesinde yer alan "üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren" ibaresinin 2709 sayılı Kanun ve Anayasanın 152. maddesi gereğince iptaline karar verilmesi arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da içeren 109. maddesi şöyledir:

"**(1) 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir.**

(2) Kanunda tutuklama yasağı öngörülen hallerde de, adlî kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir.

(3) Adlî kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.

e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek.

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.

g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adlî emanete teslim etmek.

h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak.

i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek.

(4) **(Ek: 25/5/2005 – 5353/14 md.)** Şüphelinin, üçüncü fıkranın (a) ve (f) bentlerinde yazılı yükümlülüklere tâbi tutulması bakımından, birinci fıkrada belirtilen süre sınırı dikkate alınmaz.

(5) Hâkim veya Cumhuriyet savcısı (d) bendinde belirtilen yükümlülüğün uygulamasında şüphelinin meslekî uğraşılarında araç kullanmasına sürekli veya geçici olarak izin verebilir.

(6) Adlî kontrol altında geçen süre, şahsî hürriyeti sınırlama sebebi sayılarak cezadan mahsup edilemez. Bu hüküm, maddenin üçüncü fıkrasının (e) bendinde belirtilen hallerde uygulanmaz.

(7) **(Ek: 6/12/2006 – 5560/19 md.)** Kanunlarda öngörülen tutukluluk sürelerinin dolması nedeniyle salıverilenler hakkında birinci fıkradaki süre koşulu aranmaksızın adlî kontrole ilişkin hükümler uygulanabilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ,Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, Ali GÜZEL, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Serruh KALELİ'nin katılımlarıyla 5.8.2008 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:

İtiraz başvurusunda, adlî kontrol kurumunun tutuklamaya alternatif olarak düzenlendiği, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki tutuklama nedenleri var sayılan suçlar ve öngörülen ceza miktarları incelendiğinde bu suçlarla ilgili "adlî kontrolün" uygulanmasının mümkün olmadığı ve Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklamanın zorunlu hallerde uygulanacağı hükmüne aykırılık teşkil ettiği, adli kontrolün, az ceza içeren suçlar bakımından uygulanabilirken daha fazla ceza içeren suçlar bakımından uygulanamamasının Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olduğunu emreden 2. maddesi ve eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ile "cezada kanunilik" kuralını öngören 38. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebileceği öngörülmektedir.

Adlî kontrol kurumu, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Türk Ceza Yargılaması sistemine getirilen, serbest bırakılma ile tutuklanma arasında etkinliğe sahip olan koruma tedbiri niteliğindeki çağdaş bir kurumdur. Bu kurum ile kişi özgürlüğünden tamamen yoksun kılınmamakla birlikte, gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tâbi olmakta, böylece kişinin kaçma riski azaltılırken özgürlüğünden tümü ile yoksun kalmasının zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır. Burada yasa koyucu, sosyal düzenin korunması ile bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurarak ceza yargılamasının sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesini ve yargılama sonucunda verilen hükmün yerine getirilmesini sağlamak için gerekli tedbirleri almaktadır.

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 yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devletinde, tutuklama ve adlî kontrol gibi kişi hürriyetini sınırlandıran koruma tedbirlerine ilişkin kurallar ceza muhakemesi hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri göz önüne alınarak saptanacak ceza yargılaması siyasetine göre belirlenir. Yasa koyucu, ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri ile ilgili olarak, hangi hallerde ve ne miktarda cezalar için tutuklama kararı verileceğini ya da daha hafif nitelikteki adlî kontrolün uygulanacağını, adlî kontrolün içerdiği yükümlülükleri belirlemede takdir yetkisine sahiptir. Bu nedenle düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

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

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. ve 19. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "… üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 28.1.2010 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 A. Necmi ÖZLER	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	

Esas Sayısı : 2009/20

Karar Sayısı: 2010/23

Karar Günü : 28.1.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Konya 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.6.2006 günlü, 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…23.4.1999 tarihinden…" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Davacının, hakkında verilen disiplin cezasının bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılması için idareye yaptığı başvurunun reddi üzerine açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ:

a) İtiraz Konusu Kanun Hükmünün Anlam ve Kapsamı

Olaya uygulanacak olan 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 68 inci maddesinin ikinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerine göre verilmiş yer değiştirme cezaları ve 69 uncu maddesine göre verilmiş meslekten çıkarma cezaları hariç olmak üzere hâkim ve savcı olanlar hakkında 23.4.1999 tarihinden 14.2.2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile affedilmiştir.

Halen Bilecik Cumhuriyet Savcısı olan davacıya Şebinkarahisar Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanması sonucu aldığı ceza nedeniyle verilen yer

değiştirme cezası konu itibariyle 5525 sayılı Kanun'un kapsamına alınan disiplin cezaları arasında olmakla birlikte cezaya neden olan fiil 23.4.1999 tarihinden önce işlenmesi nedeniyle zaman itibariyle anılan Kanunun hükmünün kapsamına girmemektedir.

3.9.1999 tarihli ve 23805 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren uygulanma imkanı kalmadığı için 2.5.2007 tarih ve 26510 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5637 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesi ile 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenmiş, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 68 inci maddesinin (e) ve (f) bentlerine ve 69 uncu maddesinin bir ila dördüncü fıkralarına göre verilmiş yer değiştirme veya meslekten çıkarma ile mülga 2556 sayılı Hâkimler Kanununun 92 nci maddesinin bir, iki, dört ve altıncı fıkralarına göre verilmiş meslekten çıkarma cezaları hariç olmak üzere hâkim ve savcı olanlar hakkında verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile affedilmiştir.

Davacının sicilden silinmesini istediği yer değiştirme disiplin cezasına konu fiil 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlendiği için zaman bakımından 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un kapsamına girmekle beraber söz konusu disiplin cezası 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 69/2 maddesi delaletiyle 68. madde uyarınca verildiği için konu bakımından anılan 4455 sayılı Kanun'un kapsamına girmemektedir.

5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un genel gerekçesinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin cezalarının affedilmesine yönelik olarak 25.12.1985 tarihli ve 3249 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun, 18.06.1992 tarihli ve 3817 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun ve son olarak 28.08.1999 tarihli ve 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un yürürlüğe girdiği ve 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'a ait tasarının da anılan af kanunlarında yer alan hükümlere paralel olarak hazırlandığı belirtilmiştir.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 69/2 maddesi delaletiyle 68. madde uyarınca davacıya verilen yer değiştirme cezasını gerektiren fiili farklı zamanlarda işleyen iki kişiden birinin af kapsamına girmesine diğerinin girmemesine neden olmasından dolayı 3249 sayılı, 3817 sayılı ve

4455 sayılı kanunlarda yer alan hükümlere paralel düzenlemeler getirmek amacıyla çıkartılan 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "... 23.04.1999 tarihinden..." ibaresinin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

b) Anayasanın 2. Maddesi Yönünden Değerlendirme

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, adil 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.

Yasa koyucu 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'u yaparken daha önceleri yürürlüğe giren af kanunları ile af kapsamına giren disiplin cezaları bakımından hem zaman hem de konu bakımından paralellik başka bir ifadeyle birbirini tamamlamayı amaçlamış olup bu hususa da 5525 sayılı Kanunu'nun genel gerekçesinde de yer verdiği halde 1995 ve 1996 yıllarında işlenen fiiller nedeniyle 2802 sayılı Yasanın 69/2 maddesi delaletiyle 68. maddesi uyarınca verilen ve 4455 sayılı Kanun'un zaman bakımından kapsamına giren ve fakat konu bakımından kapsamına girmeyen disiplin cezasının 4455 sayılı Yasayla paralellik oluşturmak amacıyla çıkartılan 5525 sayılı Kanun'un konu bakımından kapsamına girmesi ve fakat zaman bakımından kapsamına girmemesi kanun koyucunun iki yasa arasındaki paralellik oluşturma amacına aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca bu durum davacının aldığı cezanın aynısı ile cezalandırılan kişinin aldığı disiplin cezasına konu fiilin yalnızca 23.04.1999 tarihinden sonra işlenmesi nedeniyle affedilmesi sonucunu doğururken aynı fiili 23.04.1999 tarihinden önce işleyen davacının aldığı disiplin cezasının affedilmemesi sonucu doğuracağından Anayasanın 2. maddesine aykırılık oluşturacaktır.

c) Anayasanın 10. Maddesi Yönünden Değerlendirme

Anayasanın 10. maddesinde; herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamları

bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu düzenlenmiştir.

Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen "kanun önünde eşitlik ilkesi" ile bireylerin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri ayrımlar gözetilmeksizin eşit olduğu ve eşit muameleye tabi tutulması gerekmektedir. "Kanunun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları benzer olan bireyler için söz konusudur. Bu ilke ile yasa önünde eşitlik yani hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık yapılmasını önlemektir. Bu ilkeye, 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. Özellikle aykırılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi eşitlik ilkesine aykırı değil, geçerli kılar. Anayasanın amaçladığı eylemli değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara tabi tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz. Ancak aynı hukuksal durumda olanlar için kamu yararına dayanılarak farklı kurallar getirilmesinde, eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

2802 sayılı Yasanın 69/2 maddesi delaletiyle 68. maddesi uyarınca verilen yer değiştirme cezalarının af edilmesi bakımından fiilin işlendiği tarih baz alınmak suretiyle yapılan ayrım nitelik ve durumları özdeş olan kişilere farklı uygulama yapılmasını sağlamaya yeterli ve haklı bir neden olmadığı bu nedenle itiraza konu 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "... 23.04.1999 tarihinden..." ibaresinin eşitlik ilkesini düzenleyen Anayasanın 10. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

SONUÇ:

1- Mahkememizce bakılmakta olan iş bu davada; Danıştay Onikinci Dairesi'nin 10.10.2008 tarih ve E: 2008/1516, K:2008/5054 sayılı bozma kararına uyulmasına,

2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca, yukarıda açıklanan nedenlerle, davanın çözümünde doğrudan etkisi bulunan 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu

Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "...23.04.1999 tarihinden..." ibaresinin Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanısına varılması üzerine bu düzenlemenin iptali istemiyle konunun Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilmesine, Kanun hükmünün uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden, öncelikle yürürlüğünün durdurulması isteminde bulunulmasına, bu kararla birlikte dava dosyasının onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, Anayasa Mahkemesi'nce beş ay içinde bir karar verilmemesi durumunda davaya kaldığı yerden devam edilmesine, 04/02/2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.6.2006 günlü, 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un itiraz konusu ibareyi de içeren 1. maddesi şöyledir:

"Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı suçlar veya istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçları sebebiyle görevleriyle sürekli olarak ilişik kesilmesi sonucunu doğuran disiplin cezaları ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 68 inci maddesinin ikinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerine göre verilmiş yer değiştirme cezaları ve 69 uncu maddesine göre verilmiş meslekten çıkarma cezaları ile emniyet hizmetleri sınıfına dahil personel ile çarşı ve mahalle bekçileri hakkında verilen meslekten çıkarma cezaları hariç olmak üzere; kanun, tüzük ve yönetmelikler gereğince memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bu görevlerde bulunmuş olanlar hakkında **23/4/1999 tarihinden** 14/2/2005 tarihine kadar işlenmiş fiillerden dolayı verilmiş disiplin cezaları bütün sonuçları ile affedilmiştir.

23/4/1999 tarihinden 14/2/2005 tarihine kadar işlenen ve af kapsamına giren disiplin cezalarının verilmesini gerektiren fiillerden dolayı, ilgililer hakkında disiplin soruşturma ve kovuşturması yapılmaz; devam etmekte olan disiplin soruşturma ve kovuşturmaları işlemden kaldırılır; kesinleşmiş olan disiplin cezaları uygulanmaz.

Disiplin cezaları affedilenlerin sicil dosyalarındaki bu disiplin cezalarına dair kayıtlar, ilgililerin müracaatı aranmaksızın hükümsüz kalır ve dosyalarından çıkarılır.

Disiplin cezalarının affı ilgililere geçmiş süreler için özlük hakları ve parasal yönden herhangi bir talep hakkı vermez."

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,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 7.5.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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:

İtiraz başvurusunda, davacının sicilden silinmesini istediği disiplin cezasının konusunun 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 69. maddesinin ikinci fıkrası delaletiyle 68. maddesi uyarınca verilen yer değiştirme cezası olduğu, 23.4.1999 tarihinden önce işlendiği, zaman bakımından 28.8.1999 günlü 4455 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'a tâbi olmasına rağmen, bu disiplin cezasının Yasa'nın kapsamı dışında bırakılması nedeniyle affa uğramadığı, 5525 sayılı Yasa'da ise bu yer değiştirme cezalarının affı 4455 sayılı Yasa'nın uygulanmasının sona erdiği 23.4.1999 tarihinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan daha önce verilen disiplin cezalarını kapsamadığı, bu durumun 5525 sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde belirtildiğinin aksine 4455 sayılı Yasa ile paralellik oluşturma amacına aykırılık oluşturduğu, aynı fiili farklı zamanlarda işleyen hâkim ve Cumhuriyet savcıları için fiilin işlendiği tarih esas alınmak suretiyle yapılan ayrımın nitelik ve durumları özdeş olan kişilere farklı uygulama yapılmasını

sağlamaya yeterli ve haklı bir neden olmadığından, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

5525 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle, 2802 sayılı Yasa'nın 68. maddesinin ikinci fıkrasının (e) ve (f) bentlerine göre verilmiş yer değiştirme cezaları ile 69. maddesine göre verilen meslekten çıkarma cezaları hariç olmak üzere 69. maddenin ikinci fıkrası gereğince 23.4.1999 ilâ 14.2.2005 tarihleri arasında işlenmiş fiillerden dolayı meslekten çıkarma cezası yerine yer değiştirme cezası alanlar aftan yararlanabilecektir. 4455 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde ise, 23.4.1999 tarihinden önce 2802 sayılı Yasa'nın 69. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen durumlarda meslekten çıkarma cezası yerine yer değiştirme cezası alanlar affın kapsamı dışında tutulmuştur.

Anayasa'nın 87. maddesine göre genel ve özel af için karar vermek TBMM'nin görev ve yetkileri içinde olup, affın niteliklerinden ve sonuçlarından bahsedilmemiş, bu husus yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bundan dolayı yasa koyucunun, Anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla affın hukuki sonuçlarını ve etkisini bir yana bırakarak af yasasının kapsadığı fiilleri ve suçları, aftan yararlanacak olanları ve affın uygulanacağı dönemi belirleme yetkisi bulunmaktadır. Her af yasasını uygulandığı kendi dönemi içinde değerlendirmek gerekeceğinden, toplumun gelişmesine, gereksinimlerine, belirli bir cezadan beklenen yararın gerçekleşmiş sayılmasına göre affın kapsamına girecek fiiller ve bundan yararlanacak olanlar veya aftan yararlanma süreleri farklılıklar gösterebilir. Yasa koyucunun af konusundaki takdir yetkisi nedeniyle, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının 23.4.1999 ilâ 14.2.2005 tarihleri arasında işledikleri eylemlerinden dolayı 2802 sayılı Yasa'nın 69. maddesi gereğince verilen yer değiştirme disiplin cezaları için 5525 sayılı Yasa'dan yararlandırılmaları hukuk devleti ilkesine aykırı görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtiraz isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

22.6.2006 günlü, 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…23.4.1999 tarihinden…" ibaresine yönelik iptal istemi 28.1.2010 günlü, E.2009/20, K.2010/23 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 28.1.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

22.6.2006 günlü, 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… 23/04/1999 tarihinden …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 28.1.2010 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 A. Necmi ÖZLER	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	

Esas Sayısı : 2008/57

Karar Sayısı: 2010/26

Karar Günü : 4.2.2010

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1) 2. maddesiyle değiştirilen 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci tümcesinin,

2) 19. maddesiyle 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddenin,

3) 32. maddesiyle 9.1.1985 günlü, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın "Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar" yönünden,

Anayasa'nın 2., 10., 60. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 19.6.2008 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 15.05.2008 Tarih ve 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 2 nci Maddesi ile Değiştirilen 4857 Sayılı Kanunun 30 uncu Maddesinin Yedinci Fıkrasının İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

4857 sayılı İş Kanununun 5763 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle değişik 30 uncu maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesinde, bu maddeye aykırılık hallerinde yani bu madde hükümlerine aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekilinden 101 inci madde uyarınca tahsil edilecek cezaların, özürlülerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özürlünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılacağı belirtilmiş; iptali istenen kuralla da, tahsil edilen bu cezaların kullanımına ilişkin hususların, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünün koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların birer temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümden anlaşılacağı üzere, özürlülerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özürlünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılacak olan para cezalarının kullanımına ilişkin hususları karara bağlamak üzere oluşturulan komisyona, sakatlara (özürlülere) hizmet amacıyla kurulan derneklerin üst kuruluşlarından olan Sakatlar Konfederasyonu'nun temsilcisi alınmış, fakat aynı amaca hizmet amacıyla kurulan Türkiye Körler Federasyonu, Zihinsel Engelliler Federasyonu ve Fiziksel Engelliler Federasyonu'nun bir araya gelmesiyle oluşturulan Engelliler Konfederasyonu, bu komisyonun dışında bırakılmıştır.

Böyle bir düzenleme, "Kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırıdır. Anayasanın 10 uncu maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere bu kural, birbiri ile aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenlemeler getirmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Anayasanın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik olmayıp hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Özürlülerin, toplum hayatına katılımını kolaylaştıracak ve toplumsal fırsatlardan özürlü olmayan diğer bireyler gibi eşit faydalanmalarını sağlamak üzere kurulan ve özürlülere bilgilendirme, bilinçlendirme, yönlendirme, danışmanlık, bakım, sosyal ve mesleki rehabilitasyon hizmetleri veren gönüllü bir toplumsal kuruluş olan derneklerin üst kuruluşları olan Sakatlar Konfederasyonu ile Engelliler Konfederasyonunun aynı hukuki durumda oldukları çok açıktır. Aynı hukuki durumda olan Konfederasyonlar arasında, özürlülere hizmet yönünden ayrıcalıklı bir durum yaratılması, kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaştırılamaz ve dolayısıyla Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı düşer.

Açıklanan nedenlerle, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 2 nci maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 15.05.2008 Tarih ve 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 19 uncu Maddesi ile 4447 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici Madde 6'nın Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen Geçici Madde 6 ile 2008 – 2012 yıllarında İşsizlik Sigortası Fonu'nun nema gelirlerinin bir kısmının genel bütçeye aktarılması ve bu gelirlerin öncelikle Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındakiler olmak kaydıyla yatırım alanlarında kullanılması için ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkili kılınmaktadır.

İşsizlik Sigortası Fonu, 25.08.1999 tarih ve 4447 sayılı Kanunun 53 üncü maddesi ile kurulmuştur. 4447 sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki 46 ncı maddesinin birinci fıkrasında "İşsizlik sigortasının amacı; "işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanunda öngörülen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamaktır." şeklinde açıklanan bu Fon'un amacı, 5763 sayılı Yasa'nın 13 üncü maddesiyle "İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve bu Kanunda öngörülen hizmetlerin verilmesini sağlamaktır." şeklinde değiştirilmiştir.

Böyle bir değişikliğin temelinde, İşsizlik Sigortası Fonu'nun, "sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanunda öngörülen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamak" olan gerçek amacı dışında kullanılmasının önünü açma düşüncesinin yattığı yadsınamaz.

4447 sayılı Yasa'nın 53 üncü maddesinde İşsizlik Sigortası Fonunun gelirleri ve giderleri gösterilmiştir. Bu hükme göre;

– Fonun gelirleri; işsizlik sigortası primleri, bu primlerin değerlendirilmesinden elde edilen kazanç ve iratlar, fonun açık vermesi durumunda devletçe sağlanacak katkılardan, bu Kanun gereğince sigortalı ve işverenlerden alınacak ceza, gecikme zammı ve faizlerden, diğer gelir ve kazançlar ile bağışlardan,

– Fonun giderleri; sigortalı işsizlere verilen ödeneklerden, hastalık ve analık sigortası primlerinden, meslek geliştirme, edindirme ve yetiştirme eğitimi giderlerinden, işsizlik sigortası hizmetlerinin yerine getirilmesi için yönetim kurulunun onayı üzerine kurum tarafından yapılan giderler ile hizmet binası kiralanması, satın alınması, bilgisayar, bilgisayar yazılım ve donatım alım giderlerinden,

oluşmaktadır.

Görüldüğü üzere, işsizlik sigortası primlerinin değerlendirilmesinden elde edilen kazanç ve iratların, yani, bu maddede konu edilen nemaların başta doğrudan sigortalı işsizlere verilen ödenekler için olmak üzere, fonun kanunda sayılan giderleri için harcanması gerekirken, iptali istenen kural ile; 2008 yılı için Fonun mevcut nema gelirlerinden 1.300.000.000 YTL'lik kısmı, 2009 – 2012 yıllarında Fon tarafından tahsil edilecek nema gelirlerinin dörtte biri bütçeye aktarılarak yatırımlar için kullandırılmak istenmektedir.

Böyle bir düzenleme 4447 sayılı Kanun'un Fon giderlerini gösteren 53 üncü maddesine aykırı olduğu gibi yine aynı maddenin "Bu fon bütçe kapsamı dışında olup, gelirlerinden hiç bir şekilde kesinti yapılamaz ve Genel Bütçeye gelir kaydedilemez" hükmü ile de bağdaşmamakta ve dolayısıyla İşsizlik Sigortası Fonu'nun amacına da ters düşmektedir.

Anayasa Mahkemesi 02.02.1984 günlü, 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin iptali istemiyle açılan dava sonunda verdiği 11.01.1985 gün ve E.1984/6, K.1985/1 sayılı kararında fonu belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için ayrılmış olan ve gerektiğinde kullanılmak üzere bir hesapta tutulan parayı ifade etmektir. Daha teknik bir deyimle fon, genel mevzuat ve bütçe prosedürü dışında özelliği olan bazı devlet görevlerinin yürütülmesi ve gerçekleştirilmesi maksadıyla bütçeden veya bütçe dışı yasal imkânlarla temin olunan para ve kıymetleri olarak tanımlamış ve «Dış ticaretin düzenlenmesinin kalkınma plan ve programları çerçevesinde bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetlerden olduğu, 2976 sayılı

Kanunun verdiği yetkiyle oluşturulacak fonun ise Kanunla konulmuş bir, özel usul niteliği taşıdığı kabul edilmelidir görüşünü benimsemiştir.

İşsizlik Sigortası Fonu da, 4447 sayılı Kanunla kurulmuş, işçi ücretlerinden her ay kesilen yüzde 1, işverenin yaptığı yüzde 2'lik katkı ve Devletin yüzde 1'lik katkısından oluşan ve işçilerin kendi iradeleri dışında işlerini kaybetmeleri durumunda, yeni iş bulana kadar geçecek süre içinde kendilerinin ve ailelerinin geçimini sağlamak için yapılacak ödemelerin mali mevzuat ve bütçe prosedürü içerisinde yürütülmesinin yaratacağı sakıncalar dikkate alınarak bütçe dışı yasal imkânlarla temin olunan para ve kıymetleri içeren özel bir usuldür.

İptali istenen kural, İşsizlik Sigortası Fonu'nun Anayasa Mahkemesinin kararı çerçevesinde açıklanan bu niteliği ile bağdaşmadığından "hukuk güvenliği" ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Demokratik bir toplumda yaşamanın doğal bir sonucu olarak, çağdaş bir devletin olmazsa olmaz şartlarından biri olan hukuk devleti ilkesinin tam anlamıyla yaşama geçmesi gerekmektedir. "Hukuk devleti ilkesi" nin zorunlu bir sonucu olarak, hukuk düzeninde istikrarın ve hukuk güvenliği sürekliliğinin sağlanması gereği yatmaktadır. Bu çerçevede, hukuk düzeninde istikrarın sağlanmasına engel olacak nitelikte düzenlemelerden kaçınılması ve Devletin kamu kudreti ayrıcalıklarından yararlanmasının sınırını da hukuk güvenliği` ilkesinin belirlemesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, 2008 yılı içinde fon nema gelirlerinden bir kısmının genel bütçenin B işaretli cetveline gelir kaydedilmesi ve Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındakiler olmak kaydıyla yatırım alanlarında kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydedilmesi, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununun özel gelirleri düzenleyen 39 uncu maddesinin "Özel gelirlerin ödenek kaydına, gelecek yıla devrine, iptaline ilişkin yetki ve işlemler merkezî yönetim bütçe kanununda gösterilir." hükmüne ve yine anılan Yasa'nın 13 üncü maddesinde belirtilen, "belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi" ilkesine aykırıdır. Bu nedenle, gerek 5018 sayılı Kanun'un ilke ve hükümlerine gerek 4447 sayılı Kanunun hükümlerine ters düşen, diğer bir anlatımla gerek aynı yasaya, gerek diğer

bir yasaya zıt hüküm içeren söz konusu kural, bu nedenle de "hukuk güvenliği" ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Ankara Ticaret Odasının "Sosyal Güvenlik – Ekonomik Güvensizlik" raporuna göre, sosyal güvenlik sisteminin kamuya son 14 yılda getirdiği yükün, Hazine iç borçlanma faiziyle güncellenmiş değeri 715 milyar YTL'yi bulmaktadır.

Fon birikimi döneminde, biriktiren fonlar, bazı KİT'lerin finansmanı gibi verimsiz alanlara yönlendirilmesi nedeniyle 1990'lı yılların başından itibaren finansman açığı vermeye başlayan sosyal güvenlik sistemine 1994 – 2006 yılları arasında bütçeden toplam 104,3 milyar YTL aktarılmıştır.

Sosyal güvenlik sisteminin finansman açıklarının bütçeden karşılanmaya başlanması, bütçe açıklarının artmasına yol açtığından bütçeden sosyal güvenlik sistemine yapılan transferler borçlanılarak gerçekleştirilmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun yaptığı hesaplamalara göre 1994 – 2007 yılları arasındaki dönemde bütçeden sosyal güvenlik sistemine yapılan transferlerin Hazinenin iç borçlanma faiz oranıyla güncellenmiş değeri 715 milyar YTL'lik bir büyüklük oluşturmaktadır.

Sosyal güvenlik sisteminin kamuya olan yükünün Hazine iç borçlanma faiz oranıyla güncellenmiş değeri olan 715 milyar YTL, Ağustos 2007 sonu itibariyle toplam 347,3 milyar YTL olan "brüt kamu borç stokunun" 2 katı bir büyüklük göstermektedir.

Sosyal güvenlik sisteminin yaşadığı bu finansman sorunu, kamu finansmanı üzerinde yarattığı baskı dolayısıyla, başta enflasyon olmak üzere, diğer temel ekonomik göstergeleri olumsuz etkilemesi üzerine sosyal güvenlik reformu yapılması ihtiyacı doğmuş ve bu bağlamda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu çıkarılmış, bu Kanunun bazı hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptali üzerine de 5754 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yasalaştırılmıştır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sosyal güvenlik sisteminin bugünkü sorunlu yapısının altında bu kuruluşların birikimlerinin geçmişte amaç dışı kullanılması yatmaktadır.

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından açıklanan 2007 yılı işgücü istatistiklerine göre; Türkiye genelinde işsiz sayısı bir önceki yıla göre 38 bin kişi artarak, 2 milyon 333 bin kişiye yükselmiştir. İşsizlik oranı ise değişmeyerek yüzde 9.9 olmuştur. Yine TÜİK verilerine göre, 2007 yılında

çalışma çağındaki nüfus, bir önceki yıla göre 730 bin kişi artarak 49 milyon 215 bin kişiye ulaşmıştır.

Bu verilerden de anlaşılacağı üzere, işsizlerin sayısı azalmamakta aksine her yıl giderek artmaktadır. Milyonlarca işsizin 2 – 3 yıl gibi çok uzun zamandır iş bulamadığı bir ülkede, çok az sayıdaki işsize en fazla 10 ay gibi bir süreyle, çok düşük miktarlarda ödemeler yapılarak biriktirilen paranın iptali istenen kuralın öngördüğü şekilde kullanılmasının gelecekte çok büyük sorunlara yol açacağı kuşkusuzdur.

İşsizlik Sigortası Fonu'nun kuruluş amacına ve işlemlerine uyan yasal düzenlemelerin; Fon'un içini boşaltan değil, Fon'un belli bir büyüklüğe ulaşmasından ve sağlam temellere oturtulmasından sonra Fon'dan yararlanma koşullarını hafifleten, Fon'a ulaşma imkânını kolaylaştıran, Fon'un ödeme şartlarının mevcut düzenlemelere göre gerçekçi hâle getiren düzenlemeler olduğunda hiçbir duraksamaya yer yoktur. Zira, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren ve sosyal dışlayıcılığı engelleyen asgari bir sınırın varlığını göz önünde tutan devlettir. Sosyal Hukuk Devleti ilkesi içinde yer alan sosyal adalet, sosyal refah ve sosyal güvenlik kavramları tüm yurttaşları (işsizleri de) kapsar.

Kamuoyunda istihdam paketi olarak adlandırılan 5763 sayılı Yasa'nın 15 inci maddesi ile 4447 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek günlük işsizlik ödeneği, sigortalının son dört aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brüt kazancının % 50'si yerine, net kazancının yüzde kırkı olarak belirlenmiştir. Bu suretle İşsizlik Fonu'ndan işsizlere yapılan işsizlik ödeneğinin hesabında asgari ücretin neti yerine brüt tutarının esas alınması öngörülmüş, ancak % 50 oranı da % 40'a indirilmiştir. Fon'un ödeme şartlarının mevcut düzenlemelere göre gerçekçi hâle getiren bir düzenleme olmaktan uzak olan bu düzenleme de, Fon kaynaklarının kuruluş amacına uygun olarak kullanılmasının önemini ve gerekliliğini göstermektedir.

GAP ve benzeri yatırımları yapmak devletin asli görevi olduğundan, devletin bu görevini asıl gelirleri olan vergi gelirleriyle yapması gerektiği çok açıktır.

İptali istenen kuralın ise, Fon kaynaklarının GAP kapsamındaki yatırımlar yanında, bölgesel ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımların finansmanında kullanılmasının önünü açarak Fon'dan

yararlanma koşullarını hafifleten, Fon'a ulaşma imkânının kolaylaştıran, Fon'un ödeme şartlarının mevcut düzenlemelere göre gerçekçi hâle getiren düzenlemeler yapılmasının önünde en büyük engeli oluşturacağı gibi, yukarda etraflıca açıklandığı üzere sosyal güvenlik sisteminde yaşandığı şekilde Fon'un gelecekte finans sorunu yaşamasına neden olabileceği de yadsınamaz.

Öte yandan, iptali istenen Geçici Madde 6'nın (c) fıkrasının "Bu madde kapsamında aktarılacak kaynakla gerçekleştirilecek yatırımlardan elde edilecek getiriler ile varlık satışlarından elde edilecek gelirlerin Yüksek Planlama Kurulunca belirlenecek oranı, kullanılan kaynak tutarını aşmamak kaydıyla Fona aktarılır." hükmü de, Fon'un gelecekte finansman sorunu yaşaması önleyecek bir düzenleme olmaktan uzaktır. Çünkü bu fıkrada, kullanılacak Fon kaynağının ne zaman Fon'a geri aktarılacağı konusunda bir belirlemeye yer verilmediği gibi kullanılacak kaynak için "faiz" ödenmesi de öngörülmemiştir. Böyle bir durumun, kullanılacak Fon kaynaklarının zaman içinde enflasyonla erimesine yol açacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle söz konusu kuralın, "sosyal devlet" ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine, sosyal devletin asli görevlerinden olan vatandaşların sosyal güvenlik haklarını sağlama ödevini yerine getirmesine de engel oluşturduğu için de Anayasanın 60 ıncı maddesine aykırı düştüğü açıktır.

Diğer taraftan, sosyal güvenlik hakkını vurgulayan uluslararası sosyal politikanın en önemli belgelerinden biri 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da Bildirgenin 22 nci maddesinde yer alan "Herkes, toplumun bir ferdi olarak sosyal güvenlik hakkına sahiptir; sosyal güvenlik, bireyin onuru, kişiliğinin geliştirilmesi için kaçınılmaz ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tatmin edilmesine dayanır." ilkesine atıfta bulunulmuştur.

Bildirgenin, tamamlayıcı olarak görülebilecek 25 inci maddesinde ise her insanın yiyecek, giyecek, konut, tıbbi bakım ve gerekli toplumsal hizmetler de dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlığını ve refahını sağlayacak uzun bir yaşam düzeyine hakkı olduğu; işsizlik, hastalık, sakatlık ya da geçim olanaklarından iradesi dışında yoksun kaldığı diğer hallerde, güvenlik hakkına sahip olduğu vurgusuyla sosyal güvenlik hakkı, temel insan hakları arasında sayılmaktadır.

Bu nedenle, iptali istenen kural, Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Geçici Madde 6'nın (a), (b) ve (c) fıkralarının iptali halinde son fıkrasının "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir." hükmünün de uygulama olanağı kalmayacağından bu kuralın da iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 19 uncu Maddesi ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 6, Anayasanın 2 nci, 60 ıncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 15.05.2008 Tarih ve 5763 Sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 32 nci Maddesi ile 3146 Sayılı Kanunun 29 uncu Maddesine Eklenen Son Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 32 nci Maddesi ile 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun "Yurtdışı Teşkilatı" başlıklı 29 uncu maddesine eklenen iptali istenen fıkra ile yukarıdaki fıkrada tanımlanan yurtdışı kadrolara atanabileceklerin yani yurtdışı sürekli göreve, yurt dışı işçi hizmetleri uzmanları, yurt dışında görevlendirmeye ilişkin mevzuat gereğince yapılan sınavlarda başarılı olup, yurt dışında en az üç yıl sürekli kadrolarda görev yaptıktan sonra Bakanlık ya da bağlı ve ilgili kuruluşları kadrolarında çalışanlar ile Bakanlık merkez teşkilatında genel müdür ya da daha üst görevlerde bulunanların ayrıca mesleki yeterlik sınavına tabi tutulmayacakları öngörülmüştür.

Yurtdışı teşkilatında sürekli bir göreve atanacak memurlar ile diğer kamu görevlilerinin seçimi, atanması, çalışma usul ve esasları ile disiplin ve sicil işlemleri,657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve 189 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre, Bakanlar Kurulu'nun 28.07.2006 tarih ve 2006/11534 sayılı kararıyla yürürlüğe konulan "Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelik" (R.G. 13.01.2007, Sa. 26402) hükümlerine göre yapılmaktadır.

Bu Yönetmeliğin "Mesleki yeterlik sınavı" başlıklı 10 uncu maddesinde,

"(1)Yabancı dil bilgisine sahip olan adaylar meslekî yeterlilik sınavına tabi tutulur. Meslekî yeterlilik sınavı sözlü sınav şeklinde yapılır. Sınavda, adayların sınav konuları ile birlikte atanacakları görevin gerektirdiği niteliklere ve temsil yeteneğine sahip olup olmadıkları da göz önüne alınarak komisyon üyelerince her adaya ayrı ayrı not verilir. Komisyon üyelerince verilen notların aritmetik ortalaması sınav sonucunu gösterir. Bu

husus tutanakla tespit edilir. Sınavda başarılı sayılabilmek için ortalamanın en az yetmiş puan olması gerekir.

(2)Kurumlarında genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlere atanmış olanlar, bu görevlerde toplam iki yıl çalışmış olmaları şartı ile meslekî yeterlilik sınavına tabi tutulmaz. Genel müdür ve eşdeğer görevlerin belirlenmesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek göstergeye ilişkin hükümleri esas alınır"

hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde toplam iki yıl çalışmış olanlar yeterlik sınavından muaf tutulmuştur.

İptali istenen kural ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde bulunanların, iki yıl çalışma şartı aranmaksızın yeterlik sınavına tabi tutulmayacakları öngörülmüştür. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığında genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde bulunanlar ile diğer bakanlıklarda Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanların yurtdışı görevlere atanma konusunda aynı hukuki durumda bulundukları açıktır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi Anayasanın 10 uncu maddesindeki "kanun önünde eşitlik ilkesi", herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlar ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Anayasa ile eylemli değil hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir.

Diğer taraftan yurtdışı görevler, uluslararası ilişkiler kapsamında yerine getirilecek görevler olması nedeniyle özel bir uzmanlık gerektirdiği açıktır. Bunun içindir ki, yurtdışı teşkilatında sürekli bir göreve atanacak memurlar ile diğer kamu görevlilerinin seçimi, atanması, çalışma usul ve esasları "Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelik" ile özel olarak düzenlenmiş ve bu görevlere atanacakların lisan bilgileri dışında yeterlik sınavına tabi tutulmaları öngörülmüştür. İptali istenen kural, yurtdışı işçi hizmetleri kalitesinin düşmesi yolunu açacağından "kamu

yararı" ilkesiyle de bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine ters düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 32 nci Maddesi ile 3146 sayılı Kanunun 29 uncu maddesine eklenen son fıkra, genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar yönünden Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

5763 sayılı Kanunun 19 uncu maddesi ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 6; "sosyal devlet" ve "hukuk güvenliği" ilkeleriyle bağdaşmayan ve işsizler için sosyal güvenliği temel insan hakkı olmaktan çıkaran bir düzenleme olduğundan, uygulanması halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

5763 Kanunun 32 nci maddesi ile 3146 sayılı Kanunun 29 uncu maddesine eklenen son fıkra da, Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar yönünden "kanun önünde eşitlik" ilkesini zedelediği gibi uzmanlık gerektirdiği kuşkusuz olan yurt dışı görevlere yeterli niteliğe sahip olmayan kamu görevlilerinin atanması yolunu açacağından uygulanması halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağı kuşkusuzdur.

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, 15.05.2008 tarih ve 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun;

1) 2 nci maddesi ile değiştirilen 4857 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı olduğundan,

2) 19 uncu maddesi ile 4447 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 6, Anayasanın 2 nci, 60 ıncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

3) 32 nci Maddesi ile 3146 sayılı Kanunun 29 uncu maddesine eklenen son fıkra, genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar yönünden Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine 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

1) 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen, 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin iptali istenen ikinci tümceyi de içeren yedinci fıkrası şu şekildedir:

"Bu maddeye aykırılık hallerinde 101 inci madde uyarınca tahsil edilecek cezalar, özürlülerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özürlünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılır. **Tahsil edilen cezaların kullanımına ilişkin hususlar, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünün koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile 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."

2) 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 19. maddesiyle, 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 6. madde şu şekildedir:

"**GEÇİCİ MADDE 6- a) 2008 yılına münhasır olmak üzere, Fonun mevcut nema gelirlerinden 1.300.000.000 YTL'lik kısım Fon tarafından**

Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir. Kaydedilen bu tutarları, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenekler, 2008 yılı yatırım programı ile ilişkilendirilir.

b) 2009 – 2012 yıllarında Fon tarafından tahsil edilecek nema gelirlerinin dörtte biri, ilgili yıl genel bütçelerinin (B) işaretli cetvelinde bütçe gelir tahmini olarak yer alır. İlgili yıl bütçeleri hazırlanırken Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran bölgesel ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımların finansmanı için ilgili idare bütçelerine bu gelir tahmini karşılığı kadar ödenek öngörülür. Bu gelirler, Fon tarafından tahsil edilen ayı izleyen ayın 15'ine kadar Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve yılı genel bütçesinin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir.

c) Bu madde kapsamında aktarılacak kaynakla gerçekleştirilecek yatırımlardan elde edilecek getiriler ile varlık satışlarından elde edilecek gelirlerin Yüksek Planlama Kurulunca belirlenecek oranı, kullanılan kaynak tutarını aşmamak kaydıyla Fona aktarılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığı tarafından müştereken belirlenir."

3) 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesiyle, 9.1.1985 günlü, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkra şu şekildedir:

"Yukarıdaki fıkrada tanımlananlardan yurtdışı kadrolara atanabilecekler, ayrıca mesleki yeterlik sınavına tabi tutulmazlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 10., 60. ve 90. 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 katılımıyla 26.6.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A) 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen, 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci tümcesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesi hükümlerine aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekilinden 101. madde uyarınca tahsil edilecek para cezalarının kullanımına ilişkin hususları karara bağlamak üzere oluşturulan komisyona, sakatlara (özürlülere) hizmet amacıyla kurulan derneklerin üst kuruluşlarından olan Sakatlar Konfederasyonu'nun temsilcisinin alındığı, fakat aynı amaca hizmet için kurulan Engelliler Konfederasyonu'nun bu komisyonun dışında bırakıldığı, böyle bir düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Davacı, Anayasa'ya aykırılık gerekçesini bu madde yönünden Anayasa'nın 10. maddesine dayandırmakla birlikte, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur olmadığı, taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceği hükme bağlandığından, iptali istenilen kural, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5763 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değişik 30. maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesinde, bu madde hükümlerine aykırı olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekilinden 101. madde uyarınca tahsil edilecek cezaların, özürlülerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özürlünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılacağı belirtilmiş; iptali istenen kuralla da, tahsil edilen bu cezaların kullanımına ilişkin hususların, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünün koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların birer temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümden anlaşılacağı üzere, özürlülerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özürlünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılacak olan para cezalarının kullanımına ilişkin hususları karara bağlamak üzere oluşturulan komisyona, özürlülere hizmet amacıyla kurulan derneklerin üst kuruluşlarından olan Sakatlar Konfederasyonu'nun temsilcisi alınmış, fakat aynı amaca hizmet amacıyla kurulan Engelliler Konfederasyonu, bu komisyonun dışında bırakılmıştır.

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

Yasaların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekir. Yasaların genelliği olarak adlandırdığımız bu ilke, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Yasanın genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen fakat önceden saptanmış olup, soyut şekilde, uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Mahkememizin daha önceki içtihatlarında ifade edildiği gibi, kanun genel ve soyut hukuk kuralları içermelidir. Yasanın genel olması, herkesin statüsünü düzenleyeceği anlamına

gelmemekte, yalnızca yasanın belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler koymasını, hukuki durumları soyut olarak düzenlemesini gerektirmektedir. Şu halde yasa hükümlerinin, her şeyden önce genel nitelikte olması, kimlikleri önceden belirli kişilere yönelmemesi, herkes için nesnel hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayrım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir.

İptali istenilen kuralda söz konusu edilen komisyonun oluşumunda, yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde objektif bir ölçüt ortaya konulması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Bu ölçütün belirlenmesinde değişik yol ve yöntemler izlenebilir. Uygulamada genellikle, aynı konuda aynı amaçla hareket eden ve aynı hukuki konumda bulunan birden fazla kurum ve kuruluş olması durumunda tamamının temsil edilmesi mümkün görülemiyorsa içlerinde temsil kabiliyeti en yüksek olan kuruluşun belirlendiği görülmektedir. Nitekim bu tür kurul ve komisyonların oluşumuna bakıldığında genelde en fazla üyeye sahip olanların temsili yoluyla sorun çözülmektedir. Asgari ücret tespit komisyonunda, toplu sözleşme yapmaya yetkili sendikanın belirlenmesinde vb. oluşumlarda en fazla üyeye sahip sendika, dernek ya da konfederasyonların temsilcilerinin yer alacağı mevzuatımızda düzenlenmiştir. Aynı şekilde iptali istenilen kuralla oluşturulan komisyonda da işçi ve işveren konfederasyonları için en fazla üyeye sahip olma ölçütü kullanılırken anılan kuralın yürürlüğe girdiği tarihte engellilerle ilgili iki konfederasyon mevcut olmasına rağmen bu konfederasyonlardan Türkiye Sakatlar Konfederasyonu tek seçenek olarak zikredilmiştir.

Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile Türkiye Engelliler Konfederasyonu, engellilerin ekonomik, sosyal, kültürel ve mesleki hak ve çıkarlarının korunup geliştirilmesi, topluma ve çalışma hayatına kazandırılması amacıyla kurulmuş bulunan aynı hukuki statüye tabi konfederasyonlardır. Dolayısıyla ülkemizde özürlüleri temsilen iki konfederasyon mevcutken bunlardan birinin düzenlemede ismen yer alması ve diğerine yer verilmemesi Türkiye Sakatlar Konfederasyonu lehine ayrıcalıklı bir durum oluşturmuştur.

Aynı amaca hizmet eden konfederasyonlar yönünden nicelik, nitelik ve haklı neden ölçütü getirilmeksizin aynı nitelikteki kuruluşların bir kısmını dışarıda bırakarak oluşturulan normatif düzenleme, normun getiriliş amacı ile bağdaşmamaktadır. Özürlülerin bağlı olduğu konfederasyonlar yönünden objektif bir ölçüte dayanmaksızın kurulan komisyonun temsilde adaleti sağladığı, ölçülü olduğu, düzenlemenin amacına hizmet ettiği söylenemeyeceğinden, kural Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

Şevket APALAK, bu görüşe, kuralın "Türkiye Sakatlar Konfederasyonu" ibaresi ile sınırlı olarak iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle katılmıştır.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşlere katılmamıştır.

Kural'ın Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Fettah OTO Anayasa'nın 10. maddesiyle de ilgili gördüklerinden ek gerekçeyle katılmışlardır.

B) 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 19. maddesiyle, 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddenin incelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

İptali istenen Geçici 6. madde ile İşsizlik Sigortası Fonu'nun nema gelirlerinin bir kısmının 2008-2012 yıllarında, Yüksek Planlama Kurulu kararına göre, öncelikle Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlar ile münhasıran bölgesel ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırım alanlarında kullanılmasını sağlamak üzere Fon tarafından Hazine'ye aktarılması öngörülmüştür.

İşsizlik Sigortası Fonu, 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı Kanun'un 53. maddesi ile bu Kanun'un gerektirdiği görev ve hizmetler için mali kaynak sağlamak, piyasa şartlarında kaynakları değerlendirmek, Kanun'un öngördüğü ödemelerde bulunmak üzere kurulmuş; işsizlik sigortası primleri ile bu primlerin değerlendirilmesinden elde edilen kazanç ve iratların, Devlet tarafından yapılacak katkı ve yardımların, ayrıca 4447 sayılı Yasa gereğince işçi ve işverenlerden alınacak ceza, gecikme zammı ve faizler ile diğer her türlü gelir ve kazançların toplandığı ve Devlet güvencesinde olan bir fondur. Fon esas olarak, sigortalının prime esas aylık brüt kazancı üzerinden her ay kesilen yüzde bir, işverenin yaptığı yüzde iki'lik katkı ve Devletin yüzde bir'lik katkısından oluşmaktadır.

4447 sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki 46. maddesinin birinci fıkrasında, "İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanunda öngörülen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamaktır." şeklindeyken 5763 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle "İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve bu Kanunda öngörülen hizmetlerin verilmesini sağlamaktır." şeklinde değiştirilmiştir.

Ayrıca, 5763 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle, 4447 sayılı Yasa'nın 53. maddesinde de; kuruma kayıtlı tüm işsizlere, İşsizlik Sigortası Fonu'ndan aktif istihdam faaliyetleri kapsamında hizmet verilebilmesi, 1.6.2000–31.12.2007 tarihine kadar Fona aktarılan Devlet payı ve nemasının 2008-2012 yılları arasındaki faizinin Güneydoğu Anadolu Projesi için kullanılabilmesi, 18-29 yaşları arası gençlerin ve kadınların istihdamını teşvik amacıyla uygulanan prim indiriminin İşsizlik Sigortası Fonu'ndan karşılanması amacıyla düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla bu değişikliklerle, İşsizlik Sigortası Fonu'nun sigortalılara işsiz kalmaları halinde yapılacak ödeme ve hizmetler yanında daha geniş bir alanda kullanılmasını sağlamak için yasal altyapı oluşturulmuştur.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralla İşsizlik Sigortası Fonu'nun amacı dışında kullanıldığı, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun Fon'un giderlerini belirleyen 53. maddesi hükümleri ile bağdaşmadığı, ayrıca 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 13. maddesinde yer alan *"belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi"* ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle gerek 5018 sayılı Yasa'nın ilke ve hükümlerine gerek 4447 sayılı Yasa'nın hükümlerine ters düşen kuralın "hukuk güvenliği" ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca iptali istenen kuralın, Fon kaynaklarının GAP kapsamındaki yatırımlar yanında, bölgesel ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımların finansmanında kullanılmasının önünü açarak, Fon'dan yararlanma koşullarını hafifleten, Fon'a ulaşma imkânını kolaylaştıran, Fon'un ödeme şartlarını mevcut düzenlemelere göre gerçekçi hâle getiren düzenlemeler yapılmasının önünde en büyük engeli oluşturacağı ve sosyal güvenlik sisteminde yaşandığı şekilde Fon'un gelecekte finans sorunu yaşamasına neden olabileceği, dolayısıyla bu kuralın, "sosyal devlet" ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasa'nın 2. maddesine, sosyal devletin asli görevlerinden olan vatandaşların sosyal güvenlik haklarını sağlama ödevini yerine getirmesine engel oluşturduğu için de Anayasa'nın 60. maddesine aykırı düştüğü; ayrıca 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesinde, her insanın yiyecek, giyecek, konut, tıbbi bakım ve gerekli toplumsal hizmetler de dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlığını ve refahını sağlayacak uzun bir yaşam düzeyine hakkı olduğu, işsizlik, hastalık, sakatlık ya da geçim olanaklarından iradesi dışında yoksun kaldığı diğer hallerde, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu vurgusuyla sosyal güvenlik hakkının temel insan hakları arasında sayıldığı, iptali istenilen kuralın bu yönüyle de Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a- Kural'ın (b) bendi yönünden

15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 19. maddesiyle, 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddesi; 18 Ağustos 2009 günlü, 27323 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11.8.2009 günlü, 5921 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu İle Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilmiştir.

Söz konusu değişiklikle iptal istemine konu olan 5763 sayılı Yasa'nın Geçici 6. maddesinin (a) bendine üç cümle eklenmiş, (b) bendi değiştirilmiş, (c) bendi ve son fıkra ile ilgili bir değişiklik yapılmamıştır.

Maddenin (b) bendi, 5921 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirildiği ve bir bütün olarak yeniden düzenlendiğinden 5763 sayılı Yasa'nın Geçici 6. maddesinin (b) bendine yönelik **konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi** gerekir.

b- Kural'ın (a) ve (c) bendleri ile son fıkrası yönünden

Maddenin (a) bendine 5921 sayılı Yasa ile eklenen cümlelerinin dışında kalan bölümü, bağımsız bir bütün oluşturduğu ve yeni eklenen cümlelerin bu bölümün içeriğine bir etkisinin olmadığı görüldüğünden, bu bendin 5921 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki hali olan ve iptali istenilen *"2008 yılına münhasır olmak üzere, Fonun mevcut nema gelirlerinden 1.300.000.000 YTL'lik kısım Fon tarafından Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir. Kaydedilen bu tutarları, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenekler, 2008 yılı yatırım programı ile ilişkilendirilir."* bölümü ile (c) bendi ve son fıkrası incelemeye esas tutulmuştur.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrasında *"İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve bu Kanunda öngörülen hizmetlerin verilmesini sağlamaktır."* denilmektedir. İşsizlik Sigortası Fonu da, 4447 sayılı Yasa'nın 53. maddesi ile "bu Kanun'un gerektirdiği görev ve hizmetler için mali kaynak sağlamak, piyasa şartlarında kaynakları değerlendirmek, Kanun'un öngördüğü ödemelerde bulunmak" üzere kurulmuştur. Yine aynı maddede sigortalı işsizler ile Kuruma kayıtlı diğer işsizlere; iş bulma, danışmanlık hizmetleri,

mesleki eğitim, işgücü uyum ve toplum yararına çalışma hizmetleri, işgücü piyasası araştırma ve planlama çalışmaları için yapılan harcamalar ve bu Fon'un nema gelirlerinden; 2008-2012 yıllarında, Yüksek Planlama Kurulu kararına göre, Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere aktarılan paralar, İşsizlik Sigortası Fonu'nun giderleri arasında sayılmıştır. Dolayısıyla Yasa'nın geneline bakıldığında, İşsizlik Sigortası Fonu'nun, dava dilekçesinde iddia edildiği üzere yalnızca sigortalılara işsiz kalmaları halinde yapılacak ödeme ve hizmetler için değil; işsizliği önlemek, istihdamı ve verimliliği artırmak böylelikle ekonomik ve sosyal kalkınmayı gerçekleştirmek amacıyla bazı öncelikli yatırım alanlarında da kullanılmasını sağlamak için oluşturulduğu anlaşılmaktadır.

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.

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

Sosyal güvenlik, uluslararası hukuk belgelerinde ve çağdaş anayasalarda temel bir hak niteliğinde görülerek, "ekonomik ve sosyal haklar" bölümü içinde düzenlenmiştir.

Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak, kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza, ölüm ve işsizlik gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır.

İşsizlik sigortası, bir iş ya da iş yerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına karşın tamamen kendi istek ve kusuru dışında işini kaybeden çalışanlara bir yandan yeni bir iş bulunmasına gayret edilirken, diğer yandan da bunların işsiz kalmaları nedeni ile uğradıkları gelir kaybını kısmen de olsa karşılayarak, kendisinin ve ailesinin zor duruma düşmesini önlemek amacı ile belli süre ve ölçüde ödemeyi kapsayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren, Devlet tarafından kurulmuş, zorunlu bir sigorta koludur.

Dava dilekçesinde iptali istenilen kuralın, Fon'dan yararlanma koşullarını hafifleten, Fon'a ulaşma imkânını kolaylaştıran, Fon'un ödeme şartlarını mevcut düzenlemelere göre gerçekçi hâle getiren düzenlemeler yapılmasının önünde en büyük engeli oluşturacağı ve sosyal güvenlik sisteminde yaşandığı şekilde Fon'un gelecekte finans sorunu yaşamasına neden olabileceği iddia edilmektedir. Ancak, bir ülkedeki sosyal güvenlik sisteminin yapısını ekonomik ve sosyal koşulların belirleyeceği bilinen bir gerçektir. Çünkü sosyal güvenlik programlarıyla ekonomik ve sosyal yapı karşılıklı etkileşim içersindedir. Dolayısıyla, işsizlik sigortasının kapsamının ve koşullarının belirlenmesinde de ekonomik ve sosyal durumun etkisi yadsınamaz. Anayasa, kişilere sağlanacak sosyal güvenlik hakkının ölçüleri konusunda ayrıntılı ilkeler koymamıştır. İşsizlik sigortasından yararlanmanın koşullarının yumuşatılmasının veya ağırlaştırılmasının istihdam, işgücü verimliliği, gelir dağılımı, enflasyon, ücretler vs. üzerindeki etkilerini değerlendirmek ve buna göre bu koşulları belirlemek yasa koyucunun takdirindedir.

İptali istenilen kuralın (c) bendinde, yatırımlara aktarılan paranın Fon'a geri ödenmesine ilişkin hüküm yer almıştır. Yani Fon'dan geri dönüşü olmayan, karşılığı bulunmayan bir kaynak aktarımı söz konusu değildir.

Ayrıca, son fıkrada belirtilen Geçici Madde 6'nın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların belirlenmesinin ilgili idarelere bırakılmasında, konunun çerçevesinin yasada saptanmış olması nedeniyle Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Sonuç olarak, ek bir istihdam alanı yaratarak işsizliğin azaltılmasına katkıda bulunmak için ekonomik ve bölgesel kalkınmaya yönelik yatırım projelerinin belirli bir süreyle Fon kaynaklarıyla desteklenmesi amacıyla düzenlendiği anlaşılan kural, Anayasa'nın 2. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fettah OTO bu görüşlere katılmamıştır.

Kural'ın Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

C) 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesiyle 9.1.1985 günlü, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın incelenmesi

Dava dilekçesinde, yurtdışı görevlerin, uluslararası ilişkiler kapsamında yerine getirilecek görevler olması nedeniyle özel bir uzmanlık gerektirdiği, bunun için yurtdışı teşkilatında sürekli bir göreve atanacak memurlar ile diğer kamu görevlilerinin seçimi, atanması, çalışma usul ve esaslarının "Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelik" ile özel olarak düzenlendiği ve bu görevlere atanacakların lisan bilgileri dışında mesleki yeterlilik sınavına tabi tutulmalarının öngörüldüğü, iptali istenen kuralla genel müdür ve eşdeğer görevde bulunanların bu sınavdan muaf tutuldukları, bu durumda yurtdışı işçi hizmetleri kalitesinin düşmesinin yolu açıldığından "kamu yararı" ilkesiyle bağdaşmadığı; ayrıca söz konusu Yönetmeliğin "Mesleki yeterlik sınavı" başlıklı 10. maddesinde "***genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde toplam iki yıl çalışmış olanlar***"ın mesleki yeterlik sınavından muaf tutulduğu, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde bulunanlar ile diğer bakanlıklarda genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanların yurtdışı görevlere atanma konusunda aynı hukuki durumda bulunduklarının açık olduğu, iptali istenen kural ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda genel müdür ve eşdeğer düzeyde ve/veya daha üst görevlerde bulunanların, iki yıl çalışma şartı aranmaksızın yeterlik sınavına tabi tutulmayacaklarının öngörüldüğü, böylece diğer bakanlıklarda aynı görevi yapanlarla bir farklılaştırma oluşturulduğu, dolayısıyla iptali istenilen kuralın ***"genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar yönünden"*** Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava dilekçesindeki iptal isteminin gerekçesi, yurtdışı sürekli göreve atanacak ***genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar*** için "Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelik"te yer alan, bu görevlerde iki yıl çalışmış olma şartının, iptali istenilen kuralda yer almamış olmasıdır. Bir hukuk düzeni içinde genel kurala istisna getiren özel kurallar, özel kural ile öngörülen istisnaya da istisna getiren daha özel kurallar bulunması hukuk düzeninin doğasında vardır. O nedenle bir yasa kuralının başka bir norm ile uyumlu olmaması onun iptal edilmesini gerektiren bir durum değildir. Daha alt düzeydeki bir norm olan yönetmelikle düzenlenmiş bir konuda yasa ile farklı bir hüküm getirilmişse

normlar hiyerarşisinde daha üst düzeyde olan yasa hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Anayasa Mahkemesi yasaların başka yasalara ya da daha alt düzeydeki diğer normlara uyumluluğunu değil, yasaların Anayasa'ya uyumluluğunu denetlemektedir. Bu nedenle bu gerekçeye dayanan Anayasa'ya aykırılık savı geçerli değildir.

Kaldı ki, iptali istenilen kuralı da içeren 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un "YURTDIŞI TEŞKİLATI" başlıklı 29. maddesinin ikinci fıkrasında ***Bakanlık merkez teşkilatında genel müdür ya da daha üst görevlerde bulunanların bu görevlerde en az iki tam yıl çalışmış olmak kaydıyla*** yurtdışı teşkilatında görevlendirilebileceği, yine "Yurtdışında Sürekli Görevlendirilecek Personel Hakkında Yönetmelik"in "ÖZEL ŞARTLAR" başlıklı 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin (3) numaralı alt bendinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nda çalışanlar yönünden **"Bakanlık merkez teşkilatında genel müdür ya da daha üst görevlerde en az iki yıl çalışmış olmak"** şartına sahip olmak gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla dava dilekçesinde ileri sürülen iddianın hukuki dayanağı yoktur. İptal isteminin reddi gerekir.

Ayrıca her kurum ayrı tüzel kişiliğe ve ayrı bir hukuki statüye sahiptir. Dolayısıyla kurumlar yurtdışı görevlendirmede ayrı düzenlemelerle kendi ihtiyacına göre farklı özel şartlar öngörebilir. Her kurumun kendi teşkilat yapısı içerisinde bu sorunu ele almak gerekir. Bu nedenle yurtdışında görevlendirme yönünden farklı bakanlıkların genel müdürleri aynı konumda bulunmadıklarından eşitlik karşılaştırmasına konu edilemez. Bu yönüyle de Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- 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, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, beşinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görürse yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen, 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci tümcesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu tümceye ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 4.2.2010 gününde karar verilmiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN İNCELENMESİ

15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 2. maddesiyle değiştirilen 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci tümcesine ilişkin iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu tümcenin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

B- 1- 19. maddesiyle 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddenin, (a) bendinin "2008 yılına münhasır olmak üzere, Fonun mevcut nema gelirlerinden 1.300.000.000 YTL'lik kısım Fon tarafından Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir. Kaydedilen bu tutarları, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenekler, 2008 yılı yatırım programı ile ilişkilendirilir." bölümü ile (c) bendi ve son fıkrasına yönelik iptal istemleri,

2- 32. maddesiyle 9.1.1985 günlü, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın "Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar" yönünden iptal istemi,

4.2.2010 günlü, E.2008/57, K.2010/26 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve bentlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

C- 19. maddesiyle 4447 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 6. maddenin (b) bendine yönelik iptal istemi hakkında, 4.2.2010 günlü, E.2008/57, K.2010/26 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu bende ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

4.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

15.5.2008 günlü, 5763 sayılı İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 2. maddesiyle değiştirilen 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 19. maddesiyle 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddenin,

1- (b) bendi, 11.8.2009 günlü, 5921 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirildiğinden, bu bende ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

2- (a) bendinin "2008 yılına münhasır olmak üzere, Fonun mevcut nema gelirlerinden 1.300.000.000 YTL'lik kısım Fon tarafından Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir. Kaydedilen bu tutarları, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenekler, 2008 yılı yatırım programı ile ilişkilendirilir." bölümünün,

3- (c) bendi ile son fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fettah OTO'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 32. maddesiyle 9.1.1985 günlü, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın "Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde

bulunanlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 2. maddesiyle değiştirilen 4857 sayılı Yasa'nın 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci tümcesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu tümceye ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4.2.2010 gününde karar verilmiştir.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İptal davasına konu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci cümlesinde, özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekilinden aynı Kanun'un 101. maddesi uyarınca tahsil edilecek cezaların kullanımına ilişkin hususların, Türkiye İş Kurumu'nun koordinatörlüğünde, teker teker sayılan temsilcilerden oluşan bir komisyon tarafından karara bağlanacağı hüküm altına alınmakta, belirtilen temsilciler arasında da davaya konu "Türkiye Sakatlar Konfederasyonu" yer almaktadır. Anayasa'ya aykırılık iddiasının özünü ise, sakatlar ve özürlüleri temsil edecek yegâne üst kuruluşun adı geçen Konfederasyon olmadığı, bu konuda aynı amaca hizmet eden "Engelliler Konfederasyonu"nun da bulunduğu, yasa koyucunun ise bu iki konfederasyondan yalnız birini tercih etmek suretiyle Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesinin ihlâl edilmiş olduğu savı oluşturmaktadır.

2- İptali istenen kuralın, 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 10.6.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ilk halinde de aynen yer aldığı anlaşılmaktadır. Yine aynı tarihte yürürlükte olan 6.10.1983 günlü, 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 88. maddesinin "Sakatlara hizmet amacı ile kurulan derneklerin, Körler Federasyonu, Sağırlar Federasyonu, Ortopedik Özürlüler Federasyonu, Zihinsel Özürlüler Federasyonu olmak üzere dört federasyon teşkil etmeleri ve bu federasyonların birleşerek **Türkiye Sakatlar Konfederasyonunu** oluşturmaları zorunludur." hükmünü taşıdığı, dolayısıyla Türkiye Sakatlar Konfederasyonu'nun belirtilen tarihte alanında yegâne temsilci konumunda olduğu görülmektedir. Ne var ki 23.11.2004 tarih ve 25649 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4.11.2004 günlü, 5253 sayılı yeni Dernekler Kanunu 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nu yürürlükten kaldırıp, örgütlenme özgürlüğünün önündeki kısıtlayıcı hükümlere de son verdiğinden; anılan Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra üç engelli federasyonu tarafından **Türkiye Engelliler Konfederasyonu** kurulmuş, böylelikli özürlü ve sakatların oluşturdukları iki ayrı konfederasyonun varlığı sözkonusu olmuştur. Yasa koyucu 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı Kanun'la, anılan "Komisyon"un teşkilinde bu iki konfederasyondan ilk düzenlemede olduğu gibi Türkiye Sakatlar Konfederasyonu'nu temsilci olarak dikkate almıştır.

3- Özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işverenler veya vekillerinden tahsil edilecek para cezalarının ne şekilde kullanılacağı hususu tamamen yasa koyucunun takdir alanına giren bir husus olup, Anayasal ilkelere bağlı kalmak şartıyla, bu cezaların kamu yararına bir harcama kalemi olarak doğrudan Çalışma Bakanlığı ya da bağlı bir birimince kullanılması mümkün olabileceği gibi, işçi-işveren temsilcilerinin de içinde olacağı bir komisyonun teşkil edilip edilmemesi, bu komisyona kimlerin alınıp alınmayacağı, temsili uygun görülen komisyon üyelerinin bir bölümü için farklı, diğerleri için değişik kriter ve ölçütlerin öngörülmesi de tamamen yasa koyucunun takdirindedir. Diğer bir deyişle, örneklenen hususlar bir Anayasal denetim sorunu olmayıp, yasamanın tasarrufu alanındaki bir tercihin ortaya konulmasından ibaret bulunmaktadır.

4- İptali istenen fıkradaki işçi ve işveren temsilcileri yönünden getirilen "en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşlardan olma" kriterinin, özürlü ve sakatlar konfederasyonları bakımından da getirilmesi gerekmeyip, farklı mahiyetteki sözkonusu üst yapılanmalar için öngörülen kriterler, özürlüler ve sakatlar konfederasyonları yönünden bir eşitlik değerlendirmesine emsal teşkil edemezler. Yasa koyucunun, evvelce yine yasayla teşkil ettirilmiş bulunan bir konfederasyona öncelik tanıması ve tercih hakkını bu yönde kullanmasının Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.

5- Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı bir yönünün bulunmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği kanısına vardığımızdan; kuralın iptaline dair çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Haşim KILIÇ	Sacit ADALI	Serdar ÖZGÜLDÜR

EK GEREKÇE

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5763 sayılı Yasa ile değiştirilen 30. maddesinin yedinci fıkrasının ilk tümcesinde, "Bu maddeye aykırılık hallerinde 101 inci madde uyarınca tahsil edilecek cezalar, özürlülerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, özürlünün iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılır." dava konusu ikinci tümcesinde de "Tahsil edilen cezaların kullanımına ilişkin hususlar, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünün koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Özürlüler İdaresi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile 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." denilmektedir.

İptali istenilen kuralın yürürlüğe girdiği tarihte engellilerle ilgili Türkiye Engelliler ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu olmak üzere iki konfederasyon bulunduğu halde, anılan Kural'la oluşturulan komisyonda bunlardan sadece Türkiye Sakatlar Konfederasyonu'na yer verilmiştir. Oysa her iki Konfederasyonun da aynı amaçla kuruldukları ve aynı hukuki statüye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Komisyon'da bunlardan sadece birine yer verilmesi, bu konfederasyonu diğerine göre imtiyazlı duruma getirmektedir. Başka bir ölçüt öngörülmeksizin Komisyon'da bulunmanın nedeninin, sadece Konfederasyon niteliği taşımaktan kaynaklandığı, iki konfederasyonun da aynı hukuksal statüde oldukları halde farklı kurallara bağlı tutuldukları, bu durumun ise Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle çoğunluk görüşüne ek gerekçeyle katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Fettah OTO

KARŞI OY

5763 sayılı Yasa ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na Eklenen Geçici madde 6-a fıkrasında yer alan; "2008 yılına münhasır olmak üzere, Fonun mevcut nema gelirlerinden 1.300.000.000 YTL'lik kısım fon tarafından Hazine İç Ödemeler Muhasebe Birimi hesaplarına aktarılır ve genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilir. Kaydedilen bu tutarları, Yüksek Planlama Kurulu kararına istinaden Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla münhasıran ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödenekler, 2008 yılı yatırım programı ile ilişkilendirilir." maddesi ile aynı maddenin c fıkrası hükmü iptal isteminin konusudur. Her ne kadar iptali istenilen 6-a fıkrasında 5121 sayılı Yasa ile değişiklik yapılarak bu maddeye üç cümle eklenmiş ve (b) bendi değiştirilmiş ise de, eklenen cümlelerin dışında kalan kısım, bağımsız bir bütün oluşturduğundan ve bu cümlelerin bölümün içeriğine bir etkisinin olmadığı görüldüğünden, bu kısma ilişkin iptal isteminin esasının incelenmesi gerekmektedir.

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrasında işsizlik sigortasının amacı, "İşsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve sigortalılara işsiz kalmaları halinde, bu Kanunda öngörülen ödeme ve hizmetlerin yerine getirilmesini sağlamaktır." şeklinde açıklanmış; ancak bu madde 5763 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle "İşsizlik sigortasının amacı; işsizlik sigortasına ilişkin kuralları ve uygulama esaslarını düzenlemek ve bu Kanunda öngörülen hizmetlerin verilmesini sağlamaktır." şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklikle İşsizlik sigortası fonunun geniş bir alanda kullanımını sağlamak üzere yasal altyapı oluşturulmuştur. Yukarıda anılan 46. maddede açıklandığı gibi işsizlik sigortasının temel amacı, bir iş ya da işyerinde çalışırken kendi iradesi dışında işini kaybeden çalışanlara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını kısmen de olsa karşılayarak kendisinin ve ailesinin zor duruma düşmesini önlemek için işsizlik ödeneği adı altında belirli bir süre ödeme yapılmasıdır.

İptali istenen kuralda, işsizlik sigortası Fonu'nun mevcut nema gelirlerinin genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedileceği, kaydedilen bu tutarların, Yüksek Planlama Kurulu'nun kararına istinaden Güneydoğu Anadolu Projesi kapsamındaki yatırımlara öncelik vermek kaydıyla ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik yatırımlarda kullanılmak üzere ilgili idare bütçelerine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı'nın yetkili olduğu belirtilmektedir. Görüldüğü gibi burada İşsizlik Sigortası Fonu'nun nema gelirlerinin hangi somut yatırımlarda kullanılacağı yer almamaktadır. "Ekonomik kalkınma ve sosyal gelişmeye yönelik

yatırımlara kullanılmak üzere" denilmek suretiyle ucu açık geniş bir alanda Fonun nema gelirlerinin kullanılacağı öngörülmektedir.

İşsizlik Sigortası Fonu'na işçiler ücretlerinde yapılan kesintilerle katkıda bulunmaktadır. Fonun dörtte biri işçi ücretlerinden kesilen paradan oluşmaktadır. Yürütme organına, Fonun kaynaklarının ucu açık, belirsiz bir alanda kullanılmasında yetki tanınmasının İşsizlik Sigortasını Fonu'nun işleyişine olumsuz etki yapacağı açıktır. Nitekim geçici 6. maddenin 5921 sayılı Yasa ile (b) fıkrasında değişiklikler yapılarak Fonun nema gelirlerinin 2010 yılında dörtte üçü, 2011 ve 2012 yıllarında da dörtte birinin genel bütçelerinin (B) işaretli cetvelinde bütçe gelir tahmini olarak yer alacağı öngörülmektedir. Bu durum işçilerin ücretlerinden yapılan kesintilerle katkıda bulundukları Fon kaynaklarının, yürütme organının elinde İşsizlik Sigortası Fonu'nun amacı dışında nasıl tüketileceğini açık şekilde göstermektedir. Geçmişte de çalışanlara yarar sağlamak amacıyla kurulan birçok Fon kaynağının yürütme organına tanınan harcama yetkisiyle nasıl yok edildiği bilinmektedir.

5763 sayılı Yasa ile 4447 sayılı işsizlik sigortası Kanununa eklenen geçici madde 6-c fıkrasına gelince; bu madde işsizlik sigortası fonundan yatırımlara aktarılan paranın geri ödenmesini düzenlemektedir. Aktarılan bu paranın geri ödenmesi için önce yatırımlardan gelir elde edilecek, sonra bu gelirlerin Yüksek Planlama Kurlunca belirlenecek oranı fona aktarılacaktır. Kaynakların geri ödenmesinde miktar, oran ve zaman belirsizdir. Üstelik fona aktarılan paranın miktarı da 2010, 2011, 2012 yıllarında artan oranda sürmektedir. Bu durumda ya maddenin uygulanması işlevsiz kalacaktır, daha açık bir anlatımla madde uygulanamayacaktır, ya da aktarılan kaynakların geriye ödenmesi sembolik düzeyde olacaktır.

Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini ve bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikler belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesine, sosyal hukuk devletinin somut gereklerinden biri olan sosyal güvenlik hakkının yer aldığı, Anayasa'nın 60. maddesine aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle 5763 sayılı Yasa ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na Eklenen Geçici madde 6-a ve c fıkralarının iptali gerekeceği düşüncesiyle çoğunluk kararına karşıyım.

Üye
Fettah OTO

Esas Sayısı : 2006/23

Karar Sayısı: 2010/27

Karar Günü : 4.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Malatya Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan ***"… vergi mahkemelerinde otuz gündür."*** ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Katma değer vergisi salınmasına ve özel usulsüzlük ile vergi zıyaı cezaları kesilmesine ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizde görülmekte olan bu davada uygulanacak kural olan idari yargı yerlerinde dava açma süresini düzenleyen kurallar arasında yer alan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7/1. maddesindeki "vergi mahkemelerinde otuz gündür" şeklindeki hükmün Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2, 5, 10, 36 ve 25. maddelerine aykırılığı yolunda kanaat oluştuğundan Anayasanın 152. maddesi uyarınca itiraz yoluyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekmiştir.

I- İTİRAZA KONU DÜZENLEME ANAYASANIN 2. MADDESİNE AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTEDİR:

Anayasanın 2. maddesi "Türkiye Cumhuriyeti, toplumunun 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..." hükmünü amirdir.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında 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 Anayasanın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğunun bilincinde olan devlet olarak tanımlanmıştır.

İtiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Şöyle ki; hukuk devletinin unsurları arasında sayılan eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetiminin en etkin yolu yargı denetimidir. Devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun yargı yoluyla denetimi önündeki en büyük engellerden biri ise aşırı kısıtlanmış dava açma süresidir.

İdari yargı düzeninde yargılama usullerini düzenleyen 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda dava açma süresi kamu düzeninden sayılmış, süre denetimine ilk inceleme konuları arasında yer verilerek, davanın taraflarının iddia ve kabullerine bakılmaksızın resen incelenmesi zorunlu kılınmıştır.

İdarenin yüklendiği kamu görevlerini yerine getirebilmesi için karar alıp uygulaması, işlem yapması, eylemde bulunması ve sahip olduğu kamu gücünü kullanabilmesiyle işlevini sürdürmektedir. İdari işlem etkilerinin sürdürülebilmesi ve bozulup ortadan kaldırılması tehdidinden uzak tutulması olarak tanımlanan idari istikrar ilkesinin gereği olarak yönetilenlere idarenin güvenirliliği ve sürekliliği kanısının verilmesi, idarenin kararlarının geçerliliğini koruduğu ve sık sık bozulup ortadan kaldırılamayacağı güveninin uyandırılması gerekmekte ve bunun sağlanabilmesi için iptal davası açabilme hakkının yasalarla belirli sürelerle sınırlandırılmasına olanak bulunmaktaysa da bu sürenin idari dava açma yoluyla hak arama özgürlüğünü ortadan kaldıracak şekilde makul olmayan ölçülerde kısıtlanması hukuk devletinden uzaklaşmayı beraberinde getirir.

II- İTİRAZA KONU DÜZENLEME ANAYASANIN 5. MADDESİNE AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTEDİR:

Anayasa'nın 5. maddesi "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini,

Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak suretle sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktadır." hükmünü amirdir.

Anayasayla Devlete kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engellerin kaldırılması yolunda görevler verilmiştir.

Kişinin hakkında tesis edilen idari işlemlere karşı dava hakkını sınırlayan dava açma süresinin makul olmayan sürelerle sınırlanmış olması kişinin genelde temel hak ve hürriyetlerinde özelde hak arama özgürlüğünde hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak anlamda bir hukuksal sınırlama olup, hiç şüphesiz bu sınırlamanın kaldırılması veya makul bir düzeye getirilmesi devletin Anayasasının 5. maddesi ile getirilen görevlerindendir.

İdari yargıda dava açılması belirli bir hazırlık sürecini gerektirmektedir. 2577 sayılı Kanunda dava dilekçesinde bulunması gerekli hususlar belirlenmiş hatta bazı zaman idarenin elinde bulunan ve vatandaşça edinilmesi zaman ve emek harcanmasını gerektiren bilgi ve belgelerin dava dilekçesine eklenmesi zorunlu kılınmıştır. Diğer taraftan özellikle vergi davalarının çoğu zaman teknik konuları içermesi nedeniyle bir hazırlık safhasını ve konuda uzmanların (serbest muhasebeci, mali müşavir veya yeminli mali müşavir gibi) yardımını gerektirmektedir. Uygulamada dava açma süresini geçirmemek için acelece açılan davalarda birtakım yanlışlıklar yapıldığı, dilekçe eklerinin eksik konulduğu, bu eksik ve yanlışlıkların çoğu zaman dilekçenin reddi kararlarına sebebiyet verdiği, bunun ise Anayasanın 141. maddesinde vücud bulan "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." hükmüne aykırılık teşkil edecek şekilde davaların uzamasına ve yargılama masraflarının artmasına neden olduğu, hatta yapılan bu hata ve yanlışlıkların davanın konusunun ve dava gerekçelerinin tam olarak ortaya konulamaması nedeniyle kararlardaki hukuki isabet derecelerini etkilediği görülmektedir.

Her ne kadar, Anayasada bu hakların kullanılmasını engellemeyecek makul sürenin ne olduğu belirtilmemekteyse de, ülkenin içinde bulunduğu durum, idarenin yapısı ve işleyişi ve gerek Anayasa Mahkemesine gerekse diğer idari yargı mercilerine başvuruda tanınan süreler dikkate alınarak

makul süre ölçütünün yasaların Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli ve yetkili Anayasa Mahkemesince konulabileceği açıktır.

III- İTİRAZA KONU DÜZENLEME ANAYASANIN 10. MADDESİNE AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTEDİR:

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

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla 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." hükmünü amirdir.

2577 sayılı Kanunun 2. maddesinde idari dava türleri iptal ve tam yargı davaları olarak gösterilmiştir. Her ne kadar doktrinde vergi davaları iptal ve tam yargı davaları arasında kendine özgü bir tür olarak gösterilse de pozitif hukuk açısından iptal davası niteliğine uygun olarak sınıflandırılabilecek dava türüdür.

2577 sayılı Kanunun 7/1. maddesinde, aynı yargı düzeninde yer alan, gördükleri davaların nitelikleri itibariyle (iptal ve tam yargı davaları) aynı dava türlerine bakan Danıştay, idare ve vergi mahkemeleri arasında dava açma süresi açısından vergi mahkemesinde idari dava açanlar açısından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacak şekilde sınırlayıcı bir düzenleme getirilmektedir.

IV- İTİRAZA KONU DÜZENLEME ANAYASANIN 36. MADDESİNE AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTEDİR:

Anayasanın 36. maddesi "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılama hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." hükmünü amirdir.

Anayasanın bu maddesiyle herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak davacı veya davalı olarak yargı mercileri önüne gelebilmesine, iddia ve savunmalarını yazılı veya sözlü olarak yargı mercileri önünde dile

getirebilmesine olanak sağlanmış ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

Yargılama ve bu yargılamayı yapan mahkemeler ne kadar adil ve bağımsız olurlarsa olsunlar adil yargılama ve yargılanmadan bahsedebilmek için öncelikle kişinin meşru vasıta ve yolları kullanarak yargı mercileri önüne gelebilmesi gerekmektedir. Kişinin yargı mercileri önüne gelebilmesini engelleyen unsurlardan olan dava açma süresinin makul olmayan kısıtlamalara tabi tutulması adil yargılanma hakkının kullanılmasını engelleyecektir. Daha önce de değinildiği gibi vergi mahkemelerinde dava açılmasının İdari Yargılama Usulü Kanunu ile belirli usul ve kurallara bağlanması ve kişinin iddiasına ve savunmasına ilişkin hususları yargı mercileri önüne getirebilmesi için gerekli hazırlığı yapılabilmesi, gerek hukuki yardımdan gerekse teknik yardımdan yararlanabilmesi için zamana ihtiyacı olduğu ve bu zamanın makul bir süre olması gerektiği kuşkusuzdur.

V- İTİRAZA KONU DÜZENLEME ANAYASANIN 125. MADDESİNE AYKIRILIK TEŞKİL ETMEKTEDİR

Anayasanın 125. maddesi "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmünü amirdir.

Hak arama özgürlüğünün idari yargı açısından en önemli dayanağını hukuk devleti anlayışının zorunlu bir unsuru olarak "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" ilkesi oluşturmaktadır. Bu ilke idarenin hukuka uygunluğunun en etkin denetim biçiminin ancak yargısal denetim ile sağlanabileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

Anayasa ile yargısal denetim unsuruna çeşitli sınırlamalar getirilmekteyse de yargı denetiminin gerçekten etkili ve verimli olabilmesi için, yürütme organının bütün işlemlerini kapsaması ve yargı yolunun açıklığının görünüşte değil gerçekte açık olması gerekmektedir.

Yasayla vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına karşı açılan davalara bakmakla özel görevli ve yetkili vergi mahkemeleri kurulmuşsa da, görev ayrımının çoğu zaman yeterli hukuk bilgisine sahip olmayan vatandaşlarca tam olarak bilinememesi hatta yargı yerlerince dahi (örneğin toplu konut fonundan dolayı ortaya çıkan uyuşmazlığı çözümleyecek idari yargı yerinin idare mahkemesi mi? yoksa vergi mahkemesi mi? olması gerektiğine ilişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 22.05.2003 tarih ve E:2003/l, K:2003/l sayılı kararında olduğu gibi) kolayca ortaya konulmasının zor olması ve vatandaşlar arasında idari yargı yerleri olarak ismi nedeniyle idare mahkemelerinin

tanınması ve bilinmesi nedeniyle vergi mahkemelerinde açılması gerekli olan davalar dava açma süresinin altmış gün olduğu zannedilerek idare mahkemelerinde açılmakta bu halde idare mahkemelerinden görev ret kararı ile gelen davalarda vergi mahkemelerinde otuz günlük dava açma süresi geçirildiğinden bahisle süre ret kararları verilmesine (örneğin benzer bir olayda vergi mahkemesinde açılması gerekirken idare mahkemesinde açılan davada Ordu İdare Mahkemesinin görev ret kararı ile Ordu Vergi Mahkemesine gelen davada bu Mahkemenin 12.06.2000 tarih ve E:2000/165, K:2000/133 sayılı kararıyla davanın süreden reddine karar verilmiş ve bu karar Danıştay 7. Dairesinin 14.11.2002 gün ve E:2000/3122, K:2002/3578 sayılı kararıyla onanarak kesinleşmiştir.) sebebiyet vermekte bu ise telafi edilmesi mümkün olmayan hak kayıplarına yol açmakta, yargı yolu açıklığı ilkesi önünde engel oluşturmaktadır.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ:

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

…

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

Anayasanın 153. maddesi ise "Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

…

Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar…

…

İptal kararları geriye yürümez.

…"

hükmünü amirdir.

Anayasanın bu hükümlerine göre mahkemeler itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurduklarında davanın görüm ve çözümünü Anayasa Mahkemesinin gerekçeli kararının Resmi Gazetede yayımlanmasına kadar bekletmekte, ancak bu bekleme süresi her halükârda beş ayı geçememektedir.

Ancak, Anayasa Mahkemesinin iş yoğunluğu nedeniyle başvurular beş ay içerisinde sonuçlandırılamamakta hatta çeşitli davalarda 4 - 5 yıla kadar uzayabilmektedir. Bu da (idari yargıda süre ret kararlarının ilk inceleme konuları arasında yer alması nedeniyle kısa süre içerisinde karar verildiği ve gerek itiraz merci bölge idare mahkemelerinde gerekse temyiz mercî Danıştayda kısa süre içerisinde karar verilerek kesinleştiği dikkate alındığında) gerek üzerinden Anayasa Mahkemesine başvurulan davanın gerekse benzer durumdaki davaların belki de Anayasaya aykırı olan mevcut yasal düzenlemeye göre çözümlenmesine sebebiyet vermektedir ki, bu hukuk devletine yakışan bir olgu değildir.

Bu nedenlerle, itiraza konu yasal düzenlemenin Anayasaya aykırılığı ve gerek görülmekte olan davası üzerinden Anayasa Mahkemesine başvurulan davacıyı gerekçe benzer durumda olan diğer kişileri telafisi güç veya imkansız zararlara uğratacağı yolunda ciddi kanaat oluştuğundan itirazda yürürlüğün durdurulması isteminde bulunulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarı da açıklanan nedenlerle, Mahkememizde görülmekte olan davada uygulanacak kural olan idari yargı yerlerinde dava açma süresini düzenleyen kurallar arasında yer alan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 7/1. maddesindeki "vergi mahkemelerinde otuz gündür" şeklindeki hükmün 2709 Sayılı Kanun Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2, 5, 10, 36 ve 125. maddelerine aykırılığından bahisle Anayasanın 152. maddesi uyarınca itiraz yoluyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu davanın görüm ve çözümünün Anayasa Mahkemesinin başvuru hakkındaki kararına kadar bekletilmesine, bekleme süresinin her halükarda başvuru kararının Anayasa Mahkemesi kayıtlarına girdiği tarihten itibaren beş ayı geçmemesine 27.12.2005 tarihinde oybirliği ile 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 7. maddesi şöyledir:

"1. Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve **vergi mahkemelerinde otuz gündür**.

2. Bu süreler;

a) İdari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirimin yapıldığı,

b) Vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından doğan uyuşmazlıklarda: Tahakkuku tahsile bağlı olan vergilerde tahsilatın; tebliğ yapılan hallerde veya tebliğ yerine geçen işlemlerde tebliğin; tevkif yoluyla alınan vergilerde istihkak sahiplerine ödemenin; tescile bağlı vergilerde tescilin yapıldığı ve idarenin dava açması gereken konularda ise ilgili merci veya komisyon kararının idareye geldiği;

Tarihi izleyen günden başlar.

3. Adresleri belli olmayanlara özel kanunlarındaki hükümlere göre ilan yoluyla bildirim yapılan hallerde, özel kanununda aksine bir hüküm bulunmadıkça süre, son ilan tarihini izleyen günden itibaren onbeş gün sonra işlemeye başlar.

4. İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 125. maddelerine dayanılmış, 142. 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 22.2.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

06.01.1982 günlü, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 7. Maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"… vergi mahkemelerinde otuz gündür."* ibaresinin, yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE 22.2.2006 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- 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:

Başvuru kararında, her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan idarenin etkin bir şekilde denetlenebilmesi ve hak arama özgürlüğünün kullanılamayacak hale getirilmemesi bakımından, kişilerin haklarında tesis edilen idari işlemlere karşı açacakları davalara ilişkin sürelerin ölçüsüz bir biçimde sınırlanmaması gerektiği, esasen dava açma süresinin makul bir şekilde sınırlanmasını sağlamanın Devletin görevlerinden olduğu, ayrıca vergi davalarının nitelik itibarıyla çoğu zaman teknik konulara ilişkin olması nedeniyle, bu tür davaların açılmasının uzman kişilerin görüşünün alınmasını, idareden birtakım bilgi ve belge temin edilmesini gerektirebileceği, bunun da vergi davaları için öngörülen sürenin çok kısa olmaması sonucunu doğuracağı, ayrıca pozitif hukuk açısından iptal davası niteliğindeki vergi davaları ile Danıştay ve idare mahkemelerinde açılacak iptal davaları arasında ve aynı yargı düzeni içinde yer alan vergi mahkemeleri ile Danıştay ve idare mahkemeleri arasında dava açabilmek bakımından farklı sürelerin öngörülmesinin eşitlik ilkesine de uygun düşmeyeceği, bu nedenle de Danıştay ve idare mahkemeleri için 60 gün olarak öngörülen dava açma süresinin, vergi mahkemelerinde açılacak davalar için 30 gün olarak öngörülmesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 125. 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 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, itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Başvuran Mahkeme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun *"Dava Açma Süresi"* başlıklı 7. maddesinin *"Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür."* hükmünü içeren (1) numaralı fıkrasında yer alan ***"vergi mahkemelerinde otuz gündür."*** ibaresinin iptalini istemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti; temel hak ve özgürlüklere dayanan, bu hakların 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. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır. Ayrıca, yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi de hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen, Anayasa'nın 5. maddesinde, devlete, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddî ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamak görevi verilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı

hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa'nın 125. maddesinde ise, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilip, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı öngörülmüştür.

Anayasa'da, idari işlemlere karşı (vergi mahkemelerinde) açılacak davaların hangi sürede açılacağına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme yer almamış, 142. maddede "mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin" yasa ile düzenleneceği belirtilerek konu yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle, diğer davalarda olduğu gibi, vergi mahkemelerinde açılacak davalarda da dava açma süresini belirleme yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda, idari yargının temel özellikleri doğrultusunda, dava dilekçelerde yer alacak konular belirlenmiş, dava açma süresi kamu düzeninden görülerek kesin kurallara bağlanmış, tebligat 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, davanın açılışı ve istemlerin sergilenişi konusundaki özelliklerini yansıtan bu kuralların, idarenin sürekli dava tehdidi altında kalmaması, uyuşmazlıkların mümkün olan süratle sonuçlandırılması, idarenin faaliyetlerindeki etkililiğin ve istikrarın sürmesi, davalar nedeniyle

yönetimlerce savunmalar hazırlanması ve gerekli idari önlemlerin alınması gibi neden ve olgulara dayandığı anlaşılmaktadır.

Doktrinde ve yargı kararlarında, idari işlemlerin belirli bir süre sınırlaması olmaksızın, süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava konusu edilebilme olasılığının bulunmasının, kamu hizmetlerinin işleyişini aksatacağı ve idarede bulunması gereken istikrarı bozacağı ifade edilerek, idari dava açma sürelerinin, kamu hizmetlerinin özellikleri ile ülkelerin sahip oldukları teknolojik yapıları gibi özel koşullara bağlı olarak belirlenebileceği kabul edilmektedir.

2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinde, ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın karara bağlayacağı idari davalar sayılmış, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinde de idare mahkemelerinin genel görevli idari yargı yeri olduklarına işaret edilmiştir. Aynı Kanun'un 6. maddesinde ise, vergi mahkemelerinin, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaları ve burada belirtilen konularda 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanmasına ilişkin davaları ve diğer kanunlarla verilen işleri çözümleyeceği belirtilmiştir.

Yasakoyucu tarafından, Danıştay ve idare mahkemelerinin görevine giren konuların özellik ve nitelikleri ile vergi mahkemelerinin görevine giren konuların özellik ve niteliklerindeki farklılıklar ve kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için vergilendirme işlemlerindeki kamu yararı gözetilerek, özel kanunlarında öngörülen süreler saklı olmak üzere, dava açma süresinin vergi mahkemelerinde 30 gün olarak öngörülmesi, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36., 125. ve 142. maddelerine aykırı görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir.

Şevket APALAK ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

VII- SONUÇ

6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "... vergi mahkemelerinde otuz gündür." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Şevket APALAK ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 4.2.2010 gününde karar verildi.

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

AZLIK OYU

Anayasa'nın 155. maddesinde Danıştay'ın idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğu, kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağı belirtilmiştir. İdari mahkemeler, 2576 sayılı Yasa ile kurulan Bölge İdare ve onun yargı çevresinde oluşturulan idare ve vergi mahkemeleridir. Bu mahkemelerin hakimleri idari yargı yargıçları olarak anılan mahkemelerde ayrım yapılmaksızın görev yürütebilmektedir.

Aynı yargılama yöntemi uygulayan idari mahkemelerde, ilk inceleme veya görevli olmayan yerlere başvurma sonucu davanın yenilenmesi, dava açmadan önce üst makamlara başvurulduğunda beklenecek süre, yürütmenin durdurulması kararlarına itiraz, dosyanın oluşumuyla ilgili tebligat ve cevap verme süreleri, kanun yollarının nedenleri, yerleri ve süreleri gibi konular yönünden ortak kurallar geçerlidir. Ayrıca idare ve vergi mahkemeleri arasında görev ve yetki yönünden yapılan incelemeler sonucu dava dosyalarının birbirlerine gönderilmesi de yasal hususlardandır.

Hukuksal bu olgulardan, idari mahkemelerin yapısal ve işlevsel bir bütünlük oluşturdukları anlaşılmaktadır. Bu bütünlüğün diğer bir göstergesi de, 2577 sayılı Yasa'nın mahkemeler için aynı tür davaları öngörmüş olmasıdır.

İdari davalarda genellikle idari işlemler konu olmaktadır. Vergi mahkemelerinde görülen vergi işlemlerinin diğer idari işlemlerden ayrı nitelenmesine ve hak aramayla yakından ilgili bir konuda özel bir konum almasına idare hukuku açısından yeterli neden bulunmamaktadır. Çünkü idari faaliyet ve idari gücün etkinliği her iki işlemde de öncelikli koşuldur.

İdari faaliyetin ayrı konuları düzenlemesi, ayrı sebep ve konular içermesi, koşul veya öznel işlem olarak tanımlanması, yargılama aşamasının tüm evrelerinde aynı yönteme bağlanmışken süre konusunda bütünlükten kısmi kopmaya gerekçe olamayacaktır.

Bu kapsam içinde idari işlemlerle ilgili öncelikli kabullerden olan yasallık ilkesi, her idari işlemin geçerliliğini aynı derecede korurken, sürekli dava baskısı altında kalmamaları için idari davaların süreyle sınırlandırılmasını gerektirmiştir. Bunun sonucu olarak 2577 sayılı Yasa 7. maddesiyle temel kural koyarak "özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde" dava süresinin Danıştay'da ve idare mahkemelerinde altmış, vergi mahkemelerinde ise otuz gün olduğunu öngörmüştür. Görüldüğü gibi 2577 sayılı yasa idare ve vergi mahkemelerinin görev alanını gözetmeden Danıştay'da görülecek davalar için süreyi altmış gün olarak öngörmüştür. Bu durumda vergileme işlemleriyle doğrudan ilgili olmasa da vergi hukukunun konusunu oluşturacak kimi işlemler Danıştay'da altmış gün içinde dava konusu edilebilecektir. Dahası, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi doğrultusunda birden çok vergi mahkemesinin yetki alanına giren işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların görüleceği davalarda Danıştay'a ilişkin dava açma süresine bağlı kalınacak ve vergi yargısına yönelik sürede belirsizlik yaşanacaktır. Böylece, olası sakıncaları ve ivedilik öncelikleri yönünden vergi işlemleri gibi sonuç doğuracak veya etkileri daha kapsamlı olabilecek olan idare mahkemelerinin veya Danıştay'ın görev alanına giren idari işlemlerle ilgili dava süresine yönelik yaklaşımın vergi mahkemelerinde etkili olmamasındaki tercihin nedenlerinin kaçınılmaz varlığından sözetmek güçleşecektir. Ayrıca dava süresi dışında ivediliğin gerektirdiği konularda başka tercihlerin usul yasasında karşılık bulmadığı da bir gerçektir.

Öte yandan, dava süresiyle ilgili kuralın öncelikle vurguladığı bir ölçüt yukarda da değinildiği gibi "özel yasa" vurgusudur. İdari işlemle ilgili yasa zorunluluk ve gerek gördüğünde temel yasadan ayrılarak özel bir süre öngörebilecektir. Özel süre, özel yasanın konusu olmalıdır. Her iki mahkeme içinde temel oluşturan usul yasasının bu vurgudan sonra süre ayrıştırması, maddenin öncelikli yaklaşımın doğal sonucu olmamaktadır.

Dava açma sürelerinin oluşturduğu bu ortamda ve idari yargının bütünlüğü içinde, idari işlemlerden yakınanlar yönünden mahkeme farklılığının davacı olma konumundaki benzerliği değiştirmediği açıktır. Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında adil yargılama hakkını kullanan ve aynı usul yasasının yargılama akışı karşısında aynı yargı sisteminde yer alan tüm davacılar, kuşku yok ki aynı konumdadır.

Bu durumda, vergi işlemleriyle ilgili başka işlemlere karşı idare mahkemeleri ve Danıştay'ın görevine girebilecek uyuşmazlıkların varlığı yanında, vergi ve idare mahkemeleri arasında görev ve yetki kuralları gereği dosya akışı nedeniyle idare mahkemesindeki bir dosyanın süre sorununun yaşanabileceği vergi mahkemesine aktarılabilme olasılığı da gözetildiğinde, idari işlemler yönünden aynı yargı sistemi içinde adil yargılama hakkı arayan davacıların farklı dava açma sürelerine bağlı tutulmasının, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır. Ayrıca, belirlenen sonuca neden olan kuralın, özel yasalara yapılan vurguya karşın Danıştay ve İdare mahkemelerine yönelik farklı süre öngörmesiyle uygulamada oluşacak duraksama ve çelişkiler nedeniyle doğacak belirsizliklerle Anayasa'nın 2. maddesine ve adil yargılama hakkının kaybı olasılığından ötürü 36. maddesine aykırılık oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraza konu ibarenin iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyız.

Üye	Üye
Şevket APALAK	Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2007/83

Karar Sayısı: 2010/28

Karar Günü : 4.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kayseri 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.1.2006 günlü, 5450 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Bağlı Okulların Millî Eğitim Bakanlığına Devredilmesi ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü tümcesinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sağlık Bakanlığı'na bağlı Kayseri Sağlık Meslek Lisesi'nde müdür yardımcısı olarak görev yapmakta olan davacının, aynı okula 5450 sayılı Kanun uyarınca sağlık meslek dersleri öğretmeni olarak atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Dava; … isimli davacının, Sağlık Bakanlığı'na bağlı Kayseri Sağlık Meslek Lisesi'nde Müdür Yardımcısı olarak görev yapmakta iken, 5450 sayılı Yasa uyarınca aynı okula (bulunduğu eğitim kurumu müdür yardımcılığı görevini vekaleten yürütmek üzere) Sağlık Meslek Dersleri Öğretmeni olarak atanmasına ilişkin 08.03.2006 tarih ve 24089 sayılı işlemin iptali istemiyle Milli Eğitim Bakanlığı'na karşı açılmıştır.

Davacı tarafından; sözü edilen atama işlemi nedeniyle her yönüyle zarara uğradığı, bu anlamda maddi haklarında azalmaya sebep olunduğu ve statü kaybının ortaya çıktığı, işlemle memuriyet sınıfının da değiştiği ve genel idare hizmetleri sınıfından eğitim öğretim hizmetleri sınıfına geçirildiği, Sağlık Bakanlığı bünyesinde önceki görevine eş değer bir kadroya (hastane müdürlüğü, müdür yardımcılığı, şube müdürlüğü vs.)

atanması mümkün olmasına rağmen isteği ve rızası dışında dava konusu işlemin tesis edildiği, öte yandan yeni görevine asaleten atanmasını olanaksız kılan bir yasal düzenlemenin de bulunmadığı, 1997 yılından beri sürdürdüğü idarecilik görevinde edindiği tecrübe ve birikimin bir anda yok sayıldığı, atamanın hukuk devletine ve kazanılmış hakların korunması ilkesine aykırılık teşkil ettiği, bu yönüyle işlemin dayanağı olarak gösterilen 5450 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali için Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Davalı Sağlık Bakanlığınca; davacının Kayseri Sağlık Meslek Lisesi'ne öğretmen olarak atanmasının 5450 sayılı Yasa'nın 5 inci maddesi hükmünden kaynaklanan zorunluluk nedeniyle gerçekleştirildiği, sözü edilen Yasa'nın ilgililerin özlük ve diğer haklarını koruyucu mahiyette düzenlemeler getirdiği, işlemin hukuka uygun olduğu ve davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

2709 Kanun numaralı 1982 Anayasası'nın 152 nci maddesinde; "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

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

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

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz." hükümlerine yer verilmiş, belirtilen hükümlere paralel düzenlemeler 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 28 inci maddesinde yer almış bulunmaktadır.

Öte yandan, Anayasa'mızın 2 nci maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin, 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 hükme bağlanmıştır.

Hukuk devleti, en kısa ve öz tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarının hukuksal güvenliğini sağlayan devlet demektir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da hukuk devleti benzer bir şekilde "yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması" biçiminde tanımlanmaktadır. Bu haliyle, Anayasamızda yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın temel ilkelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

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, 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 yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Hukuk devleti; yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan, adaletli bir hukuk sistemine dayanan devlet düzeninin adıdır. Hukuka güvenin, kamu düzeninin ve istikrarın korunması da kazanılmış hakların korunması ilkesine bağlılık ile mümkündür.

Kazanılmış haklar, hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurdur. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan uygulamalar Anayasa'nın 2 nci maddesinde açıklanan "Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir." hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Öte yandan; Anayasa Mahkemesi'nin 03.04.2001 tarih ve E. 1999/50, K.2001/67 sayılı kararında "kazanılmış hak"; kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Öte yandan Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 14.06.1989 tarih ve E. 1989/1-2, K. 1989/2 sayılı kararında ise; gerek öğretide, gerekse uygulamada, kişilerin hukuki statülerini belirlemiş ve buna dayalı olarak da yeni hukuki durumların ve hakların elde edilmesine neden olmuş, bir başka deyişle

hukuki sonuçlarını yerine getirmiş olan durumların, artık geriye dönülmez, vazgeçilmez haklar olduğu, yani kazanılmış hak teşkil ettiği belirtilmiştir.

Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen 5450 sayılı Kamu Kurum Ve Kuruluşlarına Bağlı Okulların Millî Eğitim Bakanlığına Devredilmesi İle Bazı Kanunlarda Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında ise; "Devredilen okullar, eğitim merkezleri ve kurslar ile döner sermaye işletmelerinde ekli (1) sayılı listelerde yer alan kadrolar, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin ilgili bölümünden çıkarılarak iptal edilmiştir. Bu Kanuna ekli (2) sayılı listelerde yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Millî Eğitim Bakanlığına ait bölümüne eklenmiştir. Okulların, eğitim merkezlerinin ve kursların okul müdürü, okul müdür yardımcısı, müdür, müdür yardımcısı, Turizm Eğitim Merkezi Müdürü, Turizm Aşçılık Eğitim Merkezi Müdürü, Tapu ve Kadastro Meslek Lisesi Müdürü, Meteoroloji Teknik Lise Müdürü, Meteoroloji Teknik Lise Müdür Yardımcısı unvanlı kadrolarında bulunanların görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer; bunlar, (2) sayılı liste ile ihdas edilen öğretmen unvanlı kadrolara (Turizm Eğitim Merkezleri Müdürleri, Turizm Aşçılık Eğitim Merkezleri Müdürleri, Tesis Müdürü unvanlı kadrolara), kadro ve görev unvanları değişmeyenler ise bu liste ile ihdas edilen aynı unvanlı kadrolara atanmış sayılırlar." hükmüne yer verilmiştir.

Değinilen Yasa hükmünün üçüncü cümlesi ile kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı iken Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilen okullarda, eğitim merkezlerinde ve kurslarda okul müdürü, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcısı kadrolarında görev yapmakta olanların bu görevlerinin 5450 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 03.02.2006 tarihi itibariyle sona ereceği, bunların (2) sayılı liste ile ihdas edilen öğretmen unvanlı kadrolara atanacakları düzenlemesi getirilmiştir. Dava konusu olayda da, davacı Kayseri Sağlık Meslek Lisesi'nde Müdür Yardımcısı olarak görev yapmakta iken 5450 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesi üzerine bu görevi sona erdirilmiş ve Yasa gereği Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilmiş bulunan aynı okula (Kayseri Sağlık Meslek Lisesi'ne) Sağlık Meslek Dersleri Öğretmeni olarak atanmış, ancak 08.03.2006 tarih ve 24089 sayılı atama kararnamesinin "Atandığı Görev Yeri" bölümüne parantez içinde, "bulunduğu eğitim kurumu müdür yardımcılığı görevini vekaleten yürütecektir" ibaresine yer verilmiştir.

Bilindiği üzere, Milli Eğitim Bakanlığı Eğitim Kurumları Yöneticilerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği'nde yer verilen düzenlemelere göre genel idare hizmetleri sınıfındaki okul, eğitim merkezi ya da kurs müdürlüğü ve müdür yardımcılığı görevleri yönetim kademesindeki görevlerden olup, bu kadrolara değinilen yönetmelikte öngörülen genel ve özel şartlara haiz olanlar atanabilmektedir. Bu haliyle, bakılmakta olan uyuşmazlık kapsamındaki müdür yardımcılığı görevi, eğitim öğretim hizmetleri sınıfında yer alan "öğretmenlik" görevinin dışında unvanlı bir görev olarak karşımıza çıkmakta olup yürürlükte bulunan mevzuata uygun olarak bu kadrolara atananların, başlangıçta aranılan atanma koşullarını kaybetmedikleri sürece belirtilen unvanların kendileri için kazanılmış hak teşkil ettiğini kabul etmek gerekmektedir.

Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen yasal düzenlemeyle getirilen uygulama sonucunda, devredilen okul, kurum ve eğitim merkezlerinde müdür yardımcısı olarak görev yapmakta olanların bu görevleri sona erdirilmiş, bu kadrolarda görev yapanlar yasa öncesinde yönetici olarak görev yaptıkları okullara öğretmen olarak atanmışlardır. Ancak, 5450 sayılı Yasa ve ekinde yer alan I ve II sayılı listeler incelendiğinde, devredilen eğitim kurumlarına ilişkin müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcısı kadroları I sayılı liste ile iptal edilmiş olmasına rağmen II sayılı Listede bu okullar için devir sonrasında yöneticilik kadrosuna ilişkin müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcısı kadrolarının ihdas edilmediği görülmektedir. Oysa aynı Kanun ile iptal edilen devredilen eğitim kurumlarındaki öğretmen kadroları II sayılı Liste ile yeniden ihdas edilerek Milli Eğitim Bakanlığı'na ait kadrolara dahil edilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda, 5450 sayılı Yasa kapsamında bulunan okul, eğitim merkezi ve kurslara ilişkin 591 adet müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcısı kadrosu ile 5072 adet öğretmen kadrosu ilgili kurumların kadro cetvelleri bölümünden çıkarılarak iptal edilmiş buna karşılık 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Milli Eğitim Bakanlığı'na ait bölümüne eğitim öğretim hizmetleri sınıfında 5663 adet öğretmen kadrosu ilave edilmiş bulunmaktadır.

5450 sayılı Yasa ile getirilen uygulama sonrasında Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilen eğitim kurumlarının eğitim öğretim faaliyetlerine devam edeceklerinde kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözü edilen eğitim kurumlarında devirden sonra da yönetici sıfatıyla müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcısı kadro unvanlarında görev yapacak personele ihtiyaç duyulacağı tartışmasızdır. Ancak, 5450 sayılı Yasa ve

ekindeki listelere bakıldığında, devredilen eğitim kurumları için Milli Eğitim Bakanlığı'na müdür, müdür başyardımcısı ve müdür yardımcısı kadrosunun tahsis edilmediği, bu yönde bir kadro ihdasının sağlanmadığı görülmektedir.

Öte yandan, dava dilekçesinde de iddia edildiği üzere davacı 1997 yılından bu yana Kayseri Sağlık Meslek Lisesi'nde Müdür Yardımcısı olarak görev yapmakta olup, belirtilen tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine uygun olarak atandığı bu kadro unvanının kendisi için kazanılmış hak teşkil ettiğini kabul etmek zorunludur. Bu unvanın kaybedilmesi ancak bu kadroya atanmak için mevzuatta öngörülen koşulların yitirilmesi veya görev yaptığı eğitim kurumunun kapatılması halinde mümkündür. Olayda ise, davacının görev yaptığı eğitim kurumu kapatılmamış, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı olarak faaliyetine devam etmek üzere anılan Bakanlığa devredilmiş bulunmaktadır.

Her şeyden önce, yasa ile yapılan düzenlemelerde, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ve hukuk devleti ilkesine uygun hareket edilmesi ve ilgililerin kazanılmış haklarına dokunulmaması gerekir. Kazanılmış hakların korunması hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.1999 tarih ve E.1998/58, K. 1999/19 sayılı kararında, "...Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde hukukun ve Anayasa'nın mutlak egemenliği vardır. Yasa koyucu her zaman hukukun ve Anayasa'nın üstün kuralları ile bağlıdır." hükmüne yer vermek suretiyle hukuka bağlılığın Yasama organının da içerdiğini vurgulamış bulunmaktadır.

Bütün bu açıklamalardan sonra, Anayasa'mızın 2 nci maddesinde ifadesini bulan hukuk devletinin en temel öğelerinden biri olan kazanılmış hakların korunması ilkesi gereğince, devre tabi kurumlarda yönetici pozisyonunda görev yapmakta olanların bu kapsamdaki kazanılmış haklarının devirden sonra da korunarak aynı isimle fakat başka bir bakanlık çatısı altında faaliyetlerine devam edecek olan kurumlara eski kadro unvanları ile atanmaları hukuk devleti ilkesine daha uygun düşecek olmasına rağmen, belirtilen durumda olanların kadro unvanlarının iptal edilerek bu kişilerin eğitim öğretim hizmetleri sınıfındaki "öğretmen" kadrosu ile Milli Eğitim Bakanlığı'na devredildikleri anlaşıldığından, 5450 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan; "Okulların, eğitim merkezlerinin ve kursların okul müdürü, okul müdür yardımcısı, müdür, müdür yardımcısı, Turizm Eğitim Merkezi Müdürü, Turizm Aşçılık Eğitim Merkezi Müdürü, Tapu ve Kadastro Meslek Lisesi Müdürü, Meteoroloji Teknik Lise Müdürü. Meteoroloji Teknik Lise

Müdür Yardımcısı unvanlı kadrolarında bulunanların görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer; bunlar, (2) sayılı liste ile ihdas edilen öğretmen unvanlı kadrolara (Turizm Eğitim Merkezleri Müdürleri, Turizm Aşçılık Eğitim Merkezleri Müdürleri, Tesis Müdürü unvanlı kadrolara),... atanmış sayılırlar." biçimindeki ibarenin Anayasa'mızın 2 nci maddesine aykırı olduğu yargısına ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'mızın 152 nci maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmü ile 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve görevleri Hakkında Kanun'un 28 inci maddesi gereğince, 5450 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü tümcesinin iptali için konunun ilgili belgelerin birer örneği ile birlikte itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, 2949 sayılı Kanun'un 28 inci maddesinin beşinci fıkrası hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar dosyanın geri bırakılmasına 31.05.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A – İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.1.2006 günlü, 5450 sayılı, Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Bağlı Okulların Millî Eğitim Bakanlığına Devredilmesi ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 5. maddesi şöyledir:

"MADDE 5- Kurumlara bağlı okullar, eğitim merkezleri ve kurslar ile bunların bünyelerinde bulunan döner sermaye işletmelerinde görev yapan personel Bakanlığa devredilmiştir.

Devredilen okullar, eğitim merkezleri ve kurslar ile döner sermaye işletmelerinde ekli (1) sayılı listelerde yer alan kadrolar, 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin ilgili bölümünden çıkarılarak iptal edilmiştir. Bu Kanuna ekli (2) sayılı listelerde yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Millî Eğitim Bakanlığına ait bölümüne eklenmiştir. **Okulların, eğitim merkezlerinin ve kursların okul müdürü, okul müdür yardımcısı, müdür, müdür yardımcısı, Turizm Eğitim Merkezi Müdürü, Turizm Aşçılık Eğitim**

Merkezi Müdürü, Tapu ve Kadastro Meslek Lisesi Müdürü, Meteoroloji Teknik Lise Müdürü, Meteoroloji Teknik Lise Müdür Yardımcısı unvanlı kadrolarında bulunanların görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer; bunlar, (2) sayılı liste ile ihdas edilen öğretmen unvanlı kadrolara (Turizm Eğitim Merkezleri Müdürleri, Turizm Aşçılık Eğitim Merkezleri Müdürleri, Tesis Müdürü unvanlı kadrolara), kadro ve görev unvanları değişmeyenler ise bu liste ile ihdas edilen aynı unvanlı kadrolara atanmış sayılırlar.

Okulların, eğitim merkezlerinin ve kursların sürekli işçi kadrolarında çalışanlar, kadroları ile birlikte Bakanlığa devredilir. Bu fıkra hükümlerine göre Bakanlığa geçmek istemeyen işçilerin kanunî hakları kurumlarınca ödenerek kurumlarıyla ilişikleri kesilir.

İkinci fıkra uyarınca Bakanlık kadrolarına atanan personelden kadro ve görev unvanları değişenlerin, atandıkları yeni kadrolarının aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer malî hakları toplamının (fazla çalışma ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti ve döner sermaye payı ödemesi hariç) net tutarının, eski kadrolarına bağlı olarak en son ayda almakta oldukları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer malî haklarının toplam (fazla çalışma ücreti, ek ders ücreti ve döner sermaye payı ödemesi hariç) net tutarından az olması halinde aradaki fark; fark giderilinceye kadar atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece herhangi bir kesintiye tâbi tutulmaksızın tazminat olarak ödenir.

Devredilen personelin devirden önce görev yaptığı kurumlarda geçen hizmet süreleri Bakanlıkta geçmiş sayılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 20.7.2007 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, 5450 sayılı Kanunla Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilen okullardaki müdür ve müdür yardımcılığı görevlerinin (devirden önce), genel idare hizmetleri sınıfında yer alan unvanlı bir görev olduğu, bu unvanın, yürürlükteki mevzuata uygun olarak anılan görevlere atananlar bakımından, koşulları kaybetmedikleri sürece kazanılmış hak niteliği taşıdığı, hukuk devleti ilkesi gereğince, anılan kişilerin söz konusu kazanılmış haklarının devirden sonra da korunarak, Milli Eğitim Bakanlığı çatısı altında aynı isimle faaliyetlerine devam edecek olan okullara bu bakanlık için müdür ve müdür yardımcısı kadrosu ihdas edilerek mevcut kadro unvanları ile atanmalarına olanak sağlanması gerekirken, bu kişilerin kadro ve unvanlarının iptal edilerek, eğitim öğretim hizmetleri sınıfındaki "öğretmen" kadrosuna atanmalarının öngörülmesinin Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5450 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Bağlı Okulların Millî Eğitim Bakanlığına Devredilmesi ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la, Türk Silahlı Kuvvetleri ve Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı okullar hariç olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarına bağlı okullar ile bu okulların personelinin, motorlu taşıtlar dahil taşınır ve taşınmazlarının ve bunlara ait bütçe ödeneklerinin Millî Eğitim Bakanlığına devredilmesi, bu okullardaki müdür ve müdür yardımcısı unvanlı kadrolarda bulunanların görevlerinin Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona ermesi ve bunların ihdas edilen öğretmen unvanlı kadrolara, kadro unvan ve görevleri değişmeyenlerin ise Millî Eğitim Bakanlığı için ihdas edilecek olan aynı unvanlı yeni kadrolara atanmaları, kadro ve unvanları değişenler de dahil olmak üzere Bakanlığa devredilen personelin yeni atandıkları kadrolarda (fazla çalışma ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti ve döner sermaye payı ödemesi hariç) alacakları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar toplamı ile diğer mali hakları toplamının eski kadrolarında iken (fazla çalışma ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti ve döner sermaye payı ödemesi hariç) almış oldukları toplamdan düşük olması halinde, aradaki farkın atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece tazminat olarak ödenmesi öngörülmüştür.

İtiraz konusu tümce,Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilen okulların, eğitim merkezlerinin ve kursların okul müdürü, okul müdür yardımcısı, müdür, müdür yardımcısı, turizm eğitim merkezi müdürü, turizm aşçılık eğitim merkezi müdürü, tapu ve kadastro meslek lisesi müdürü, meteoroloji teknik lise müdürü, meteoroloji teknik lise müdür yardımcısı unvanlı kadrolarında bulunanların görevlerinin, 5450 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona ereceği, bunların, Kanun ekinde (2) sayılı liste ile ihdas edilen öğretmen unvanlı kadrolara (Turizm Eğitim Merkezleri Müdürleri, Turizm Aşçılık Eğitim Merkezleri Müdürleri, Tesis Müdürü unvanlı kadrolara), kadro ve görev unvanları değişmeyenlerinse bu liste ile ihdas edilen aynı unvanlı kadrolara atanmış sayılacakları hükmünü içermektedir**.**

Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilen okullarda, eğitim merkezlerinde ve kurslarda okul müdürü, okul müdür yardımcısı, müdür, müdür yardımcısı, turizm eğitim merkezi müdürü, turizm aşçılık eğitim merkezi müdürü, tapu ve kadastro meslek lisesi müdürü, meteoroloji teknik lise müdürü, meteoroloji teknik lise müdür yardımcısı unvanlı görevleri yapanların kadroları, 5450 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasının birinci tümcesi ile iptal edilmiştir. Fıkranın ikinci tümcesi ile Milli Eğitim Bakanlığına, devredilen okullar için yeni kadrolar ihdas edilirken, üçüncü tümcesi ile kadro iptali nedeniyle kadrosuz kalan personelin yeni ihdas edilen kadrolara atanmaları öngörülmüştür. Fıkranın kadro iptal ve ihdasına ilişkin kuralları itiraz konusu edilmemiş, kadrosuz kalan personelin yeni ihdas edilen kadrolara atanmalarını öngören üçüncü tümcesine itiraz edilmiştir.

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.

Bir kamu kurumunun, buna bağlı olarak bu kurumun gördüğü kamu hizmetinin kaldırılıp kaldırılmayacağına veya bir kamu hizmetinin hangi kamu kurum veya kuruluşunca yerine getirileceğine karar verme yetkisi yasakoyucuya aittir. Yasakoyucu Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirleyerek kadro düzenlemesi yapabilir. Kamu hizmetinin gerekleri yönünden ve kamu yararı amacıyla yeni kadrolar ihdas edebileceği gibi, mevcut bazı kadroları da kaldırabilir. Ayrıca, kamu idareleri ile kamu görevlileri arasındaki ilişkiler, kural tasarruflarla düzenlendiğinden, kamu görevlilerinin statülerine ilişkin yeni kurallar koyabilir ya da var olan kuralları değiştirebilir.

Temelde asli bir yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan yasa ile bağımlı bir yetkiyle çıkarılan tüzük, yönetmelik, kararname gibi yürütmenin genel düzenleyici işlemlerini içeren kural işlemler, objektif ve genel hukuksal durumlar yaratırken, düzenledikleri konularda statü oluştururlar. Kişilerin bu statülere alınmaları, özel ve kişisel bir işlemle (şart işlemle) olur.

Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli objektif yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan şahsi hakkın korunması anlamında kabul edilmektedir. Buna göre kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan (maaş gibi), tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar bu nitelikte değildir. "Statü hukuku" esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu idare hukuku alanında statü hukukunun olanak verdiği oranlarda ve koşullarda, genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra kazanılmış haklar ortaya çıkabilmektedir. Objektif ve genel hukuksal durumun, şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya yasaya aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez. Ancak kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır.

5450 sayılı Yasa ile Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilen okullarda, eğitim merkezlerinde ve kurslarda okul müdürü, okul müdür yardımcısı, müdür, müdür yardımcısı, turizm eğitim merkezi müdürü, turizm aşçılık eğitim merkezi müdürü, tapu ve kadastro meslek lisesi müdürü, meteoroloji teknik lise müdürü, meteoroloji teknik lise müdür yardımcısı unvanlı kadrolarda görev yapmakta iken, kadroları bu okulların Milli Eğitim Bakanlığı'na devredilmesi nedeniyle kaldırılan ve bu bakanlık için gerekli olmadığı değerlendirilerek yeniden ihdas edilmeyen kişilerin önceki kadro ve unvanları ile bu kadro ve unvana bağlı hakları, halen bulundukları statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş kişisel alacak niteliğine dönüşmüş bir hak niteliğinde değildir.

Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 33., 71. ve 91. maddelerinden de, kadroları kaldırılan devlet memurlarının eski sınıflarındaki derecelerine uygun, diğer bir deyimle buna eşit veya daha üst derecedeki yeni bir göreve atanmalarının zorunlu olduğu, bunun ötesinde, bu kişilerin eski görev yaptıkları sınıfta yer alan veya eski görev ve unvanlarına denk yeni bir göreve atanmaları zorunluluğunun bulunmadığı,

kazanılmış hak kavramı ile kişinin daha önceki görevindeki derecesinin korunmasının amaçlandığı, eski görevin memura sağladığı unvan ile ileriye dönük parasal olanakların kazanılmış hak olarak değerlendirilmediği anlaşılmaktadır.

Buna göre, yasa koyucu tarafından Milli Eğitim Bakanlığı için gerekli olmadığı değerlendirilen okul müdürlüğü ve müdür yardımcılığı kadrolarının, devredilen okulların devirden önceki genel idare hizmetleri sınıfındaki müdür ve müdür yardımcısı unvanlı kadrolarında bulunan kişilerin şahsi durumlarının korunması amacıyla ihdasının hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve sonucu olduğu söylenemeyeceğinden, itiraz konusu kural ile kazanılmış haklar ihlal edilmemiştir.

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

VI- SONUÇ

26.1.2006 günlü, 5450 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Bağlı Okulların Millî Eğitim Bakanlığına Devredilmesi ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 4.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/27

Karar Sayısı: 2010/29

Karar Günü : 4.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Altıncı Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

İzmir Yenişakran Belediye Meclisinin 5.1.2007 günlü, 6 sayılı kararının iptali istemiyle, İzmir Aliağa Kaymakamlığınca açılan davada idare mahkemesince verilen iptal kararının bozulması istemiyle yapılan temyiz başvurusunda, Danıştay 6. Dairesi itiraz konusu kuralın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Aliağa Kaymakamlığı tarafından, İzmir Aliağa İlçesi Yeni Şakran Belediye Meclisi'nin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23 üncü maddesinin dördüncü fıkrası hükmü kapsamında kesinleşen 05.01.2007 günlü, 06 sayılı kararının sözü edilen maddenin beşinci fıkrası uyarınca hukuka aykırı alındığından bahisle iptali istemiyle açılan davada, dava konusu işlemin iptali yolunda verilen İzmir 1. İdare Mahkemesi'nin 10.10.2007 günlü, E:2007/127, K:2007/1281 sayılı kararının davalı idare olan Yeni Şakran Belediye Başkanlığı tarafından temyiz edilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca Mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulmasının istenilmesi nedeniyle Mahkemece gönderilen temyiz dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 'Anayasaya Aykırılığın Diğer Mahkemelerde İleri Sürülmesi' başlıklı 152 nci maddesinin birinci

fıkrasında: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmü yer almaktadır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un İtiraz Yoluyla Mahkemelerden gönderilecek İşler Başlıklı 28. maddesinde: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme: (1) O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı; veya, (2) Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı; dosya muhtevasını mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir." kuralı yer almıştır.

Olayda, 21.01.1985 günlü, 18642 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu'nun 11.01.1985 günlü, 85/8974 sayılı kararı ile davalı idare olan Yeni Şakran Belediye Başkanlığı'nın mücavir alanı belirlenmiş, orman köyü olan Hacıömerli Köyü de bu sınırlar içerisinde yer almıştır. 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Geçici 2 nci Maddesinin birinci fıkrasında, nüfusu ikimilyondan fazla olan büyükşehirlerde yarıçapı elli kilometre olan dairenin sınırlarının büyükşehir belediyesinin sınırını oluşturacağı belirtilmiş, ikinci fıkrasında, bu sınırlarda kalan beldelerin büyükşehir ilk kademe belediyesi haline geleceği düzenlenmiş, üçüncü fıkrasında ise, bu sınırlarda kalan köylerden orman köylerinin tüzel kişiliğinin devam edeceği belirtilirken, ancak imar bakımından büyükşehir belediyesinin mücavir alanı sayılacağı kuralı yer almıştır. Davalı Yeni Şakran Belediye Başkanlığı İzmir Büyükşehir Belediyesinin yarıçapı elli kilometre olan dairenin sınırı dışında kalırken, davalının mücavir alanında bulunan Hacıömerli Köyü'nün kısmen İzmir Büyükşehir Belediyesi'nin mücavir alanı içerisinde yer aldığı, İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 08.11.2004 günlü, 05.174/1 sayılı kararı ile İzmir Büyükşehir Belediye sınırları içinde bulunan ilçe belediyelerinin adını aldıkları ilçenin idari sınırları içinde (orman köyleri dahil) her türlü imar uygulamasını yapmak ve onaylamak konusunda yetkilendirildiği ve bu karar kapsamında Hacıömerli Köyü'nde imar yetkilerinin Aliağa Belediyesine devredildiği, dava konusu olan belediye meclisi kararında, Yeni Şakran Belediyesinin sözü geçen Köy arazisini kapsayan kısımdaki mücavir alanı korunarak, bu alandaki iş ve işlemlerin yapılmasına devam ettirilmesine karar verildiği, bu kararın 5393

sayılı Belediye Kanunu'nun 23 üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kesinleşmesi üzerine bu kararın gönderildiği Aliağa Kaymakamlığınca hukuka aykırı görülerek karar aleyhine anılan maddenin beşinci fıkrası uyarınca idari yargı yerine başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta uygulanacak Yasa kuralı, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak nitelikte bir düzenlemedir.

Anayasaya aykırılık sorununu doğuran durum, mülki idare amirinin 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23 üncü maddesi uyarınca kesinleşen ve hukuka aykırı gördüğü belediye meclisi kararı aleyhine idari vesayet yetkisi kapsamında idari yargı yerine başvurması, başka bir anlatımla dava açmak yoluyla bu yetkiyi dolaylı şekilde kullanmasıdır.

İptali istenilen 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23 üncü maddesinin beşinci fıkrasında: "Mülkî idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabilir." kuralı yer almaktadır.

Anayasanın İdarenin Bütünlüğü ve Kamu Tüzelkişiliği başlıklı 123 üncü 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." kuralı, Mahalli İdarelerin düzenlediği 127 nci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında: "Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.", beşinci fıkrasında ise: "Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahiptir." hükümleri bulunmaktadır.

Anayasanın 123 üncü maddesi idareyi, herhangi bir ayrım yapılmaksızın, en geniş anlamıyla, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olarak görmekte, kuruluş ve görevleriyle bütün olan idareyi ise, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandırmaktadır.

Anayasanın 127 nci maddesinin beşinci fıkrası, idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasına yönelik olarak, merkezi idareye, mahalli idareler üzerinde, idari vesayet yetkisi tanımakta, bu yetkiyi, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amaçlarının gerçekleştirilmesi için öngörmekte, bu hedefe ise, yasa koyucu tarafından esas ve usuller belirlenerek yasal düzenleme yapılarak erişilmesi gerekmektedir.

İdarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasına yönelik olarak, merkezi idarece yerel yönetimler üzerinde Anayasa ile tanınan ve çerçevesi çizilen idari vesayet yetkisinin, 5393 sayılı Yasanın 23 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile yalnızca hukuka uygunluk denetimi şeklinde, yargı eliyle gerçekleştirilmesi yolunda getirilen düzenlemeyle idarenin bütünlüğü ilkesinin zayıflatıldığı, bu durumun ise Anayasanın 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Nitekim, idari vesayet yönünden benzer bir düzenleme içeren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 15 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, yukarıda içeriği yer alan gerekçeyle Anayasa Mahkemesi'nin 18.01.2007 günlü, E:2005/32, K:2007/3 sayılı kararı ile Anayasanın 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, görülmekte olan dava nedeniyle uygulanmakta olan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23 üncü maddesinin beşinci fıkrası Anayasanın 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğu görüldüğünden iptali için, Anayasanın 152 nci maddesi ile 2949 sayılı Yasanın 28 inci maddesi uyarınca İtiraz Yoluyla Anayasa Mahkemesine Başvurulmasına, dava dosyası içeriğinden konu ile ilgili görülen belgelerin onaylı örneklerinin bu kararla birlikte anılan Mahkemeye gönderilmesine, öncelikle iptali istenilen Yasa hükmünün yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, uyuşmazlığın esasının Anayasa Mahkemesince bu konuda verilecek karardan sonra incelenmesine 18.02.2008 günü oyçokluğuyla karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun beşinci fıkrasının iptali istenilen 23. maddesi şöyledir:

"Belediye başkanı, hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını, gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere beş gün içinde meclise iade edebilir.

Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşir.

Belediye başkanı, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargıya başvurabilir.

Kararlar kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderilir. Mülkî idare amirine gönderilmeyen kararlar yürürlüğe girmez.

Mülkî idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabilir.

Kesinleşen meclis kararlarının özetleri yedi gün içinde uygun araçlarla halka duyurulur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine dayanılmıştır.

IV- 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 29.4.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklama

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiş ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. Bu kurumların,

idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olarak denetlenmeleri hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleştirilebilmekte ve burada geçen "İdare" kavramı da, sadece merkezi idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsamaktadır.

İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır. İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idari vesayet kullanılmaktadır. Bunlardan idari vesayet, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamakta, ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir.

Anayasa'nın "Mahalli idareler" başlıklı 127. maddesinin birinci fıkrasında, mahalli idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları, kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği; beşinci fıkrasında ise merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Yerel yönetimlere idari ve mali özerklik tanınmış olmasına karşın, 1924 yılından itibaren Anayasalarımızda, merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarını denetleme yetkisi verilmiş ve bu yetki Anayasa'da idari vesayet olarak somutlaştırılmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hükme 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. Bu fıkrada, merkezi yönetim yerel yönetimler üzerinde idari vesayet *"... yetkisine sahiptir."* denilerek, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı yasa koyucunun takdirine

bırakılmamıştır. Ayrıca fıkradaki idari vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini de içerdiği açıktır.

Vesayet makamınca vesayet yetkisi kullanılırken, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri uygulanabilmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için merkezi idareye yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisi tanındığı; idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasına yönelik olarak merkezi idareye tanınan ve çerçevesi Anayasa'da çizilmiş bulunan söz konusu yetkinin, iptali istenilen kural ile yalnızca yargı mercileri aracılığıyla gerçekleştirilecek hukuka uygunluk denetimi ile sınırlandırılmasının vesayet yetkisini etkisizleştirdiği, dolayısıyla etkin bir biçimde kullanılmasını imkansız hale getirdiği, bunun da Anayasa'nın, idarenin bütünlüğüne ve idari vesayet yetkisine ilişkin ilkelerine, dolayısıyla 123. ve 127. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun beşinci fıkrasının iptali istenilen 23. maddesinde belediye meclisi kararlarının kesinleşme ve yürürlüğe girme yöntemi gösterilmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında, Belediye başkanının, hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını, gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere beş gün içinde meclise iade edebileceği; ikinci fıkrasında, yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararların kesinleşeceği, üçüncü fıkrasında Belediye başkanının, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargıya başvurabileceği, dördüncü fıkrasında kararların kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderileceği, mülkî idare amirine gönderilmeyen kararların yürürlüğe girmeyeceği, iptali istenilen beşinci fıkrasında mülkî idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabileceği, son fıkrasında ise kesinleşen meclis kararlarının özetlerinin yedi gün içinde uygun araçlarla halka duyurulacağı belirtilmektedir.

5393 sayılı Kanunun belediye meclisi kararlarının kesinleşme ve yürürlüğe girme yönteminin gösterildiği 23. maddesinin iptali istenilen beşinci fıkrasında, merkezi idareye, belediye meclisi kararları aleyhine idari yargı mercilerine başvurma yetkisi verildiği görülmektedir.

Açıklanan duruma göre, maddenin beşinci fıkrasında yer alan, *"Mülkî idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabilir."* biçimindeki kuralın, merkezi idarece Anayasa'nın 127. maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği bir vesayet yetkisini içermediği sonucuna varılmıştır.

Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasına ilişkin iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu fıkranın YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 4.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmektedir. 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmakta, maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal sonucunda meydana gelecek hukuksal boşluğu, kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görmesi halinde, dördüncü fıkradaki hükmü uygulayacağı belirtilmektedir.

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasının "Mülkî idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabilir." hükmünün iptali nedeniyle doğan hukuksal boşluk, kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden,

iptal kararının, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

A- 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- İptal edilen fıkranın doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4.2.2010 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinde, Belediye Başkanı'nın hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere beş gün içinde meclise iade edebileceği, yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararların kesinleşeceği, Belediye Başkanı'nın meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği, kararların kesinleştiği tarihten

itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderileceği, mülkî idare amirine gönderilmeyen kararların yürürlüğe girmeyeceği belirtildikten sonra, itiraz konusu beşinci fıkrada da mülkî idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği öngörülmüştür. Böylece, meclis kararları üzerinde belediye başkanı tarafından gerçekleştirilebilecek bir tür iç denetime olanak sağlanmış, bunun yanında mülkî idare amirine gönderilmeyen kesinleşmiş meclis kararlarının yürürlüğe girmeyeceği ve mülkî idare amirinin, hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine hak veya menfaatinin ihlâl edilmiş olması gibi bir koşul da aranmaksızın idari yargıya başvurabileceği hükme bağlanarak, zayıflatılmış da olsa vesayet yetkisine yer verilmiştir.

Yerel yönetimlerin merkezi idare tarafından kanunların öngördüğü yetki ve kapsam içinde denetlenmeleri yetkisini içeren idari vesayet, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Bu bağlamda vesayet, merkezi idareye "görev" değil "yetki" olarak verildiğinden mutlak bir kullanım zorunluluğu içermez. Bu durumda, vesayet yetkisinin anayasada belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla kapsam ve sınırının belirlenmesi yasakoyucunun takdiri içinde bulunduğundan yerel yönetimlerin tüm işlemlerinin idari vesayete bağlı tutulmasının anayasal bir gereklilik olduğu ileri sürülemez. Yerel yönetimlerin özerkliği asıl olup, Anayasa ile güvence altına alındığından bu özerkliği ortadan kaldıracak veya etkisiz kılacak düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı açık ise de onu güçlendirmek amacıyla vesayet yetkisine getirilen sınırlandırmaların Anayasa ile uyum içinde olmadığından söz edilemez. İdarenin bütünlüğünün sağlanabilmesi için merkezi yönetime tanınan vesayet yetkisinin aşırı biçimde kullanılması, yerel yönetimlerin özerkliğini etkisiz hale getireceğinden, bu yetkinin kullanılmasının sınırları, Anayasa ile çizilerek özerklik Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

İtiraz konusu kural ile kesinleşmiş meclis kararlarının mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderilmeden yürürlüğe girememesi ve mülkî idare amirinin genel hükümlere göre yargıya başvurması olanaklı iken, hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği vurgulanarak dava ehliyetinin araştırılmasına da gerek bırakmayacak biçimde yargısal denetim yolunun açılması, vesayet yetkisinin sınırlarının daraltılmakla birlikte tümüyle de ortadan kaldırılmadığını göstermektedir.

Kaldı ki, bu yetkinin kullanılma biçiminin saptanması, Anayasal çerçeve aşılmamak koşuluyla yasa koyucuya ait olduğundan, zaman içinde ortaya çıkabilecek gereksinmeler doğrultusunda farklı düzenlemeler yapılarak daha güçlü bir vesayet yetkisinin tanınması da olanaklıdır. Ayrıca anılan yetkinin konusu, sadece belediye meclisi kararlarıyla sınırlı olmadığından, bu yetkinin belediyelerin diğer idari işlemleri üzerinde de kullanılmasına Anayasal engel bulunmamaktadır. Çeşitli yasalarda vesayet yetkisi içeren kuralların yer alması da bu hususu doğrulamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Kural'ın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığından başvurunun reddi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Sacit ADALI
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

03.07.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasında; "Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir." denilmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin bütünlüğü ilkesi öngörülmekte, 127. maddesinin beşinci fıkrasında ise merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki vesayet denetimi düzenlenmektedir.

Anayasa'nın "Mahalli İdareler" başlıklı 127. maddesinin beşinci fıkrasında "Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir." hükmü yer almıştır.

Görüldüğü gibi Anayasa, yerel yönetim idareleri ile merkezi idare arasındaki bütünlük ve uyumun sağlanabilmesi için merkezi idareye yerel yönetimlerin iş ve işlemleri üzerinde idari vesayet denetimi yapma yetkisi vermekte ve bu yetkinin esas ve usullerinin yasa ile düzenlenmesini öngörmektedir.

Yerinden yönetim idareleri varlıkları Anayasa ve Yasalarla güvence altına alınmış olan, seçilmiş organları, ayrı bütçe ve malvarlığına sahip özerk tüzel kişilerdir. Dolayısıyla Anayasa'nın 127. maddesinde yer alan idari vesayet yetkisi yerel yönetimlere tanınmış ve güvence altına alınmış bulunan özerkliğin bir istisnasıdır.

Bu durumda vesayet yetkisinin Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla kapsam ve sınırlarının belirlenmesi yasakoyucunun takdiri içinde olup, yerel yönetimlerin bütün işlemlerinin idari vesayete bağlı tutulmasının anayasal bir gereklilik olduğu söylenemez.

İtiraz konusu 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hüküm; Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine uygun bir şekilde idarenin vesayet yetkisini idarenin bütünlüğünü sağlamaya yönelik olarak, aynı zamanda demokratik toplum yapısının öngördüğü şekilde düzenlendiği açıktır.

Açıklanan nedenle iptali istenilen kural Anayasa'ya uygun olup, iptal isteminin reddi gerektiği düşüncesi ile karara katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2008/28

Karar Sayısı: 2010/30

Karar Günü : 4.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Altıncı Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 12.9.2005 günlü ve 05.866 sayılı kararının iptali istemiyle, İzmir Valiliğince açılan davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararının bozulması istemiyle yapılan temyiz başvurusunda, Danıştay 6. Dairesi itiraz konusu kuralın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İzmir Valiliği tarafından, İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi'nin 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 14 üncü maddesinin dördüncü fıkrası hükmü kapsamında kesinleşen 12.09.2005 günlü, 05.866 sayılı kararının sözü edilen maddenin beşinci fıkrası uyarınca hukuka aykırı alındığından bahisle iptali istemiyle açılan davada, davanın reddi yolunda verilen İzmir 3. İdare Mahkemesi'nin 20.06.2007 günlü, E:2005/1180, K:2007/968 sayılı kararının davacı idare olan İzmir Valiliği tarafından temyiz edilerek 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 52. maddesi uyarınca Mahkeme kararının yürütülmesinin durdurulmasının istenilmesi nedeniyle Mahkemece gönderilen temyiz dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Anayasaya Aykırılığın Diğer Mahkemelerde İleri Sürülmesi' başlıklı 152 nci maddesinin birinci

fıkrasında: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmü yer almaktadır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un İtiraz Yoluyla Mahkemelerden gönderilecek İşler Başlıklı 28. maddesinde: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme: (1) o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı; veya, (2) Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı; dosya muhtevasını mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir." kuralı yer almıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Buca Belediye Meclisi'nin 07.03.2005 günlü, 2005/51 sayılı kararı ile kabul edilen 129, 130, 135, 136 ve 137 sayılı adaları kapsayan 'Etkilenme Geçiş Alanında' mevcut imar planı ile getirilen yol genişletme kararının iptal edilerek mevcut yol genişliklerinin korunması yolundaki 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliğinin kabul edilerek 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 14 üncü maddesi uyarınca İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlığı'na iletildiği, bu kararın anılan maddenin son fıkrası uyarınca İzmir Büyükşehir Belediye Meclisi'nce incelenerek 12.09.2005 günlü, 05.866 sayılı kararıyla uygun bulunduğu ve sözü edilen maddenin dördüncü fıkrası uyarınca kesinleşmesi, üzerine bu kararın gönderildiği İzmir Valiliği'nce hukuka aykırı görülerek karar aleyhine anılan maddenin beşinci fıkrası uyarınca idari yargı yerine başvurulduğu anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta uygulanacak Yasa kuralı, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak nitelikte bir düzenlemedir.

Anayasaya aykırılık sorununu doğuran durum, mülki idare amirinin 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 14 üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kesinleşen ve hukuka aykırı gördüğü büyükşehir belediye meclisi kararı aleyhine idari vesayet yetkisi kapsamında idari yargı yerine başvurması, başka bir anlatımla dava açmak yoluyla bu yetkiyi dolaylı şekilde kullanmasıdır.

İptali istenilen 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu'nun 14 üncü maddesinin beşinci fıkrasında: "Mülkî idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargı mercilerine başvurabilir." kuralı yer almaktadır.

Anayasasının İdarenin Bütünlüğü ve Kamu Tüzelkişiliği başlıklı 123 üncü 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." kuralı, Mahalli İdarelerin düzenlediği 127 nci maddenin birinci ve ikinci fıkralarında: "Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.", beşinci fıkrasında ise: "Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir." hükümleri bulunmaktadır.

Anayasanın 123 üncü maddesi idareyi, herhangi bir ayrım yapılmaksızın, en geniş anlamıyla, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olarak görmekte, kuruluş ve görevleriyle bütün olan idareyi ise, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandırmaktadır.

Anayasanın 127 nci maddesinin beşinci fıkrasında, idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasına yönelik olarak, merkezi idareye, mahalli idareler üzerinde, idari vesayet yetkisi tanınmakta, bu yetkinin, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amaçlarının gerçekleştirilmesi için öngörülmekte, bu hedefe ise, yasa koyucu tarafından esas ve usuller belirlenerek yasal düzenleme yapılarak erişilmesi gerekmektedir.

İdarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasına yönelik olarak, merkezi idarece yerel yönetimler üzerinde Anayasa ile tanınan ve çerçevesi çizilen idari vesayet yetkisinin, 5216 sayılı Yasanın 14 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile yalnızca hukuka, uygunluk denetimi şeklinde, yargı eliyle gerçekleştirilmesi yolunda getirilen düzenlemeyle idarenin bütünlüğü

ilkesinin zayıflatıldığı, bu durumun ise Anayasanın 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Nitekim, idari vesayet yönünden benzer bir düzenleme içeren 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 15 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, yukarıda içeriği yer alan gerekçeyle Anayasa Mahkemesi'nin 18.01.2007 günlü, E:2005/32, K:2007/3 sayılı kararı ile Anayasanın 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, görülmekte olan dava nedeniyle uygulanmakta olan 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14 üncü maddesinin beşinci fıkrası Anayasanın 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğu görüldüğünden iptali için, Anayasanın 152 nci maddesi ile 2949 sayılı Yasanın 28 inci maddesi uyarınca itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dava dosyası içeriğinden konu ile ilgili görülen belgelerin onaylı örneklerinin bu kararla birlikte anılan Mahkemeye gönderilmesine, öncelikle iptali istenilen Yasa hükmünün yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, uyuşmazlığın esasının Anayasa Mahkemesince bu konuda verilecek karardan sonra incelenmesine 12.03.2008 günü oyçokluğuyla karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun beşinci fıkrasının iptali istenilen 14. maddesi şöyledir:

"Büyükşehir belediye başkanı, hukuka aykırı gördüğü belediye meclisi kararlarını, yedi gün içinde gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere belediye meclisine iade edebilir.

Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de büyükşehir belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşir.

Büyükşehir belediye başkanı, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine (...) idari yargıya başvurabilir.

Kararlar, kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülki idare amirine gönderilir. Mülki idare amirine gönderilmeyen kararlar yürürlüğe girmez.

Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine on gün içinde idari yargı mercilerine başvurabilir.

İlçe ve ilk kademe belediye meclislerinin bütçe ve imarla ilgili olanlar dışındaki kararları dayanak belgeleriyle birlikte büyükşehir belediye başkanına gönderilir. Büyükşehir belediye başkanı, yedi gün içinde, gerekçesini de belirterek hukuka aykırı gördüğü kararların yeniden görüşülmesini isteyebilir. İlgili meclis, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kararında ısrar ederse karar kesinleşir.

Kesinleşen kararlar yedi gün içinde büyükşehir belediyesine gönderilir. Belediye başkanı, kesinleşen kararın iptali için on gün içinde idari yargı merciine başvurabilir.

Büyükşehir kapsamındaki ilçe ve ilk kademe belediye meclisleri tarafından alınan imara ilişkin kararlar, kararın gelişinden itibaren üç ay içinde büyükşehir belediye meclisi tarafından nazım imar planına uygunluğu yönünden incelenerek aynen veya değiştirilerek kabul edildikten sonra büyükşehir belediye başkanına gönderilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine dayanılmıştır.

IV- 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 29.4.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklama

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiş ve idari yapı içinde yer alan

kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. Bu kurumların, idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olarak denetlenmeleri hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleştirilebilmekte ve burada geçen "İdare" kavramı da, sadece merkezi idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsamaktadır.

İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır. İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idari vesayet kullanılmaktadır. Bunlardan idari vesayet, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamakta, ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir.

Anayasa'nın "Mahalli idareler" başlıklı 127. maddesinin birinci fıkrasında, mahalli idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları, kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği; beşinci fıkrasında ise merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Yerel yönetimlere idari ve mali özerklik tanınmış olmasına karşın, 1924 yılından itibaren Anayasalarımızda, merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarını denetleme yetkisi verilmiş ve bu yetki Anayasa'da idari vesayet olarak somutlaştırılmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hükme 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. Bu fıkrada, merkezi yönetim yerel yönetimler üzerinde idari vesayet *"... yetkisine sahiptir."* denilerek, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı yasa koyucunun takdirine

bırakılmamıştır. Ayrıca fıkradaki idari vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini de içerdiği açıktır.

Vesayet makamınca vesayet yetkisi kullanılırken, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri uygulanabilmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için merkezi idareye yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisi tanındığı; idarenin bütünlüğü ilkesinin sağlanmasına yönelik olarak merkezi idareye tanınan ve çerçevesi Anayasa'da çizilmiş bulunan söz konusu yetkinin, iptali istenilen kural ile yalnızca yargı mercileri aracılığıyla gerçekleştirilecek hukuka uygunluk denetimi ile sınırlandırılmasının vesayet yetkisini etkisizleştirdiği, dolayısıyla etkin bir biçimde kullanılmasını imkansız hale getirdiği, bunun da Anayasa'nın, idarenin bütünlüğüne ve idari vesayet yetkisine ilişkin ilkelerine, dolayısıyla 123. ve 127. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun beşinci fıkrasının iptali istenilen 14. maddesinde büyükşehir belediye meclisi kararlarının kesinleşme ve yürürlüğe girme yöntemi gösterilmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında, büyükşehir belediye başkanının, hukuka aykırı gördüğü meclis kararlarını, gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere yedi gün içinde meclise iade edebileceği; ikinci fıkrasında, yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de büyükşehir belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararların kesinleşeceği; üçüncü fıkrasında büyükşehir belediye başkanının, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği; dördüncü fıkrasında kararların kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderileceği, mülkî idare amirine gönderilmeyen kararların yürürlüğe girmeyeceği; iptali istenilen beşinci fıkrasında mülkî idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargıya başvurabileceği; altıncı fıkrasında ilçe ve ilk kademe belediye meclislerinin bütçe ve imarla ilgili olanlar dışındaki kararlarının dayanak belgeleriyle birlikte büyükşehir belediye başkanına gönderileceği, büyükşehir belediye başkanının, yedi gün içinde, gerekçesini de belirterek hukuka aykırı

gördüğü kararların yeniden görüşülmesini isteyebileceği, ilgili meclisin, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kararında ısrar etmesi durumunda kararın kesinleşeceği; yedinci fıkrasında kesinleşen kararların yedi gün içinde büyükşehir belediyesine gönderileceği, belediye başkanının, kesinleşen kararın iptali için on gün içinde idari yargı merciine başvurabileceği, son fıkrasında ise büyükşehir kapsamındaki ilçe ve ilk kademe belediye meclisleri tarafından alınan imara ilişkin kararların, kararın gelişinden itibaren üç ay içinde büyükşehir belediye meclisi tarafından nazım imar planına uygunluğu yönünden incelenerek aynen veya değiştirilerek kabul edildikten sonra büyükşehir belediye başkanına gönderileceği belirtilmektedir.

İtiraz başvurusuna ilişkin 12.03.2008 günlü kararın verilmesinden sonra, 22.03.2008 günlü, 26824 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5747 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilmiş, itiraz konusu beşinci fıkrasında geçen "on gün içinde" ibaresi fıkra metninden çıkarılmış, altıncı ve yedinci fıkraları yürürlükten kaldırılmış, sekizinci fıkrasının sonuna "Üç ay içinde büyükşehir belediye meclisinde görüşülmeyen kararlar onaylanmış sayılır." cümlesi eklenmiştir.

Buna göre, beşinci fıkraya ilişkin iptal isteminin "on gün içinde" ibaresine yönelik kısmı hakkında **KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA** karar verilmesi gerekmektedir.

5216 sayılı Kanunun Büyükşehir belediye meclisi kararlarının kesinleşme ve yürürlüğe girme yönteminin gösterildiği 14. maddesinin iptali istenilen beşinci fıkrasında, merkezi idareye, büyükşehir belediye meclisi kararları aleyhine idari yargı mercilerine başvurma yetkisi verildiği görülmektedir.

Açıklanan duruma göre, maddenin beşinci fıkrasında yer alan, *"Mülkî idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine … idarî yargıya başvurabilir."* biçimindeki kuralın, merkezi idarece Anayasa'nın 127. maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği bir vesayet yetkisini içermediği sonucuna varılmıştır.

Bu nedenle, iptali istenilen beşinci fıkranın ***"Mülkî idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine … idarî yargıya başvurabilir."*** ibaresi Anayasa'nın 123 ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin;

1- Beşinci fıkrasında yer alan "… on gün içinde …" ibaresine yönelik itiraz başvurusu hakkında, 4.2.2010 günlü, E. 2008/28, K. 2010/30 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu ibareye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2- Beşinci fıkrasının kalan bölümüne ilişkin iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu bölümün YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

4.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmektedir. 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmakta, maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal sonucunda meydana gelecek hukuksal boşluğu, kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görmesi halinde, dördüncü fıkradaki hükmü uygulayacağı belirtilmektedir.

10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin beşinci fıkrasının "**Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine … idari yargı mercilerine başvurabilir.**" hükmünün iptali nedeniyle doğan hukuksal boşluk, kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, iptal kararının, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

A- 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin;

1- Beşinci fıkrasında yer alan "… on gün içinde …" ibaresi, 6.3.2008 günlü, 5747 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla madde metninden çıkarıldığından, bu ibareye ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

2- Beşinci fıkrasının kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- İptal edilen fıkranın kalan bölümünün doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4.2.2010 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinde, Büyükşehir Belediye Başkanı'nın hukuka aykırı gördüğü belediye meclisi kararlarını yedi gün içinde gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere belediye meclisine iade edebileceği, yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de büyükşehir belediye meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararların kesinleşeceği, büyükşehir belediye başkanının meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği, kararların kesinleştiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderileceği, mülkî idare amirine gönderilmeyen kararların yürürlüğe girmeyeceği belirtildikten sonra, itiraz konusu beşinci fıkrada da mülkî idare amirinin hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargı mercilerine başvurabileceği öngörülmüştür. Böylece, belediye meclisi kararları üzerinde büyükşehir belediye başkanı tarafından gerçekleştirilebilecek bir tür iç denetime olanak sağlanmış, bunun yanında mülkî idare amirine gönderilmeyen kesinleşmiş belediye meclisi kararlarının yürürlüğe girmeyeceği ve mülkî idare amirinin, hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine hak veya menfaatinin ihlâl edilmiş olması gibi bir koşul da aranmaksızın idari yargıya başvurabileceği hükme bağlanarak, zayıflatılmış da olsa vesayet yetkisine yer verilmiştir.

Yerel yönetimlerin merkezi idare tarafından kanunların öngördüğü yetki ve kapsam içinde denetlenmeleri yetkisini içeren idari vesayet, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Bu bağlamda vesayet, merkezi idareye "görev" değil "yetki" olarak verildiğinden mutlak bir kullanım zorunluluğu içermez. Bu durumda, vesayet yetkisinin anayasada belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla kapsam ve sınırının belirlenmesi yasakoyucunun takdiri içinde bulunduğundan yerel yönetimlerin tüm işlemlerinin idari vesayete bağlı tutulmasının anayasal bir gereklilik olduğu ileri sürülemez. Yerel yönetimlerin özerkliği asıl olup, Anayasa ile güvence altına alındığından bu özerkliği ortadan kaldıracak veya etkisiz kılacak düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı açık ise de onu güçlendirmek amacıyla vesayet yetkisine getirilen sınırlandırmaların Anayasa ile uyum içinde olmadığından

söz edilemez. İdarenin bütünlüğünün sağlanabilmesi için merkezi yönetime tanınan vesayet yetkisinin aşırı biçimde kullanılması, yerel yönetimlerin özerkliğini etkisiz hale getireceğinden, bu yetkinin kullanılmasının sınırları, Anayasa ile çizilerek özerklik Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

İtiraz konusu kural ile kesinleşmiş belediye meclisi kararlarının mahallin en büyük mülkî idare amirine gönderilmeden yürürlüğe girememesi ve mülkî idare amirinin genel hükümlere göre yargıya başvurması olanaklı iken, hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği vurgulanarak dava ehliyetinin araştırılmasına da gerek bırakmayacak biçimde yargısal denetim yolunun açılması, vesayet yetkisinin sınırlarının daraltılmakla birlikte tümüyle de ortadan kaldırılmadığını göstermektedir. Kaldı ki, bu yetkinin kullanılma biçiminin saptanması, Anayasal çerçeve aşılmamak koşuluyla yasa koyucuya ait olduğundan, zaman içinde ortaya çıkabilecek gereksinmeler doğrultusunda farklı düzenlemeler yapılarak daha güçlü bir vesayet yetkisinin tanınması da olanaklıdır.

Ayrıca anılan yetkinin konusu, sadece belediye meclisi kararlarıyla sınırlı olmadığından, bu yetkinin belediyelerin diğer idari işlemleri üzerinde de kullanılmasına Anayasal engel bulunmamaktadır. Çeşitli yasalarda vesayet yetkisi içeren kuralların yer alması da bu hususu doğrulamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Kural'ın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığından başvurunun reddi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Sacit ADALI
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

10.07.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin beşinci fıkrasında "Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine on gün içinde idari yargı mercilerine başvurabilir" denilmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin bütünlüğü ilkesi öngörülmekte, 127. maddesinin beşinci fıkrasında ise merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki vesayet denetimi düzenlenmektedir.

Anayasa'nın "Mahalli İdareler" başlıklı 127. maddesinin beşinci fıkrasında "Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir." hükmü yer almıştır.

Görüldüğü gibi Anayasa, yerel yönetim idareleri ile merkezi idare arasındaki bütünlük ve uyumun sağlanabilmesi için merkezi idareye yerel yönetimlerin iş ve işlemleri üzerinde idari vesayet denetimi yapma yetkisi vermekte ve bu yetkinin esas ve usullerinin yasa ile düzenlenmesini öngörmektedir.

Yerinden yönetim idareleri varlıkları Anayasa ve Yasalarla güvence altına alınmış olan, seçilmiş organları, ayrı bütçe ve malvarlığına sahip özerk tüzel kişilerdir. Dolayısıyla Anayasa'nın 127. maddesinde yer alan idari vesayet yetkisi yerel yönetimlere tanınmış ve güvence altına alınmış bulunan özerkliğin bir istisnasıdır.

Bu durumda bu yetkinin Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla kapsam ve sınırlarının belirlenmesi yasakoyucunun takdiri içinde olup, yerel yönetimlerin bütün işlemlerinin idari vesayete bağlı tutulmasının anayasal bir gereklilik olduğu söylenemez.

İtiraz konusu 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hüküm; Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine uygun bir şekilde idarenin vesayet yetkisini idarenin bütünlüğünü sağlamaya yönelik olarak, aynı zamanda demokratik toplum yapısının öngördüğü şekilde düzenlendiği açıktır.

Açıklanan nedenle iptali istenilen kural Anayasa'ya uygun olup, iptal isteminin reddi gerektiği düşüncesi ile karara katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2008/112

Karar Sayısı: 2010/31

Karar Günü : 4.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 18.3.1924 günlü, 442 sayılı Köy Kanunu'nun Ek 3. maddesinin ikinci fıkrasının "Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şürasına müracaat edilemez." biçimindeki son tümcesinin Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Artvin - Yusufeli - Çevreli Köyü ihtiyar heyetinin 20.11.2007 günlü kararı ile bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin olarak tesis edildiği belirtilen Yusufeli Kaymakamlığı'nın 12.2.2008 tarihli işleminin 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:

"Artvin İli Yusufeli İlçesi Çevreli Köyü ihtiyar heyeti tarafından; orman istihsalinde çalışacak işçilerin ve nakliye yapacak kamyoncuların elde ettiği gelirden Köy Kanunu uyarınca % 4 oranında salma parası alınmasına ilişkin verilen kararın iptali istemiyle açılan davada; dava konusu işlemin tesisine dayanak oluşturan 442 sayılı Köy Kanunu'nun Ek 3. maddesinin "... Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şurasına müracaat edilemez..." ibaresinin Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılık teşkil ettiği kanısına varılarak, 2949 sayılı Yasanın 28. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarının alınmasına gerek duyulmadan dosyanın tekemmül etmesi üzerine gereği düşünüldü:

A-) UYUŞMAZLIKTA UYGULANACAK KANUN MADDESİ

442 sayılı Köy Kanunu'nun Ek 3. maddesinde "Köy İhtiyar meclisi salınacak salmanın nisbet, cins ve miktarını ikinci kanun ayı içinde tayin ve tevzi cetvellerini tanzim ederek on beş gün müddetle umumun görebileceği yerlere asmak suretiyle ilan ve hariçte bulunanlara tebliğ eder. Salman salmalarda kanun hükümlerine uygunsuzluk veya nisbetsizlik olduğunu iddia edenler ilan veya tebliğ müddetinin hitamından itibaren on gün içinde itirazlarını köy muhtarına söylerler veya yazı ile bildirirler ve müracaatlarını tutulacak deftere yazdırarak bir ilmühaber alırlar. Köy ihtiyar meclisi bir hafta içinde itirazlara bakarak kararını vermeğe ve itiraz edenlere bildirmeğe mecburdur. Bu kararlar aleyhine tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde merkez kazasında valiye, diğer kazalarda kaymakamlara müracaat edilebilir. Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şurasına müracaat edilemez" hükmüne yer verilmiştir.

442 sayılı Köy Kanunu'nun Ek 3. maddesinin "... Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şurasına müracaat edilemez..." ibaresinin Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.

B-) ANAYASAYA AYKIRILIK SEBEBLERİ:

1) ANAYASANIN 36. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın 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 bir davaya bakmaktan kaçınamaz" hükmü düzenlenmiştir. Burada bahsi geçen "Adil Yargılanma Hakkı" Anayasal bir hüküm olduğu gibi, yerel mevzuatın (kanunların) üstünde kabul edilen ve ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 6. maddesinde de düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkının da birçok unsuru bulunmakla birlikte bizim ihtilafımızla ilgili olan kısmı, idarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında olmasının mahkemeye başvurma hakkına aykırılık oluşturduğu hususudur. Mahkemeye başvurma hakkı hukuken öngörülen sınırlamaların kaldırılmasını gerekli kılar. Ayrıca hak arama hürriyetinin temelinde; hakları ihlal edilen bireylerin, ihlalin önlenmesi ve ihlalin menfi etkilerini ortadan kaldırılması amacıyla yetkili/etkili mercilere ve yargı makamlarına başvurabilmesi, bu hakkın ve bu hakkın kullanılabileceği başvuru mekanizmalarının tanınması amacı yatmaktadır. Bu sebeple; hak arama özgürlüğü; devlete müspet

düzenlemelerde bulunma yetkisi veren bir hak olması sebebiyle bağımsız bir hak görünümündedir.

1982 Anayasasına göre bir mahalli idare birimi olan köyler, 1924 yılından beri yürürlükte olan 442 sayılı Köy Kanunu'na göre yönetilmektedir. Yasalaştığı dönemin şartlarına göre ileri düzeyde katılım mekanizmaları içeren ve ülkemizdeki kırsal kalkınma faaliyetlerine önemli katkılar sağlamış bir kanun olan Köy Kanunu yıllardan beri değişen şartlardan dolayı bir takım aksaklıklar meydana getirmeye başlamıştır. Türkiye'de yaşayan köy nüfusunun 12 milyonun üstünde olduğu ve bu nüfusun birçok Avrupa ülkesinin nüfusundan daha fazla olduğu göz önüne alındığında, köyde yaşayan vatandaşların demokratik katılımı ve hak arama hürriyetinin en etkili biçimde sağlanması büyük önem taşımaktadır.

442 sayılı Köy Kanunu'na göre köyün gelirleri 15 ila 18. maddelerinde düzenlenmiştir. Köyün en önemli geliri ise köy salma parasıdır. Salma, köy ihtiyar heyetince salınan bir aile vergisidir. Salma köy mahallî hizmetlerini karşılamak üzere köyde oturan veya oturmamakla birlikte köyde maddi ilgisi bulunanlardan alınan dağıtmalı bir çeşit genel gelir vergisi niteliğinde ve herkesin ödeme gücüne göre aile itibariyle koyulacak bir vergidir.

442 sayılı Köy Kanunu'nun ek 3. maddesine göre; hane başına salma salınırken her hanenin ödeme gücünün göz önünde tutulacağı, salmada oransızlık ve kanuna uygunsuzluk olduğunu iddia edenlerin bu iddialarını inceleyerek karara bağlayacak itiraz mercilerinin merkez kazasında valiler, diğer kazalarda ise kaymakamlar olduğu belli edilmiş, salma kararlarına karşı yapılan itirazlar hakkında kaymakam ve valiler tarafından verilen kararların kat'i olduğu ve bu kararlara karşı Devlet Şurasına müracaat edilemeyeceğinden söz edilerek, verilen kararlara yargı yolu kapatılmış bulunmaktadır

Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkının kullanılabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da, dava yoksa, adil, aleni ve gecikmesiz bir yargılamadan söz edilemeyeceği (Golder/İngiltere, 21.2.1975, A 18, s.12, paragraf 37 (b)); mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken geçici de olsa kapatılmasının veya kullanımını imkansız kılan koşullara bağlayarak sınırlanmasının adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geleceği (Airey/İrlanda, 9.10.1979, A 32, s.12) belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, kendisine 442 sayılı Köy Kanunu uyarınca salma salınan bir şahıs bu salma parasının hukuka ve usule aykırı olduğu gerekçesiyle dava açamayacak, söz konusu salma parasına ilişkin yaptığı idari itiraza ilişkin verilen karar kesin olacaktır. Köy salmasına yapılan idari itirazlar hakkında verilen kararlara karşı yargı yolu yolunun kapatılması Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

2) ANAYASANIN 125. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasa'nın 125. maddesinde; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. (Ek hükümler: 13/08/1999 - 4446/2 md.) Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir.

Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda süre, yazılı bildirim tarihinden başlar.

Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez. İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.

İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." hükmüne yer verilmiştir.

Hukuk devleti idarenin, tüm eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu devlettir. Hukuk devletinin temel özelliği, devlet içinde tüm kamusal yaşamın ve yönetimin yargı denetimi altında olmasıdır. Bu nedenle, Anayasa'nın 2. maddesi ile Hukuk Devleti ilkesini benimseyen Anayasa devam eden maddeleri ile bir bütünlük oluşturarak, idari rejimi kabul etmiş ve idari rejimin en belirgin özelliği olan 125. madde hükmü ile idari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunu açık tutmuştur. Anayasa'da kural olarak, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu kabul edilmekle birlikte, Anayasa'nın bazı maddelerinde belirli idari işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır. Anayasa'da sayılan bu ayrık durumlar dışında idarenin eylem ve işlemlerinden kimilerinin yargı denetimine bağlı olmaması sonucunu doğuracak nitelikteki bir yasal düzenleme Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık oluşturur.

Birer idari işlem olan vergi hukukuna ait tarh, tahakkuk, tahsil işlemleri, yargı denetimine tabi ise, bir vergi, resim, harç olmayan, ancak köy bütçesine giren "salma'nın benzeri mali yüküm olduğu göz önüne alındığında yargı denetimine tabi olması gerekmektedir. Salma parasının takdirinin köy ihtiyar meclislerine bırakılması ve bu kararlara karşı yapılan idari itiraz başvurusunun kesin olup, yargı yolunun kapalı bulunması, idarenin keyfiliğine yol açabilecektir.

İtiraz konusu kuralın idarenin yargısal denetiminin etkinliğini ortadan kaldırdığı ve bireylere verilen yargı güvencesini daralttığı gerekçesiyle Anayasa'nın 125. maddesine de aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

SONUÇ:

Dava, Artvin İli Yusufeli İlçesi Çevreli Köyü ihtiyar heyeti tarafından; orman istihsalinde çalışacak işçilerin ve nakliye yapacak kamyoncuların elde ettiği gelirden Köy Kanunu uyarınca % 4 oranında salma parası alınmasına ilişkin verilen kararın iptali istemiyle açılmıştır.

Açılan davada yapılan inceleme sonunda; 442 sayılı Köy Kanunu'nun Ek 3. maddesinin "... Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şurasına müracaat edilemez..." ibaresinin Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca 442 sayılı Köy Kanunu'nun Ek 3. maddesinin "... Bunların verecekleri kararlar kat'i

olup aleyhine Devlet Şurasına müracaat edilemez..." ibaresinin iptali istemiyle re'sen Anayasa Mahkemesine gidilmesine ve anılan yasa hükmünün iptalinin istenilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesine sunulmasına, iş bu karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre dosya hakkında karar verilmesine, 28.11.2008 gününde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

18.3.1924 günlü, 442 sayılı Köy Kanunu'nun ikinci fıkrasının son tümcesinin iptali istenilen Ek 3. maddesi şöyledir:

"EK MADDE 3- (Ek: 3664 - 5.7.1939) Köy İhtiyar Meclisi salınacak salmanın nisbet, cins ve mikdarını İkincikânun ayı içinde tâyin ve tevzi cetvellerini tanzim ederek on beş gün müddetle umumun görebileceği yerlere asmak suretiyle ilân ve hariçte bulunanlara tebliğ eder. Salınan salmalarda kanun hükümlerine uygunsuzluk veya nisbetsizlik olduğunu iddia edenler ilân veya tebliğ müddetinin hitamından itibaren on gün içinde itirazlarını köy muhtarına söylerler veya yazı ile bildirirler ve müracaatlarını tutulacak deftere yazdırarak bir ilmühaber alırlar.

Köy ihtiyar meclisi bir hafta içinde itirazlara bakarak kararını vermeğe ve itiraz edenlere bildirmeğe mecburdur. Bu kararlar aleyhine tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde merkez kazasında valiye, diğer kazalarda kaymakamlara müracaat edilebilir. **Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şürasına müracaat edilemez.**"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- 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 8.1.2009 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 kuralla, köy ihtiyar meclisince salınan salmada oransızlık ve kanuna uygunsuzluk bulunduğunun ileri sürülmesi suretiyle yapılan itirazlar üzerine köy ihtiyar meclislerince verilen kararlara karşı merkez ilçelerde valilere, diğer ilçelerde kaymakamlara yapılan itirazlar hakkında vali ve kaymakamlar tarafından verilecek kararların kesin olduğunun belirtilerek, bu kararlara karşı Devlet Şûrasına müracaat edilemeyeceğinin öngörülmesinin, bu işlemlere karşı yargı yolunun kapatılması anlamına geldiği, bunun da Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğüne ve idarenin yargısal denetimini öngören Anayasa'nın 125. maddesine aykırı olduğu savlarına dayanılmıştır.

442 sayılı Köy Kanunu'nun ek 1 ve ek 2. maddelerinde salmanın kimlerden isteneceği, istenilecek tutarın nasıl belirleneceği, hangi amaçlar için salınabileceği açıklandıktan sonra, Ek 3. maddesinde, köy ihtiyar meclisinin, salmanın nispet, cins ve miktarını Ocak ayı içinde tayin ve tevzi cetvellerini tanzim ederek on beş gün müddetle umumun görebileceği yerlere asmak suretiyle ilan ve hariçte bulunanlara tebliğ edeceği, salmada kanun hükümlerine uygunsuzluk veya nispetsizlik olduğunu iddia edenlerin ilan veya tebliğ müddetinin hitamından itibaren on gün içinde itirazlarını köy muhtarına söyleyecekleri veya yazı ile bildirecekleri ve müracaatlarını tutulacak deftere yazdırarak bir ilmühaber alacakları, köy ihtiyar meclisinin, bir hafta içinde itirazlara bakarak kararını vermeye ve itiraz edenlere bildirmeye mecbur olduğu, bu kararlar aleyhine tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde merkez kazasında valiye, diğer kazalarda kaymakamlara müracaat edilebileceği, itiraz konusu son tümcesinde de bunların verecekleri kararların kesin olduğu ve aleyhine Devlet Şûrasına müracaat edilemeyeceği öngörülmüştür.

Doktrinde ve yargı kararlarında vergi veya vergi benzeri mali yükümlülük olarak kabul edilen salmanın hukuksal niteliği ile iptali istenilen kuralın yürürlüğe girdiği 1939 yılında, ülkemizdeki idarî yargı sistemi içerisinde Danıştay (Devlet Şûrası) dışında başka bir idari yargı merciinin bulunmadığı dikkate alındığında, iptali istenilen kuralda geçen "Devlet Şûrası" kavramının, "idari yargı" yerini ifade ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

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 taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini 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.

Yerel yönetim kuruluşu olarak idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan "Köy"e ait bir organ olan köy ihtiyar meclisince belirlenen salmaya karşı, merkez ilçede valiye, diğer ilçelerde kaymakamlara yapılan itirazlar üzerine verilecek kararların kesin olduğunu, bu kararlar aleyhine Devlet Şûrasına müracaat edilemeyeceğini öngören itiraz konusu kural, idarenin hukuka uygun olmayan ve kişilerin haklarını ihlal eden "salma" işlemlerinin bulunması halinde, kişilere bu işlemlere karşı dava açma hakkı tanımamakta, bu işlemlerin yargı denetimi dışında kalmasına neden olmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle, yargı denetimini engelleyen itiraz konusu kural hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz.

Ayrıca, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmiştir. Buna göre, Anayasa'da sayılan ayrık durumlar dışında, idarenin eylem ve işlemlerinden kimilerinin yargı denetimine bağlı olmaması sonucunu doğuracak nitelikteki bir yasal düzenleme, bu yönden de Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu kural ile köy ihtiyar meclisince belirlenen salmaya karşı yapılan itiraz üzerine tesis edilen ve Anayasa'da sayılan ayrık durumlar içerisinde yer almayan işlemlere karşı yargı yolu kapatılmakta, bu işlemler anılan maddeye aykırı olarak yargı denetimi dışında bırakılmaktadır.

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

VI- SONUÇ

18.3.1924 günlü, 442 sayılı Köy Kanunu'nun Ek 3. maddesinin ikinci fıkrasının "Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şürasına müracaat edilemez." biçimindeki son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 4.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2007/98

Karar Sayısı: 2010/33

Karar Günü : 4.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Beşinci Daire

İTİRAZIN KONUSU: 25.5.2004 günlü, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ve Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin bazı hükümlerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi ile açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Beşinci Dairesi iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği tarafından, 13.4.2005 günlü, 25785 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ve Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 2, 4, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 31, 35 ve 39. maddeleri ile Geçici 2. maddesinin ve Yönetmeliğe ekli (Ek–1) Kamu Görevlileri Etik Sözleşmesi'nin iptaline ve yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle Başbakanlığa karşı açılan davada; davacı Birliğin, dava konusu Yönetmeliğin dayanağını oluşturan 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, Anayasa'nın 7. ve 38. maddelerine aykırılığı iddiasıyla dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmesi istemi incelendi:

Daha önce, 25.5.2004 günlü, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; 1. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının ve üçüncü fıkrasındaki "Cumhurbaşkanı" sözcüğünün; 3. maddesinin "... kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uymaları gereken etik davranış ilkelerini hazırlayacağı yönetmeliklerle belirlemek,..." bölümünün; 4. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile ikinci fıkrasının birinci tümcesinin ve 9. maddesi ile 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 29. maddesine eklenen fıkrada yer alan "hediye alma yasağının kapsamını belirlemeye" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 105., 123., 124., 127., 128. ve 130. maddelerine aykırılığı iddiasıyla açılmış olan iptal davası, Anayasa Mahkemesi'nin 1.6.2005 günlü, E:2004/60, K:2005/33 sayılı kararıyla reddedilmiş ve anılan karar, 23.3.2006 günlü, 26117 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Sözü edilen 5176 sayılı Yasa'nın "İnceleme ve araştırma" başlığını taşıyan 5. maddesinde "Kurul, başvurular hakkındaki inceleme ve araştırmasını etik davranış ilkelerinin ihlal edilip edilmediği çerçevesinde yürütür. Kurul, kendisine şikayet veya ihbar yoluyla ulaşan başvurular üzerine yapacağı inceleme ve araştırmayı en geç üç ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.

Kurul, inceleme ve araştırma sonucunu ilgililere ve Başbakanlık Makamı'na yazılı olarak bildirir.

Kurul, başvuruya konu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin, etik davranış ilkelerine aykırı işlem veya eylemi olduğunu tespit etmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, bu durumu Başbakanlık, Kurul kararı olarak Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurur. Ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde Kurul, yargı kararını yerine getirir ve Resmi Gazete'de yayımlatır.

Bu Kanun'a göre yapılan inceleme ve araştırmalar, genel hükümlere göre ceza kovuşturmasına veya tabi oldukları personel kanunları hükümlerine göre disiplin kovuşturmasına engel teşkil etmez." hükmüne yer verilmiştir.

5176 sayılı Yasa'nın uygulanmasına ilişkin hususları belirlemek üzere ve Yasa'nın 3. ve 7. maddelerine dayanılarak çıkarılan dava konusu Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ve Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 1. maddesinde, bu Yönetmeliğin amacının; kamuda etik kültürünü yerleştirmek, kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken uymaları gereken etik davranış ilkelerini belirlemek, bu ilkelere uygun davranış göstermeleri açısından onlara yardımcı olmak ve görevlerin yerine

getirilmesinde adalet, dürüstlük, saydamlık ve tarafsızlık ilkelerine zarar veren ve toplumda güvensizlik yaratan durumları ortadan kaldırmak suretiyle kamu yönetimine halkın güvenini arttırmak, toplumu kamu görevlilerinden beklemeye hakkı olduğu davranışlar konusunda bilgilendirmek ve Kurul'a başvuru usul ve esaslarını düzenlemek olduğu hükme bağlanmış; Yönetmeliğin "Başvuru ve Re'sen İnceleme Usul ve Esasları" başlıklı Dördüncü Bölümü'nde yer alan ve Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nca verilen kararlar üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen 39. maddesinde ise; "Kararlar Başkan ve Üyeler tarafından imzalanmakla kesinleşir. Kesinleşen karar Başbakanlık Makamı'na sunulur. Kararlara karşı idari yargı yolu açıktır.

Kurul, başvuruya konu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin etik davranış ilkelerine aykırı işlem ve eylemi olduğunu tespit etmesi halinde bu durumu Başbakanlık, Kurul kararı olarak Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurur, ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde Kurul, yargı kararını yerine getirir ve Resmi Gazete'de yayımlatır.

Etik ilkeye aykırı davranışın saptanamadığına ilişkin kararlar da Başbakanlık Makamı'na ve ilgililere yazılı olarak bildirilir. Bu kararlar kamuoyuna duyurulmaz. Kabul edilebilirliği bulunmayan başvurular hakkında verilen kararlar yalnızca başvuru sahibine iletilir." hükmüne yer verilmiştir.

5176 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin 3. fıkrasında ve dava konusu Yönetmeliğin 39. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükümlerin incelenmesinden, sözü edilen 39/2. madde hükmünün, Yasa'nın 5/3. maddesinde yer alan düzenlemeye paralel olduğu anlaşılmaktadır.

Bakılan uyuşmazlıkta, davacı Birlik tarafından; Etik Kurul'un vereceği kararların Resmi Gazete'de yayımlanmasının, yargı yerlerince kesin hükmün kurulmasına kadar sanığın masumiyeti ilkesine aykırı olduğu; İdare Hukukunda, bir davranışın ya yalnız başına bir disiplin suçu, ya da aynı zamanda ceza yargılamasına konu bir davranış olduğu; bu iki alana girmeyen konularda "ahlaksız davranışta bulunmuştur" şeklindeki bir ilanın, temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu; dava konusu Yönetmelik'te düzenlenen etik davranış ilkelerinin, disiplin hukuku ile ceza hukukunun konusu olup, yargı denetiminden geçmedikçe ya da yargı organlarınca verilen karar kesin hüküm halini almadıkça, kimsenin suçlu ilan edilemeyeceği; Yönetmeliğe dayanak oluşturan Yasa'nın bu yönden Anayasa'ya aykırı olduğunun ileri sürüldüğü; davalı idarenin savunmasında ise; etik davranış ilkeleriyle, Anayasa'nın 38. maddesinde

belirtilen anlamda yeni suç veya ceza ihdası getirilmediği; bu ilkelerin, her zaman ceza veya disiplin hukukunun konusunu oluşturmayacağının da açık olduğu; ne 5176 sayılı Yasa'da, ne de dava konusu Yönetmelikte "etik suçu"ndan söz edilmediği; "Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurma" yaptırımının Yasa hükmüyle öngörüldüğü ve Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açık bulunduğu; bu hukuksal yapı içinde Kurul'un yargısal bir kuruluş olmadığının da açıkça ortaya çıktığı hususlarına yer verildiği görülmektedir.

Bilindiği gibi "Hukuk Devleti", bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık, yasaların üstünde, yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu Anayasa'nın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır. Nitekim Anayasa'nın 36. maddesinin 1. fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmü getirilmiş; "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin 1. fıkrasında da; "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." kuralına yer verilmiştir.

Öte yandan, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde; iptal davalarının, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacağı hükme bağlanmıştır. İptal davasına konu edilebilecek işlemler, idarenin idare hukuku alanında yaptığı, tek yanlı, kesin ve doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuki işlemlerdir. Bunların hukuki sonuç doğurabilmesi için idarenin iradesini açıklaması yeterlidir. Karşı tarafın herhangi bir irade beyanında bulunmasına gerek yoktur.

İdari işlem, idari makamların kamu gücü ile hareket ederek, idare işlevine ilişkin olarak yaptıkları ve çeşitli hak ve/veya yükümlülükler doğuran tek yanlı irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanımdan hareket edildiğinde idari işlemin unsurlarının; "idari makam ya da makamlarca yapılmış olması", "tek yanlılık" ve "icrailik" nitelikleri olduğu anlaşılmaktadır.

Tek yanlılık, kavram olarak tek bir irade açıklaması demektir. Buradaki iradenin tek yanlılığı, tek bir kişi ya da organın iradesi anlamında değil, işlemin tek yanlı bir irade açıklaması ile oluşması anlamındadır. Bu nedenle, idari işlemdeki irade, tek bir makam ya da organ tarafından açıklanabileceği gibi, birçok kişiden oluşan bir organ veya kurul tarafından da açıklanabilir. Yine birden fazla idari makam ya da organ, tek bir irade açıklaması için bir araya gelebilir. İşte tüm bu hallerde idari işlem tek yanlıdır.

Yukarıdaki tanıma göre idari işlemin unsurlarından birini de "işlemin idari makam ya da makamlarca yapılmış olması", bir başka anlatımla, "organik unsur" oluşturmaktadır.

İptal davasının konusunu oluşturan idari işlemin diğer bir unsuru ise "icrailik"tir. Kamu gücünün, üçüncü kişiler üzerinde, ayrıca bir başka işlemin varlığına gerek olmaksızın, doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösterdiği işlemler icrai niteliktedir.

Bilindiği üzere iptal davaları ile idari işlemlerin hukuka uygunluğu denetlenir ve böylece idarenin hukuk alanı içinde kalması, bu alan içinde hareket etmesi amaçlanır. İdari yargı yerlerince verilen iptal kararları ile hem iptal edilen idari işlemle hukuk alanı dışına çıktığı saptanan idare yeniden bu alan içine alınmış olur, hem de menfaati ihlal edilen ve bu nedenle dava açan ilgili, eski hukuki durumuna geri gelerek iptal kararından somut olarak yararlanır.

2577 sayılı Yasa'nın 28/1. maddesinde, idarelerin, Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur oldukları hükme bağlanmıştır.

5176 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile dava konusu Yönetmeliğin 39. maddesinin 2. fıkrasında ve 31. maddesinin son fıkrasında yer alan hükümlerin birlikte incelenmesinden; Kamu Görevlileri Etik Kurulu'nun, başvurular hakkındaki inceleme ve araştırmasını etik davranış ilkelerinin ihlal edilip edilmediği çerçevesinde yürüteceği; başvuruya konu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin etik davranış ilkelerine aykırı işlem veya eylemi olduğunu tespit etmesi ve bu kararın, Başkan ve Üyeler tarafından imzalanmak suretiyle kesinleşmesi halinde, Başbakanlığın, bu durumu Kurul kararı olarak Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyuracağı; ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde, Kurul'un, yargı kararını yerine getireceği ve Resmi Gazete'de yayımlatacağı; bu Yasa'ya göre yapılan inceleme ve araştırmaların, genel hükümlere göre

ceza kovuşturmasına veya tabi oldukları personel kanunları hükümlerine göre disiplin kovuşturmasına engel oluşturmayacağı; öte yandan, Kurul'ca yapılan inceleme sırasında yargı yoluna gidildiği anlaşılan başvuruların işlemlerinin durdurulacağı anlaşılmaktadır.

5176 sayılı Yasa'da Kurul kararlarına karşı başvurulacak yargı yeri açıkça belirtilmemiş ise de, dava konusu Yönetmeliğin 39. maddesinin 1. fıkrasında, bu yargı düzeninin "idari yargı" olduğu açıkça belirtilmiş olup; bu durum, Kurul'un yapısal açıdan "idari bir kuruluş" olmasının doğal sonucudur.

Ancak asıl sorun, idari yargı yolunun açık olduğu belirtilen Kurul kararlarının niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Yukarıda da vurgulandığı üzere, Kurul'un yetkisi, dava konusu Yönetmelik kapsamında yer alan kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerini ihlal edip etmediklerini; bir başka anlatımla, etik davranış ilkelerine aykırı işlem veya eylemleri olup olmadığını saptamakla sınırlıdır. Yani, yaptığı inceleme sonucunda Kurul'un verdiği karar, yapısı ve içeriği itibariyle bir "tespit kararı" niteliğindedir.

Kurul üyelerinin, 5176 sayılı Yasa'nın 2. maddesine göre Bakanlar Kurulu'nca seçilip atanmaları; yine, bu maddenin 4. fıkrasında belirtilen koşulların varlığı halinde Başbakan onayıyla görevden alınmaları ve dava konusu Yönetmelik hükümlerinin, Yönetmeliğin 42. maddesi uyarınca Başbakan tarafından yürütüldüğü hususları göz önünde bulundurulduğunda, Kurul'un, bir "tespit kararı" niteliğindeki kararlarını Başbakanlığa göndermesi doğaldır.

Başbakanlık Makamı, bu Kurul kararlarının gereğinin yerine getirilmesi için, gerekli yerlere bildirimde bulunarak soruşturma açılmasını isteyebilir. Kurul'un "tespit kararı" niteliğini taşıyan bu kararının, etik davranış ilkelerine aykırı olduğu belirtilen işlemi veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin görev yaptığı idareye iletilmesi üzerine, bu idare, kamu görevlisinin anılan işlem veya eyleminin disiplin veya ceza hukukundan hangisini ilgilendirdiğini göz önünde bulundurarak, kurumun disiplin makamları tarafından işlem tesis edilmesini sağlayabileceği gibi, ilgili kamu görevlisi hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda da bulunabilir.

Ancak tüm bu hususlar, Kurul'ca verilen kararın bir "tespit kararı" olduğu, bu yapısıyla tek başına sonuç doğurucu nitelikte bulunmadığı ve idari davaya konu olabilecek nitelikte bir idari işlem özelliğini taşımadığı gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü anılan "tespit kararı", verildiği

tarih itibariyle, "henüz" ilgili kamu görevlisi yönünden çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini gösteren bir "icrai" işlem niteliğinde değildir.

Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında, "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" hükmüne yer verilmiştir.

Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından verilen kararların yukarıda vurgulanan niteliği ve Anayasa'nın 38/4. maddesinde yer alan hüküm birlikte değerlendirildiğinde; bir kamu görevlisinin işleminin veya eyleminin "suç" olduğu henüz yargı yerlerince saptanmamış iken, bir başka ifadeyle, henüz ortada "hükmen" kesinleşmiş bir suçu mevcut değilken bu kamu görevlisi hakkında Kurul'ca verilen kararın Anayasa'nın 38/4. maddesine aykırı olarak Resmi Gazete'de yayımlanması, o kamu görevlisinin Anayasa ile korunmuş olan kişilik haklarının ihlali anlamını taşımaktadır.

Kaldı ki, yukarıda da belirtildiği üzere, Kurul'ca verilen ve "tespit kararı" niteliğinde olan bu kararların, yapıları itibariyle idari davaya konu olabilecek icrai işlem niteliğini taşımamaları nedeniyle; bu işlemlerin (Kurul kararlarının) iptali istemiyle açılacak davalarda idari yargı yerlerince 2577 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin 3/d fıkrası uyarınca "incelenmeksizin ret" kararları verilebileceği de göz önünde bulundurulduğunda; Kurul'ca verilen kararların Resmi Gazete'de yayımlanması, yukarıda sözü edilen Anayasa'nın 36/1. ve 2577 sayılı Yasa'nın 28/1. maddelerinde yer alan hükümlerin işlevsiz kalması nedeniyle, ilgili kamu görevlisi yönünden doğabilecek sakıncaların daha da artmasına yol açabilecektir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; Kurul kararlarının (idari) yargı yerlerince iptal edilmesine kadar geçecek süreçte, kapsamındaki kamu görevlilerinin Anayasa ile korunan kişilik haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğuracak nitelikte, bu kamu görevlilerinin etik davranış ilkelerine aykırı olduğu "tespit edilen" işlem veya eylemleriyle ilgili Kurul kararlarının Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurulacağı yolunda hüküm getiren 5176 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin 3. fıkrasının, Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasına aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan Mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varması durumunda tarafların bu konudaki sav ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu

Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasının iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dosyada bulunan ilgili belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, 1.6.2007 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un itiraz konusu fıkrayı da içeren 5. maddesi şöyledir:

"**Madde 5-** Kurul, başvurular hakkındaki inceleme ve araştırmasını etik davranış ilkelerinin ihlâl edilip edilmediği çerçevesinde yürütür. Kurul, kendisine şikâyet veya ihbar yoluyla ulaşan başvurular üzerine yapacağı inceleme ve araştırmayı en geç üç ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.

Kurul, inceleme ve araştırma sonucunu ilgililere ve Başbakanlık Makamına yazılı olarak bildirir.

Kurul, başvuruya konu işlem veya eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin, etik davranış ilkelerine aykırı işlem veya eylemi olduğunu tespit etmesi ve bu kararın kesinleşmesi halinde, bu durumu Başbakanlık, Kurul kararı olarak Resmi Gazete aracılığıyla kamuoyuna duyurur. Ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde Kurul, yargı kararını yerine getirir ve Resmi Gazetede yayımlatır.

Bu Kanuna göre yapılan inceleme ve araştırmalar, genel hükümlere göre ceza kovuşturmasına veya tâbi oldukları personel kanunları hükümlerine göre disiplin kovuşturmasına engel teşkil etmez."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasına dayanılmış; 2. ve 17. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan

ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine 06.11.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 5176 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin üçüncü fıkrasında, Kamu Görevlileri Etik Kurulu tarafından kamu görevlisinin etik ilkeye aykırılığının tespitine ilişkin kararının ve bu kararın yargı tarafından iptali halinde de yargı kararının Resmi Gazete'de yayınlanacağına ilişkin düzenlemenin, tespit niteliğindeki Kurul kararlarının idari davaya konu olabilecek icrai işlem niteliğini taşımaması ve suçluluğu hükmen sabit olmayan bir durumun alenileştirilerek kişilik haklarının ihlaline neden olması gerekçeleriyle Anayasa'nın 38. 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 olmadığından itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 17. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

5176 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde Kurul'un etik kural ihlali ile ilgili başvurularda inceleme ve araştırma yöntemi belirlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında başvurular hakkındaki inceleme ve araştırmanın etik davranış ilkelerinin ihlâl edilip edilmediği çerçevesinde yürütüleceği ve çalışmaların azami üç ay içinde sonuçlandırılacağı; ikinci fıkrasında, inceleme ve araştırma sonucunun ilgililere ve Başbakanlık Makamına yazılı olarak bildirileceği; iptali istenilen üçüncü fıkrasında başvuruya konu kamu görevlisinin işlem veya eyleminin etik davranış ilkelerine aykırı olduğunun tespiti ve bu kararın kesinleşmesi halinde, durumun Başbakanlık tarafından Kurul kararı olarak Resmî Gazete'de kamuoyuna duyurulacağı, Kurul kararının yargı kararıyla iptali halinde yargı kararının yerine getirilerek yine Resmî Gazete'de yayımlanacağı, son fıkrasında ise bu Kanuna göre yapılan inceleme ve araştırmaların genel hükümlere göre ceza ve disiplin kovuşturmasına engel oluşturmayacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri

hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* başlıklı 17. maddesinde, *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* denilmektedir. Buna göre kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete görev olarak verilmiştir. Bu itibarla kişilerin yaşayışlarına ilişkin yasal düzenlemeler *"maddî ve manevî varlığını koruma hakları"*nı önemli ölçüde zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içeremez. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında *"…Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz"* denilerek, bireyin başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüş ve Anayasa Mahkemesi kararlarında, insan haysiyeti kavramı da insanın hangi durum ve şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınması ve sayılması olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda, 25.11.2005 günlü, E.2000/34, K.2005/91 sayılı Kararda, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir, aleni infaz vb. bedensel ceza ya da muameleye maruz kalmasının insan onuruyla bağdaşmayacağı belirtilerek, kuralın iptaline karar verilmiştir.

Suç ve cezalara ilişkin esasların yer aldığı Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* denilerek masumiyet karinesi kabul edilmiştir.

Etik, ahlâkın temellerini inceleyen felsefe dalı ya da bir kimsenin davranışlarına temel olan ahlâk ilkelerinin tümüne denir. Suç, hukuk düzeni tarafından ceza veya güvenlik tedbiri yaptırımına bağlanmış fiildir. Suç oluşturan bir davranış etik de değildir. Ancak etik olmayan her davranış her zaman suç niteliği taşımaz. Suç ve cezaların yasayla düzenlenme zorunluluğuna karşın, 5176 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde etik ilkelerin Etik Kurul tarafından yönetmelikle belirlenmesi esası kabul edilmiş, Anayasa Mahkemesi de 1.6.2005 günlü, E.2004/60, K.2005/33 sayılı kararıyla bu kuralı Anayasa'ya aykırı görmemiştir.

Etik Kurulu'nun görevi kapsamında kalan etik kurala aykırılık suç olmadığı gibi, kamu görevlisi hakkında etik kurala aykırılığın tespitine ilişkin kararlar da ceza niteliğinde değildir. Nitekim Yasa'nın 4. maddesinin son fıkrası gereğince, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarınca karara bağlanmış bulunan uyuşmazlıklar hakkında Kurula veya yetkili disiplin kurullarına başvuru yapılamayacağına; inceleme sırasında yargı yoluna gidildiği anlaşılan başvuruların işleminin durdurulacağına; 5. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince 5176 sayılı Yasa'ya göre yapılan inceleme ve araştırmaların, genel hükümlere göre ceza kovuşturmasına engel oluşturmayacağına ilişkin kurallar da bunu doğrulamaktadır. Etik ilkeye aykırılık kararları ceza niteliğinde olmadığından, kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir.

Öte yandan, idare hukukunda ilgilinin hukuki menfaatini etkileyenler hariç olmak üzere hiçbir hukuki etkiye sahip olmayan tespit edici işlemlere karşı dava açılamayacağı kabul edilmektedir. Etik Kurul'un tespit niteliğindeki kararlarının, insan onuru ve kişilik hakkı üzerindeki etkisi ve Yasa'nın iptali istenilen 5. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesindeki *"Ancak, Kurul kararlarının yargı tarafından iptali halinde Kurul, yargı kararını yerine getirir ve Resmi Gazetede yayımlatır."* hükmü, birlikte değerlendirildiğinde Etik Kurul kararlarının yargı denetimine tabi olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

5176 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde, bu Kanun'un amacı, kamu görevlilerinin uymaları gereken saydamlık, tarafsızlık, dürüstlük, hesap verebilirlik, kamu yararını gözetme gibi etik davranış ilkeleri belirlemek ve uygulamayı gözetmek üzere Kamu Görevlileri Etik Kurulunun kuruluş, görev ve çalışma usul ve esaslarının belirlenmesi olarak gösterilmiştir. Etik Kurulun, etik ilkeye aykırı davranışın tespitine ilişkin karar verme ve inceleme ve araştırma sonucunu ilgililere ve Başbakanlığa yazılı olarak bildirme yetkisi kamuda etik kültürünün yerleşmesi ve kamu görevinin işleyişinde etkinliğin sağlanması için gerekli görülebilirse de bu yazılı bildirimin 5176 sayılı Yasa kapsamında kamu görevlilerinin kendileri ve bunların hiyerarşik üstlerine bildirilmesi ile yetinilmeyip, idari yargı denetimine açık olan bu eylemlerin yargısal kesinlik kazanmadan Resmi Gazete ile kamuoyuna duyurulması ilgilinin herkese teşhiri anlamına gelmekte; bu durum ise bütün temel hak ve özgürlükler için dokunulmaz ve her türlü değerler ölçütünün dışında kabul edilen insan onuru ile kişinin maddi ve manevi varlığının önemli ölçüde zedelenmesine yol açmaktadır.

Öte yandan, Kamu Görevlileri Etik Kurulu kararının idari yargı tarafından iptal edilerek maddi olguların mevcut olmadığının tespiti

halinde, Yasa gereği bu iptal kararının da Resmi Gazete'de yayımlanmasının, daha önceki yayım nedeniyle yazılı ve görsel medyaya haber teşkil edip farklı sübjektif değerlendirmelere maruz kalarak onuru zedelenen ve toplum önünde teşhir edilen kişilerin, uğradıkları manevi zararlarını tümüyle gidermeyeceği de açıktır.

Hukuk devletinin temel gereklerinden olan insan haklarının, demokratik toplum içinde nitelikli bir şekilde kullanılabilmeleri sağlanırken, bu kullanımın sonucunda ortaya çıkacak düzensizliklerin olumsuz sonuçlarının kaldırılabilmesi belli bir dengenin kurulmasını gerektirir. Kamuda etik kültürünün yerleşmesi için etik ilkeye aykırılık kararları ile bunların denetimi sonucu idari yargı tarafından verilen iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlanmasının suç niteliği taşımayan bir konuda kişinin teşhirine, dolayısıyla toplum içindeki konumunun, maddi ve manevi varlığının ağır bir şekilde etkilenmesine yol açması, kişi özgürlüğü ile kamu gücünün kullanılması arasındaki hassas dengenin özgürlük aleyhine bozulması demektir. Bu nedenle kural demokratik toplum düzeninin gereklerine ve adalet ilkelerine dolayısıyla hukuk devletine ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

VI- SONUÇ

25.5.2004 günlü, 5176 sayılı Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 4.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/38

Karar Sayısı: 2010/39

Karar Günü : 25.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 9., 10., 11., 36., 37. ve 152. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Cinsel saldırı suçundan açılan kamu davasında beraat eden sanığın tutuklamanın haksız olduğu iddiası ile tazminat talebinde bulunduğu davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Anayasanın İlgili Madde ve İlkeleri:

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi, 9. maddesinde belirtilen yargı yetkisinin millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılması, 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik, 11. maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı, 36. maddesinde belirtilen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı ilkesi, 37. maddesinde belirtilen kanuni hakim güvencesi ve 152. maddesinde belirtilen görülmekte olan davada Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülebilirliği,

2- Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri:

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141, 142, 143 ve 144. maddelerinde açıklanan tazminat konusu eylemler, kamu otoritesi tarafından gerçekleştirilen Haksız Fiili niteliğindedir. 142. maddenin 6.

fıkrasında "İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminatın saptanacağı" belirtilmekle doğrudan Hukuk Usulü Muhakemesi ve Borçlar Kanunu'na atıfta bulunulmuştur. Böylece davaya konu tazminatın dayanağının haksız fiil olduğu kabul edilmiştir.

Tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, haksız fiile dayanarak açılan davalar, eylemin niteliğine göre, genel hukuk mahkemelerinde tazminat ya da idari yargı yerlerinde tam yargı davası olarak görülmektedir. Hukuk mahkemeleri ve idari yargı makamları bu konularda uzmanlaşmış ihtisas mahkemeleridir. Ağır Ceza Mahkemeleri niteliği itibariyle ceza yargılaması yapan mahkemelerdir.

Başka haksız fiil sebeplerine dayanarak açılan tazminat davaları hukuk ya da idare mahkemelerinde görüldüğü halde, 5271 sayılı Yasanın 141. maddesine dayanan ve haksız fiil olduğu belirtilen eylemler nedeniyle açılacak tazminat davaları Ağır Ceza Mahkemesince görülmektedir. Böylece kaynağı haksız fiil olan tazminat davalarının iki ayrı yargı merciinde görülmesi düzenlenmiştir. Bu husus Anayasanın 10. maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 36. maddesinde hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Aynı tür davalardan bir kısmı, konusunda uzman ve sürekli aynı nitelikli davalara bakan mahkemelerde görüldüğü halde, CMK 141. maddesine dayanan davaların (aslı tazminat davası olması nedeniyle hukuk mahkemelerinin görev ve ihtisas alanına girdiği halde) konusunda uzman olmayan farklı bir usul yasası uygulayan Ağır Ceza Mahkemelerinde açılmaktadır. Bu durum adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesinde davacının hakkını ispatlamasına ilişkin ispat kuralları da genel tazminat hukuku prensiplerine aykırı olarak sınırlandırılmıştır. Süreler daha kısaltılmış, delil ileri sürme hakkı da sınırlandırılmıştır. Bu usul de Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanununa aykırı olarak kısmi dava açabilme, davasını ıslah edebilme gibi haklardan davacı mahrum bırakılmıştır. Bu hususlar da adil yargılanma ve eşitlik ilkelerine aykırıdır.

Anayasanın 37. maddesinde kanuni hakim güvencesi düzenlenmiş ve hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemelerden başka bir mercii önüne çıkarılamayacağı belirtilmiştir.

Aynı nedene dayanan tazminat davalarının bir kısmının hukuk mahkemesinde, bir kısmının ise Ağır Ceza Mahkemesinde görülmesi bu ilkeye aykırı düşmektedir. Bu nedenle düzenleme kimsenin kanunen tabi

olduğu mahkemelerden başka bir mercii önüne çıkarılamayacağı ilkesine ve Anayasanın 37. maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 11. maddesinde Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarının idari makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasanın 152. maddesinde mahkeme görmekte olduğu bir davada uygulayacağı kanunun Anayasaya aykırı olduğunu görürse, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakacağı belirtmektedir.

Mahkememizin 2007/66 esas sayılı dava dosyasında Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142/2. maddesinin uygulanması söz konusudur. Bu maddenin yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varıldığından, bu konuda Anayasa Mahkemesine başvurma zorunluluğu doğmuştur.

İSTEM SONUCU: Yukarıda arz ve izah edilen nedenlerle;

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesinin 2. fıkrasının, Anayasanın 11. ve 152. maddeleri gereğince iptaline karar verilmesi saygı ile arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da içeren "Tazminat İsteminin Koşulları" başlıklı 142. maddesi şöyledir:

"(1) Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.

(2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.

(3) Tazminat isteminde bulunan kişinin dilekçesine, açık kimlik ve adresini, zarara uğradığı işlemin ve zararın nitelik ve niceliğini kaydetmesi ve bunların belgelerini eklemesi gereklidir.

(4) Dilekçesindeki bilgi ve belgelerin yetersizliği durumunda mahkeme, eksikliğin bir ay içinde giderilmesini, aksi hâlde istemin reddedileceğini ilgiliye duyurur. Süresinde eksiği tamamlanmayan dilekçe, mahkemece, itiraz yolu açık olmak üzere reddolunur.

(5) Mahkeme, dosyayı inceledikten sonra yeterliliğini belirlediği dilekçe ve eki belgelerin bir örneğini Devlet Hazinesinin kendi yargı çevresindeki temsilcisine tebliğ ederek, varsa beyan ve itirazlarını onbeş gün içinde yazılı olarak bildirmesini ister.

(6) İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir.

(7) Mahkeme, kararını duruşmalı olarak verir. İstemde bulunan ile Hazine temsilcisi, açıklamalı çağrı kâğıdı tebliğine rağmen gelmezlerse, yokluklarında karar verilebilir.

(8) Karara karşı, istemde bulunan, Cumhuriyet savcısı veya Hazine temsilcisi, istinaf yoluna başvurabilir; inceleme öncelikle ve ivedilikle yapılır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 9., 10., 11., 36., 37. ve 152. maddelerine dayanılmış, 142. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Serruh KALELİ'nin katılımlarıyla 2.5.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, başka haksız fiil sebeplerine dayanılarak açılan tazminat davalarının hukuk ya da idare mahkemelerinde görüldüğü halde, 5271 sayılı Yasanın 141. maddesine dayanan ve haksız fiil olduğu belirtilen eylemler nedeniyle açılacak tazminat davalarının, itiraz konusu kural sebebiyle tazminat konusunda uzman olmayan ve farklı bir usul uygulayan ağır ceza mahkemelerince görülmesinin Anayasa'nın 2., 9., 10., 11., 36., 37. ve 152. 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 142. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

İtiraz konusu kural, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteminin zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili olması durumunda aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa en yakın yer ağır ceza mahkemesinde görüleceğini kurala bağlamıştır. Böylece itiraz konusu kuralla, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat isteminde hangi mahkemenin görevli ve yetkili olduğu belirlenmiştir.

Yasa'nın madde gerekçesinde konuyla ilgili olarak, tazminat davasında yetkili ve görevli mahkemenin, davacının oturduğu yer ağır ceza mahkemesi olarak belirlenmesiyle kanuna aykırı işlemden zarar gören kişinin en kolay biçimde ve en masrafsız yöntemle hakkına kavuşabilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

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 eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin 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 ihlali 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 ihlal edilmiş olmaz.

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. Buna göre hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasları gözetildiğinde Devletin yargılama faaliyetinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için yasa ile özel olarak düzenleme yapılması gerekmektedir. 5271 sayılı Yasa'nın "*Tazminat İstemi*" başlıklı 141. maddesinde de suçun soruşturulması ve kovuşturulması sırasında koruma tedbirleri nedeniyle kişilerin haksız olarak uğradıkları maddi ve manevi her türlü zararın Devletten hangi hallerde istenebileceği özel olarak düzenlenmiş ve yargılama faaliyetinden dolayı Devletin tazminat sorumluluğu haksız fiil hükümlerinden ayrı olarak kabul edilmiştir. Bu durumda tedbir niteliğindeki uygulamalar nedeniyle haksız olarak zarara uğrayan ve tazminat isteminde bulunan kişiler ile haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat isteminde bulunan kişiler tazminat haklarını kullanabildiklerinden itiraz konusu kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı değildir.

5271 sayılı Yasa'nın 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasında karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve her halde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceği; aynı maddenin (6) numaralı fıkrasında ise tazminat istemi ile ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkemenin gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hakimlerden birine yaptırmaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu durumda tedbir niteliğindeki

uygulamalar nedeniyle haksız olarak zarara uğradığı savıyla tazminat isteminde bulunan kişinin dava açma, her türlü iddia ve savunmada bulunma, hür türlü delili ileri sürebilme hakkının bulunması yanında mahkemenin de gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya yetkili olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın, hak arama özgürlüğünü ve adil yargılanma hakkını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın "*Mahkemelerin Kuruluşu*" başlıklı 142. maddesinde, "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*." denilmiştir. Hukuk devletinde yasakoyucu, mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve hukukun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla takdir yetkisine sahiptir. Tedbir niteliğindeki uygulamalar nedeniyle tazminat isteminin hangi mahkemede görüleceğinin belirlenmesi yasama organına ait takdir yetkisi içinde kaldığından kuralın, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İtiraz isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 9., 11., 37. ve 152. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 25.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/75

Karar Sayısı: 2010/40

Karar Günü : 25.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 6. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.12.2006 günlü, 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu'nun 24. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının üniversiteler yönünden, Anayasa'nın 130. ve 161. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Hacettepe Üniversitesi Devlet Konservatuarında Araştırma Görevlisi kadrosunda çalışan davacının Devlet Konservatuarında sözleşmeli sanatçı öğretim elemanı olarak atanmasının Hacettepe Üniversitesi Yönetim Kurulu ve Yüksek Öğretim Genel Kurulu tarafından uygun bulunması üzerine, atamasının yapılabilmesi için bir adet pozisyon vizesi yapılması (bir adet sözleşmeli sanatçı kadrosunun tahsisi) isteği ile Maliye Bakanlığı'na başvuru yapılmış ve Maliye Bakanlığı tarafından söz konusu başvuruya süresinde cevap verilmemek suretiyle talep zımnen reddedilmiştir. Bunun üzerine redde ilişkin işlemin iptali istemiyle Ankara 6. İdare Mahkemesi'nde dava açılmış, Mahkeme tarafından Maliye Bakanlığı'nın red işleminin dayanağını oluşturan itiraz konusu kuralların, üniversiteler yönünden Anayasa'ya aykırılığı savıyla re'sen iptali için başvurulmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"T.C. Anayasasının 130. maddesinde; yüksek öğretim kurumlarının kendilerine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olduğu ve öğretim elemanlarının görevlerinin, unvanlarının, atama, yükselme ve emekliliklerinin, öğretim elemanı yetiştirme konusunun, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkilerinin, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve

alınacak harçların, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkelerin, disiplin ve ceza işleri ile mali işlerin, özlük haklarının, öğretim elemanlarının uyacakları koşulların, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesinin, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesinin, Yükseköğretim kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı mali kaynakların kullanılmasının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Üniversitelere yüksek düzeyde bilimsel çalışma ve araştırma yapmak, bilgi ve teknoloji üretmek, bilimsel verileri yaymak, ulusal alanda gelişme ve kalkınmaya destek olmak, yurtiçi ve yurtdışı kurumlarla işbirliği yapmak suretiyle bilim dünyasının seçkin bir üyesi haline gelmek, evrensel ve çağdaş gelişmeye katkıda bulunmak amacıyla tanınan bilimsel özerkliğin gerçekleşebilmesi için bu kurumların idari ve mali özekliğinin de sağlanması gerekmektedir.

Yüksek öğretim kurumlarına tahsis edilen ve aktarılan akademik kadrolar, saklı tutulan kadroların kullanım şekli, kadroların dağılımının ve serbest kadroların kullanımının usul ve esasları düzenleyen 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesinde; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik ek geçici 16 ncı maddesine göre üniversitelere bağlı konservatuarlarda istihdam edilecek sanatçılar için kadro şartının aranmayacağına yer verilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunun Ek Geçici 16. maddesinin 3. fıkrasında da; "Yukarıdaki fıkralara göre sözleşmeli olarak çalıştırılacakların sözleşme esasları, bunlara ödenebilecek ücretin üst sınırları ve sağlanacak sosyal yardımlar ile diğer mali haklar; ilgili bakanlığın önerisi ve Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşü üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılır." hükmü yer almıştır.

Öte yandan, T.C. Anayasasının 161. maddesinde; 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 6. maddesinde, "Devlet devair ve müessesatının senevi varidat ve masarifi muhammenatını gösteren ve bunların tatbik ve icrasına mezuniyet veren bir kanun" şeklinde tanımlanan Bütçe Kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağı kurala bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Hacettepe Üniversitesi Devlet Konservatuarında Araştırma Görevlisi kadrosunda çalışan davacının Devlet konservatuarında sözleşmeli sanatçı öğretim elemanı olarak atanmasının Hacettepe Üniversitesi Yönetim Kurulunun 10.01.2007; Yüksek Öğretim

Genel Kurulunun ise 02.02.2007 tarihli kararları ile uygun bulunması üzerine, atamasının yapılabilmesi için bir adet pozisyon vizesi yapılması isteği ile Maliye Bakanlığına başvuru yapılmış, hernekadar başvuruya cevap verilmemek suretiyle zımnen talep reddedilmiş ise de, idarece dosyaya sunulan cevap dilekçesinde; talebin. 2007 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun 24. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca, sözleşmeli personel pozisyonu sayının Maliye Bakanlığının vizesine tabi olduğundan ve istihdam edilecek yeni sözleşmeli personelin belirlenmesine yönelik herhangi bir işlem yapılmadan önce Maliye Bakanlığından izin alınması gerektiğinden bahisle reddedildiği anlaşılmıştır.

Bu durumda, Anayasanın yükseköğretim kurumlarına yapılacak atamaların kanunla düzenleneceği yolundaki hükmü ile Bütçe Kanununa yalnızca bütçe ile ilgili hüküm konulabileceği yolundaki hükmü, Üniversitelerin özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olduğu yolundaki hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, 2007 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun 24. maddesinin yukarıya alınan 2. ve 3. fıkrasının, kanunla düzenlenecek hususları özel nitelikli kanun olan bütçe kanunu ile düzenlemesi ve üniversitelerin bilimsel alanda olduğu kadar idari, mali alanda da olması gereken özerkliğine müdahale edici nitelikte olması nedeniyle Anayasanın 161. ve 130. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 24. maddesinin sözleşmeli personel pozisyonuna ilişkin sayıyı Maliye Bakanılığı vizesine tabi kılan 2. ve kamu kurum ve kuruluşlarına istihdam edecekleri yeni sözleşmeli personeli belirlemeye yönelik herhangi bir işlem yapmadan önce Maliye Bakanlığından izin alma şartı getiren 3. fıkrası, katma bütçeli kurumlar olan üniversiteler yönünden TC. Anayasası'nın 130. ve 161. maddelerine aykırı olduğundan 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28/2 maddesi uyarınca, Anayasaya aykırılık hakkında karar verilmek üzere, dosyada bulunan belgelerin onaylı örnekleriyle birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine 27.05.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.12.2006 günlü, 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu'nun "Sözleşmeli personele ilişkin esaslar" başlıklı 24. maddesinin itiraz konusu 2. ve 3. fıkraları şu şekildedir:

"(2) 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinde belirtilen kamu idare, kurum ve kuruluşlarında, ilgili mevzuatı uyarınca kadro karşılıksız, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası ve ek geçici 16 ncı maddesi ile yükseköğretim mevzuatı uyarınca kullanılacak sözleşmeli personel pozisyonlarına ilişkin, unvan, sayı ve ücretler ile tip sözleşme örneği Maliye Bakanlığının vizesine tâbidir. Kadro karşılığı çalıştırılan sözleşmeli personel için sadece tip sözleşme örneği vizesi yapılır.

(3) İkinci fıkrada belirtilen idare, kurum ve kuruluşların 2005 yılında vize işlemi yapılmış olup, 2006 yılında kullanılmaya devam olunan pozisyon ve tip sözleşme örnekleri ile 2006 yılında ilk defa vize edilmiş pozisyon ve tip sözleşme örnekleri, yeni bir vize yapılmasına gerek kalmaksızın 2007 yılında kullanılmaya devam olunur. Bu pozisyonlarda 2006 yılında istihdam edilen personelden, ilgili idare, kurum ve kuruluş tarafından 2007 yılında görevlerine devam etmeleri uygun görülenlerle, 2006 yılına ilişkin sözleşme ücretlerine 2007 yılı için yapılacak artışlar ilave edilmek suretiyle yeni sözleşme yapılır. Söz konusu pozisyonlarda birim, nitelik, unvan ve mevzuat uyarınca yapılması gerekenler dışındaki ücret değişiklikleri ve tip sözleşme değişiklikleri de Maliye Bakanlığına vize ettirilir. İsim bazında vizesi yapılan pozisyonlarda meydana gelecek değişiklikler de Maliye Bakanlığının vizesine tâbidir. **İlgili mevzuat hükümlerine dayanılarak istihdam edilecek yeni sözleşmeli personelin belirlenmesine yönelik herhangi bir işlem yapılmadan önce Maliye Bakanlığından izin alınması şarttır."**

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 130. ve 161. maddelerine dayanılmış, 87., 88. ve 89. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, Ali GÜZEL, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Serruh KALELİ'nin katılımıyla 5.8.2008 gününde 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, Devlet Konservatuarında sözleşmeli sanatçı öğretim elemanı atanmasında Maliye Bakanlığı'nın vize ve izin işlemine ilişkindir. İtiraz konusu kurallardan 5565 sayılı Yasa'nın 24. maddesinin (2) numaralı fıkrası yükseköğretim mevzuatı uyarınca kullanılacak sözleşmeli personel pozisyonlarına ilişkin, unvan, sayı ve ücretler ile tip sözleşme örneğini Maliye Bakanlığının vizesine tâbi kılmaktadır. Aynı maddenin (3) numaralı fıkrası ise beş tümceden oluşmaktadır. İlk dört tümcede 2005 ve 2006 yıllarında vize işlemi yapılmış olup 2007 yılında da kullanılmaya devam edilecek olan pozisyon ve tip sözleşme örneklerine ilişkin hükümler yer almaktadır. Davacı ise 2007 yılında ilk defa sözleşmeli personel olarak atanmaktadır. Dolayısıyla söz konusu fıkranın 2007 yılında ilk defa sözleşmeli personelin belirlenmesine yönelik hüküm içeren "**İlgili mevzuat hükümlerine dayanılarak istihdam edilecek yeni sözleşmeli personelin belirlenmesine yönelik herhangi bir işlem yapılmadan önce Maliye Bakanlığından izin alınması şarttır.**" şeklindeki son tümcesi davada uygulanacak kural olup bunun dışında kalan ilk dört tümcenin davada uygulanma olanağı yoktur.

Bu nedenle;

A- 26.12.2006 günlü, 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu'nun 24. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son tümcesi dışında kalan kurallarının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu kurallara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 26.12.2006 günlü, 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu'nun 24. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasının son tümcesinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru dilekçesinde; Anayasa'da, üniversitelerin kendilerine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olduğu; öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme, emeklilik ve diğer özlük haklarının yasayla düzenlenmesinin öngörüldüğü; 2547 sayılı Yasa ile bu konudaki ana ilke ve esasların gösterildiği, aynı Yasa uyarınca istihdam edilecek tüm öğretim elemanları kadrolarına yapılacak atamaların hangi makamlarca ve hangi usullerle yapılacağının tek tek sayıldığı; bu konuda, Maliye Bakanlığı'ndan izin alınacağı yolunda bir düzenlemeye yer verilmediği; öte yandan, bu kurumların bilimsel özerkliğinin sağlanabilmesi için malî ve idarî özerkliğinin de bulunmasının zorunlu olduğu; bu ilkelere uygun olmayan düzenlemelerin ise Anayasa'nın 130. maddesine aykırılık oluşturduğu; ayrıca Anayasa'nın 161. maddesinde, bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağının kurala bağlandığını, herhangi bir yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun, bütçe yasası ile düzenlenmesi veya herhangi bir yasada yer alan hükmün bütçe yasaları ile değiştirilmesi ve kaldırılmasının Anayasa'ya aykırı olacağı, dolayısıyla itiraz konusu kurallarla üniversitelere sözleşmeli personel atanmasında Maliye Bakanlığı'nın izni ve vize şartı getirilmesinin ilgili KHK ve yasa hükümlerini değiştirici nitelikte olduğu, bunun da Anayasa'nın 161. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık gerekçesini Anayasa'nın 130. ve 161. maddelerine dayandırmakla birlikte, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur olmadığı, taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceği hükme bağlandığından, itiraz konusu kurallar, belirtilen maddelerle birlikte Anayasa'nın 87., 88. ve 89. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri belirtilirken bütçe yasa tasarısını görüşmek ve kabul etmek dışında diğer yasaları koymak, değiştirmek ve kaldırmak biçiminde bir ayırım

yapılmıştır. Bütçe yasalarını öteki yasalardan ayrı tutan bu kural karşısında, herhangi bir yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe yasası ile düzenlenmesi veya herhangi bir yasada yer alan hükmün bütçe yasaları ile değiştirilmesi ve kaldırılması olanaksızdır.

Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerinde yasaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde teklif, görüşme usul ve esasları ile yayımlanması düzenlenirken bütçe yasalarının görüşme usul ve esasları 162. maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu maddeyle bütçe yasa tasarılarının görüşülmesinde ayrı bir yöntem kabul edilmiş, genel kurulda üyelerin gider arttırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiş ve Anayasa'nın 89. maddesiyle de Cumhurbaşkanı'na bütçe yasalarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasa'nın 163. maddesinde bütçede değişiklik yapılabilmesi esasları ayrıca düzenlenmiş, Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilmemiştir.

Anayasa'da birbirinden tamamen ayrı ve değişik olarak düzenlenen bu iki yasalaştırma yönteminin doğal sonucu olarak, olağan yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun, bütçe yasası ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması olanaksızdır.

Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrasında, "*Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz*." denilmektedir. Yasa konusu olabilecek bir kuralı kapsamaması koşuluyla "bütçe ile ilgili hükümler" ifadesi de bütçeyi açıklayıcı, uygulanmasını kolaylaştırıcı nitelikte düzenlemeler olarak değerlendirilmelidir.

Bir yasa kuralının bütçeden harcamayı ya da bütçeye gelir sağlamayı gerektirir nitelikte bulunması, mutlak biçimde "bütçe ile ilgili hükümlerden" sayılmasına yetmez. Her yasada değişik türde gidere neden olabilecek kurallar bulunabilir. Böyle kuralların bulunmasıyla örneğin eğitim, savunma, sağlık, yargı, tarım, ulaşım ve benzeri kamu hizmeti alanlarına ilişkin yasaların bütçeyle ilgili hükümler içerdiği kabul edilirse, bu konulardaki yasaların değiştirilip kaldırılması için de bütçe yasalarına hükümler koymak yoluna gidilebilir. Oysa, bu tür yasa düzenlemeleri, bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmayan, Yasa koyucunun başka amaçla ve bütçeninkinden tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirmesi gereken yasama işlemleridir. "Bütçe ile ilgili hüküm" sözcüklerine dayanılarak, gider ya da gelirle ilgili bir konuyu olağan bir yasa yerine bütçe yasası ile düzenlemek Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerini bu tür yasalar yönünden uygulanamaz duruma düşürür.

Anayasa'nın 161. maddesinin getiriliş amacı, bütçe yasalarında, bütçe kavramı dışındaki konulara yer vermemek, böylece bütçe yasalarını bütçeyle ilgili olmayan kurallardan uzak tutmak ve kendi yapısı içinde bütünleştirmektir.

İtiraz konusu kurallarda, yükseköğretim mevzuatı uyarınca kullanılacak sözleşmeli personel pozisyonlarına ilişkin, unvan, sayı ve ücretler ile tip sözleşme örneğinin Maliye Bakanlığı tarafından vize edileceği ve istihdam edilecek yeni sözleşmeli personelin belirlenmesine yönelik herhangi bir işlem yapılmadan önce Maliye Bakanlığından izin alınacağı öngörülmektedir.

2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu ile öğretim elemanlarının genel olarak atama usul ve esasları belirlenmiştir. 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu'nun 15. maddesinde; "*Yükseköğretim kurumlarının 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik ek geçici 16 ncı maddesinde unvanları belirtilen personeli, Yükseköğretim Kurulunun onayı ile sözleşmeli olarak istihdam edilebilir. Bu elemanların sözleşme esasları, bunlara ödenebilecek ücretin üst sınırları ve sağlanacak sosyal yardımlar ile diğer mali haklar; Yükseköğretim Kurulunun önerisi, Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşü üzerine Bakanlar Kurulunca kararlaştırılır*." denilmiş ve 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinde, yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanları kadrolarına yapılacak atamalarda Yükseköğretim Kurulu'nun izni yeterli görülmüş, 6. maddesinde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun değişik Ek Geçici 16. maddesine göre üniversitelere bağlı konservatuvarlarda istihdam edilecek sanatçılar için kadro şartının aranmayacağı öngörülmüştür. Anılan hükümlerde, yükseköğretim kurumlarında istihdam edilecek sözleşmeli personelin atanmasına ilişkin işlemlerde Maliye Bakanlığı'na verilmiş bir görev ve yetki bulunmamaktadır.

Bütçe ile ilgili olmayan ve diğer yasalarla yapılması gereken düzenlemelerin bütçe yasası dışındaki yasalarla yapılması zorunludur. 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu'nun 24. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve (3) numaralı fıkrasının son tümcesi ile, yükseköğretim mevzuatı uyarınca kullanılacak sözleşmeli personel pozisyonlarına ilişkin, unvan, sayı ve ücretler ile tip sözleşme örneğinin Maliye Bakanlığı tarafından vize edileceği ve istihdam edilecek yeni sözleşmeli personelin belirlenmesine yönelik herhangi bir işlem yapılmadan önce Maliye Bakanlığından izin alınacağı öngörülerek 78 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 2547 sayılı Yasa ve 2914 sayılı Yasa'nın sözleşmeli personel istihdamına ilişkin hükümleri 2007 yılı için değiştirilmiş ve

olağan yöntemlerle yapılan yasalarla yapılması gereken bir düzenleme Bütçe Yasası ile yapılmıştır.

Bu nedenlerle diğer yasaların konusu olan bu düzenlemenin Bütçe Yasası ile yapılmış olması, Anayasa'nın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırıdır. Kuralların iptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

Kuralların, Anayasa'nın 130. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.12.2006 günlü, 5565 sayılı 2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu'nun 24. maddesinin, (2) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasının son tümcesinin "üniversiteler" yönünden, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 25.2.2010 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraza konu kural 4914 sayılı Kanun'un 15. maddesi ile 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. ve 10. maddelerinde düzenlenen kuralları açıklayıcı ve Maliye Bakanlığı'nın bütçe disiplinini sağlayıcı mahiyeti itibariyle, olağan (bütçe dışı) yasalarda herhangi bir değişiklik yapmadığından, Anayasa'nın 161. maddesine aykırı bir yönünün bulunmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun kuralın iptaline yönelik kararına katılmıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Sacit ADALI
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2008/55

Karar Sayısı: 2010/41

Karar Günü : 25.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kırklareli Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Cinsel taciz suçundan açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Yargılama sırasında müşteki, sanıktan şikayetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini beyan etmiş, usulüne uygun olarak davaya katılmış, önceki şikayetlerini tekrarlayarak sanığın cezalandırılmasını istemiştir.

Sanık savunmasında, üzerine atılı suçlamayı kabul etmediğini, sadece katılanla tanışmak amacıyla mesaj çektiğini, kesinlikle katılana hakaret dolu ve cinsel taciz içerir bir şey söylemediğini, sadece katılanla tanışmak istediğini savunmuştur.

Mahkememizde yargılama devam ederken 11.06.2008 tarihli celsede mahkememizce 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinin 2709 Sayılı T.C Anayasasının 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasanın 148. ve 152. maddeleri gereğince itiraz yoluyla anılan maddenin iptalinin istenmesi gerektiği yönünde aşağıdaki gerekçelerle hüküm kurulmuştur.

Şöyle ki;

Cinsel taciz suçu, 5237 Sayılı TCK.nun ikinci kitabının "Kişilere karşı suçlar" başlıklı ikinci kısmının, "Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlıklı altıncı bölümünde 105. maddede düzenlenmiştir.

Bu maddede düzenlenen suç, mülga 765 Sayılı TCK.nun 421. maddesinde düzenlenen söz atma ve sarkıntılık suçlarının karşılığını oluşturduğu öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir.

5237 Sayılı TCK.nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir. "Cinsel taciz" sözünün ne anlama geldiği belirsizlik taşımakta ve birbirinden farklı muhtelif tanımlar yapılmaktadır. Bu cümleden olarak bir tanıma göre cinsel taciz, bir kimsenin canını sıkma, rahatını kaçırma, ona sıkıntı verme, onu tedirgin etme anlamındadır. Diğer bir tanıma göre cinsel taciz, bireyin diğer bir bireyi rızası olmadan elle, sözle, gözleri ve bedeni ile cinselliğini hedefleyerek rahatsız etmesidir. Başka bir tanıma göre cinsel taciz, kadınların kendi rızaları dışında ve kendilerine rağmen, bedenlerine ve cinselliklerine yönelik her türlü davranış şeklinde tanımlanmıştır. Başka bir tanıma göre cinsel taciz, birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı ancak bedeni temas içermeyen ve kişiyi rahatsız edici nitelikte hareketlerdir.

5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinin madde gerekçesinde cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirebileceği ve kişinin cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu belirtilmiş, ancak hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin 19.04.2007 tarih ve 2007/39 Esas-2007/53 Karar sayılı kararında, Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin, tüm işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren devlet olduğu ifade edilmiştir.

Hukuk devleti ilkesi gereği yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de göz önünde tutulması gereklidir.

Yine Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarih ve 2006/71 Esas 2008/69 Karar sayılı kararında hukuk devletinin, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren,

her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet olduğu ifade edilmiştir.

Yine aynı kararda, hukuk devletinde hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçları işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasa koyucunun belirleyeceği bir alan olduğu, ancak yasa koyucunun bunu yaparken Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak koşulu ile takdir hakkını kullanabileceği belirtilmiştir.

Kişilerin içinde yaşadıkları toplumda namus, şeref ve haysiyetlerinin korunmasını istemeleri temel haklarındandır. Bu nedenle kişilerin bu hakları geçmişten beri ceza yaptırımı taşıyan kurallarla korunmaktadır. Yasa koyucu, Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde kalmak koşulu ile hangi eylemlerin suç oluşturacağını ve bu eylemlere ne miktar ceza verileceğini takdir ve saptama yetkisine sahiptir.

Anayasanın ikinci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin; suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı ilkelerini de içerdiği Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir.

Gerçekten "Suçta ve cezada kanunilik" ilkesi teorik bir ilke olmayıp Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen ve artık bir iç hukuk kuralı haline gelen ve Anayasanın 90/son maddesi uyarınca Anayasaya aykırılığı dahi ileri sürülemeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinde düzenlenen pozitif bir ilkedir. Bu ilke mülga 765 Sayılı TCK.nun 2. ve 5237 Sayılı TCK.nun 7. maddelerinde de aynı şekilde düzenlenmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca eylemden önce o eylemin cezalandırılabilir olduğunun, herkesçe bilinip anlaşılabilecek şekilde ve kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Sunday Times/Birleşik Krallık (26.04.1979) davasında suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, vatandaşların öncelikle ceza yaptırımı taşıyan hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmeleri ve ayrıca vatandaşların davranışlarını yönlendirebilmelerine olanak vermek için, ceza yaptırımı taşıyan kuralların herkesçe anlaşılacak bir biçimde açık ve net olarak düzenlenmiş olması gerektiğini içtihat etmiştir.

Her ne kadar 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinin gerekçesinde cinsel taciz kavramının ne anlama geldiği yönünde bir tanımlama yapılmış ise de, bu tanımlamanın "yasama yorumu" niteliğinde olduğu ve yerel mahkemeler ile Yüksek Mahkemeleri bağlayıcı olmadığı, öğreti ve uygulamada büyük bir ekseriyetle kabul edilmektedir. Kaldı ki; madde gerekçeleri Resmi Gazete dahil hiçbir basılı yayında yayımlanmadığı için, madde gerekçesinde geçen cinsel taciz kavramı tanımının vatandaşlar tarafından bilinebilir olacağı ileri sürülemez. Bir başka anlatımla, vatandaşlar ve toplum, hangi eylemleri işlediklerinde bu eylemlerinin "cinsel taciz" sayılacağını ve ceza yaptırımı ile karşılaşacaklarını bilebilecek durumda değillerdir. Yasa koyucu, ceza yaptırımı içeren eylemi suç olarak düzenlerken bu eylemi açık ve net şekilde belirlemeli, hiç olmazsa eylemin sınırlarının belirlenebilir olması gerekmektedir. Halbuki 765 Sayılı mülga TCK.nun 421. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde dahi, gerek yerel mahkemeler uygulamasında ve gerekse Yargıtay 5. Ceza Dairesinin temyiz incelemeleri sonucu verdiği emsal kararlarda, bugünkü cinsel taciz kavramının o zamandaki karşılığı olan "sarkıntılık" kavramını netleştiremediği, bazı eylemler sarkıntılık olarak değerlendirilirken, diğer bazı benzer eylemlerde ırza tasaddi olarak değerlendirilebilmiştir. Bununla ilgili olarak Yüksek Mahkemenin geçmişte birbirleri ile çelişkili çok sayıda kararı olduğu, ceza hukuku uygulamacıları tarafından bilinmektedir.

5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinde düzenlenen "cinsel taciz" suçunun maddi unsurunun yukarıda ifade edildiği gibi hangi eylemleri içerdiği, kişiden kişiye değişir nitelikte tartışmalı bir mahiyet arz etmektedir. Bir örnek verilecek olursa, kimi ceza hukukçularına göre bir kadına sürekli ve ısrarlı bakışların dahi cinsel taciz suçunu oluşturacağı ileri sürülmekte, kimi ceza hukukçuları da bu maddedeki suçun oluşabilmesi için mutlaka icrai nitelikte bir eylemin varlığının şart olduğunu savunmaktadırlar.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılabileceği gibi, 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinde düzenlenen "Cinsel taciz" suçunun hangi eylemleri suç olarak öngördüğü, hangi eylemlerin bu madde kapsamında değerlendirilerek faillerine ceza verileceği hususunda, gerek öğretide ve gerekse de mahkemeler ile Yargıtay uygulamalarında farklılıklar bulunmaktadır.

Şu halde 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesindeki cinsel taciz suçu düzenlemesinin 2709 Sayılı T.C Anayasasının 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasanın 148 ve 152. maddeleri ile 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi gereğince, itiraz yoluyla sözü edilen 5237 Sayılı TCK.105/1. maddesindeki kuralın iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesine

başvurulması gerektiği kanaatine varılmıştır. (Ancak Anayasa Mahkemesince re'sen dikkate alınacağından sonuç kısmında 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesinde ayrıca söz edilmeye gerek duyulmamıştır.)

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçeye dayanılarak;

Mahkememizce 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinin 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. ve 38. maddesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasanın 148. ve 152. maddeleri gereğince dosyanın içinde bulunan bütün evrakların onaylı suretleri çekildikten sonra ve Anayasaya aykırılık hususundaki gerekçeli kararımız ile birlikte dosyanın onaylı suretinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, bu nedenle Anayasanın 152/1. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesinin vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına,

Dosya Anayasa Mahkemesine gönderileceğinden duruşma günü tayinine yer olmadığına, dosya dönüşünde re'sen ele alınmak üzere esas defterine şerh verilmesine karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 105. maddesi şöyledir:

"(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına hükmolunur.

(2) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine dayanmıştır.

IV- 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 26.6.2008 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, cinsel taciz suçunun madde metninde değil, gerekçede tanımının yapıldığı, Resmî Gazete'de yayımlanmayan madde gerekçesinin öğreti ve uygulamada yargı mercilerini bağlayıcı olmadığının büyük oranda kabul edildiği, suçun maddi unsurunun hangi eylemleri içerdiğinin açıkça belirtilmediği ve tartışmalı olduğu, bu konuda öğreti ile uygulamada farklılıklar bulunduğu, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralı da içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde, cinsel taciz suçuna yer verilmiştir. Söz konusu suç, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının *"Kişilere Karşı Suçlar"* başlıklı İkinci Kısmının *"Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar"* başlığı altındaki 102 ilâ 105. maddelerin yer aldığı Altıncı Bölümünde düzenlenmiştir. Bu suçla korunan hukuki yarar, kişinin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığıdır.

İtiraz konusu (1) numaralı fıkrada, suçun temel şekli ve yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre, suçu oluşturan hareket, *"bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etme"* şeklinde belirtilmiştir. Madde gerekçesine göre cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilen, cinsel yönden ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir. Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli düzenlenmiştir. Buna göre suçun; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi veya bu fiil nedeniyle mağdurun; iş bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış olması durumunda verilecek cezanın artırılması gerekmektedir.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifleştirici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda yasakoyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *"suçun yasallığı"*, üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek, *"cezanın yasallığı"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesiyle, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

İtiraz konusu kuralda hangi tür davranışların *"cinsel taciz"* sayılacağı açıklanmamış ise de, 5237 sayılı TCK'nın *"Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar"* başlıklı Altıncı Bölümünde yer alan 102. maddesinde cinsel saldırı, 103. maddesinde de çocukların cinsel istismarı düzenlenmiştir. Anılan maddeler ile birlikte 105. maddenin değerlendirilmesinden cinsel taciz suçunun, cinsel saldırı ve cinsel istismar boyutuna ulaşmayan, cinsel amaçlı rahatsız etme fiilleri olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca maddenin gerekçesi ve her olayın kendine özgü şartlarının mahkemece değerlendirileceği açık olduğundan itiraz konusu kuralın belirsizliğinden söz edilemez.

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

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 25.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/99

Karar Sayısı: 2010/42

Karar Günü : 25.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kocaeli 6. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 10.7.1953 günlü, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 156. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 36., 37. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Şüphelinin evinde yapılan aramada ele geçirilen ruhsatsız tabanca ve mermi nedeniyle açılan davada, 6136 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"6136 Sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 13. maddesinde; "Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak ateşli silahlarla bunlara ait mermileri satın alan veya taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve otuz günden yüz güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

Ateşli silahın, bu Kanunun 12 nci maddesinin dördüncü fıkrasında sayılanlardan olması ya da silâh veya mermilerin sayı veya nitelik bakımından vahim olması halinde beş yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beş yüz günden beş bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

Bu Kanunun 12 nci maddesinin dördüncü fıkrasında sayılanlar dışındaki ateşli silahın bir adet olması ve mutat sayıdaki mermilerinin ev veya işyerinde bulundurulması halinde verilecek ceza bir yıldan iki yıla kadar hapis ve yirmi beş günden yüz güne kadar adlî para cezasıdır.

Ateşli silahlara ait mermilerin pek az sayıda bulundurulmasının veya taşınmasının mahkemece vahim olarak takdir edilmemesi durumunda hükmolunacak ceza altı aya kadar hapis ve yüz güne kadar adlî para cezasıdır.

Kuru sıkı tabir edilen ses veya gaz fişeği ya da benzerlerini atabilen tabancayı, teknik özelliklerinde değişiklik yaparak öldürmeye elverişli silah haline dönüştüren kişi, bu maddenin birinci fıkrası hükümlerine göre cezalandırılır." şeklinde belirtilmiştir. Söz konusu metnin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmüştür. Şöyle ki;

6136 sayılı Kanunun 13. maddesinin birinci fıkrasında, ateşli silahın taşınması veya bulundurulmasından bahsedilip, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve otuz günden yüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılması öngörülmüş; üçüncü fıkrasında ise, bu silahın salt ev veya işyerinde bulundurulması halinde bir yıldan iki yıla kadar hapis ve yirmi beş günden yüz güne kadar adlî para cezası öngörülmüştür. Bu halde salt ev veya işyerinde silah bulundurulması halinde daha az ceza verilmesi söz konusudur.

Maddenin beşinci fıkrasında, tadil edilmiş kuru sıkı tabir edilen silahlar için birinci fıkraya göre ceza verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu halde ilk imal ediliş tarzı itibariyle ateşli silahın evde bulundurulması halinde 3. fıkraya göre daha az ceza, başlangıçta ateşli silah olmayıp kuru sıkı olarak imal edilip, daha sonra tadil edilerek elde edilmiş ateşli silahın ev veya işyerinde bulundurulması halinde 1. fıkraya göre daha çok ceza verilmesine sebebiyet verilecektir.

Ayrıca birinci fıkrada düzenlenen suçlara Asliye Ceza Mahkemesi bakmakla görevli iken, üçüncü fıkrada düzenlenen suçlara Sulh Ceza Mahkemesi bakmakla görevli olduğundan, görevli mahkemenin değişmesi durumu da ortaya çıkacaktır.

Bu nedenlerle, 6136 sayılı Kanunun beşinci fıkrasının Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki adil yargılama ilkesine, 37. maddesindeki kanuni hâkim ilkesine, 38. maddesindeki ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olduğu düşünüldüğünden, belirtilen maddelerin Anayasaya aykırılıkları yönünden Anayasanın 152. maddesi uyarınca gerekli incelemenin Anayasa Mahkemesince yapılması saygıyla arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un itiraz konusu fıkrayı içeren 13. maddesi şöyledir:

"**Madde 13-** Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak ateşli silahlarla bunlara ait mermileri satın alan veya taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve otuz günden yüz güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

Ateşli silahın, bu Kanunun 12 nci maddesinin dördüncü fıkrasında sayılanlardan olması ya da silâh veya mermilerin sayı veya nitelik bakımından vahim olması halinde beş yıldan sekiz yıla kadar hapis ve beşyüz günden beşbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

Bu Kanunun 12 nci maddesinin dördüncü fıkrasında sayılanlar dışındaki ateşli silahın bir adet olması ve mutat sayıdaki mermilerinin ev veya işyerinde bulundurulması halinde verilecek ceza bir yıldan iki yıla kadar hapis ve yirmibeş günden yüz güne kadar adlî para cezasıdır.

Ateşli silahlara ait mermilerin pek az sayıda bulundurulmasının veya taşınmasının mahkemece vahim olarak takdir edilmemesi durumunda hükmolunacak ceza altı aya kadar hapis ve yüz güne kadar adlî para cezasıdır.

Kuru sıkı tabir edilen ses veya gaz fişeği ya da benzerlerini atabilen tabancayı, teknik özelliklerinde değişiklik yaparak öldürmeye elverişli silah haline dönüştüren kişi, bu maddenin birinci fıkrası hükümlerine göre cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 36., 37. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine 13.11.2008 gününde 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, ateşli silaha dönüştürülmüş kuru sıkı olarak adlandırılan silahları bulundurma suçu nedeniyle 6136 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin birinci fıkrasına göre verilen cezanın, ilk imal ediliş tarzı itibariyle ateşli silahın bulundurulması halinde aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre verilen cezadan fazla olmasının ve görevli mahkemenin, diğerinde sulh ceza mahkemesi iken bu suçta asliye ceza mahkemesi olarak kabul edilmesinin Anayasa'nın 2., 10., 36., 37. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6136 sayılı Yasa'nın 5728 sayılı Yasa'nın 156. maddesiyle değişik 13. maddesinin son fıkrasına göre, kuru sıkı tabir edilen ses veya gaz fişeği ya da benzerlerini atabilen tabancayı teknik özelliklerinde değişiklik yaparak öldürmeye elverişli silaha dönüştürenlerin birinci fıkra gereğince bir yıldan üç yıla kadar hapis ve otuz günden yüz güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı kurala bağlanmıştır. Madde gerekçesindeki *"kuru sıkı tabancanın öldürmeye elverişli silah haline dönüştürülmesinin yaptırım altına alındığı konusuna açıklık kazandırmak"* ifadesi de gözetildiğinde birinci fıkra gereğince cezalandırılacak olan suçun *"dönüştürme suçu"* olduğu açıktır.

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

Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. 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 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, mahkemelerin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı, 37. maddesinde kanuni hâkim güvencesi kurala bağlanmış, 38. maddesinde ise suç ve cezalara ilişkin esaslara yer verilmiştir.

İlk imal edilişi 6136 sayılı Yasa kapsamında olan bir silahı *"bulundurma eylemi"* ile kurusıkı olarak adlandırılan ses veya gaz fişeği ya da benzerlerini atabilen tabancanın 6136 sayılı Yasa kapsamındaki silaha *"dönüştürme eylemi"* aynı nitelikte değildir. Farklı suçları işleyenler ise aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından eşitlik karşılaştırmasına esas alınamazlar.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda ses veya gaz fişeği ya da benzerlerini atabilen tabancayı teknik özelliklerinde değişiklik yaparak öldürmeye elverişli silaha dönüştürme suçuna 6136 sayılı Yasa kapsamındaki silahı bulundurma suçuna göre niteliğindeki ağırlık gözetilerek daha ağır bir yaptırım öngörülmesi de anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdiri kapsamındadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 36.ve 37. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

10.7.1953 günlü, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 156. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 25.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2007/65

Karar Sayısı: 2010/43

Karar Günü : 25.2.2010

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 5.5.2007 günlü, 5652 sayılı, Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanun'un;

1- 2. maddesiyle değiştirilen 24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin 4367 sayılı Yasa ile değiştirilen üçüncü fıkrasının birinci tümcesinin,

2- 3. maddesiyle 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığı ile birlikte değiştirilen 21. maddesinin, birinci fıkrasında yer alan "… tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi …" ibaresi ile altıncı ve dokuzuncu fıkralarının,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 8.6.2007 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 05.05.2007 Tarih ve 5652 Sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanunun 2 nci Maddesinin değiştirdiği 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17 nci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin "Toptancı Halde Satış Zorunluluğu" başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasında "Belediye sınırları ve mücavir alanlar içerisinde malların toptan alım ve satımı toptancı hallerde yapılır. Malların toptancı hal dışında toptan alım ve satımı yapılamaz." denilerek malların bir halden geçmiş olmadıkça toptan alım ve satımının yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. İptali istenen hüküm ile, yaş meyve ve sebzenin perakende satışının yapılacağı ilin haline de girmesi zorunlu kılınmıştır.

Yaş meyve ve sebze yukarıda da belirtildiği üzere, zorunlu olarak üretim bölgesindeki toptancı halden satın alındığı için, iptali istenen cümle ile yapılan düzenlemenin anlamı, ürünün satış yapılacak ilde ikinci kez toptancı hale girmesidir. Bunun sonucu ise, aynı mallardan % 2 belediye rüsumu, satış bedeli üzerinden % 8 komisyon ve bu komisyonun 1.44 Katma Değer Vergisinin ikinci kez alınmasıdır. Hal böyle olunca tüketicilerin ürünleri üretici bölgelerindeki fiyata nazaran çok daha pahalı tüketmek zorunda kalacakları açıktır. Bu nedenle, böyle bir düzenlemenin kamu yararı amacına değil komisyoncuların çıkarlarına ve yerel yönetimlere kaynak sağlama amacına yönelik bulunduğu kuşkusuzdur. Kaldı ki böyle bir amacın gerçekleşmesi de çok şüphelidir. Zira, tacir ürünlerini üretildiği bölgenin haline sokmadan direk tüketileceği yerin haline götürmenin yollarını arayacaktır. Bu da en çok üretim bölgelerinin halinde faaliyet gösteren yerel yönetimlere zarar verecektir. Öte yandan, hiç kimse ticareti kısıtlanmış mal ve hizmet almadan cirosunun % 11.44'ünü başka kişi ve kuruluşlara ödemek zorunda kaldığı bir sektöre yatırım yapmak istemeyecektir.

Bu nedenle de, aynı ürünün üretildiği ve tüketildiği bölgede 2 kez hale girmesini öngören bir düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olduğu söylenemez. Yasaların kamu yararına dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

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

gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır (Anayasa Mahkemesinin 28.01.2004 tarih, E.2003/86, K.2004/6 sayılı kararı).

Açıklanan nedenle iptali istenen, kamu yararı amacına yönelik olmadığı açık bulunan cümle, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, son yıllarda ülkemizde sebze meyve işleme, paketleme ve muhafaza tesislerinin artması ve modern seracılık tesislerine yapılan yatırımlar neticesinde çok önemli mesafeler alınmıştır. Bu suretle ölçek ekonomisini tutturan işletmeler, izlenebilir üretim teknikleri, markalaşma, paketleme vb. konularda sektörde örnek olmuştur. Yaş meyve ve sebze paketlenerek "Gıda Üretim Sicil Belgesi" ne sahip bu işletmelerce bir gıda maddesi olarak tüketicilere sunulmaktadır. Bu tesisler de çoğunlukla ülkemizin üretici bölgelerinde (Antalya, Mersin, Adana, Bursa, İzmir, Muğla vb.) konuşlanmıştır. Üretici ya da paketleme tesisleri, bölge halinden satın aldıkları malları kendi tesislerinde işleyip, paketleyip, mevzuata uygun etiketleyip Gıda Sicil No'su ile tüketici bölgelerindeki müşterilerine sevk etmektedirler. İptali istenen cümle ile yapılan söz konusu düzenleme, bu sevki zincirini kırmak suretiyle sevki sağlayan özel teşebbüsü engellemektedir.

Anayasanın 48 inci maddesi ile özel teşebbüsleri ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara göre koruma ve geliştirme görevi Devlete verilmiştir. Devletin, 48 inci maddeye göre yerine getirmesi gereken işlevi, özel teşebbüsün gelişmesini sağlayacak doğrultuda ekonomik ve sosyal politikalar uygulamak; özel teşebbüsün güvenli çalışma ortamını sağlamaktır. İptali istenen cümle, söz konusu özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını engelleyecek nitelikte olduğundan Anayasanın 48 inci maddesinde Devlete verilen görevin gerçekleşmesini engellemekte; dolayısı ile 48 inci maddeye 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, 05.05.2007 Tarih ve 5652 Sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanunun 2 nci maddesinin değiştirdiği 552 sayılı Kanun Hükmünde

Kararnamenin 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 48 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 05.05.2007 Tarih ve 5652 Sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanunun 3 üncü Maddesinin Başlığıyla Birlikte Değiştirdiği 552 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21 inci Maddesinin Birinci Fıkrasındaki "tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi" İbaresinin; Altıncı Fıkrasının; Dokuzuncu Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenilen söz konusu kurallar ile, belediyelerin toptancı hallerini tahsis yoluyla işletmelerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu kurallar ile, tahsisin usul ve esasları belirlenmemiş, iptali istenen altıncı fıkranın son cümlesinde "Tahsisin usûl ve esasları Sanayi ve Ticaret Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." denilmek suretiyle tahsisin usul ve esaslarının yönetmelikle düzenlenmesi yürütmeye bırakılmıştır.

Kuvvetler ayrılığının benimsendiği Anayasada, yasama, yürütme ve yargı organlarının görev ve yetki alanları ayrılarak düzenleme yapıldığından, Anayasa ile öngörülen ayrık durumlar dışında bunlar arasında yetki devri olanaklı değildir. Bu husus, Anayasanın 7 nci maddesinde açıkça ifade edilerek "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez" denilmektedir. Devredildiği taktirde bu yetki, kökenini Anayasadan almayacağı için, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerinin yanı sıra Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırı olur.

Anayasaya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 18.06.1985 günlü, E.185/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

"Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir

yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.”.

Esasen Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur. (Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 tarih E.1987/18, K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa. 2001)

Gerçekten yönetmelik ile yapılan düzenlemede, kanun koyucunun verdiği yetki sınırlarının aşılmamış olması, vazgeçilmez bir koşuldur. Anayasanın 8 inci maddesindeki yürütme yetki ve görevinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği kuralının anlamı budur.

Belediyelerin toptancı hallerini tahsis yoluyla işletmeleri konusunda Yasa'da ilke ve esaslar belirlenmemiş, çerçeve çizilmemiş; yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi, bu nedenle de asli düzenleme yetkisi niteliğinde bir yetki verilmiş olduğundan iptali istenen altıncı fıkranın son cümlesi, yukarıda etraflıca belirtilen nedenlerle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerinin yanı sıra Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırı düşmektedir.

İptali istenen altıncı fıkrasının son cümlesi ile; bu fıkranın ilk cümlesi, birinci “tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi” ibaresi ve dokuzuncu fıkra arasında tam bir uygulama birliği bulunduğundan söz konusu cümle, ibare ve fıkra da aynı gerekçelerle Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 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, 05.05.2007 Tarih ve 5652 Sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanunun 3 üncü maddesinin başlığıyla birlikte değiştirdiği 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21 inci maddesinin birinci fıkrasındaki “tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi” ibaresi, altıncı fıkrası ve dokuzuncu

fıkrası Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

05.05.2007 Tarih ve 5652 Sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanunun 2 nci maddesinin değiştirdiği 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesinin uygulanması halinde, ürün fiyatlarındaki aşırı yükselme nedeniyle üreticiler ve tüketiciler ileride giderilmesi mümkün olmayan zarara uğrayacaklardır

Yine sektördeki gelişmenin, sermaye girişinin ve büyük işletmelerin oluşmasının önü kesileceğinden ülke ekonomisi açısından sonradan giderilemeyecek birtakım zararların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

5.5.2007 Tarih ve 5652 Sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanunun 3 üncü maddesinin başlığıyla birlikte değiştirdiği 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi" ibaresi, altıncı fıkrası ve dokuzuncu fıkrasının uygulanması halinde ilke ve esaslar yasa ile belirlenmediği için toptancı hallerinin tahsis yoluyla işletilmesinde tekelleşme durumları ortaya çıkabilecek ve bu durum, ileride giderilemeyecek zararların oluşmasına yol açacaktır.

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 ve hukuk güvenliği ilkelerinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, söz konusu ilkelerin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

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

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 05.05.2007 Tarih ve 5652 Sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanunun;

1) 2 nci maddesinin değiştirdiği 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17 nci maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 48 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 3 üncü maddesinin başlığıyla birlikte değiştirdiği 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi" ibaresinin, altıncı fıkrasının ve dokuzuncu fıkrasının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5.5.2007 günlü, 5652 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanun'un iptali istenilen bölümleri de içeren maddeleri şöyledir:

"**MADDE 2-** 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17 nci maddesinin 11/6/1998 tarihli ve 4367 sayılı Kanunla değişik üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

3) "**Üretildiği il veya ilçe dışına sevkedilen mallar satışa sunulacağı yer haline girer ve bunlardan alınacak belediye payı, malın satışa sunulduğu yer belediyesince tahsil edilir.** Malın sevkıyatında, sevk veya taşıma irsaliyesi veya ziraat odası kaydı belgelerinden birinin bulunması ve kontroller sırasında ibrazı zorunludur. Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde toptancı hal dışında malların toptan veya her ne şekilde olursa olsun toptancı halden satın alınmadan perakende satışa sunulduğunun tespiti halinde, malların toptancı hale girişi sağlanarak hal müdürlüğünce açık artırma ile satışı yapılır veya yaptırılır. Bu durumda belediye veya işletme payı yüzde yirmibeş olarak uygulanır."

MADDE 3- 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Kiralama, satış ve tahsis

MADDE 21- (1) Belediyeler toptancı hallerini **tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi** kiralama veya satış yoluyla da işletir veya işlettirir.

(2) İşyerlerinin kiralanması veya satılmasına ilişkin işlemler, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre yapılır.

(3) Toptancı hallerinde bulunan işyerlerinin yüzde onu üretici birliklerine kontenjan olarak ayrılır ve Ankara, İstanbul ve İzmir Büyükşehir belediyesi sınırlarındaki haller hariç, halin bulunduğu il sınırlarındaki üretici birlikleri arasında yapılacak ihale ile kiraya verilir. Üretici birliklerine kiralanmış işyerlerinin herhangi bir nedenle boşalması durumunda, toptancı halinde işyeri bulunmayan diğer üretici birliklerine tahsis yapılır. Üretici birliklerine ayrılan işyeri sayısı kadar talep olmaması halinde, diğer talep sahiplerine kiralama yapılabilir.

(4) Toptancı hallerinde bulunan işyerlerinin kiralanması veya satılması durumunda, gerçek ve tüzel kişiler en fazla bir işyeri kiralayabilir veya satın alabilir. Doğrudan veya dolaylı olarak birden fazla işyerinin aynı kişi tarafından kiralandığının veya satın alındığının tespit edilmesi durumunda, kira sözleşmesi feshedilir, satış işlemi ise iptal edilir. Ayrıca, bu kişilere belediye encümeni kararı ile 25.000 YTL idarî para cezası verilir.

(5) Kira süresi en fazla 10 yıldır. Kira süresi sona erenler açılacak kiralama ihalelerine tekrar katılabilir. Kira bedeli her yıl aylık olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerleme katsayısı oranında artırılarak uygulanır.

(6) **Toptancı hallerinin tahsis yoluyla işletilmesine karar verilmesi durumunda, tahsis ücreti, 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine göre belediye meclisince belirlenir. Tahsisin usûl ve esasları Sanayi ve Ticaret Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.**

(7) Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine ve kira sözleşmesine aykırı hareket ettikleri tespit edilenler yazılı olarak uyarılır. Tespit edilen eksiklik ve aykırılık en fazla 20 gün içinde giderilmez ise kira sözleşmeleri feshedilir.

(8) İlgililer, sözleşmenin fesih bildiriminden itibaren işyerini 30 gün içinde tahliye etmek zorundadır. Tahliye, öngörülen sürede yapılmadığı takdirde belediye tarafından yapılır.

(9) Kendilerine işyeri tahsis edilenlerin, yönetmelikte öngörülen şartları taşımadıkları veya sonradan kaybettiklerinin tespiti durumunda, belediye encümeni tarafından tahsisin iptaline ve haldeki işyerinden çıkarılmasına karar verilir.

(10) İlgililer kararın tebliği tarihinden itibaren haldeki yerini 30 gün içinde tahliye etmeye mecburdur. Bu süre sonunda tahliye edilmeyen yerler, belediye zabıtası tarafından tahliye edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımları ile 19.6.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliği ile karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- 5652 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 552 sayılı KHK.'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci tümcesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde, üretici hallerinden alınan yaş sebze ve meyvenin, üretildiği il veya ilçe dışına sevkinde ayrıca tüketime sunulduğu yer toptancı haline girmesinin ve alınacak belediye payının bu yer belediyesince tahsilinin vergi, rüsum ve komisyon gibi giderlerin ikinci kez ödenmesine ve bu ürünlerin tüketiciye yüksek fiyatlarla ulaşmasına neden olacağından kamu yararına uymadığı, üretici bölgelerindeki tesislerin başka il ve ilçelerdeki müşterilerine doğrudan sebze ve meyve sevkinin kısıtlanmasının

özel teşebbüs hürriyetini engellediği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek için önlemler alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, 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 "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde, *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüs kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır"* denilmektedir.

552 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin üçüncü fıkrasının 5652 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile değiştirilen ilk tümcesinde, üretildiği il veya ilçe dışına sevk edilen her türlü sebze ve meyvenin başka bir toptancı halinden satın alınıp alınmadığına bakılmaksızın, satışa sunulacağı yer toptancı haline girmesi zorunluluğu ve bunlar üzerinden alınacak belediye payının, bu yer belediyesince tahsil edilmesi öngörülmüştür.

Yaş sebze ve meyvenin insan sağlığına uygun olarak tüketiciye sunulması, üretiminden tüketimine kadar tüm aşamalarda kayıt altına alınıp kalite ve standart açısından yeterli denetim ve kontrol sürecinden geçirilmesini gerektirir. Üreticilerin ve üretimin gelişmiş ülkelerdeki standartlara entegrasyonu, yaş sebze ve meyvenin hem iç, hem de dış piyasaların talep ettiği çeşit, kalite ve standartlara ulaşması, üreticiden tüketiciye ulaşan zincirdeki kayıt dışılığın ortadan kaldırılarak bu alanda oluşan vergi kaybının ve sektördeki kayıt dışılığın neden olduğu haksız rekabetin engellenmesi, bu süreçte gerekli kontrol ve denetimlerin yapılmasıyla mümkün olabilecektir.

Anayasa'nın 48. maddesine göre Devletin, özel teşebbüsün gelişmesini sağlamaya dönük ekonomik ve sosyal politikalar uygulama ve özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sağlamak için önlemler alma yetkisi de bulunmaktadır. Bu nedenle, yaş sebze ve meyvenin tüketiciye ulaştırılması

sürecinde, toptan pazarlama zincirinin son halkasını oluşturan toptancı hallerine girmesi zorunluluğunu getiren ve aynı zamanda tahsili gereken belediye payının da bu yer belediyelerince alınmasını öngören düzenleme, yasakoyucunun görev ve yetkisi kapsamındadır.

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

Kuralın Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

B- 5652 sayılı Yasanın 3. maddesiyle değiştirilen 552 sayılı KHK.'nin 21. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi…" ibaresi ile altıncı ve dokuzuncu fıkraların incelenmesi

Dava dilekçesinde, 5652 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 552 Sayılı KHK.'nin 21. maddesinin birinci fıkrasıyla, belediyelere toptancı hallerini kiralama ve satış yöntemlerine ilâve olarak "tahsis" yoluyla da işletme ya da işlettirme olanağının tanınması; altıncı fıkrasıyla, "tahsis ücreti" ve "tahsisin usul ve esasları"nın Sanayi ve Ticaret Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi; dokuzuncu fıkrasıyla, kendilerine "tahsis" yapılanların yönetmelikte öngörülen şartları taşımadıklarının anlaşılması veya bu şartları sonradan kaybetmeleri durumunda belediye encümenince tahsis işleminin iptal edilip, haldeki işyerinden çıkarılacaklarına dair kuralların Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 6. maddesinde, egemenliğin, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanılacağı, hiçbir kişi veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı; 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu ve devredilemeyeceği, 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve yasalara uygun olarak yerine getirileceği vurgulanmıştır.

5652 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 552 sayılı KHK.'nin 21. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi…" ibaresi ile belediyelere, belediye sınırları içindeki toptancı hallerini işletmeleri bakımından kiralama ve satış yöntemleri yanında "tahsis yöntemi"ni de kullanabilecekleri konusunda yetki tanınmaktadır. Maddenin altıncı fıkrasında toptancı hallerinin tahsis yoluyla işletilmesine karar verilmesi durumunda tahsis ücretinin 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 18. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine göre belediye

meclisince belirleneceği, tahsisin usûl ve esaslarının Sanayi ve Ticaret Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir. Dokuzuncu fıkrada ise kendilerine toptancı hâlinde işyeri tahsis edilenlerin, yönetmelikte öngörülen şartları taşımadıklarının veya sonradan kaybettiklerinin tespit edilmesi durumunda belediye encümenince, bu tahsisin iptaline ve toptancı halindeki işyerinden çıkarılmasına karar verileceği hükmü getirilmiştir.

Yaş sebze ve meyvelerin toptan alım ve satımının yapıldığı toptancı hallerinin maddenin birinci fıkrası gereğince kamu mallarının kullanım yöntemlerinden birisi olan tahsis yoluyla da işletilebilmesi konusunda belediyelere yetki verilmesi, tahsisin usul ve esasları ile tahsis ücretinin belirlenmesi konularında temel ilkeler ile bunun amaç ve çerçevesi yasama organınca belirlendikten sonra, toptancı hallerinin yapı ve işleyişinde başta ekonomik gelişmeler olmak üzere, çevre ve günün koşullarına uygun olarak ayrıntılı düzenleme yapma yetkisinin yönetmeliğe bırakılması, yasama yetkisinin devri ya da idareye Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkinin kullandırılması şeklinde nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

5.5.2007 günlü, 5652 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanun'un:

1- 2. maddesiyle, 24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının birinci tümcesine,

2- 3. maddesiyle, 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığı ile birlikte değiştirilen 21. maddesinin;

a- Birinci fıkrasında yer alan " …tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi …" ibaresine,

b- Altıncı fıkrasına,

c- Dokuzuncu fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 25.2.2010 günlü, E. 2007/65, K. 2010/43 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, tümce ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 25.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

5.5.2007 günlü, 5652 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanun'un:

1- 2. maddesiyle, 24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin17. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının birinci tümcesinin,

2- 3. maddesiyle, 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığı ile birlikte değiştirilen 21. maddesinin;

a- Birinci fıkrasında yer alan " …tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi …" ibaresinin,

b- Altıncı fıkrasının,

c- Dokuzuncu fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 25.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/17

Karar Sayısı: 2010/44

Karar Günü : 25.2.2010

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 25. maddesi ile değiştirilen 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının "...**milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,...**" bölümünün,

2) 29. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasının "...**milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,...**" bölümünün,

3) 167. maddesi ile değiştirilen 18.12.1953 günlü, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (A) fıkrasının **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..."** bölümünün,

4) 181. maddesi ile değiştirilen 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 6. maddesinin (a) fıkrasının **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..."** bölümünün,

5) 273. maddesi ile değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 87. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "...**milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,...**" bölümünün,

6) 317. maddesi ile değiştirilen 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5)

numaralı alt bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

7) 326. maddesi ile değiştirilen 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

8) 338. maddesi ile değiştirilen 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

9) 369. maddesi ile değiştirilen 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 33. maddesinin (f) bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

10) 370. maddesi ile değiştirilen 2499 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

11) 384. maddesi ile değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

12) 387. maddesi ile değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 56. maddesinin (4) numaralı bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

13) 430. maddesi ile değiştirilen 14.10.1983 günlü, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından,..."** bölümünün,

14) 440. maddesi ile değiştirilen 7.6.1985 günlü, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

15) 485. maddesi ile değiştirilen 28.3.2001 günlü, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 8. maddesinin dördüncü fıkrasının (g) bendinin (3) numaralı alt bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

16) 538. maddesi ile değiştirilen 18.5.2004 günlü, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin **"...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..."** bölümünün,

17) 545. maddesi ile değiştirilen 10.6.2004 günlü, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin **"...kamunun sağlığına karşı suçlar,..."** bölümünün,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 49., 70. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 25 inci Maddesi ile Değiştirilen 1219 Sayılı Kanunun 28 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyle getirilen kurala göre; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlarından hapis cezasına mahkûm olanlar hekimlik mesleğini icra edemeyeceklerdir.

Bu kural ile doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezaların yanında, bu cezaya ek olarak hak yoksunluğu (hekimlik mesleğini icra edememe) getirilmektedir. Yasa koyucunun, asli ceza getirme yanında, bu cezaya bağlı olarak kimi kısıtlılıklar öngörüp öngörmeme konularında da anayasal ilkeler çerçevesinde takdir hakkına sahip olduğu kuşkusuzdur. Hekimlik mesleği için getirilen söz konusu hak yoksunluğu anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır. Şöyle ki;

A- İptali İstenen Tümcedeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Milli Savunmaya Karşı Suçlar "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Altıncı Bölümünde 317 nci ila 325 inci maddelerinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddelerin belirlediği bütün suçlardan hapis cezasına mahkûm olmak, hekimlik mesleğinin icrası için bir hak yoksunluğu nedeni teşkil etmektedir. Bu cümleden olmak üzere, TCK'nun 324 üncü maddesinde düzenlenen ve altı aydan üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren sulh zamanında seferberlikle ilgili görevlerini ihmal etme veya geciktirme suçundan diğer bir anlatımla taksirli suçtan mahkûm olan bir hekim, artık bir daha mesleğini icra edemeyecektir. Çünkü iptali istenen tümceyi içeren fıkrada, "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile" denilerek taksirli suçtan mahkûmiyet halinde meslek ve sanatın icrası belli bir süre ile (üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere) sınırlayan anılan madde hükmünün uygulanması olanağı da ortadan kaldırılmıştır.

Suçlar kural olarak ancak kasten işlenebilir. Kast suçu, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir Taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22 nci maddesinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun yasal tanımında belirtilen sonuç öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır.

Genel kural olarak, bütün meslek grupları gibi doktorların da meslek uygulamaları sırasında meydana getirdikleri hukuka aykırı sonuç ve zararlardan kaynaklanan hukuki ve cezai sorumlulukları ve cezai sorumluluklarına bağlı hak yoksunlukları vardır. Nitekim 1219 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 28 inci maddesinde; ağır hapis veya beş seneden fazla hapis veya kamu hizmetlerinden sürekli yasaklama veya meslek ve sanatı suistimal suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkûm olmak, diğer bir anlatımla ciddi ve kasıtlı suçlardan mahkûm olan veya hekimlik mesleğinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmiş suçlardan hakkında sınırlı kısıtlama cezası getirilen hekimler için sürekli hak yoksunluğu öngörülmüştü.

Ancak, taksirli ve de mesleğiyle hiç ilgisi bulunmayan bir suçtan mahkûm olan bir kişinin (hekimin) mesleğini icra etmekten süresiz yoksun bırakılması sonucunu öngören iptali istenen tümcedeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" ibaresinin;

Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal devlet niteliği ile devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5 inci maddesindeki "…..kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma.." kuralı ile

"Çalışma hakkı ve ödevi" başlığı altındaki 49 uncu maddenin ikinci fıkrasında vurgulanan "Devlet '….. çalışanları korumak... için gerekli tedbirleri alır.", 70 inci maddesindeki "…kamu hizmetine alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayrımın gözetilemeyeceği" biçimindeki uyulması zorunlu hükümlerle ve 13 üncü maddesindeki "ölçülülük ilkesi" ile bağdaştırması olası görülmemektedir.

Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine göre işlem ve eylemlerin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesinin içtenlikle benimsenmesi, yasakoyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumaya, adil ve hukuk düzeni kurarak bunu geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir. Yasaların üstünde yasakoyucunun da uymak zorunda bulunduğu Anayasa ve temel hukuk ilkeleri vardır. Anayasada öngörülen devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanını olumsuz etkiler. İnsanın doğuştan sahip olduğu onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını; refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak sosyal hukuk devletinin temel amacı ve görevidir.

İptali istenen tümcedeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" ibaresi, Hukuk Devletinin bir gereği olan cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesine uygun düşmemekte ve bu yönüyle de Anayasaya aykırı bir nitelik taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 17.02.2004 tarih ve E.2001/119, K.2004/37 sayılı kararında,

"Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, Anayasanın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir."

denilmiş ve yine Yüksek Mahkemenin 17.02.2004 tarih ve E.2001/406, K.2004/20 sayılı kararında da,

"Kimseye hak ettiğinden fazla ceza verilemez. Cezaların ağırlık derecesi, kanunkoyucunun takdirinde ise de, takdir korunan hukuksal değeri ihlal derecesine göre olmalıdır. Aynı konuda ki düzenleme, ihlal derecelerine göre yaptırım ve ceza yönünden adaletli, mantıklı, hakkaniyete uygun olmalıdır."

görüşüne yer verilmiştir.

Anayasanın 49 uncu maddesinde öngörülen "çalışma hakkı", bir temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür. Sözü edilen maddenin gerekçesinde "Çalışmanın hak ve ödev olması, sadece ulusal planda Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdi planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telakki edilmesini gerektirir." denilmiştir.

Diğer taraftan Anayasanın 13 üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkeleri iptali istenen kural bakımından da geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında "…sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur" denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut olarak çoğu zaman ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkelerini bir arada kullanmakta ve meşru bir nedene dayansa bile yasal sınırlamanın "demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliği taşımasını" aramaktadır. Bu ilkeler bizim Anayasamızda temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir koruma maddesi olan 13 üncü madde içinde yer aldığına göre, AİHM'nin bu yaklaşımının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tüm yasal düzenlemelerde gözönünde tutulması, insan hakları kavramının evrensel niteliğine de uygun düşer.

Anayasasının 70 inci maddesinde, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme haklarına sahip olduğu, hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayrımın gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Bu

bağlamda hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırımın gözetilmeyeceğini kurala bağlayan Anayasanın 70 inci maddesi uyarınca kamu görevlileri hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamaların hizmetin etkin ve verimli bir biçimde yürütülmesi amacına uygun olması gerekmektedir. Yani kısıtlama ile yürütülen hizmet arasında günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması gerekmektedir.

Sulh zamanında seferberlikle ilgili görevlerini ihmal etme veya geciktirme suçundan mahkûm olan bir hekimin bu mahkûmiyetinin, yürüteceği hekimlik hizmetini ne şekilde etkileyeceği konusunda günün koşullarına uygun bir neden – sonuç bağı kurulamayacağı çok açıktır. Bu nedenle böyle bir yasaklamanın temel hakkın özüne dokunulamayacağını öngören Anayasanın 13 üncü maddesine de uyarlık göstermeyeceği de açıktır.

Öte yandan, 3581 sayılı Yasa'yla katılmış olduğumuz Avrupa Sosyal Şartı'nın başlangıç kısmında: "Sosyal haklardan yararlanmanın ırk, renk, cinsiyet... ayrımı yapılmaksızın güvence altına alınması" gereği belirtilmekte; I. Bölümün 14 üncü maddesi "Herkes sosyal refah hizmetlerinden faydalanma hakkına sahiptir" hükmünü içermekte ve II. Bölüm, 1 inci madde de çalışma hakkının etkin kullanımını sağlamak üzere taraf devletlerin, işçinin serbestçe girdiği bir meslekte hayatını kazanma, ücretsiz iş bulma hizmetlerini sağlamayı ve uygun mesleğe yöneltmeyi taahhüt ettiklerini açıklamaktadır.

"Anayasanın 90 ıncı maddesinde, "... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" denildikten sonra, bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği bildirilmiştir.

Anayasadaki bu düzenleme, kurallar hiyerarşisinde andlaşmaların ulusal yasalardan daha üstün olduğu görüşüne dayanak oluşturmuştur.

Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği için, uluslararası andlaşmalar ulusal yasaların üstünde ve Anayasal normlara yakın konumda görülmüştür. Bu düşünce, uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklere de Anayasal bir üstünlük tanındığının öne sürülmesine yol açmış ve bu üstünlük, "ahde vefa" ilkesinin bir gereği olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan Anayasanın 90 ıncı maddesinde yapılan son değişiklikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda yaptığı düzenlemelerde çatışma olması halinde andlaşma hükümlerinin uygulanacağı yolundadır.

İptali istenen tümcedeki söz konusu ibare, çalışma hakkının etkin kullanımını sağlama görevini veren Avrupa Sosyal Şartı ile bağdaştırılması mümkün bulunmayan bir düzenleme olduğundan Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırı düşmektedir.

Yine, iptali istenen bu kuralın, Anayasanın 10 uncu maddesindeki 'Kanun önünde eşitlik ilkesi' ne de ters düştüğünü söylemek gerekir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı gibi, Anayasanın 10 uncu maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Bu bağlamda hekimlerin mesleklerini icra etme yönünden hemşireler ile aynı hukuki durumda oldukları yadsınamaz. 5728 sayılı Kanunun 175 inci maddesi ile temel ceza kanunlarına uyum amacıyla 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun 11 inci maddesinde yapılan değişikliğe göre; bu Yasa'nın 3 üncü madde hükümlerine riayet etmeyen, 4 üncü maddede yazılı vazife ve salahiyet hudutlarını tecavüz eden ve 5 inci maddenin ikinci fıkra hükmünü yerine getirmeksizin serbest çalışan hemşirelere sadece yüz Türk Lirası idarî para cezası verilmesi öngörülmüş, hemşirelere mahkûm olacakları her hangi bir suçtan dolayı hak yoksunluğu getirilmemiştir. Bu durunda taksirli bir suçtan mahkûm olan bir hemşire TCK'nun 53 üncü maddesine göre üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere mesleğini icra edemeyecektir. İptali istenen tümceye göre seferberlikle ilgili görevlerini ihmal etme veya geciktirme suçundan diğer bir anlatımla taksirli suçtan mahkûm olan bir hekim, artık bir daha mesleğini süresiz icra edemeyecektir.

Açıklanan bu durum, temel ceza kanunlarına uyum amacıyla 5728 sayılı Yasa'nın 174 üncü maddesiyle 6269 sayılı Kimyagerlik ve Kimya Mühendisliği Hakkında Kanunun 7 nci maddesinde; 265 inci maddesiyle 7472 sayılı Ziraat Yüksek Mühendisliği Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde yapılan değişiklikler dolayısıyla kimyagerler ve kimya mühendisleri ile ziraat mühendisleri için de aynen söz konusudur. Yani belirtilen meslekler için, iptali istenen kuralın öngördüğü şekilde bir mahkûmiyet nedeniyle bu mesleklerin icrasını yasaklayan hak yoksunluğu getirilmemiştir. Böyle bir durum ise, temel ceza kanunlarına uyum amacıyla yapılan bir düzenlemede, söz konusu mesleklerin yürüttüğü hizmet ile iptali istenen kuralın öngördüğü bir mahkûmiyetten dolayı hak yoksunluğu getirilmesi arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden – sonuç bağının kurulamadığının açık bir göstergesi olduğu gibi

hekimler için aynı nedenle getirilen hak yoksunluğunun, "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılığının da bir kanıtıdır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen tümcedeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" ibaresi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

B- İptali İstenen Tümcedeki "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

"Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Yedinci Bölümünde 326 ncı ila 339 uncu maddelerinde düzenlenmiştir

Söz konusu maddelerin belirlediği bütün suçlardan hapis cezasına mahkûm olmak, hekimlik mesleğinin icrası için bir hak yoksunluğu nedeni teşkil etmektedir. Bu cümleden olmak üzere;

- TCK'nun "Devlet sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik" başlığını taşıyan 333 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasında "Bu maddede tanımlanan suçların işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlere, suç teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.",

- TCK'nun "Yasaklanan bilgileri açıklama" başlıklı 336 ncı maddesinin (3) numaralı fıkrasında" Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise, birinci fıkrada yazılı olan hâlde faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrada yazılı hâlde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.",

- TCK'nun "Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi" başlıklı 338 inci maddesinde "Bu bölümde tanımlanan suçların işlenmesi, ilgili kişilerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmaları sonucu mümkün olmuş veya kolaylaşmış ise, taksirle davranan faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.",

hükümlerine yer verilmiştir.

Bu hükümlerin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere Türk Ceza Kanunu'nun "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" suçları başlıklı Yedinci Bölümünün yukarıda değinilen maddelerinde belirtilen suçları; taksirle işleyen, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak suçun işlenmesini mümkün kılan veya kolaylaştıran bir hekim, bu fiilinden dolayı altı ay hapse mahkûm olduğu takdirde bir daha hekimlik mesleğini icra edemeyecektir.

İptali istenen tümcedeki "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" ibaresi de yukarıda ve (A) başlığı altında belirttiğimiz nedenlerle Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

C- İptali İstenen Tümcedeki "Kamunun sağlığına karşı suçlar" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

"Kamunun sağlığına karşı suçlar" 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Üçüncü Bölümünde 185 inci ila 196 ıncı maddelerinde düzenlenmiştir

Söz konusu maddelerin belirlediği bütün suçlardan hapis cezasına mahkûm olmak, hekimlik mesleğinin icrası için süresiz hak yoksunluğu nedeni teşkil etmektedir. Bu cümleden olmak üzere;

- TCK'nun "Zehirli madde katma" başlıklı 185 inci maddesinin 2 numaralı fıkrasında, (1) numaralı "…fıkrada belirtilen fiillerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak işlenmesi hâlinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

- TCK'nun 193 üncü maddesinde "İçeriğinde zehir bulunan ve üretilmesi, bulundurulması veya satılması izne bağlı olan maddeyi izinsiz olarak üreten, bulunduran, satan veya nakleden kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

- TCK'nun 194 üncü maddesinde "Sağlık için tehlike oluşturabilecek maddeleri çocuklara, akıl hastalarına veya uçucu madde kullananlara veren veya tüketimine sunan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

- TCK'nun 195 inci maddesinde "Bulaşıcı hastalıklardan birine yakalanmış veya bu hastalıklardan ölmüş kimsenin bulunduğu yerin karantina altına alınmasına dair yetkili makamlarca alınan tedbirlere uymayan kişi, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

- TCK'nun 196 ncı maddesinde "Ölü gömülmesine ayrılan yerlerden başka yerlere ölü gömen veya gömdüren kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

Bu hükümlerin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere Türk Ceza Kanunu'nun "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Bölümünün yukarıda değinilen maddelerinde belirtilen suçlar için öngörülen cezaların azami haddi bir yıl hapis cezasıdır.

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak gerek TCK'nun 185 inci maddesindeki, gerek değinilen diğer maddelerdeki suçu işleyen ve bu

fiilinden dolayı azami bir yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olan bir hekim, bir daha hekimlik mesleğini icra edemeyecektir. Böyle bir düzenlemenin, ihlal derecelerine göre yaptırım ve ceza yönünden adaletli, mantıklı, hakkaniyete uygun olmadığı kuşkusuzdur.

İptali istenen tümcedeki "kamunun sağlığına karşı suçlar" ibaresi de yukarıda ve (A) başlığı altında belirttiğimiz nedenlerle Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 25 inci maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 29 uncu Maddesi ile Değiştirilen 1219 Sayılı Kanunun 45 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 1219 sayılı Kanunun 45 inci maddesinin birinci fıkrasında değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan hapis cezasına mahkûm olanların, azami bir yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olanların diş hekimliği mesleğini süresiz icra edemeyecekleri hükme bağlanmaktadır. Bu kural ile doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezaların yanında, bu cezaya ek olarak ve cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesine aykırı bir şekilde hak yoksunluğu (diş hekimliği mesleğini icra edememe) getirilmektedir.

Yukarıda (1) numaralı başlık altında açıklanan nedenlerle, 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 29 uncu maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanunun 45 inci maddesinin birinci fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 167 nci Maddesi ile Değiştirilen 18.12.1953 Tarihli ve 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 4 üncü Maddesinin (A) Fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" Tümcelerinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla 6197 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (A) fıkrasında değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan hapis cezasına mahkûm olanların, azami bir yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olanların eczacılık mesleğini süresiz icra edemeyecekleri hükme bağlanmaktadır. Bu kural ile doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezaların yanında, bu cezaya ek olarak ve cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesine aykırı bir şekilde hak yoksunluğu (eczacılık mesleğini icra edememe) getirilmektedir.

Böyle bir düzenleme öncelikle, Anayasanın 10 uncu maddesindeki 'Kanun önünde eşitlik ilkesi' ne aykırıdır. Şöyle ki;

5728 sayılı Yasa'nın 43 üncü maddesiyle 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanununun 19 uncu maddesinde yapılan değişiklikte de; Ruhsatsız olarak müstahzar imal edenler veya bu suretle imal edilen müstahzarları bilerek satan, satışa arzeden veya sattıranlara, idarî para cezası verileceği ve. bu müstahzarların kendilerine atfedilen tedavi vasıflarını haiz olmadığı veya bu vasıfları azaltacak veya kaybedecek şekilde veya saf olmayan maddelerden imal edildiği anlaşıldığı takdirde de 18 inci maddede yazılı ceza tatbik olunacağı yani ruhsatnamenin geri alınacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükmün incelenmesinden de anlaşılacağı üzere ilaç firmaları için, suç teşkil eden fiilin bilerek (kasten) işlenmesi halinde hak yoksunluğuna yani ruhsatnamenin geri alınmasına hükmedilmesi öngörülmektedir. Hâlbuki iptali istenen tümce ile eczacılar için taksirli fiillerinden dolayı da süresiz hak yok yoksunluğu öngörülmüştür.

Eczacılar ile ilaç firmalarının, yürüttükleri hizmet yani ilaç satmaları konusunda aynı hukuki durumda oldukları kuşkusuzdur. Aynı hukuksal konumda olanlar arasında farklı kurallar öngörülmesi Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Bu nedenle ve yukarıda (1) başlık altında açıklanan nedenlerle, 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 167 nci Maddesi ile değiştirilen 18.12.1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin (A) fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu,13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 181 inci Maddesi ile Değiştirilen 09.03.1954 Tarihli ve 6343 Sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği işlere Dair Kanunun 6 ncı Maddesinin (a) Fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 6343 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (a) fıkrasında değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan hapis cezasına mahkûm olanların, azami bir yıl ve daha az hapis cezasına mahkûm olanların veteriner hekimlik mesleğini süresiz icra edemeyecekleri. Bu kural ile doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezaların yanında, bu cezaya ek olarak ve cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesine aykırı bir şekilde hak yoksunluğu (veteriner hekimlik mesleğini icra edememe) getirilmektedir.

Yukarıda (1) başlık altında açıklanan nedenlerle, 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 181 inci maddesi ile değiştirilen 09.03.1954 tarihli ve 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği işlere Dair Kanunun 6 ncı maddesinin (a) fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 273 üncü Maddesi ile Değiştirilen 213 Sayılı Kanunun 87 nci Maddesinin (3)

Numaralı Fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 213 sayılı Vergi Usul Kanunun 87 nci maddesinde değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olan memur dışındaki kişiler için takdir, tadilat ve zirai kazançlar il komisyonları ile özel komisyonlara seçilme yasağı getirilmektedir.

Hak yoksunluğu getirilen takdir, tadilat ve zirai kazançlar il komisyonları ile özel komisyonlar 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre kamu hizmeti yaptıkları kuşkusuzdur.

213 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 87 nci maddesinde söz konusu hak yoksunluğu; ancak ağır hapis veya şeref ve haysiyeti muhil bir suçtan dolayı hapis cezasıyla hükümlü olma (yani kasıtlı ciddi suçlardan mahkûmiyet) ve vergi kaçakçılığından dolayı cezalandırılmış olma (yani anılan komisyonların yürüttükleri hizmetle doğrudan ilgili suçtan mahkûmiyet) halleri için öngörülmüştü.

İptali istenen tümcenin getirdiği kural ile taksirli suçlara bağlı olarak getirilen hak yoksunluğu, yani kısıtlama ile anılan maddede belirtilen komisyonların yürüttükleri hizmet arasında günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmadığı açıktır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 273 üncü maddesi ile değiştirilen 213 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 317 nci Maddesi ile Değiştirilen 14.07.1965 Tarihli ve 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunun 48 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının (A) Bendinin (5) Numaralı Alt Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, Devlet memurluğuna alınmada aranacak genel şartlarda değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların memur olamayacakları hükme bağlanmakta, diğer bir anlatımla memur olmak için süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

657 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 48 inci maddesinde, taksirli suçlar ve bu maddede sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç tutulmuş iken iptali istenen tümceyle getirilen kural ile böyle bir ayrım yapılmaksızın "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun; Altıncı Bölümünde 317 nci ila 325 inci maddelerinde düzenlenen "milli savunmaya karşı suçlar" ile Yedinci Bölümünde 326 ncı ila 339 uncu maddelerinde düzenlenen "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" suçlarının tamamı memuriyete alınmadaki hak yoksunluğunun kapsamı içine alınmıştır.

Bu durumda yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 317 nci maddesi ile değiştirilen 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 326 ncı Maddesi ile Değiştirilen 19.03.1969 Tarihli ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanunun 5 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun "Avukatlığa kabulde engeller" başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların avukatlık mesleğine kabul istemlerinin reddolunacağı hükme bağlanmaktadır Bu kural ile doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli

cezaların yanında, bu cezaya ek olarak süresiz hak yoksunluğu (avukatlık mesleğini icra edememe) getirilmektedir.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun değişiklikten önceki 5 inci maddesinde "taksirli suçlar hariç" denilmek suretiyle söz konusu suçlar getirilen sınırlamanın dışında bırakılmıştı. İptali istenen tümceyle getirilen kural ile böyle bir ayrım yapılmaksızın "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun; Altıncı Bölümünde 317 nci ila 325 inci maddelerinde düzenlenen "milli savunmaya karşı suçlar" ile Yedinci Bölümünde 326 ncı ila 339 uncu maddelerinde düzenlenen "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" suçlarının tamamı ve bu arada yürütülecek hizmetle günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün olmayan taksirli suçlar memuriyete alınmadaki hak yoksunluğunun kapsamı içine alınmıştır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 326 ncı Maddesi ile değiştirilen 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu,13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

8) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 338 inci Maddesi ile Değiştirilen 1163 Sayılı Kanunun 56 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının (3) Numaralı Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun yönetim kurulu üyelik şartlarını belirleyen 56 ncı maddesinde değişiklik yapılmakta ve "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların kooperatiflerin yönetim kurulunda görev yapamayacakları hükme bağlanmaktadır.

1163 sayılı Kanunun bu değişiklikten önceki 56 ncı maddesinde kooperetiflerin yönetim kurullarında görev yapmak için Türk Ceza Kanunu'nun zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, görevi suistimal, sahtekarlık, hırsızlık, dolandırıcılık, hileli iflas, emniyeti suistimal ve Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlara ilişkin suçlardan (yani kasıtlı ve ciddi

suçlardan) veya bu Kanuna göre (yani kooperatiflerin yürüttükleri hizmetle ilgili suçlardan) mahkûm olmamak." şartı aramaktaydı.

İptali istenen tümcenin getirdiği kuralla hiç bir ayrım gözetilmeksizin ve suçun ağırlığı da dikkate alınmaksızın taksirli suçlara bağlı olarak hak yoksunluğu getirilmiştir. Böyle bir kısıtlama ile kooperatiflerin yönetim kurullarında yürütülen hizmet arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmadığından çalışma hakkının ölçülülük ilkesine aykırı olarak özünden zedelendiği açıktır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 338 inci Maddesi ile değiştirilen 1163 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

9) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 369 uncu Maddesi ile Değiştirilen 2499 Sayılı Kanunun 33 üncü Maddesinin (f) Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Aracı Kurum'ların kuruluş şartlarını belirleyen 33 üncü maddesinde yapılan değişiklik ile bu Kurumların kuruluşuna izin verilebilmesi için kurucularının Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olmamaları gerektiği öngörülmekte, dolayısıyla bu suçlardan mahkûm olanlara, Aracı Kurumun kurucusu olamayacakları şeklinde süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

2499 sayılı Kanunun değişikten önceki 33 üncü maddesine göre, Aracı Kurumun kurucularının müflis olmadığının (kurumun yürüttüğü hizmetle bağdaşmadığından) veya yüz kızartıcı bir suçtan (kasıtlı suçtan) dolayı hükümlülüklerinin bulunmadığının tespit edilmiş olması şartı aranmaktaydı.

Aracı Kurum, Sermaye Piyasası Kurulu kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık eden kurumlardır (2499 S.K.m.30,).

İptali istenen tümcenin öngördüğü kuralla, taksirli suçlara bağlı olarak getirilen hak yoksunluğu yani kısıtlama ile Aracı Kurumların yürüttüğü hizmet (sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla satışına aracılık yapma) arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmadığından çalışma hakkının ölçülülük ilkesine aykırı olarak özünden zedelendiği açıktır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 369 uncu maddesi ile değiştirilen 2499 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin (f) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

10) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 370 inci Maddesi ile Değiştirilen 2499 Sayılı Kanunun 36 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının (f) Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun Yatırım Ortaklıkları'nın kuruluş ve faaliyet şartlarını belirleyen 36 ncı maddesinde değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların Yatırım Ortaklığının kurucusu olamayacakları şeklinde süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

2499 sayılı Kanunun değişikten önceki 33 üncü maddesine göre, Yatırım Ortaklığı kurucularının müflis olmadığının (kurumun yürüttüğü hizmetle bağdaşmadığından) veya yüz kızartıcı bir suçtan (kasıtlı suçtan) dolayı hükümlülüklerinin bulunmadığının tespit edilmiş olması şartı aranmaktaydı.

Yatırım ortaklıkları sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföylerini işletmek amacıyla kurulan anonim ortaklıklardır (2499 S.K.m.35).

İptali istenen tümceyle taksirli suçlara bağlı olarak getirilen hak yoksunluğu yani kısıtlama ile yatırım ortaklıklarının yürüttüğü hizmet (sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, altın ve diğer kıymetli madenler portföylerini işletmek) arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmadığından çalışma hakkının ölçülülük ilkesine aykırı olarak özünden zedelendiği açıktır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 370 inci Maddesi ile değiştirilen 2499 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

11) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 384 üncü Maddesi ile Değiştirilen 2821 Sayılı Sendikalar Kanunun 5 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 2821 sayılı Sendikalar Kanununun "Kuruculardа aranacak nitelikler" başlıklı 5 inci maddesinde değişiklik yapılmakta ve sendika kurucularının Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından tümcesinin" kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olmamaları gerektiği öngörülmekte, dolayısıyla bu suçlardan mahkûm olanlara, sendika kurucusu olamayacakları şeklinde süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanununun değişikten önceki 5 inci maddesinde, sendika kurucusu olabilmek için "…taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezasına hüküm giymemiş bulunmak" şartı aranmaktaydı.

İptali istenen tümceyle taksirli suçlara bağlı olarak getirilen hak yoksunluğu yani kısıtlama ile sendikaların yürüttüğü hizmet (İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek) arasında, günün koşullarına ve

gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmadığından çalışma hakkının ölçülülük ilkesine aykırı olarak özünden zedelendiği açıktır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 384 üncü Maddesi ile değiştirilen 2821 sayılı Sendikalar Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

12) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 387 nci Maddesi ile Değiştirilen 05.05.1983 Tarihli ve 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunun 56 ncı Maddesinin (4) Numaralı Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 05.05.1983 tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunun Yüksek Hakem Kuruluna işçi ve işverenler adına seçilecek üyelerde aranacak nitelikleri belirleyen 56 ncı maddesinin (4) numaralı bendinde değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından" tümcesinin kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların Yüksek Hakem Kuruluna seçilemeyecekleri öngörülmekte, dolayısıyla bu suçlardan mahkûm olanlara, anılan Kurul'a işçi veya işveren temsilcisi olarak katılma konusunda hak yoksunluğu getirilmektedir.

Kararları kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olup, çalışma usul ve tarzı ile çalışmasına ve hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin esasları tüzükle düzenlenen (2822 s.K.m.55, m.65) Yüksek Hakem Kurulunun kamu hizmeti yürüttüğü kuşkusuzdur. Bu nedenle getirilen hak yoksunluğu kamu hizmetlerine girme hakkını da özünden zedelemektedir.

2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunun değişiklikten önceki 56 ncı maddesinin (4) numaralı bendinde "taksirli suçlar hariç" denilmek suretiyle söz konusu suçlar getirilen sınırlamanın dışında bırakılmıştı.

İptali istenen tümceyle taksirli suçlara bağlı olarak getirilen hak yoksunluğu yani kısıtlama ile Yüksek Hakem Kurullarının yürüttüğü

hizmet (toplu iş uyuşmazlıklarının barışçı yollarla çözülmesi) arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmamaktadır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 387 nci maddesi ile değiştirilen 05.05.1983 tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunun 56 ncı maddesinin (4) numaralı bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

13) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 430 uncu Maddesi ile Değiştirilen 2920 Sayılı Kanunun 18 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının (b) Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun Ticari Hava İşletmelerinin izin şartlarını belirleyen 18 inci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinde değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından" tümcesinin kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların söz konusu işletmelerde kurucu ortak veya temsile yetkili yönetici olamayacakları şeklinde süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

2920 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 18 inci maddesinde Ticari Hava İşletmecisi gerçek veya tüzelkişilerin kurucu ortakları ile temsile yetkili yöneticilerinin; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma veya Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının Birinci babında yer alan Devletin şahsiyetine karşı cürümler veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçlarından (yani kasıtlı ve ciddi suçlardan) veya Türk Ceza Kanununun 384 üncü maddesinde yer alan nakliye ve muhabere vasıtaları aleyhindeki suçlardan (yani Sivil Hava İşletmelerinin yürüttükleri hizmetle ilgili suçlardan) hüküm giymiş olmamaları öngörülmüştü.

İptali istenen tümceyle taksirli suçlara bağlı olarak getirilen hak yoksunluğu yani kısıtlama ile Sivil Hava İşletmelerinin yürüttükleri hizmet (ticari amaçla, ücret karşılığında hava araçlarıyla yolcu veya yük veya yolcu ve yük taşımaları ile ticari amaçla diğer faaliyetlerde bulunmaları) arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmamaktadır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 430 uncu maddesi ile değiştirilen 2920 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından" tümcesi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

14) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 440 ıncı Maddesi ile Değiştirilen 07.06.1985 Tarihli ve 3224 Sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunun 33 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk," Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunun Oda ve Birlik organlarına seçilme yeterliğini belirleyen 33 üncü maddesinin (e) bendinde değişiklik yapılmakta ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, "milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk suçlarından" tümcesinin kapsamına giren taksirli suçlardan hapis cezasına mahkûm olan meslek mensuplarının oda ve birlik organlarına seçilemeyecekleri hükme bağlanmakta diğer bir anlatımla meslek mensupları için süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

Böyle bir sınırlama, 3224 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 33 üncü maddesinde "Taksirli suçlar hariç, toplam altı aydan fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar" için öngörülmüştü.

İptali istenen tümce ile taksirli suçlara bağlı olarak getirilen hak yoksunluğu yani kısıtlama ile Oda ve Birliklerin yürüttüğü hizmet (diş hekimliği mesleğine mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, bu mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ve hastaları ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini

ve ahlakını korumak) arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmamaktadır.

Türk Diş Hekimleri Birliği tüzelkişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olup (3224 s.K.m.19), yürüttüğü hizmetin kamu hizmeti olduğu açıktır. Bu nedenle getirilen hak yoksunluğu kamu hizmetlerine girme hakkını da özünden zedelemektedir

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 440 ıncı Maddesi ile değiştirilen 07.06.1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk," tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

15) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 485 inci Maddesi ile Değiştirilen 28.03.2001 Tarihli ve 4632 Sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Kanunun 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasının (g) Bendinin (3) Numaralı Alt Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 28.03.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Kanunun Emeklilik şirketlerinin kuruluş esasları ve kuruluş iznini öngören 8 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasının (g) Bendinin (3) numaralı alt bendinde değişiklik yapılmakta ve "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesinin kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların emeklilik şirketlerinin kurucusu olamayacakları hükme bağlanmakta yani bu konuda süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

4632 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 8 inci maddesinde taksirli suçlar hak yoksunluğunun dışında bırakılmıştır.

İptali istenen tümce ile getirilen hak yoksunluğu yani kısıtlama ile Oda ve Birliklerin yürüttüğü hizmet arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmamaktadır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 485 inci Maddesi

ile değiştirilen 28.03.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Kanunun 8 inci maddesinin dördüncü fıkrasının (g) bendinin (3) numaralı alt bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

16) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 538 inci Maddesi ile Değiştirilen 18.05.2004 Tarihli ve 5174 Sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunun 74 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (d) Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi de içeren kuralla, 5174 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi değiştirilmekte ve "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesinin kapsamına giren taksirli suçlardan mahkûm olanların Odalar ve Borsalar Birliğinde genel sekreter olamayacakları hükme bağlanmakta yani bu konuda süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

5174 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 74 üncü maddesinde taksirli suçlar belirtilen hak yoksunluğunun dışında bırakılmıştı.

İptali istenen tümce ile getirilen hak yoksunluğu yani kısıtlama ile Oda ve Borsalar Birliğinin yürüttüğü hizmet arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması mümkün bulunmamaktadır.

Odalar; üyelerinin müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, mensuplarının birbirleri ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslekî disiplin, ahlâk ve dayanışmayı korumak ve bu Kanunda yazılı hizmetler ile mevzuatla odalara verilen görevleri yerine getirmek amacıyla kurulan, tüzel kişiliğe sahip kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarıdır (5174 s.K.m.4). Bu nedenle getirilen hak yoksunluğu kamu hizmetlerine girme hakkını da özünden zedelemektedir.

Açıklanan ve yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 538 inci maddesi ile değiştirilen 18.05.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Kanunun 74 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d)

bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

17) 23.01.2008 Tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 545 inci Maddesi ile Değiştirilen 5188 Sayılı Kanunun 10 uncu Maddesinin Birinci Fıkrasının (d) Bendinin "kamunun sağlığına karşı suçlar" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyi içeren kuralla, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun "Özel güvenlik görevlilerinde aranacak şartlar" başlıklı 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde değiştirilmekte ve kamunun sağlığına karşı suçlar tümcesinin kapsamına giren TCK'nun 185 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki suçu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak işleyenler ile aynı kapsama dahil diğer maddelerdeki suçu işleyen ve bu fiilinden dolayı azami bir yıl veya daha az hapis cezasına mahkûm olanların özel güvenlik görevlisi olamayacakları hükme bağlanmakta yani bu konuda süresiz hak yoksunluğu getirilmektedir.

5188 sayılı Kanunun değişiklikten önceki 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, taksirli suçlar hariç tutulmuş iken iptali istenen ibare ile getirilen kuralla böyle bir ayrım yapılmadığı gibi işlenen suçun ağırlığı da dikkate alınmaksızın diğer bir anlatımla "cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesi" ne aykırı olarak özel güvenlik görevlisi olma konusunda süresiz hak yoksunluğu öngörülmüştür.

Öte yandan, iptali istenen "kamunun sağlığına karşı suçlar" ibaresinin kapsamına giren suçlar ile özel güvenlik görevlilerinin yürüttüğü hizmet arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması da mümkün bulunmamaktadır.

Açıklanan ve yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 545 inci maddesi ile değiştirilen 5188 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin "kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Çağdaş ceza hukuku doktrininde cezanın amacı suçun önlenmesi, suçlunun ıslahı yani rehabilitasyonudur. Ceza, suçun karşılığıdır. Ceza suçla orantılı olmalı ve kişinin şahsına uymalıdır.

"Meslek ve sanatın yasaklanması" doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezaların yanında, bu cezaya ek olarak getirilen bir güvenlik tedbiridir. Böyle bir tedbirin, görülen meslek ve sanatla ilgisi olmayan taksirli suçları da kapsamına alarak ve "cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesi" ne aykırı olarak süresiz hak yok yoksunluğunu öngörecek şekilde uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabileceği açıktır.

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, iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerin de durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan nedenlerle 23.01.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 25 inci maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanunun 28 inci maddesinin birinci fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

2) 29 uncu maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanunun 45 inci maddesinin birinci fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

3) 167 nci Maddesi ile değiştirilen 18.12.1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin (A) fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

4) 181 inci maddesi ile değiştirilen 09.03.1954 tarihli ve 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği işlere Dair Kanunun 6 ncı maddesinin (a) fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

5) 273 üncü maddesi ile değiştirilen 213 sayılı Kanunun 87 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

6) 317 nci maddesi ile değiştirilen 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

7) 326 ncı Maddesi ile değiştirilen 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

8) 338 inci Maddesi ile değiştirilen 1163 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

9) 369 uncu maddesi ile değiştirilen 2499 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin (f) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

10) 370 inci Maddesi ile değiştirilen 2499 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar,

devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

11) 384 üncü Maddesi ile değiştirilen 2821 sayılı Sendikalar Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

12) 387 nci maddesi ile değiştirilen 05.05.1983 tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunun 56 ncı maddesinin (4) numaralı bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

13) 430 uncu maddesi ile değiştirilen 2920 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından" tümcesi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

14) 440 ıncı Maddesi ile değiştirilen 07.06.1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk," tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

15) 485 inci Maddesi ile değiştirilen 28.03.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Kanunun 8 inci maddesinin dördüncü fıkrasının (g) bendinin (3) numaralı alt bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

16) 538 inci maddesi ile değiştirilen 18.05.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Kanunun 74 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu, 70 inci ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

17) 545 inci maddesi ile değiştirilen 5188 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin "kamunun sağlığına karşı suçlar" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenilen maddeleri şöyledir;

"MADDE 25- 1219 sayılı Kanunun 28 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

MADDE 28- Hekimlik mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir.

İcrayı sanat etmesine mani ve gayrıkabili şifa bir marazı aklı ile malul olduğu bilmuayene tebeyyün eden tabipler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır."

"MADDE 29- 1219 sayılı Kanunun 45 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 45- Diş hekimliği mesleğinin icrası için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak gerekir.

İcrayı sanata mani ve gayri kabili şifa bir marazı akli ile malul olduğu bilmuayene tebeyyün eden diş tabibi ve dişçiler, Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diploma veya ruhsatnameleri geri alınır."

"MADDE 167- 18/12/1953 tarihli ve 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanunun 4 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 4- Aşağıda yazılı haller eczacılık yapmaya manidir:

A) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmak.

B) Başka memleketlerde sanatını icradan menedilmiş olup bu muamelenin haklı olduğu İcra Vekilleri Heyetince kabul edilmiş olmak;

C) Sanatını yapmasına mani iyileşmez bir hastalığı bulunmak;

Ç) Sanatını yapmasına mani olacak derecede iki gözü rüyetten mahrum olmak."

"MADDE 181- 9/3/1954 tarihli ve 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanunun 6 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 6- Aşağıda yazılı haller, veteriner hekimlik mesleğinin icrasına mani teşkil eder:

a) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,** zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından hapis cezasına mahkûm olmak.

b) Bu Kanun ile teşekkül eden Haysiyet veya Yüksek Haysiyet Divanı kararları ile meslekini icradan menolunmak.

c) Yüksek Haysiyet Divanınca haklarında diplomalarının istirdadı kararı ittihaz edilmek."

"MADDE 273- 213 sayılı Kanunun 87 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 87- Takdir, tadilat ve zirai kazançlar il komisyonları ile özel komisyonlara, memurların dışında, seçilecek kimselerde aşağıdaki vasıflar aranır:

1. İyi ahlak sahibi olmak ve ikamet ettiği veya iş gördüğü muhitin emniyet ve itimadını kazanmış bulunmak.

2. Medeni haklardan ıskat edilmiş bulunmamak.

3. Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya vergi kaçakçılığı suçlarından mahkûm olmamak.

4. Takdir ve özel komisyonlara seçileceklerde, ayrıca otuz yaşını bitirmiş olmak.

5. Tadilat ve zirai kazançlar il komisyonlarına seçileceklerde ayrıca mensup olduğu şehir veya kasabanın iktisadi şartlarına ve emlak ve ziraat işlerine vukufu olmak ve yirmibeş yaşını bitirmiş bulunmak."

"MADDE 317- 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"5. Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan

kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak."

"MADDE 326- 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"a) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak,"

"MADDE 338- 1163 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"3. Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından ya da bu Kanun hükümlerine göre mahkum olmamak."

"MADDE 369- 2499 sayılı Kanunun 33 üncü maddesinin (f) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"f) Kurucularının müflis olmaması ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,** zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması,"

"MADDE 370- 2499 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"f) Kurucularının müflis olmaması ve Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması,"

"MADDE 384- 5/5/1983 tarihli ve 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Sendika kurucusu olabilmek için; Türk vatandaşı, medeni hakları kullanmaya ehil ve sendikaların kurulacağı işkolunda fiilen çalışır olmak; Türkçe okur-yazar olmak ve ayrıca; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûmiyetin bulunmaması şarttır."

"MADDE 387- 5/5/1983 tarihli ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 56 ncı maddesinin (4) numaralı bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"4. Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûmiyetin bulunmaması ve siyasi partilerin organlarında görevli olmamak,"

"MADDE 430- 2920 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"İzin belirli şartlara ve süreye bağlanabilir. İzin belgesi,

a) Milli güvenliğin veya kamu düzeninin tehlikeye girebileceği durumlarda,

b) Gerçek kişilerin veya tüzel kişilerin kurucu ortakları ile temsile yetkili yöneticilerinin; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, bankacılık, sermaye piyasası ve kaçakçılık mevzuatında tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar ile hırsızlık, yağma, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, parada, paraya eşit sayılan değerlerde, kıymetli damgada, mühürde, resmi belgede, özel belgede sahtecilik, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, tefecilik, zimmet, irtikâp, rüşvet, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama, devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından** ya da ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması suçlarından dolayı mahkûm edilmiş olması hâlinde,

verilmez."

"MADDE 440- 7/6/1985 tarihli ve 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"e) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından hapis cezasına mahkûm olanlar,"

"MADDE 485- 28/3/2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununun 8 inci maddesinin dördüncü fıkrasının (g) bendinin (3) numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"3. Müflis veya konkordato ilan etmiş olmaması, Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni

kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından mahkûm olmaması,"

"MADDE 538- 18/5/2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 74 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"d) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından hapis cezasına mahkûm olanlar."

"MADDE 545- 5188 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"d) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, **kamunun sağlığına karşı suçlar**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık veya fuhuş suçlarından mahkûm olmamak."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 49., 70. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca 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

20.3.2008 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Dava Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamları

İptal davasına konu olan kurallarla düzenlenen meslek ve görevlilerden; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, veteriner hekimler için **"milli savunmaya karşı suçlar", "devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" ve "kamunun sağlığına karşı suçlar",** takdir, tadilat ve zirai kazançlar il komisyonları ile özel komisyonlara memurların dışında seçilecek kimseler, memurlar, avukatlar, kooperatif yönetim kurulu üyeleri, aracı kurumların kurucuları, yatırım ortaklıklarının kurucuları, sendika kurucuları, Yüksek Hakem Kurulu'na işçi ve işverenler adına seçilecek üyeler, ticari hava işletmelerinde gerçek kişilerin veya tüzel kişilerin kurucu ortakları ile temsile yetkili yöneticileri, Türk Diş Hekimleri Birliği'nin organlarına seçilecek meslek mensupları, emeklilik şirketi kurucuları, oda ve borsa genel sekreteri için **"milli savunmaya karşı suçlar" ve "devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk",** özel güvenlik görevlileri için **"kamunun sağlığına karşı suçlar"**dan mahkûmiyet hallerinde bu meslekler ya da görevler Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile icra edilemeyecektir. Türk Ceza Kanunu'nun ikinci bölümünde **"Güvenlik Tedbirleri"** ana başlığı altında yer alan 53. maddesi "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" kenar başlığı altında düzenlenmiş, kişinin kasıtlı bir suç işlemesi ve bu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olması halinde mahkûmiyetin kesinleşmesiyle başlayıp hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar devam eden hak yoksunluğunu öngörmüştür. İptal davasına konu kurallarda ise Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinden farklı olarak bu suçların kasıtlı veya taksirli işlenmeleri arasında bir fark gözetilmemiş ve mahkûmiyet halinde süresiz olarak belirli mesleklerin ya da görevlerin yapılması konusunda hak yoksunluğu getirilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 317 ila 325. maddelerinde dokuz madde halinde düzenlenmiş milli savunmaya karşı suçlar ile korunmak istenen hukuki yarar milli savunma, 326 ila 339. maddelerinde ondört madde halinde

düzenlenmiş olan Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk ile korunmak istenen hukuki yarar devletin güvenliği, milli savunma, iç ve dış siyasal yararlar, 185 ila 196. maddelerinde de oniki madde halinde düzenlenen kamunun sağlığına karşı suçlar ile korunmak istenen hukuki yarar ise kamunun sağlığıdır.

Dava konusu bölümlerde yer alan suçlar, kasıtla işlenen, müebbet ve uzun süreli hapis cezası gerektiren suçlardan taksirle işlenen veya altı aya kadar hapis cezasını gerektiren suçlara kadar çeşitlilik göstermektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen maddelerde, milli savunmaya, kamunun sağlığına ve Devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, belirli meslek ve görevleri icra edemeyecekleri, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezalara ek olarak hak yoksunluğunun getirildiği; söz konusu düzenlemelerin bir bölümünde mesleğiyle hiç ilgisi bulunmayan bir suçtan veya azami haddi bir yıl yada daha az hapis cezasını gerektiren veya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak taksirli bir suçtan mahkûm olan bir kişinin mesleğini icra etmekten süresiz yoksun bırakılması sonucunun öngörüldüğü; yasa koyucu, asli cezanın yanında bu cezaya bağlı olarak kimi kısıtlılıklar öngörüp öngörmeme konularında anayasal ilkeler çerçevesinde takdir hakkına sahip olmakla birlikte, söz konusu hak yoksunluklarının Anayasanın 2. ve 5. maddelerinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti" ilkesi ile bağdaşmadığı, bu meslek mensuplarının yürüttüğü hizmet ile iptali istenen kuralların öngördüğü mahkûmiyetten dolayı hak yoksunluğu getirilmesi arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden-sonuç bağının bulunmadığı, yaptırımların işlenen suçla orantısızlığının adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olduğu, söz konusu meslek veya görev sahiplerinin mesleklerini veya görevlerini icra etme yönünden diğer meslek mensupları ile aynı hukuki durumda bulunmaları nedeniyle iptal istemine konu bölümlerdeki meslek mensupları ile görevliler yönünden getirilen farklı kuralların kanun önünde eşitlik ilkesi, ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkesi, çalışma hakkı, kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayrımın gözetilemeyeceği ilkesi ve çalışma hakkının etkin kullanımını sağlama görevini veren Avrupa Sosyal Şartını da ihlâl etmesi nedeniyle Anayasanın 2., 5., 10., 13., 49., 70. ve 90. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

İptal konusu kurallarla, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un değişik onyedi maddesinde Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; "milli savunmaya karşı suçlar", "Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" ve "kamunun sağlığına karşı suçlar"dan mahkûm olanların belirli meslekleri ve görevleri icra edemeyecekleri öngörülmektedir.

5728 sayılı Yasa'nın genel gerekçesi ile madde gerekçelerinden, dava konusu kurallarda yer alan belirli meslek ya da görevler için aranacak mahkûmiyet koşulunun, Türk Ceza Kanunu'nun hükümleri de dikkate alınarak yeniden düzenlendiği ve Türk Ceza Kanunu'nun suç karşılığı uygulanan yaptırım teorisine bağlı, mahkûmiyetin yasal sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma şeklinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

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

Yasa koyucu asli cezalara bağlı olarak kimi yoksunluklar öngörüp öngörmeme konularında anayasal ilkeler çerçevesinde takdir hakkına sahiptir. Ceza hukukunda, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezanın yanında, bu cezanın etkisini artırmak, suç işlenmesinde caydırıcılığı sağlamak için, asli cezaya ek olarak kimi hak yoksunlukları da getirilmiştir. İptal davasına konu yasal düzenlemelerde de, bazı meslek ya da görevlerin saygınlığı, bunlara karşı toplumun güven duygusu ve içeriklerinde yer alan etik değerleri göz önüne alarak, bu meslek ve görevleri icra edecek olanların belli suçlardan mahkûm olmaları hâlinde, aslî cezanın yanı sıra sürekli olarak hak yoksunlukları öngörülmüştür. Ancak, ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren iptal davasına konu düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Yasa koyucunun hak yoksunluklarını belirlerken takdir hakkı çerçevesindeki tercih serbestisinin de Anayasa'ya uygun olması gerektiği açıktır.

Dava konusu düzenlemeler, meslek veya görevlerin özellikleri, suçların niteliği, bu suçlara verilen cezalar ve cezaların süresi, kasıtla veya taksirle

işlenip işlenmediğine bakılmaması ve bir kademelendirme de yapılmaması ve bu suçlardan mahkûm olanların belirli meslekleri ve görevleri sürekli olarak icra edememeleri, işledikleri suçlara göre adaletli ve eylemle orantılı olmayan ölçüsüz bir hak yoksunluğuna yol açması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti" ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

Dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden 5., 10., 13., 49., 70. ve 90. maddeler yönünden inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Mehmet ERTEN ve Fettah OTO bu görüşlere ek gerekçe ile katılmışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 25. maddesiyle değiştirilen 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, … " bölümüne,

2- 29. maddesiyle değiştirilen 1219 sayılı Yasa'nın 45. maddesinin birinci fıkrasının "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, …" bölümüne,

3- 167. maddesiyle değiştirilen 18.12.1953 günlü, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (A) fıkrasının "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, …" bölümüne,

4- 181. maddesiyle değiştirilen 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 6. maddesinin (a) fıkrasının " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, …" bölümüne,

5- 273. maddesiyle değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 87. maddesinin (3) numaralı bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

6- 317. maddesiyle değiştirilen 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5)

numaralı alt bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

7- 326. maddesiyle değiştirilen 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

8- 338. maddesiyle değiştirilen 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

9- 369. maddesiyle değiştirilen 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 33. maddesinin (f) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

10- 370. maddesiyle değiştirilen 2499 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

11- 384. maddesiyle değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

12- 387. maddesiyle değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 56. maddesinin (4) numaralı bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

13- 430. maddesiyle değiştirilen 14.10.1983 günlü, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından …" bölümüne,

14- 440. maddesiyle değiştirilen 7.6.1985 günlü, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

15- 485. maddesiyle değiştirilen 28.3.2001 günlü, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 8. maddesinin dördüncü fıkrasının (g) bendinin (3) numaralı alt bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

16- 538. maddesiyle değiştirilen 18.5.2004 günlü, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümüne,

17- 545. maddesiyle değiştirilen 10.6.2004 günlü, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin " … kamunun sağlığına karşı suçlar, …" bölümüne,

ilişkin iptal hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu bölümlerin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 25.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmektedir. 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmakta, maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal sonucunda meydana gelecek hukuksal boşluğu, kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde, dördüncü fıkradaki hükmü uygulayacağı belirtilmektedir.

23.01.2008 günlü, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, iptal edilen bölümlerinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1- 25. maddesiyle değiştirilen 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28. maddesinin birinci

fıkrasının "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, … " bölümünün,

2- 29. maddesiyle değiştirilen 1219 sayılı Yasa'nın 45. maddesinin birinci fıkrasının "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, …" bölümünün,

3- 167. maddesiyle değiştirilen 18.12.1953 günlü, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (A) fıkrasının "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, …" bölümünün,

4- 181. maddesiyle değiştirilen 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 6. maddesinin (a) fıkrasının " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar, …" bölümünün,

5- 273. maddesiyle değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 87. maddesinin (3) numaralı bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

6- 317. maddesiyle değiştirilen 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

7- 326. maddesiyle değiştirilen 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

8- 338. maddesiyle değiştirilen 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

9- 369. maddesiyle değiştirilen 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 33. maddesinin (f) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

10- 370. maddesiyle değiştirilen 2499 sayılı Yasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

11- 384. maddesiyle değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

12- 387. maddesiyle değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 56. maddesinin (4) numaralı bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

13- 430. maddesiyle değiştirilen 14.10.1983 günlü, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından …" bölümünün,

14- 440. maddesiyle değiştirilen 7.6.1985 günlü, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

15- 485. maddesiyle değiştirilen 28.3.2001 günlü, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 8. maddesinin dördüncü fıkrasının (g) bendinin (3) numaralı alt bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

16- 538. maddesiyle değiştirilen 18.5.2004 günlü, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin " … milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" bölümünün,

17- 545. maddesiyle değiştirilen 10.6.2004 günlü, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin " … kamunun sağlığına karşı suçlar, …" bölümünün,

Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- İptal edilen bölümlerin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu bölümlere ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

25.2.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5728 sayılı Kanun, kimi yasalarda yer alan bazı mesleklerin ve görevlerin icra edilebilmesi için, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile kamunun sağlığına karşı suçlardan taksirle işlenenler de dahil olmak üzere mahkum olmama kuralını getirmiştir.

Getirilen kural, sözü edilen meslek ve görevlerin icrası için aranan bir koşul mu, yoksa bir ceza mı olduğunun öncelikle saptanması gerekmektedir. Bu bağlamda, 5728 sayılı Yasa'nın genel gerekçesi ile madde gerekçeleri incelendiğinde, meslek ya da görevlerin icrası için aranan mahkum olmama koşulunu, Türk Ceza Kanunu hükümleri de dikkate alınarak yeniden düzenlendiği ve Türk Ceza Kanunu'nun suç karşılığı uygulanan mahkumiyetin yasal sonucu olarak belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma şeklinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Yasa koyucu, bu düzenlemeler ile iptali istenilen kurallarda belirtilen kasıtlı ve taksirli suçlardan mahkumiyet halinde bu suçların cezasına ek ayrı bir ceza (hak yoksunluğu) getirerek asli cezanın etkisini artırmış, ayrıca da güvenlik önlemi oluşturmuştur. Nitekim, gerekçede belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmanın bir güvenlik tedbiri olduğu ifade edilmiştir.

Buna göre, kural, bazı meslek ve görevlerin icrası için aranan koşul olma yanında, cezanın çekilmesinden sonra uygulanması öngörülen güvenlik tedbiriyle de, suç ve ceza ilkelerine uygun bir yaptırım durumundadır.

Bu nedenle iptali istenen kuralların, hem farklı ceza sürelerini hem de taksirli suçları içermesine rağmen, bunlar arasında ayırım yapmadan salt bu suçlardan mahkum olmayı, belirli meslek ve görevlerin icra edilmesinde sürekli engel olarak kabul etmesi, adaletli ve eylemle orantılı olmayan ölçüsüz bir yaptırım olduğundan çoğunluğun bu doğrultudaki iptal gerekçesine katılıyoruz.

Ayrıca, yasa koyucu Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesindeki düzenlemeyle, güvenlik tedbirlerinin süresini mahkumiyet süresiyle sınırlamış ve cezanın infazının sona ermesiyle birlikte güvenlik tedbirlerinin de sona ereceğini kabul etmiştir. Böylece, daha önce var olan "memnu hakların iadesi" kurumu uygulamadan kaldırılmış, cezanın infazının sona ermesiyle birlikte her hangi bir isteme gerek olmaksızın mahrum kalınan hakların kullanılabilmesi sağlanarak süresiz hak yoksunluğuna son verilmiştir. Buna rağmen Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen bölümleri de içeren maddelerinde yer alan *"Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile"* biçimindeki düzenlemeyle iptali istenen (Türk Ceza Kanununda tanımlanan) suçlardan mahkumiyet halinde belirli mesleklerin ve görevlerin icra edilemeyeceği belirtilerek, cezanın infazıyla birlikte güvenlik tedbirlerinin de sona ereceğine ilişkin kuralın aksine belirli meslek ve görevlerin icra edilmesi süresiz olarak engellenmiştir.

Cezalandırmanın asıl amacı işlediği suçtan dolayı kişinin pişmanlık duymasını sağlayarak topluma kazandırmaktır. Mahkum olduğu cezanın usulüne uygun olarak yerine getirilmesine imkan veren bir kişinin işlediği suçtan nadim olduğunun ve toplumda güven duyulacak hale geldiğinin kabulü gerekir.

İptali istenen kurallarla suça bağlı hak yoksunlukları, cezasını çekerek ıslah olduğu kabul edilen kişiler yönünden devam ettirilmekte ve kaybettiği hakları tekrar elde etmeleri süresiz olarak engellenmek suretiyle bu kişiler toplumdan tamamen dışlanmaktadır.

Bu durum,, Anayasamızda öngörülen sosyal Devlet anlayışına, ceza hukukunun genel ilkelerine, suç ve ceza politikasıyla hedeflenen amaca aykırıdır.

Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinin (1) fıkrasında *"5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkumiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir…"* denilerek memnu hakların iade

edilmesi sonradan kurallaştırılmışsa da iptali istenilen kuralların, bazı meslek ve görevlerin icrası için aranan koşul olması ya da hak yoksunluklarının 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan suçlardan kaynaklanması nedeniyle bu Kanun kapsamında olduğu düşünülerek, bu düşüncelerle yasaklanmış hakların (hak yoksunluklarının) geri verilmesi isteminin reddedilebileceği gözetildiğinde, sonradan yapılan söz konusu bu düzenlemenin de kapsamının net ve anlaşılabilir olmadığı hukuk devletinde yasa kurallarının açık ve anlaşılabilir olması gerektiğine ilişkin kurala uyulmadığı, dolayısıyla itiraz konusu kurallarla getirilen yaptırımların adil, ölçülü olmalarının sağlanamadığı açıktır.

Diğer yandan, değişik yasalarda yer alan ve anayasaya aykırılığı ileri sürülen bu düzenlemelerin temel yasada yer verilecek olan memnu hakların iadesi müessesesi ile bağlantı kurulması gereğine uyulmayarak bu konunun özel yasa da düzenlenip kaybedilen hakkın yeniden kazanılmasının sonradan düzenlenen bu yasanın yürürlükte kalmasına bağlanması da hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır.

Belirtilen nedenlerle söz konusu kurallar, Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet anlayışı ile hukuk devleti ilkesine ve ceza hukukunun genel prensiplerine bu yönüyle de aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

Üye	Üye
Mehmet ERTEN	Fettah OTO

Esas Sayısı : 2010/18

Karar Sayısı: 2010/45

Karar Günü : 24.3.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Malatya İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1) 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasının;

2) 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 105. maddesinde yer alan *"21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi…"* ibaresinin;

Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sosyal Güvenlik Kurumundan emekli olan davacının sözleşmeli avukat olarak çalışması nedeniyle emekli aylıklarının ödenmemesi ve yanlışlıkla ödenenlerin istirdadına dayalı olarak açılan alacak davasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali istemiyle başvurmuştur.

II- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen ikinci fıkrayı da içeren 30. maddesi şöyledir:

"MADDE 30- Cumhurbaşkanı tarafından atananlar, Bakanlar Kurulu kararı veya müşterek kararnameyle atanan veya görevlendirilenler, Türkiye Büyük Millet Meclisince yapılan seçimler sonucunda görev verilenler ile yükseköğretim kurumlarının öğretim üyeliklerine ve Sağlık Bakanlığının tabip ve uzman tabip kadrolarına yapılacak atamalar hariç olmak üzere, herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı

alanlar, genel bütçeye dahil dairelerin, katma bütçeli idarelerin, döner sermayelerin, kefalet sandıklarının, sosyal güvenlik kurumlarının ve bütçeden yardım alan kuruluşların kadrolarına açıktan atanamazlar. Diğer kanunların bu fıkraya aykırı hükümleri uygulanmaz.

Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emeklilik veya yaşlılık aylığı alanlar bu aylıkları kesilmeksizin; genel bütçeye dahil daireler, katma bütçeli idareler, döner sermayeler, fonlar, belediyeler, il özel idareleri, belediyeler ve il özel idareleri tarafından kurulan birlik ve işletmeler, sosyal güvenlik kurumları, bütçeden yardım alan kuruluşlar ile özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklıkları ile müessese ve işletmelerinde ve sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait olan diğer ortaklıklarda herhangi bir kadro, pozisyon veya görevde çalıştırılamaz ve görev yapamazlar.

Diğer kanunların emeklilik veya yaşlılık aylığı almakta iken emeklilik veya yaşlılık aylıkları ve/veya diğer tazminatları kesilmeksizin atanmaya, çalıştırılmaya veya görevlendirilmeye izin veren hükümleri ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun ek 11 inci maddesine göre 1.1.2005 tarihinden önce alınmış Bakanlar Kurulu kararları uygulanmaz.

Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri;

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,

Hakkında uygulanmaz."

2- 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 105. maddesi şöyledir:

"Madde 105- **21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi**, 26.10.1990 tarihli ve 3671 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi ile 10.7.1987 tarihli ve 285 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5 inci maddesinin onbirinci fıkrası hariç olmak üzere, diğer kanunların bu Kanuna aykırı hükümleri uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkemenin başvuru kararında, iptal istemi Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine dayandırılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Recep KÖMÜRCÜ'nün katılımlarıyla 24.03.2010 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dava dosyası ve ekleri, ilk inceleme raporu, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kurallarıyla, bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- 5335 sayılı Yasa'nın 30. maddesinin ikinci fıkrasının incelenmesi

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

İptali istenen 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasına yönelik iptal başvurusu 3.4.2007 günlü, E.2005/52, K.2007/35 sayılı kararla Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile reddedilmiş ve bu karar 18.3.2008 günlü, 26820 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek Anayasaya aykırı olmaması nedeniyle reddedilen itiraz konusu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için, önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 18.3.2008 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır. Bu nedenlerle, başvurunun Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddeleri gereğince reddi gerekir.

2- 5510 sayılı Yasa'nın 105. maddesindeki ibarenin incelenmesi

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler bakmakta oldukları davada uygulayacakları yasa ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının 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 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 nitelikteki kurallardır.

17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 63. maddesi ile değişik 5510 sayılı Yasa'nın 105. maddesi, 5754 sayılı Yasa'nın 74. maddesi ile değişik 5510 sayılı Yasa'nın 108. maddesi gereğince *"2008 yılı Ekim ayı başında"* yürürlüğe girmiştir.

Alacak davası 20.11.2006 tarihinde açılmış olup, alacak talebi 1.1.2005 ilâ 25.11.2006 tarihleri arasına ilişkindir. Buna göre 5510 sayılı Yasa'nın 105. maddesindeki iptali istenilen ibare, dava konusu alacak hakkının doğduğu zaman yürürlükte olmadığı gibi, dava açıldığı tarihte de yürürlükte olmadığından bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

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

IV- SONUÇ

1- 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu'nun 30. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istemine ilişkin itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddelerinin son fıkraları gereğince REDDİNE,

2- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 105. maddesinde yer alan "21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi, …" ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

24.3.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

Esas Sayısı : 2006/159

Karar Sayısı: 2010/47

Karar Günü : 24.3.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 11. Sulh Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 23.6.1965 günlü, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasının "… dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır." bölümünün, Anayasa'nın Başlangıç Kısmının altıncı fıkrası ile 5., 10., 12., 17., 20., 35. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Tapu kütüğünde mesken olarak kayıtlı bulunan bağımsız bölümün, tapuda gösterilen amacı dışında kullanılmasının önlenmesi ve söz konusu bağımsız bölümü muayenehane olarak kullanmakta olan kiracının tahliyesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Ülkemizdeki en üstteki hukuk normu olarak mer'i 1982 Anayasası, sosyal bir devlet olarak toplumu korumayı esas almış ve toplumun merkezine ise Türk aile yapısını oturtmuştur.

Anayasamızda yapısal olarak genel ve bireysel menfaat söz konusu olduğunda genel menfaatin üstün tutulduğu ve gerektiği ölçüde bireysel menfaatlerin kısıtlanmasına izin verildiği gözlenmektedir.

Bu bağlamda gerek Anayasamızın 35. maddesinde, gerekse de AİHS'nin 1 No'lu Ek Protokol'ünde mülkiyet hakkı, tartışmasız bir şekilde temel insan hakları arasında sayılmıştır. Ne var ki mülkiyet hakkının da genelin yani toplumun menfaatleri ölçüsünde kısıtlanması mümkündür. Buradan yola çıkarak Anayasamızın gerek 13. maddesinde, gerekse de 35. maddesinde

mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla kısıtlanabilmesi imkanı getirilmiştir.

Yasama organı böyle bir yetkiden yola çıkarak, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesinde mülkiyet hakkına kısıtlama getirmiş bulunmaktadır. Ancak yasama organı bu kısıtlamayı getirirken Anayasa'nın diğer hükümlerini göz ardı etmemelidir. Toplum lehine mülkiyet hakkına kısıtlama getirilirken, toplumun bir kesimine diğer kesimine oranla daha fazla hak ve imkan getirilmesi, Anayasa'daki "ayrımcılık yasağı" ve "eşitlik" kurallarını zedeleyecektir. İşte bu nedenle, Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesinin 1. fıkrasındaki "… dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır." cümleciğinin Anayasa'mızın yukarıda sayılan maddelerine aykırı olduğu düşüncesine varılmıştır.

Şöyle ki;

1. Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. maddesindeki;

"Anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuarı gibi müesseseler kurulamaz; kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür; dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır.

Anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir.

Bu karar yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sahifelerine şerh verilir"

Düzenlemeyle toplumun ve onun temeline oturtulan ailenin menfaatleri gözetilerek, kat mülkiyetine tabi bir binada bulunan ve tasdikli mimari projesine göre mesken niteliğini haiz bağımsız bölümü, hak sahiplerinin niteliği dışında kullanmalarına kısıtlama getirilmiştir. Bu kısıtlama uyarınca, bağımsız bölüm maliki, diğer tüm bağımsız bölüm maliklerinin onayını almaksızın, mesken nitelikli taşınmazını başka amaçlarla ve özellikle işyeri olarak kullanması yasaklanmıştır.

Gerçekten de Anayasa'nın birçok maddesinde, kişilerin manevi varlığının geliştirilmesi, toplumun huzuru, ailenin korunması konusuna çok hassas yaklaşılmış ve özel bir önem verilmiştir.

Yasa koyucu, aile yaşamının sürdürüldüğü alanlarda işyeri faaliyetlerine son verilmesini, özelde bireylerin genelde ise toplumun huzurunun sağlanması, işyeri yaşamının getirdiği risklerden uzak tutulmasını ve güvenliğinin sağlanmasını amaç edinmiş, kamu yararını gözeterek KMK'nun 24. maddesiyle mülkiyet hakkına bir kısıtlama getirmiştir.

2. Mülkiyet hakkına getirilmiş bulunan kısıtlama mevcut haliyle, Anayasa'mızın Başlangıç Bölümünün 6. fıkrasında yer alan, "temel hak ve hürriyetlerden eşit şekilde yararlanma, maddi ve manevi varlığını geliştirme" kriterlerine aykırıdır.

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde de tanınmıştır. Getirilen düzenleme karşısında Anayasa'nın 17. maddesi de ihlal edilmiştir.

Zira; yasa koyucu bir yandan mesken nitelikli yerlerde ticari faaliyet yapılmasını, işyeri olarak kullanılmasını yasaklarken, muayenehane olarak işletilecek işyerleri için bir ayrıcalık getirmiştir. O halde getirilen bu istisna ile muayenehane olarak kullanılan mesken nitelikli taşınmazların bulunduğu binalarda oturan ailelerin diğer binalarda oturanlara oranla "temel hak ve hürriyetlerden eşit şekilde yararlanma, maddi ve manevi varlığını geliştirme" hakları zedelenmiş olacaktır.

3. Huzurlu ve güvenli bir ortamda yaşama hakkı, bir temel insan hakkı olarak Anayasa'nın 12. maddesinde tüm bireylere tanınmış olup, nitelikleri itibariyle dokunulamaz haklar arasında sayılmıştır. O halde muayenehaneler yönünden getirilen kısıtlama Anayasa'nın 12. maddesine de aykırıdır.

4. Özel hayatın gizliliği başlıklı Anayasa'nın 20. maddesinde, dokunulamaz temel insan hakkı olarak, toplum yaşayan tüm bireylere, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı getirilmiştir.

Oysa KMK'nun 24. maddesine getirilen istisna ile; içerisinde muayenehane bulunan binalarda yaşayan bireyler yönünden bu Anayasal haktan yararlanma hakkı ortadan kaldırılmış ve hakkın özüne dokunulmasına imkan verilmiştir.

Yasada, muayenehane tabiriyle neyin kastedildiği açık olarak düzenlenmemiş, Yargıtay içtihatları doğrultusunda, doktor muayenehanelerinin yanı sıra avukat yazıhaneleri ve mali müşavir gibi büro

faaliyetlerinin yürütüldüğü işyerlerinin de yasa kapsamında olduğu kabul edilmiştir.

Doktor muayenehanelerine hangi tür müşterilerin gideceği malumdur. Gerçekten de belki de bulaşıcı hastalık riski taşıyan, ya da içinde bulunduğu rahatsızlık gereği bağırıp çağıran hastaların, mesken nitelikli bir binaya girip çıkması kişilerin maddi ve manevi varlığı için elbette birer tehdit ve risk olarak ortaya çıkacaktır. Hipokrat yemini gereği doktorların hastayı reddetme hakları bulunmadığı da gözetildiğinde tehlikenin varlığı daha net ortaya çıkacaktır. Öte yandan çok fazla müşterisi bulunan bir doktorun ticari faaliyet olarak bakkal dükkanından farkı olmayacaktır.

İçtihat hukuku ile muayenehane olarak yorumlanan avukat yazıhanelerinin işleyişi de apartman sakinleri açısından büyük risk taşıyacaktır. Zira savunma mesleği niteliği itibariyle çoğu zaman adam öldürme, gasp vb. ağır suçları, hırsızlık, sarkıntılık ve tecavüz gibi de adi suçları işleyenleri de savunmayı gerektirmektedir. Doğal olarak bu tür kişilerin, mesken nitelikli apartmanlara kontrolsüz bir şekilde girip çıkması kişinin maddi ve manevi varlığı için birer tehdit olarak karşımıza çıkacaktır.

5. "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinde, mülkiyet hakkı kullanımının toplum yararına olamayacağını düzenlemiştir. Oysa mesken nitelikli taşınmazların muayenehane olarak kullanımına müsaade olunması toplum yararına açıkça aykırıdır. O nedenle KMK'daki muayenehane istisnası Anayasa'nın 35 maddesinin 3. fıkrasına da aykırıdır.

6. "Ailenin Korunması" başlıklı 41. maddesinde, toplumu korumayı temel hedefleri arasında saymış, toplumun temeline ise Türk aile yapısını oturtmuş ayrıca Devlet örgütüne, ailenin huzuru, refahı ve korunması için gerekli tedbirleri almakla görevlendirilmiştir.

Türk aile yapısı, özel hayatın gizliliğine, masumiyetine, korunmasına ve güvenliğine çok özel bir önem atfeder. Oysa KMK'nun 24. maddesindeki muayenehane istisnası ile Türk aile yapısının temeline aykırı sonuçlar doğuracak bir ortama izin verilmiştir. O nedenle getirilen muayenehane istisnası Anayasanın 41. maddesine de aykırıdır.

Öte yandan özel hayat ile aile hayatının korunması AİHS'nin 8. maddesindeki;

"Özel hayatın ve aile hayatının korunması

1. Herkes özel ve 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 veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir. "

hükümle de koruma altına alınmıştır.

7. Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinde; kanun önünde herkesin eşit olduğu, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilemeyeceği açıkça ifade olunmuştur. Anayasada ayrımcılık yasağının yanı sıra her hangi bir imtiyaz tanınması da açıkça yasaklanmış, devlet organ ve makamlarına da bütün işlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uyulması emredilmiştir.

Oysa KMK'nun 24. maddesinde, her türlü ticarethane ve işletmeler yönünden mesken nitelikli taşınmazda faaliyet gösterme yasağı getirilirken, muayenehane istisnası ile ticari faaliyet yürüten belirli bir zümreye imtiyaz tanınmış ve kanun önünde eşitlik ilkesi ihlal edilmiştir.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 5, 6, 12 ve 43. maddeleri uyarınca muayenehane açma hak ve yetkisi tıp hekimleri ile diş hekimlerine tanınmıştır.

Muayenehane açma hak ve yetkisi, yasalarda sadece insan muayenehanesi değil aynı zamanda Hayvan Islahı Hakkında Kanun'un 11. maddesi ve Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 8. maddesi uyarınca veteriner hekimlere de tanınmıştır.

Bunun dışında Yargıtay'ın geliştirdiği içtihat hukuku ile muayenehane kavramı içerisine büro tipi çalışılan diğer işyerleri (avukat yazıhaneleri, mühendislik büroları vb.) de dahil edilmiştir.

TTK hükümlerine göre ticari kazanç getiren bir işyeri ya ticari bir işletme, ya da esnaf işletmesidir. TTK 17. maddesi uyarınca, esnaf işletmesi "İster gezici olsunlar, ister bir dükkanda veya bir sokağın muayyen yerlerinde sabit bulunsunlar, iktisadi faaliyeti nakdi sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan ve kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan sanat ve ticaret sahipleri tacir değildirler" şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakış açısından hareketle, mal veya hizmet satışı yapan bir işyerini işleten kişi ya tacir, ya da esnaf işletmesinin sahibidir.

Görüldüğü üzere sadece tıp mesleğini icra eden hekim, diş hekimi ve veterinerlere muayenehane açma hak ve yetkisi tanınmış ve bu mesleği icra edenlere mesken nitelikli taşınmazlarda işyeri açarak mesleğini icra yetkisi tanınmış, içtihat hukukuyla büro tipi işyeri açanlar da bu zümreye dahil edilmiş ve böylelikle Anayasa'nın 10. maddesindeki açıkça yasaklanmasına rağmen belirli bir zümreye imtiyaz tanınmıştır.

Belirli bir zümreye mesken nitelikli taşınmazda muayenehane açma hakkıyla tanınan istisna ile esasen diğer kat maliklerinin de mülkiyet hakkının özüne zarar verilmiştir. Zira işyerleri ile yan yana bulunan mesken nitelikle taşınmazların kullanım alanı ve yaşam kalitesi bozulmuştur. Böyle bir durumda AİHS'nin Ek-1 No'lu Protokolünün ihlali de gündeme gelebilecektir.

Yukarıda anılan nedenlerle 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Yasası'nın 24. m. 2. fıkrasındaki "...dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır" cümleciğinin Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptali gerektiği düşüncesine varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

23.6.1965 günlü, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun, iptali istenilen bölümü de içeren 24. maddesi şöyledir:

"Anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza laboratuvarı gibi müesseseler kurulamaz; kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür; ***dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmıyan muayenehaneler bu hükmün dışındadır.***

Anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalathane, boyahane, basımevi, dükkan, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir.

Bu karar yöneticinin veya kat maliklerinden birinin istemi üzerine bütün bağımsız bölümlerin kat mülkiyeti kütüğündeki sahifelerine şerh verilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın Başlangıç Kısmının altıncı fıkrası ile 5., 10., 12., 17., 20., 35. ve 41. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün 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 kural, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasında, anagayrimenkulün kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde yapılması kesin olarak yasaklanan işler sayılmış; ikinci fıkrasında ise kat malikleri kurulunun oybirliğiyle vereceği kararla açılabilecek olan yerler belirtilmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre, "*Anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde hastane, dispanser, klinik, poliklinik, ecza lâboratuvarı gibi müesseseler kurulamaz; kat maliklerinin buna aykırı sözleşmeleri hükümsüzdür.*" Yasakoyucu, genel kuralı bu şekilde saptadıktan sonra, buna bir istisna getirmiş ve fıkranın sonunda "*dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmıyan muayenehaneler bu hükmün dışındadır.*" kuralına yer vermiştir. Böylece, anagayrimenkulün, kütükte mesken, iş veya ticaret yeri olarak gösterilen bağımsız bir bölümünün dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan "muayenehane" olarak kullanılması, başkaca bir izne ve işleme gerek olmaksızın doğrudan yasadan kaynaklanan bir yetkinin kullanımı çerçevesinde mümkün kılınmıştır.

Yasada yer alan muayenehane kavramının, uygulamada avukat yazıhanelerinin yanında mali müşavirlik veya mühendislik bürolarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlandığı görülmektedir.

634 sayılı Yasanın 24. maddesinin ikinci fıkrasında ise, kat malikleri kurulunun oybirliğiyle vereceği kararla açılabilecek iş ve ticaret yerleri gösterilmiştir. Buna göre, "*Anagayrimenkulün, kütükte mesken olarak gösterilen bağımsız bir bölümünde sinema, tiyatro, kahvehane, gazino, pavyon, bar, kulüp, dans salonu ve emsali gibi eğlence ve toplantı yerleri ve fırın, lokanta, pastahane, süthane*

gibi gıda ve beslenme yerleri ve imalâthane, boyahane, basımevi, dükkân, galeri ve çarşı gibi yerler, ancak kat malikleri kurulunun oybirliği ile vereceği kararla açılabilir."

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

İtiraz başvurusunda, kat maliklerinin oybirliğiyle alacakları bir karar olmaksızın mesken nitelikli bir bağımsız bölümde herhangi bir iş veya ticaret yerinin açılması mümkün olmadığı halde, itiraz konusu kural uyarınca, kat maliklerinin kararına bağlı olmaksızın meskende muayenehane açılabilecek olmasının, muayenehane sahiplerine imtiyaz tanınması anlamına geldiği ve bu durumun Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu; keza mesken nitelikli bir bağımsız bölümde muayenehane işletilmesi halinde ortaya çıkabilecek, hastalık bulaşması riski, gürültü, insan yoğunluğu vb. istenmeyen durumlar nedeniyle diğer kat maliklerinin, *özel hayatın ve aile hayatının gizliliği hakkı, mülkiyet hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, haklardan eşit olarak yararlanma hakkı* gibi bir kısım haklarının Anayasaya aykırı olarak sınırlandırıldığı ileri sürülmüştür.

Anayasanın 10. maddesinde "*Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (…) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. (…)*" denilmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. 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 eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Nitelik ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Yasal düzenlemeler yapılırken, yasanın kapsamına girebilecek kişiler, varlıklar ve olgular yönünden bir takım sınıflandırmalar yapılması ve buna bağlı olarak sözü edilen kişi, varlık veya olgulardan hangilerinin bu düzenlemelerin kapsamına dahil edileceği noktasında karar verilmesi kaçınılmazdır. Sorun, sözü edilen bu sınıflandırmaların hangi durumlarda haklı görülebileceğidir. Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanunun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir.

Yasa koyucu, itiraz konusu kuralla, meskenlerde hastane, dispanser vb.lerinin açılmasını uygun görmemiş buna karşılık kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümde muayenehane açılabilmesine izin vermiş, doktor muayenehanelerini diğer iş veya ticaret yerlerinden ayırarak bunları farklı nitelikte değerlendirmiştir. Yapılan bu sınıflandırmanın haklı bir nedene dayanmadığı, makul olmadığı, nedensiz olduğu, benzer durumda bulunanları kapsamına almadığı söylenemez. Aksine, yasa koyucunun, çeşitli sosyal ve ekonomik verilerden ve gereksinimlerden hareket ederek doktor muayenehanelerini diğer iş ve ticaret yerlerinden ayrı bir kategoriye koyma ihtiyacını hissetmiş olduğunun kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasanın 10. maddesine aykırı değildir. Başvurunun reddi gerekir.

Kuralın Anayasanın Başlangıç Kısmının altıncı fıkrası ile 5., 12., 17., 20., 35 ve 41. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

23.6.1965 günlü, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasının " … dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmıyan muayenehaneler bu hükmün dışındadır." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 24.3.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

Esas Sayısı : 2007/33

Karar Sayısı: 2010/48

Karar Günü : 24.3.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 5.12.1951 günlü, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 3.3.2004 günlü, 5101 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin onikinci fıkrasının "Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilirler." şeklindeki ilk tümcesinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Üzerinde hak sahibi oldukları fikir ve sanat eserine ilişkin üyesi bulundukları meslek birliğine yetki belgesi verdikleri halde bu davacıların, bu eserin izinsiz kullanımı ve iletimi nedeniyle tecavüzün def'i ve tazminat talebiyle açtıkları davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"5846 sayılı Yasanın 41. maddesinin 12. fıkrasının ilk cümlesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu inancıyla mahkememizce resen Yüksek Mahkemenize başvurma gereği ortaya çıkmıştır. Mahkememize göre belirtilen yasa hükmü aşağıdaki gerekçe ile Anayasamıza aykırıdır;

Mahkememizin 2006/177 Esas sayılı dosyasında, davacılar Şenol Filiz ve Birol Yayla 28.10.2004 tarihli dava dilekçesi ile, kendilerine ait müzik eserlerinin, davalıya ait FLASH TV isimli televizyon kanalında yayınlanan bir programda izinsiz olarak fon müziği biçiminde kullanıldıklarından

bahisle, eser hakkına tecavüzün men ve refi ile bu kullanım nedeniyle maddi ve manevi tazminat ödenmesini talep ve dava etmektedirler. Davanın yapılan yargılaması sırasında, davalı vekili tarafından verilen 10.02.2005 tarihli dilekçede, davacıların MESAM meslek birliği üyesi olmaları ve yetki belgesi vermeleri nedeniyle dava açma haklarının bulunmadığı iddiasıyla aktif husumet itirazında bulunulmuştur.

Dosya içerisinde bulunan MESAM meslek birliğinin cevabi yazısında "davacılar 31.10.1996 tarihinden beri meslek birliğine üye oldukları, yetki belgesi verdikleri ve davacılara ait tüm eserlerin MESAM meslek birliği koruması altında bulunduğu" bildirilmektedir.

5846 sayılı Yasanın 43. maddesinin 5. fıkrası şu biçimdedir; "Meslek birliklerinin temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bildirim zorunluluğu, tarifelerin belirlenmesi, duyurulması, müzakere edilmesi, sözleşme yapılması, uzlaşmazlıkların halli ve diğer hususlarda bu Kanunun 41 inci maddesinin dört ilâ onüçüncü fıkraları uygulanır. Ancak yayın ve/veya iletim yapan kuruluşlar bakımından 41 inci maddenin altıncı fıkrasının son cümlesinin uygulanması zorunlu değildir."

5846 sayılı Yasanın 41. maddesi ise şu biçimdedir;

Madde 41- (Değişik: 3/3/2004-5101/11 md.)

Girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahaller; eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin 52 nci maddeye uygun sözleşme yaparak hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır ve sözleşmelerde yazılı malî hak ödemelerini bu madde hükümlerine göre yaparlar.

Eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanan ve/veya ileten umuma açık mahaller; mahallin bulunduğu bölgenin özelliği, mahallin nitelik ve niceliği, fikrî mülkiyete konu eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların mahalde sunulan ürün veya hizmetin ayrılmaz bir parçası ve ürün veya hizmete katkısı olup olmadığı ve benzeri hususlar dikkate alınmak suretiyle sınıflandırılır veya sınıflandırma dışı bırakılır.

Faaliyet gösterdikleri sektörlerde; eser sahipleri ve/veya bağlantılı hak sahiplerli meslek birlikleri, yapılan sınıflandırmaya bağlı olarak eser, icra, fonogram; yapım ve yayınların kullanımından ve/veya iletiminden kaynaklanan ödemelere ilişkin tarifeleri tespit ederler. Meslek birlikleri ile umuma açık mahaller arasındaki sözleşmeler, bu tarife bedelleri veya taraflarca yapılabilecek müzakereler sonucu belirlenecek bedeller üzerinden yapılır.

Tarifelere ilişkin sözleşmelerde takvim yılı esas alınır ve bu tarifeler takvim yılı başından itibaren geçerli olur.

Bu madde hükümlerinin uygulanmasını teminen:

1. Meslek birlikleri temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bilgileri, Bakanlığa bildirmek zorundadırlar. Bu bildirimler her üç ayda bir güncellenir ve Bakanlıkça oluşturulan ortak bir veri tabanı üzerinden ilgili taraflara açılır.

2. Eser sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya bağlantılı hak sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya aynı sektörlerde faaliyet gösteren meslek birlikleri, bir araya gelerek protokole bağlamak suretiyle ortak tarifeler belirleyebilirler. Ortak tarifeler protokole taraf meslek birlikleri açısından bağlayıcıdır.

Meslek birlikleri, tarifeler veya ortak tarifeleri her takvim yılının dokuzuncu ayında kullanıcıları temsil eden ve kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile Bakanlığa bildirirler ve kamuoyuna duyururlar. Umuma açık mahaller, müzakere ve sözleşme yapılmasına ilişkin verecekleri bağlayıcı nitelikteki yetki belgeleri ile üye oldukları meslek kuruluşları aracılığıyla da tarifeleri veya ortak tarifeleri müzakere edebilir ve sözleşme yapabilirler. Ancak, tarifelerin götürü usulde tespit edilmesi halinde umuma açık mahaller sadece meslek kuruluşları aracılığı ile müzakere edebilir ve sözleşme yapabilirler.

Onuncu ayda umuma açık mahaller veya meslek kuruluşları ile meslek birlikleri arasında tarifeler veya ortak tarifeler üzerinde uzlaşma sağlanamaması ve sözleşme yapılamaması halinde, en geç bu ayın sonuna kadar, meslek birlikleri ve/veya meslek kuruluşları tarafından bu tarifelerin Bakanlıkça oluşturulacak uzlaştırma komisyonunda müzakere edilmesi talep edilebilir.

Uzlaştırma komisyonu, taraflardan birinin talebi ve Bakanlığın uygun görmesi halinde, tarifeleri müzakere etmek üzere, Bakanlık tarafından talep tarihinden itibaren onbeş gün içinde oluşturulur. Komisyon Bakanlıktan bir, Rekabet Kurumundan iki temsilci ve ilgili meslek birlikleri ile kullanıcıları temsil eden meslek kuruluşlarının birer temsilcisinden oluşur.

Bakanlık temsilcisi aynı zamanda komisyon başkanıdır. Aynı usulle, komisyon üye sayısı kadar yedek üye seçilir. Komisyonun sekreterya hizmetleri Bakanlık ilgili birimi tarafından yürütülür.

Komisyon, oluşturulduğu tarihten itibaren onbeş gün içinde, raporunu hazırlayarak, Bakanlığa ve taraflara bildirir. Umuma açık mahaller ve

meslek birlikleri, Komisyon raporunun açıklandığı tarihten itibaren onbeş gün içinde, meslek birliklerinin açıklamış oldukları tarifeleri veya müzakereler neticesinde mutabakata vardıkları tarifeleri sözleşmeye bağlayabilirler.

Meslek birliklerince belirlenen tarife veya ortak tarifeler üzerinden sözleşmenin yapılmaması halinde, taraflar yargı yoluna başvurabilirler. Yargılama sürecinde, bir önceki yıl sözleşme yapmış olan mahaller, ilgili meslek birlikleri aksini bildirmedikçe, dava konusu tarifenin 1/4'ünü dava sonuçlanıncaya kadar her üç ayda bir meslek birlikleri adına açılmış banka hesabına yatırmak suretiyle eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilir ve/veya iletebilirler. Bir önceki yıl sözleşme yapmamış umuma açık mahaller ile ilk defa sözleşme yapacak umuma açık mahallerin bu fıkrada öngörüldüğü şekilde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilmeleri ve/veya iletebilmeleri ise ilgili meslek birliklerinin iznine bağlıdır. Dava sonuçlanıncaya kadar bu şekilde ödenen miktar, mahkeme kararıyla tespit edilen tarife bedelinden mahsup edilir.

Tarifelerin tespit edilmesinde ve uzlaşmazlıkların hallinde, bu Kanunun 42/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, tarife tespitine ilişkin esaslar dikkate alınır. Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler. Sinema eserleri bakımından bu fıkranın uygulanması zorunlu değildir.

Sınıflandırma, uzlaştırma komisyonuna başvuru halinde Bakanlıkça alınacak ücretler ve uzlaştırma komisyonunun çalışması ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir.

Bu madde toplam 13 fıkradan oluşmaktadır. 5846 sayılı Yasanın 43. maddesinin 5. fıkrasında "Meslek birliklerinin temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bildirim zorunluluğu, tarifelerin belirlenmesi, duyurulması, müzakere edilmesi, sözleşme yapılması, uzlaşmazlıkların halli ve diğer hususlarda bu Kanunun 41 inci maddesinin dört ilâ onüçüncü fıkraları uygulanır" hükmü bulunduğuna göre somut davada davacıların dava açma hakkı bulunup bulunmadığı hususunda da 41. maddenin 12. fıkrasına yapılan yollama nedeniyle 12. fıkra hükmünün uygulama yeri bulunmaktadır. Bu fıkranın ilk cümlesi gereği, meslek birliğine üye olan eser sahibi, "eserinin kullanımına ve/veya iletimine ilişkin

ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdiği meslek birliği aracılığı" ile talep edebilecektir. Bir başka anlatımla meslek birliğine üye olan eser sahibi, 5846 sayılı Yasanın 41. maddesinin 12. fıkrasının ilk cümlesi hükmü nedeniyle yetki verdiği eser yönünden bizzat dava açma hakkına sahip değildir.

Şüphesiz eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin korunması gerekli ve zorunlu olup Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Sanatın ve Sanatçının Korunması" başlıklı 64. maddesinin bir gereğidir. Esasen mahkememizin de aralarında bulunduğu Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri de fikri mülkiyet haklarının etkin bir biçimde korunabilmesi amacıyla kurulmuştur. Bununla birlikte yargılamada uygulanan yasaların evrensel hukuk ilkeleri ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na uygun olması ve adil yargılama yapılması da adalet duygusunun, normlar hiyerarşisinin ve İnsan Hakları Evrensel Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" ile ilgili 10. maddesinin bir gereğidir.

Anayasa'mızın Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36. maddesi şu biçimdedir;

Madde 36 - 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.

Somut davada davacıların MESAM meslek birliğine üye olmaları ve yetki belgesi vermiş olmaları nedeniyle davacı eser sahiplerinin eserlerinin kullanılmış ya da iletimi yapılmış olması durumunda buna ilişkin ödemelerin yapılmasını bizzat talep edememeleri, bu davanın ancak üyesi bulundukları meslek birliği olan MESAM meslek birliği tarafından açılabileceğinin kabulü nedeniyle davanın buna göre sonuçlandırılması ihtimali mevcuttur. Bu durumda davacılar Türk Mahkemeleri önünde bizzat dava açamayacak, dava ancak MESAM meslek birliği tarafından açılabilecektir. Bunun, bireylerin hak arama hürriyetini kısıtladığı açıktır. Bu nedenle 5846 sayılı Yasa'nın 41. maddesinin 12. fıkrasının "Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler" biçimindeki ilk cümlesinin Anayasamızın, "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesine aykırı olduğu düşüncesiyle dava, Yüksek Mahkemenizin vereceği karara kadar geri bırakılmış ve belirtilen yasa hükmünün, Anayasa'nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca iptaline karar verilmesi istemi ile

mahkememizin 2006/177 esas sayılı dava dosyasının tasdikli bir örneği ekte sunulmuştur.

Takdir ve gereği arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun itiraz konusu tümceyi de içeren 41. maddesi şöyledir:

"4. Umuma açık mahallerde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanılması ve/veya iletilmesine ilişkin esaslar:

Madde 41- (Değişik: 3/3/2004-5101/11 md.)

Girişi ücretli veya ücretsiz umuma açık mahaller; eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanım ve/veya iletimine ilişkin 52 nci maddeye uygun sözleşme yaparak hak sahiplerinden veya üyesi oldukları meslek birliklerinden izin alır ve sözleşmelerde yazılı malî hak ödemelerini bu madde hükümlerine göre yaparlar.

Eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanan ve/veya ileten umuma açık mahaller; mahallin bulunduğu bölgenin özelliği, mahallin nitelik ve niceliği, fikrî mülkiyete konu eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların mahalde sunulan ürün veya hizmetin ayrılmaz bir parçası ve ürün veya hizmete katkısı olup olmadığı ve benzeri hususlar dikkate alınmak suretiyle sınıflandırılır veya sınıflandırma dışı bırakılır.

Faaliyet gösterdikleri sektörlerde; eser sahipleri ve/veya bağlantılı hak sahipleri meslek birlikleri, yapılan sınıflandırmaya bağlı olarak eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımından ve/veya iletiminden kaynaklanan ödemelere ilişkin tarifeleri tespit ederler. Meslek birlikleri ile umuma açık mahaller arasındaki sözleşmeler, bu tarife bedelleri veya taraflarca yapılabilecek müzakereler sonucu belirlenecek bedeller üzerinden yapılır.

Tarifelere ilişkin sözleşmelerde takvim yılı esas alınır ve bu tarifeler takvim yılı başından itibaren geçerli olur.

Bu madde hükümlerinin uygulanmasını teminen:

1. Meslek birlikleri temsil ettikleri eser, icra, fonogram ve yapımlar ile üyelerine ilişkin bilgileri, Bakanlığa bildirmek zorundadırlar. Bu bildirimler

her üç ayda bir güncellenir ve Bakanlıkça oluşturulan ortak bir veri tabanı üzerinden ilgili taraflara açılır.

2. Eser sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya bağlantılı hak sahipleri alanında kurulmuş meslek birlikleri veya aynı sektörlerde faaliyet gösteren meslek birlikleri, bir araya gelerek protokole bağlamak suretiyle ortak tarifeler belirleyebilirler. Ortak tarifeler protokole taraf meslek birlikleri açısından bağlayıcıdır.

Meslek birlikleri, tarifeler veya ortak tarifeleri her takvim yılının dokuzuncu ayında kullanıcıları temsil eden ve kanunla kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile Bakanlığa bildirirler ve kamuoyuna duyururlar. Umuma açık mahaller, müzakere ve sözleşme yapılmasına ilişkin verecekleri bağlayıcı nitelikteki yetki belgeleri ile üye oldukları meslek kuruluşları aracılığıyla da tarifeleri veya ortak tarifeleri müzakere edebilir ve sözleşme yapabilirler. Ancak, tarifelerin götürü usulde tespit edilmesi halinde umuma açık mahaller sadece meslek kuruluşları aracılığı ile müzakere edebilir ve sözleşme yapabilirler.

Onuncu ayda umuma açık mahaller veya meslek kuruluşları ile meslek birlikleri arasında tarifeler veya ortak tarifeler üzerinde uzlaşma sağlanamaması ve sözleşme yapılamaması halinde, en geç bu ayın sonuna kadar, meslek birlikleri ve/veya meslek kuruluşları tarafından bu tarifelerin Bakanlıkça oluşturulacak uzlaştırma komisyonunda müzakere edilmesi talep edilebilir.

Uzlaştırma komisyonu, taraflardan birinin talebi ve Bakanlığın uygun görmesi halinde, tarifeleri müzakere etmek üzere, Bakanlık tarafından talep tarihinden itibaren onbeş gün içinde oluşturulur. Komisyon Bakanlıktan bir, Rekabet Kurumundan iki temsilci ve ilgili meslek birlikleri ile kullanıcıları temsil eden meslek kuruluşlarının birer temsilcisinden oluşur. Bakanlık temsilcisi aynı zamanda komisyon başkanıdır. Aynı usulle, komisyon üye sayısı kadar yedek üye seçilir. Komisyonun sekretarya hizmetleri Bakanlık ilgili birimi tarafından yürütülür.

Komisyon, oluşturulduğu tarihten itibaren onbeş gün içinde, raporunu hazırlayarak, Bakanlığa ve taraflara bildirir. Umuma açık mahaller ve meslek birlikleri, Komisyon raporunun açıklandığı tarihten itibaren onbeş gün içinde, meslek birliklerinin açıklamış oldukları tarifeleri veya müzakereler neticesinde mutabakata vardıkları tarifeleri sözleşmeye bağlayabilirler.

Meslek birliklerince belirlenen tarife veya ortak tarifeler üzerinden sözleşmenin yapılmaması halinde, taraflar yargı yoluna başvurabilirler. Yargılama sürecinde, bir önceki yıl sözleşme yapmış olan mahaller, ilgili meslek birlikleri aksini bildirmedikçe, dava konusu tarifenin 1/4'ünü dava sonuçlanıncaya kadar her üç ayda bir meslek birlikleri adına açılmış banka hesabına yatırmak suretiyle eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilir ve/veya iletebilirler. Bir önceki yıl sözleşme yapmamış umuma açık mahaller ile ilk defa sözleşme yapacak umuma açık mahallerin bu fıkrada öngörüldüğü şekilde eser, icra, fonogram, yapım ve yayınları kullanabilmeleri ve/veya iletebilmeleri ise ilgili meslek birliklerinin iznine bağlıdır. Dava sonuçlanıncaya kadar bu şekilde ödenen miktar, mahkeme kararıyla tespit edilen tarife bedelinden mahsup edilir.

Tarifelerin tespit edilmesinde ve uzlaşmazlıkların hallinde, bu Kanunun 42/A maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, tarife tespitine ilişkin esaslar dikkate alınır.

Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler. Sinema eserleri bakımından bu fıkranın uygulanması zorunlu değildir.

Sınıflandırma, uzlaştırma komisyonuna başvuru halinde Bakanlıkça alınacak ücretler ve uzlaştırma komisyonunun çalışması ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 36. maddesine dayanılmış, 13. 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 yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine 28.3.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, mahallerde kullanılan veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan ve üyesi olduğu meslek birliğine yetki belgesi veren kişilere, bunların kullanımı ya da iletiminden kaynaklanan ödemeleri talep hakkının tanınmayarak bu yetkinin yalnızca üye olunan meslek birliğine verilmesinin, hak sahiplerinin Türk mahkemeleri önünde bizzat dava açamamalarına yol açtığı ve bireysel hak arama hürriyetini kısıtladığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık gerekçesini Anayasa'nın 36. maddesine dayandırmakla birlikte, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinde Anayasa Mahkemesinin kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur olmadığı, taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceği hükme bağlandığından, itiraz konusu kural, belirtilen maddeyle birlikte Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

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 taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğü, hakları ihlale uğrayan bireylere, yapılan haksız müdahalelerin önlenmesi ve varsa olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması amacıyla yetkili merciler ile yargı makamlarına başvurabilme imkânının tanınmasını gerekli kılar. Toplumu

oluşturan bireylerin hak sahibi olmalarının anlamlı hâle gelebilmesi, bunlara ilişkin kamu otoritesi tarafından oluşturulmuş koruma mekanizmalarının varlığına ve hak ihlalleri durumunda koruyucu sistemin harekete geçirebilmesine bağlıdır. Bu sebeple, hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukukça tanınmış hakların ön koşulu ve şekli bakımdan güvencesi olarak kabul edilmektedir.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 41. maddesinin onikinci fıkrasının ilk tümcesinde, mahallerde kullanılan veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlara ilişkin üye oldukları meslek birliğine yetki belgesi veren hak sahiplerinin, bunların kullanımı ya da iletiminden kaynaklanan ödeme taleplerini, ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilecekleri düzenlenmektedir. Tümcede geçen "… ancak…" sözcüğü, fikir ve sanat eserlerinin kullanımı veya iletimi nedeniyle kendilerine ödeme yapılması gereken hak sahiplerinin, meslek birliğini aracı yapmaksızın doğrudan adlî ve idarî mercilere başvuru haklarını ortadan kaldırmaktadır.

Meslek birlikleri, mahallerde kullanılan ya da iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınların kullanımı veya iletiminden kaynaklanan ödemeleri talep konusunda, hak sahibi ve birliğe yetki belgesi veren üyelerinin temsilcisi konumundadırlar. Tümcede geçen "…ancak…" sözcüğü sebebiyle hak sahiplerinin, doğrudan adlî ve idarî mercilere başvurabilmek yerine, sadece meslek örgütleri aracılığıyla hak aramaya zorlanmaları, hak arama hürriyetine daraltıcı bir müdahale niteliğindedir. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesinde bu özgürlüğün sınırlandırılması konusunda özel bir sebebe yer verilmemesi nedeniyle tümcede geçen ve sınırlamaya yol açan "… ancak…" sözcüğü Anayasa'nın 13. ve 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşlere tümcenin tamamının iptalinin gerektiği gerekçesiyle katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

5.12.1951 günlü, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 3.3.2004 günlü, 5101 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin onikinci fıkrasının "Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki

verdikleri meslek birlikleri aracılığı ile talep edebilirler." biçimindeki birinci tümcesinde yer alan "… ancak …" sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın "Tümcenin tamamının iptali gerektiği" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 24.3.2010 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuran Mahkeme, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 3.3.2004 günlü 5101 sayılı Yasa ile değiştirilen 41. maddesinin onikinci fıkrasının, "Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilirler" biçimindeki ilk tümcesinin, kişilerin hak arama özgürlüğünü ihlâl ettiği gerekçesiyle iptalini istemiş ise de yapılan inceleme sonucunda sadece, tümcede yer alan "ancak" sözcüğünün iptaline karar verilmiştir. Bu sözcüğün iptali tümceye, kişilerin haklarını meslek birliğinin aracılığı olmadan aramalarına olanak verecek bir anlam ve içerik kazandıramadığından tümcenin kararda belirtilen gerekçe ile tamamının iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO
Üye Şevket APALAK	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2007/50

Karar Sayısı: 2010/49

Karar Günü : 24.3.2010

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali Topuz, Haluk KOÇ ile birlikte 127 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 21.2.2007 günlü, 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 10. maddesiyle, 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (r) bendinin,

2- 15. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya 40/C maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 40/D maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin,

3- 20. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının birinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 21.02.2007 Tarih ve 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 10 uncu Maddesinin Değiştirdiği 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 22 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının (r) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

28.07.1981 tarih ve 2499 sayılı Kanunun 22 nci maddesinde Sermaye Piyasası Kurulunun görev ve yetkileri belirlenmiştir. Bu maddenin 21.02.2007 Tarih ve 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 10 uncu maddesi ile

değiştirilen ve iptali istenen (r) bendi hükmü ile; gayrimenkullerin değerlemesini yapabilecek değerleme kurumlarından sermaye piyasasında değerleme faaliyetinde bulunacaklara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan değerleme kurumlarını listeler halinde ilan etmek, Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesi birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde ve konut finansmanı kuruluşları tarafından tüketicilere kaynak kullandırılması aşamasında değerleme yapacak kişi ve kurumlara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan kişi ve kurumları listeler halinde ilan etmek yetkisi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmiştir.

Yasada temel esaslar gösterilmeden, değerleme yapacak kişi ve kurumlara ilişkin olarak şartları belirleme yetkisi, idareye (yürütmeye) bırakılmıştır.

Halbuki, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında, yürütmenin asli düzenleme yetkisi yoktur; yürütme Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacak ve yerine getirilecek bir yetki ve görevdir. Anayasanın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan bu ilke, yürütmenin ancak kanun ile asli olarak düzenlenmiş bir alanda düzenleme yetkisi kullanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Anayasanın 7 nci maddesine göre ise, asli düzenleme yetkisi, TBMM'nindir ve devredilemez. Devredildiği takdirde Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı düşer ve devredilen yetki kaynağını Anayasadan almadığı için, düzenleme Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırı bir nitelik taşır.

Anayasa Mahkemesinin 29.11.2005 tarih ve E.2005/6, K.2005/93 sayılı Kararında, "Anayasanın 7 nci maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez" denilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kurallar saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Ancak, iptali istenilen bentlerle Maliye Bakanı'na çerçevesi çizilmemiş, esasları belirlenmemiş bir alanda hiçbir sınırlamaya bağlı olmaksızın geniş yetkiler tanınarak yasama yetkisinin devrine yol açılmıştır.

Bu nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasanın 7 nci maddesine aykırıdır. İptali gerekir." denilerek, bu durum açıkça ortaya konulmuştur. Bu nedenle iptali istenen düzenleme de Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 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, 21.02.2007 Tarih ve 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 10 uncu maddesinin değiştirdiği 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

2) 21.02.2007 Tarih ve 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 15 inci Maddesinin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Eklediği 40/D Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kural ile; gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansına sahip olanların üye olmalarını zorunlu kılan, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğinin kurulması öngörülmüş, ancak 5582 sayılı Yasa'da bu kuruluşun yapılanmasına, karar ve yönetim organlarına ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmemiş ve aşağıda (3) numaralı başlık altında iptali istenen 20 nci maddesinin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Eklediği Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının ilk cümlesinde Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Statüsünün bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren azami iki yıl içinde yürürlüğe konulacağı belirtilerek Birliğin yapılanması tümüyle idareye (yürütmeye) bırakılmıştır.

Anayasanın 135 inci maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; "belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini

sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakı korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri" şeklinde tanımlamıştır.

Bu hükme göre, meslek kuruluşları, sadece yasayla kurulur ve kamu kurumu niteliğindedir.

Bir teşkilatın kanunla kurulması demek, yapılanmasının, görev ve yetkilerinin, karar ve yönetim organlarının kanunla düzenlenmesi demektir. 5582 sayılı Yasa'da Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğinin sadece görev ve yetkileri düzenlenmiş, açıklanan diğer hususlar yani Birliğin Statüsü'nün belirlenmesi yürütmeye bırakılmıştır. Böyle bir düzenlemenin, Anayasanın 135 inci maddesine açıkça aykırı düştüğü kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesinin 20.11.2003 tarih ve E.2002/32, K.2003/100 sayılı kararında, "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.

Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir." denilmiştir. 5582 sayılı Yasa'da Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğinin statüsünün temel ilkeleri konulup, çerçevesi çizilmediğinden iptali istenen kural bu yönden de, Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddeleri ile bağdaşmamaktadır.

Çünkü bu kuralla yukarıda belirtildiği gibi Anayasanın 8 inci maddesine ve 7 nci maddesine rağmen yürütmeye asli düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu

yetki kaynağını Anayasadan almadığı için Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 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, 21.02.2007 Tarih ve 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 15 inci maddesinin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanuna eklediği 40/D maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 135 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 21.02.2007 Tarih ve 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 20 nci Maddesinin 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Eklediği Geçici Madde 10'un Birinci Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5582 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Eklediği Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının iptali istenen ilk cümlesinde, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Statüsünün bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren azami iki yıl içinde yürürlüğe konulacağı belirtilerek Birliğin yapılanması tümüyle idareye (yürütmeye) bırakılmıştır.

Bu kuralın da, yukarıda (2) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen kurallar ile yürütmeye Anayasaya aykırı olarak genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde düzenleme yetkisi verildiğinden bu kuralların uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabileceği açıktır. Çünkü oluşturulan kamu kurumu Anayasaya aykırı bir nitelik taşıyacak, yetkilerini kullanarak yaptığı işlemlerin hukuki geçerliliği tartışmaya açılacaktır. Bundan ise hem Devletin hem de kişilerin zarar göreceği, hukuka güven duygusunun zedeleneceği ortadadır.

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 ve hukuk güvenliği ilkelerinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, söz konusu ilkelerin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

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

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 21.02.2007 Tarih ve 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun;

1) 10 uncu maddesinin değiştirdiği 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 22 nci maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 15 inci maddesinin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanuna eklediği 40/D maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 20 nci Maddesinin 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanuna Eklediği Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1- 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 22. maddesinin iptali istenilen (r) bendi şöyledir:

r) (Ek bent: 24/06/1995 - KHK - 558/6 md; İptal:Anayasa Mahkemesi'nin 13/11/1995 tarih ve E.1995/45, K.1995/58 sayılı Kararı ile.; Yeniden düzenlenen bent: 15/12/1999 - 4487/10 md.; Değişik bent: 21/02/2007-5582

S.K./10.mad.) Gayrimenkullerin değerlemesini yapabilecek değerleme kurumlarından sermaye piyasasında değerleme faaliyetinde bulunacaklara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan değerleme kurumlarını listeler halinde ilan etmek; bu Kanunun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacakların takibinde ve 38/A maddesinin dördüncü fıkrası çerçevesinde yapılacak değerlemelerde, ilgili taşınmaz için değerleme yapacak kişi ve kurumlara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan kişi ve kurumları listeler halinde ilan etmek,

2- 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 40/C maddesinden sonra gelmek üzere, 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 15. maddesiyle eklenen ve birinci fıkrasının birinci cümlesinin iptali istenilen 40/D maddesi şöyledir:

"**Gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansına sahip olanlar, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üye olmak için başvurmak zorundadırlar.** Lisans sahibi, lisans almaya hak kazandığının kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde gerekli başvuruyu yapmakla yükümlüdür. Anılan yükümlülüğe uymayan kimselerin lisansı Kurulca iptal edilir.

Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, gayrimenkul piyasasının ve gayrimenkul değerleme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere araştırmalar yapmak, eğitim ve sertifika vermek, Birlik üyelerinin dayanışma ve mesleğin gerektirdiği özen ve disiplin içerisinde çalışmalarına yönelik meslek kurallarını ve değerleme standartlarını oluşturmak, haksız rekabeti önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almak, kendisine mevzuatla verilen veya Kurulca belirlenen konularda düzenlemeler yapmak, yürütmek, denetlemek, Birlik Statüsünde öngörülen disiplin cezalarını vermek, ilgili konularda üyeleri temsilen ilgili kuruluşlarla işbirliği yapmak, mesleki gelişmeleri, idari ve yasal düzenlemeleri izleyerek bu konuda üyeleri aydınlatmakla görevli ve yetkilidir.

Birlik, bölgesel ve ülke genelinde gayrimenkul değerleri konusunda istatistikler oluşturur ve yayınlar. Konut finansmanı kapsamında yapılan değerlemelere ilişkin bilgilerin, Birlik tarafından belirlenecek usûl ve esaslara göre Birliğe iletilmesi zorunludur.

Birlik, alacağı kararlarda ve yapacağı düzenlemelerde, bu Kanuna, Kurul yönetmelik, tebliğ ve kararlarına ve ilgili diğer mevzuata uymakla yükümlüdür.

Üyeler, Birlik Statüsüne ve Birlikçe alınacak kararlara uymak zorundadırlar.

Birlik, 40/C maddesindeki hükümlere tâbidir."

3- 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na, 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 20. maddesiyle eklenen ve birinci fıkrasının birinci tümcesinin iptali istenilen geçici 10. maddesi şöyledir:

"**Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Statüsü bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren azami iki yıl içinde yürürlüğe konulur.** Gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansına sahip olanlar, bu süre içerisinde Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üye olmak için Kurula başvurmakla yükümlüdürler.

Bu üyelik başvuruları Kurul tarafından sonuçlandırılır. Kurul, Birlik Statüsünün yürürlüğe girmesini izleyen bir ay içinde Birlik üyelerini ilk genel kurul toplantısına çağırır. İlk genel kurula ait masraflar, Birlik organları oluştuktan sonra Kurula geri ödenmek üzere Kurul tarafından karşılanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 135. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 17.5.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve 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- Kanun'un 10. maddesiyle, 28.7.1981 günlü, 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (r) bendinin incelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kuralda temel esaslar gösterilmeden, değerleme yapacak kişi ve kurumlara ilişkin şartları belirleme yetkisinin idareye bırakıldığı, bunun da Anayasanın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, sermaye piyasasında faaliyet gösteren kişi ve kurumların, bu alandaki faaliyetlerine ilişkin olarak ihtiyaç duydukları gayrimenkul değerlemelerini yapacak kurumların seçimi kendilerine bırakılmış, ancak bu seçimi hangi şartları taşıyan şirketler arasından yapacakları, bir başka söyleyişle değerleme yapacak şirketlerin hangi koşulları taşımaları gerektiğini saptama ve saptanan koşulları taşıyan şirketlerin belirlenip ilan edilmesi konusundaki görev ve yetki ise Sermaye Piyasası Kurulu'na verilmiştir.

Doktrinde yapılan tanımlamaya göre gayrimenkul değerleme şirketi, bir gayrimenkulün, gayrimenkul projesinin veya bir gayrimenkule bağlı hak ve faydaların belli bir tarihteki muhtemel değerini, gayrimenkulün niteliği, piyasa ve çevre gibi, bu değeri etkileyen faktörleri analiz ederek uluslararası alanda kabul görmüş değerleme standartları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız olarak yazılı şekilde raporlayabilecek düzeyde bilgi ve tecrübe sahibi değerleme uzmanları vasıtasıyla takdir etme konusunda faaliyet gösteren hizmet şirketini; değerleme de, bir gayrimenkulün, gayrimenkul projesinin veya bir gayrimenkule bağlı hak ve faydaların belli bir tarihteki muhtemel değerinin bağımsız ve tarafsız olarak takdir edilmesini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği kuralı yer almaktadır. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Bununla birlikte, yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık, özel ihtisas ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

2499 sayılı Kanunla Devletin üstlendiği önemli görevlerden olan *"sermaye piyasaları"*na ilişkin faaliyetlerin organizasyonu ile bu konudaki denetimi de gerçekleştirmek üzere oluşturulmuş bulunan Sermaye Piyasası Kurulu'na iptali istenilen kuralla verilen yetki, kurulun kendi faaliyet

alanındaki görevlerini gereken etkinlikte yapabilmesini sağlamak amacına yönelik, yatırımcıya en iyi korumayı sağlayacak şirket tipi, asgari sermaye miktarı ve şirketlerce hangi niteliklere sahip kaç personel istihdam edilmek zorunda olunduğu gibi konulara ilişkin işin özelliğinden kaynaklanan, çerçevesi çizilmiş, esasları belirlenmiş, ihtisas gerektiren, ekonomik ve teknik konularda ayrıntılara ilişkin bulunan objektif bir düzenleme yetkisi olup, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenle iptali istenilen kural Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 15. maddesiyle, 2499 sayılı Kanun'a 40/C maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 40/D maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kural ile gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansına sahip olanların üye olmalarının zorunlu kılındığı, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğinin kurulmasının öngörülmüş olmasına karşın, 5582 sayılı Yasa'da sadece birliğin görev ve yetkilerinin düzenlenip, kuruluşun yapılanmasına, karar ve yönetim organlarına ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmediği ve Birliğin statüsünün bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren azami iki yıl içinde yürürlüğe konulacağı belirtilerek Birliğin yapılanmasının tümüyle idareye bırakıldığı, bunun da Anayasanın 2., 6., 7., 8., 11. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansına sahip olanların, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üye olmak için başvurmak zorunda oldukları belirtilmiştir. İptali istenilen kuralı da içeren 40/D maddesinde ayrıca, lisans sahibi olanlara üyelik başvurusu için üç aylık süre öngörülmüş, bu yükümlülüğe uymayanların lisanslarının iptal edileceğine işaret edilmiş, Birliğin görev, yetki ve sorumlulukları sayılmış, kuruluş, örgütlenme ve işleyiş bakımından ise, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'nin organlarının ve statüsünün düzenlendiği, 2499 sayılı Yasa'nın 40/C maddesindeki hükümlere tabi olduğu belirtilmiştir.

2499 sayılı Yasa'nın 40/C maddesinde de Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'nin zorunlu organları ile bunların seçimine ilişkin

esas ve usuller belirtilmiş, Birliğin organlarının, gelir ve giderlerinin, çalışma esaslarının, üyeliğe kabul ve üyelikten çıkarma hususlarının, Kurulun önerisi ve ilgili Bakanlığın uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacak olan statüsünde düzenleneceği öngörülmüş ve Birliğin, söz konusu statünün yürürlüğe girmesiyle tüzel kişilik kazanacağı hükme bağlanmıştır.

İptali istenilen kuralda geçen "Statü", 5582 Sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile kurulan "Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği"nin hukuki bünyesinin, amaç ve faaliyet konularının, organlarının, teşkilat yapısı ile benzeri diğer hususların neler olduğunun belirlenmesine ilişkin, bir anlamda ana sözleşme işlevi görecek olan kurallar bütününü kapsamaktadır.

Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasına göre, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileridir. Mevzuatlarına göre bu kuruluşların bir kısmı kendilerine özgü Kanuni statülere, bir kısmı da, Kanuna dayanılarak yürütme organınca hazırlanan tip statülere veya ilgililerin düzenlediği ve idarenin onayladığı "ana tüzüklere" göre örgütlenip yönetilirler. 135. maddenin ikinci fıkrasına göre kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli görevlerde çalışanların meslek kuruluşlarına girme mecburiyeti aranmayacaktır.

İptali istenilen kuralda Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğinin yapılanmasına, karar ve yönetim organlarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, iptali istenilen kuralı da içeren 40/D maddesinin son fıkrasında göndermede bulunulan 40/C maddesinde Birliğin yapılanması düzenlenmiş, zorunlu organları ile bunların seçimine ilişkin esas ve usuller gösterilmiş, Birliğin fiilen kurulup faaliyete geçebilmesi için ihtiyaç duyulan ve Kurulun önerisi ve ilgili Bakanlığın uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulacağı belirtilen "Statü"nün hangi konuları içereceği gösterilmek suretiyle çerçevesi çizilmiştir. Bu nedenle anılan konuda idareye verilen yetki, işin özelliğinden kaynaklanan, çerçevesi çizilmiş, esasları belirlenmiş, ihtisas gerektiren ve teknik konulardaki

ayrıntılara ilişkin objektif bir düzenleme yetkisi olup, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Öte yandan, gayrimenkul değerleme uzmanlığı mesleği ile gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansına sahip olanların icra edecekleri hizmetin niteliği gözetildiğinde, iptali istenilen kural ile gayrimenkul değerleme uzmanlığı lisansına sahip olanlar için, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üye olmak bakımından getirilen başvuru zorunluluğunun, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadî teşebbüslerinde aslî ve sürekli görevlerde çalışanları kapsamadığı da açıktır.

Belirtilen nedenle iptali istenilen kural Anayasa'nın 7. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 20. maddesiyle, 2499 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kuralda, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Statüsü'nün 5582 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren azami iki yıl içinde yürürlüğe konulacağı belirtilerek Birliğin yapılanmasının tümüyle yürütmeye bırakıldığı, bunun da Anayasanın 2., 6., 7., 8., 11. ve 135 inci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Statüsü'nün bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren azami iki yıl içinde yürürlüğe konulacağı belirtilmiştir.

2499 Sayılı Yasa'ya eklenen 40/D maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi için yukarıda belirtilen gerekçeler, iptali istenilen geçici 10. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi için de geçerlidir.

Bu nedenle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 7. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

21.2.2007 günlü, 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 10. maddesiyle, 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (r) bendine,

2- 15. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya 40/C maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 40/D maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine,

3- 20. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal istemleri, 24.3.2010 günlü, E. 2007/50, K. 2010/49 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bent ve cümlelere ilişkin **YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,** 24.3.2010 gününde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

VI- SONUÇ

21.2.2007 günlü, 5582 sayılı Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 10. maddesiyle, 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (r) bendinin,

2- 15. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya 40/C maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 40/D maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinin,

3- 20. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının birinci tümcesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 24.3.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

Esas Sayısı : 2007/77

Karar Sayısı: 2010/50

Karar Günü : 24.3.2010

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ ile birlikte 144 Milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 24.5.2007 günlü, 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun'un;

1) 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

2) 6. maddesiyle, 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 124. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasında yer alan "…yıllık gider hesapları ile harcamalarının…" ibaresinin,

3) Geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü tümcesinin,

4) Geçici 2. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 11., 73. ve 160. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

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

"III. GEREKÇE

1) 24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanunun 2 nci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin iptali istenen (1) numaralı fıkrasında, Devlet iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketine yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılan davalar hakkında da bu Kanun hükümleri uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Böyle bir düzenlemenin bu Yasa hükümlerinin geçmişe yürütülmesi anlamını taşıdığı açıktır. Ancak, bir hukuk devletinde adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürümesi mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin 30.9.2005 tarihli ve E.2005/78, K.2005/59 sayılı Kararında aynen şöyle denilmiştir:

"Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürümesi söz konusu değildir."

24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Kanunun geriye yürütülmesi için Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen haklı nedenlerden hiçbiri yoktur. Şöyle ki;

Bu Yasa'nın 1inci maddesinin (2) numaralı fıkrası ile, uygulanacak faiz oranı ile faizin başlangıç tarihinin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

Devlet iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketine yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılan davalar, idarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğu esasına dayanmaktadır (Ek.1, Danıştay 13.Dairesinin 2.12.2005 tarih ve E.2005/2625, K.2005/5753 sayılı Kararı).

Borçlar Kanunu, borçlunun borcunu ifada temerrüde düşmesi dolayısıyla alacaklının doğabilecek zararlarını güvence altına almıştır. Aynı kanunun 103'üncü maddesinde bir miktar paranın tediyesinden temerrüt eden borçluyu temerrüt faizi ödemeyi mecbur kılmıştır. Bu faizin başlangıç tarihi de borçlunun, (idarenin) temerrüde düşürüldüğü yani mütemerrit olduğu tarihtir.

3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanunun 1 inci maddesinde,

"Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre faiz ödenmesi gereken hallerde, miktarı sözleşme ile tespit edilmemişse bu ödeme yıllık yüzde oniki oranı üzerinden yapılır.

Bakanlar Kurulu, bu oranı aylık olarak belirlemeye, yüzde onuna kadar indirmeye veya bir katına kadar artırmaya yetkilidir."

denilmiş, 2 nci maddesinde de,

"Bir miktar paranın ödenmesinde temerrüde düşen borçlu, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, geçmiş günler için 1 inci maddede belirlenen orana göre temerrüt faizi ödemeye mecburdur.

Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı, yukarıda açıklanan miktardan fazla ise, arada sözleşme olmasa bile ticari işlerde temerrüt faizi bu oran üzerinden istenebilir. Söz konusu avans faiz oranı, 30 Haziran günü önceki yılın 31 Aralık günü uygulanan avans faiz oranından beş puan veya daha çok farklı ise yılın ikinci yarısında bu oran geçerli olur.

Temerrüt faizi miktarının sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde, akdi faiz miktarı yukarıdaki fıkralarda öngörülen miktarın üstünde ise, temerrüt faizi, akdi faiz miktarından az olamaz."

hükmüne yer verilmiştir.

Bu nedenle, idari yargı mercilerinde açılan davalarda, faizin başlangıç tarihi ile miktarının yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde belirlenmesi gerekirken bu hususların Bakanlar kurulunun takdirine bırakılmasının ve bunun sonucunda da, söz konusu davacıların aleyhine olabilecek bir durumun önünün açılmasının, adaleti sağlayan değil engelleyen bir düzenleme olarak değerlendirilebileceğinde kuşku bulunmamaktadır.

Bu durumda, 5667 sayılı Yasa'yı geçmişe yürüten ve hiçbir haklı nedene dayanmayan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

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, 24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin iptali istenen (1) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanunun 6 ncı Maddesi ile değiştirilen 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasındaki "yıllık gider hesapları ile harcamalarının" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

5677 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi ile değiştirilen 5411 sayılı Kanunun 124 üncü maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiş ve yeni getirilen hükümle Sayıştay'ın 5411 sayılı Kanun kapsamında yapacağı denetim, yıllık gider hesapları ile sınırlandırılmıştır. Böylece dış denetim yapmakla görevli Sayıştay'ın Anayasa ile verilmiş ve 5018 sayılı Kanunda da tekrar edilen gelir ve mal denetimi yapması yetkisi ortadan kaldırılmıştır.

Anayasanın 160 ncı maddesine göre: "Sayıştay, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir."

5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 68 inci maddesinde de;

"Sayıştay tarafından yapılacak harcama sonrası dış denetimin amacı, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin hesap verme sorumluluğu çerçevesinde, yönetimin malî faaliyet, karar ve işlemlerinin; kanunlara, kurumsal amaç, hedef ve planlara uygunluk yönünden incelenmesi ve sonuçlarının Türkiye Büyük Millet Meclisine raporlanmasıdır.

Dış denetim, genel kabul görmüş uluslararası denetim standartları dikkate alınarak;

a) Kamu idaresi hesapları ve bunlara ilişkin belgeler esas alınarak, malî tabloların güvenilirliği ve doğruluğuna ilişkin malî denetimi ile kamu idarelerinin gelir, gider ve mallarına ilişkin malî işlemlerinin kanunlara ve diğer hukuki düzenlemelere uygun olup olmadığının tespiti,

b) Kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli olarak kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi, faaliyet sonuçlarının ölçülmesi ve performans bakımından değerlendirilmesi,

suretiyle gerçekleştirilir."

denilmiştir.

Görüldüğü üzere gerek Anayasanın 160 ıncı maddesinde, gerek Anayasal düzenlemeye uygun olarak 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununda yapılan düzenlemelerde, Sayıştay tarafından yapılacak dış denetimin gelir, gider ve mallara ilişkin işlemleri kapsadığı açıkça belirtilmiştir.

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan eski düzenlemede: "Fonun iç ve dış denetimi hakkında, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümleri uygulanır" hükmü yer almakta idi. Bu hükme göre Sayıştay'ın 5411 sayılı kanun kapsamındaki denetiminde de gelir ve mal denetimi yapma yetkisi bulunuyordu. Oysa getirilen bu yeni düzenleme, "Fonun iç denetimi Fon tarafından belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde, dış denetimi ise Fonun yıllık gider hesapları ile harcamalarının Sayıştay tarafından incelenmesi suretiyle gerçekleştirilir şeklinde olduğu için Sayıştay'a Anayasa ile verilmiş olan gelir ve mal denetimi yapma yetki ve görevi elinden alınmıştır.

5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "yıllık gider hesapları ile harcamalarının" ibaresi Anayasa' nın 160. maddesine aykırı olduğu gibi, Anayasanın çeşitli maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, 24.05.2007 tarih ve 5667 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "yıllık gider hesapları ile harcamalarının"

ibaresi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 160 ncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanunun Geçici 1 inci Maddesinin (2) numaralı Fıkrasının Dördüncü Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

24.05.2007 tarih ve 5667 Kanunun geçici 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptali istenen cümleden önceki cümlelerinde yapılan düzenleme ile; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, Bankalar Kanunu hükümlerine dayanılarak yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri kaldırılan bankalarda off-shore hesabı açtırmış olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının elde ettikleri menkul sermaye iradı dolayısıyla 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre tahakkuk etmiş olup da bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar ödenmemiş olan vergilerle tahakkuk edecek vergilerin ve bunlara bağlı ceza ve gecikme faizlerinin ödeme zamanı, off-shore hesabındaki paranın mevduat sahibine ödenmesine kadar erteleneceği, erteleme süresi boyunca herhangi bir faiz tahakkuk ettirilmemesi halinde gecikme zammı tatbik edilmeyeceği, aynı süreye ilişkin faiz tahakkuk ettirilmesi durumunda ise hesaplanan toplam gecikme zammı tutarı hesaplanan faiz tutarını aşamayacağı hükme bağlanmıştır.

Off-shore hesabındaki paranın vergilendirilmesi konusunda böyle bir düzenleme yapılmış olmasına karşın, iptali istenen dördüncü cümlede "Madde kapsamına giren alacaklara karşılık bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar, bu madde dayanak gösterilerek ret ve iade edilmez." denilmek suretiyle "vergilendirmede eşitlik ilkesi" ile çelişen bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Anayasanın 73 üncü maddesinde, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülerek Anayasanın 2 nci maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir.

Buna göre, devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin

keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır. Vergilendirme alanında olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem, kuşkusuz yasallık ilkesidir. Ancak vergilerin yasayla getirilmesi, yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden, yasallık ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir.

Yasa'da belirtilen şekilde off-shore hesabında parası olan yani bu hesapla ilgili vergilerle tahakkuk edecek vergilerin ve bunlara bağlı ceza ve gecikme cezalarını söz konusu Yasa'nın yürürlük tarihinden önce ödeyenlerle ödemeyenler vergi yükümlüsü sıfatıyla hukuken aynı durumdadırlar. Aynı hukuki durumda olan bu kişiler arasında iptali istenen düzenlemeyle farklı uygulama yapılmasının öngörülmesi "vergilendirmede eşitlik ilkesi" ile çelişeceğinden Anayasanın 73 üncü ve 2 nci maddelerine aykırı düşer.

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, 24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanunun geçici 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesi, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 73 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanunun Geçici 2 inci Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı

24.05.2007 tarih ve 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun'un Geçici 2. Maddesindeki düzenleme, Bu Kanunun 6 ncı maddesi ile 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik hükmünün 2006 yılı denetimlerinde de uygulanmasını öngörmektedir.

Yani, Sayıştay'ın dış denetim görevini kurumun gelir gider ve mallar üzerinden değil, yalnızca giderleri üzerinden yapmasını öngören kuralın yasanın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemlerde değil, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemlerde de uygulanması hükme bağlanmıştır.

Yukarıda (1) numaralı başlık altında etraflıca belirtildiği üzere, hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu nedenle "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa, yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz.

İptali istenen hüküm, geçmişe yürümesini haklı ve zorunlu kılan bir neden bulunmadığından" Kanunların geriye yürümezliği ilkesi" ile bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine 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).

Öte yandan, 24.05.2007 tarih ve 5667 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "yıllık gider hesapları ile harcamalarının" ibaresi, yukarıda (2) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 160 ncı maddelerine aykırı olduğundan, iptali istenen geçici 2 nci madde hükmü de, anılan ibare ile sınırlı olarak ve aynı nedenlerle Anayasanın 160 ncı maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun'un geçici 2 inci maddesi, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine ve "yıllık gider hesapları ile harcamalarının" ibaresi ile sınırlı olarak 160 ıncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

24.05.2007 tarih ve 5667 sayılı Yasa'nın 2 nci Maddesinin (1) numaralı fıkrası ve geçici 2 nci maddesi ile yapılan düzenlemeler bu Yasa'yı geçmişe yürüten ve hiçbir haklı nedene dayanmayan düzenlemeler olduğundan

uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi mümkün olmayacak durum ve zararlara yol açabilecektir.

24.05.2007 tarih ve 5667 sayılı Yasa'nın geçici 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesi, "vergilendirmede eşitlik ilkesi" ile çelişen bir düzenleme olduğundan eşit konumdaki mükelleflerin birbirinden farklı oranda vergi ödemeleri sonucunu doğuracaktır. Bunun ise hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Bu Yasa'nın 6 ncı maddesi ile değiştirilen 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki "yıllık gider hesapları ile harcamalarının" ibaresi ve geçici 2 nci maddesi ile yapılan düzenlemelerle Sayıştay'a Anayasa ile verilmiş olan gelir ve mal denetimi yapma yetki ve görevi elinden alındığından uygulanmaları halinde ortaya çıkacak yetersiz denetim nedeniyle sonradan giderilmesi mümkün olmayacak durum ve zararların doğabileceği açıktır.

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

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 24.05 2007 tarih ve 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanunun;

1) 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 6 ncı maddesi ile değiştirilen 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki "yıllık gider hesapları ile harcamalarının" ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) geçici 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 73 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

4) geçici 2 inci maddesinin, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine ve "yıllık gider hesapları ile harcamalarının" ibaresi ile sınırlı olarak 160 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

24.5.2007 günlü, 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun'un iptali istenilen kural, tümce ve ibareyi de içeren;

1) 2. maddesi şöyledir:

"(1) Devlete iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketine yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılan davalar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanır.

(2) Devlet iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketine yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılmış olan davalara ilişkin mahkeme kararlarının, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra icra takibine konu edilmesi halinde vekâlet ücreti, Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin ikinci kısmının ikinci bölümünün (1) numaralı bendinde yazan tutar olarak uygulanır. Takip borçlusu idarelerin icra takibindeki işlemlere karşı şikâyet hakları saklıdır.

(3) Mahkeme kararlarında veya icra takip sürecinde ilgili idareler lehine hükmolunan her türlü alacak bu Kanuna göre yapılacak ödemelerden mahsup yoluyla tahsil edilerek ilgili kurumların hesaplarına aktarılır."

2) 6. maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 124. maddesi şöyledir:

"(1) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun; 91 inci maddesinin birinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiş, aynı maddesinin ve 120 nci maddesinin üçüncü fıkralarının ikinci cümlelerinde yer alan "beşi" ibareleri "onbeşi" olarak değiştirilmiş, 101 inci maddesinin dördüncü fıkrası ve 124 üncü maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"İlişkili Bakanın onayı ile bu sayının yarısını geçmemek kaydıyla Kurulca daire başkanlıkları oluşturulabilir."

"Kurumun iç denetimi Kurulca belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilir. Kurumun dış denetimi hakkında 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümleri uygulanır."

"Fonun iç denetimi Fon tarafından belirlenecek usûl ve esaslar çerçevesinde, dış denetimi ise Fonun **yıllık gider hesapları ile harcamalarının** Sayıştay tarafından incelenmesi suretiyle gerçekleştirilir."

3) Geçici 1. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanun uyarınca yapılacak faiz ödemeleri, 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun uygulanması bakımından mevduat faizi addolunur ve ödeme tarihi itibarıyla tahakkuk etmiş sayılır.

(2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, Bankalar Kanunu hükümlerine dayanılarak yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri kaldırılan bankalarda off-shore hesabı açtırmış olan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının elde ettikleri menkul sermaye iradı dolayısıyla 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu hükümlerine göre tahakkuk etmiş olup da bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar ödenmemiş olan vergilerle tahakkuk edecek vergilerin ve bunlara bağlı ceza ve gecikme faizlerinin ödeme zamanı, off-shore hesabındaki paranın mevduat sahibine ödenmesine kadar ertelenir. Erteleme süresince tahsil zamanaşımı işlemez ve bu süre boyunca herhangi bir faiz tahakkuk ettirilmemesi halinde gecikme zammı tatbik edilmez. Aynı süreye ilişkin faiz tahakkuk ettirilmesi durumunda ise hesaplanan toplam gecikme zammı tutarı hesaplanan faiz tutarını aşamaz. **Madde kapsamına giren alacaklara karşılık bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar, bu madde dayanak gösterilerek ret ve iade edilmez.** Bu fıkranın uygulamasına ilişkin usûl ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."

4) Geçici 2. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun 6 ncı maddesi ile 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 124 üncü maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik hükmü 2006 yılı denetimlerinde de uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 11., 73. ve 160. maddelerine dayanılmıştır.

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 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- 5667 sayılı Yasa'nın 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 5667 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, Devlet iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketine yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılan davalar hakkında da 5667 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemenin; bu Yasa hükümlerinin geçmişe yürütülmesi anlamını taşıdığı, ancak, bir hukuk devletinde adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürümesinin mümkün olmayacağı ve 5667 sayılı Yasa'nın geriye yürütülmesi için bu haklı nedenlerden hiçbirinin bulunmadığı, zira Yasa'nın 1. maddesinin ikinci fıkrası ile uygulanacak faiz oranı ile faizin başlangıç tarihinin Bakanlar Kurulu tarafından belirlenmesinin öngörüldüğü, Devlet iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketine yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılan davaların, idarenin hizmet kusurundan doğan sorumluluğu esasına dayandığı, Borçlar Kanunu'nun, borçlunun borcunu ifada temerrüde düşmesi dolayısıyla alacaklının doğabilecek zararlarını güvence altına aldığını, aynı Kanunun 103. maddesinde bir miktar paranın tediyesinde temerrüde düşen borçluyu temerrüt faizi ödemeye mahkûm kıldığını, bu faizin başlangıç tarihinin borçlunun temerrüde düşürüldüğü, idarî yargı mercilerinde açılan davalarda faizin başlangıç tarihi ile miktarının, belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde belirlenmesi gerekirken bu hususların Bakanlar Kurulu'nun takdirine bırakıldığı ve bunun sonucunda da söz

konusu davacıların aleyhine olabilecek bir durumun önünün açılmasının adaleti sağlayan değil, engelleyen bir durum olduğu, bu nedenle de 5667 sayılı Yasa'yı geçmişe yürüten ve hiçbir haklı nedene dayanmayan kuralın Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 2. maddesinde yer alan iptali istenilen kuralla, Devlet iç borçlanma senedi alımı amacıyla Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi'ne yatırılan tutarlar nedeniyle idarî yargı mercilerinde açılan davalar hakkında da 5667 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

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

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürümemesini gerekli kılar. Yasaların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kazanılmış hakların korunması, malî haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 3.7.2003 tarihli ve 1085 sayılı Kararı ile mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi'nin; yükümlülüklerini vadesinde yerine getirmemesi, alınması istenen tedbirleri almaması, faaliyetine devamı mevduat sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz etmesi nedenleriyle bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmış ve mülga 4389 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikal etmiştir.

5667 sayılı Yasa ile belirlenen esaslara göre, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi tarafından, Devlet iç borçlanma senedi satışı adı altında toplanan tutarların, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu aracılığıyla hak sahiplerine ödenmesi gerekmektedir.

Yasa'nın genel gerekçesinde konuyla ilgili olarak, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi ile ilgili olarak yapılan incelemelerde, banka bünyesinde bulunmamasına rağmen Banka tarafından ikincil piyasada, yatırımcılara

Devlet iç borçlanma senedi adı altında makbuz düzenlenerek karşılıksız satış yapıldığının tespit edildiği, Yasa ile yatırımcıların mağduriyetlerinin giderilebilmesi için gerekli olan yasal düzenlemenin yapıldığı, bu çerçevede, söz konusu Devlet iç borçlanma senedi satışı işlemleri nedeniyle hak sahibi olan herkese ödeme yapılmasının öngörüldüğü belirtilmektedir.

Finansal piyasalardaki güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması için faaliyetlerde bulunmak amacıyla kurulan bankaların bu amaçla yaptıkları bankacılık hizmetlerinin kamu hizmeti olduğu ve kamu düzenini ilgilendirdiğine şüphe yoktur. Dolayısıyla, bankacılık sektörüne güvenin sarsılmaması ve bu sektörde istikrarın korunması, Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketi tarafından, Banka'da karşılığı olmamasına rağmen satışı yapılan Devlet iç borçlanma senetleri tutarlarının, bu senetleri alan kişilerin mağduriyetlerinin önlenmesi ve 5667 sayılı Yasa hükümlerinin devam eden davalarda uygulanması amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Yasa'nın 6. Maddesiyle 19.10.2005 Günlü, 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 124. Maddesinin Değiştirilen Birinci Fıkrasındaki "…yıllık gider hesapları ile harcamalarının …" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 5667 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 124. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…yıllık gider hesapları ile harcamalarının …" sözcüklerinin, Sayıştay'ın Anayasa ile verilmiş ve 5018 sayılı Yasa'da da tekrar edilen gelir ve mal denetimi yapması yetkisini ortadan kaldırdığı, söz konusu düzenlemelerde Sayıştay tarafından yapılacak dış denetimin gelir, gider ve mallara ilişkin işlemleri kapsadığı, yeni düzeleme ile dış denetimin Sayıştay tarafından Fon'un yıllık gider hesapları ile harcamalarının incelenmesi suretiyle gerçekleştirileceği; bunun da Sayıştay'a Anayasa ile verilmiş olan gelir ve mal denetimi yapma yetki ve görevini elinden aldığı bu nedenle söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 11. ve 160. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu ibareyi de içeren 5411 sayılı Yasa'nın 124. maddesinde Fon'un denetiminin iç ve dış olmak üzere iki şekilde yapılması düzenlenmektedir.

İç denetim, Fon tarafından belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde Fon bünyesindeki Denetim Daire Başkan'ının teklifi ve Başkan'ın onayı ile belirlenen yıllık denetim programı kapsamında görevlendirilen Fon Denetçileri tarafından; dış denetim ise davası konusu ibarenin bulunduğu kural uyarınca yıllık gider hesapları ile harcamaların Sayıştay tarafından incelenmesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Ayrıca, yıllık hesaplar bağımsız bir denetim şirketi tarafından da denetlenip bağımsız denetim raporu faaliyet raporu içinde yayımlanacak; Fon, faaliyetlerine ilişkin olarak her yılın Mart ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait kararları, yaptığı düzenlemeler ile bunların ekonomik ve sosyal etkilerini analiz eden, Fon'un performans hedefleri ile uygulama sonuçlarının karşılaştırılmasını ve değerlendirilmesini de içeren bir faaliyet raporu hazırlayacak,Fon'un bu yıllık faaliyet raporu ile malî tabloları ve bütçe kesinhesabı Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacak, kesinhesabın bir örneği Maliye Bakanlığı'na gönderilecek; Fon, faaliyetleri hakkında internet ortamı ve resmî bültenler aracılığıyla kamuoyunu azamî ölçüde bilgilendirecek; dava, alacak, takip, tahsil, yeniden yapılandırma ve diğer faaliyetleri ile ilgili olarak üçer aylık dönemler itibarıyla yayımlayacağı raporlarla kamuoyunu, faaliyetleri hakkında yılda bir defa yapılacak toplantı ile de Türkiye Büyük Millet Meclisi Plân ve Bütçe Komisyonunu bilgilendirecektir.

Anayasa'nın 160. maddesine göre, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak görevi Sayıştay'a aittir.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu bütçe bakımından, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun uygulanmasında, 3. madde ve Yasa'ya ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde gösterilen merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumları kapsamına girmemektedir.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, 5411 sayılı Yasa ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, malî bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ile Yasa ile verilen diğer görevlerin yerine getirilmesi amacıyla kurulan, kamu tüzel kişiliği olan, idarî ve malî

özerkliğe sahip bir kuruluştur. Bankacılık sektörünün önemli bir parçası olan, genel bütçeden doğrudan aktarılan bir geliri bulunmayan ve devredilen bankaların tasfiyesiyle ilgili geniş yetkilerle donatılan Fon'un, söz konusu yetki ve görevleri yerine getirirken farklı bir muhasebe ve tasfiye yöntemi dolayısıyla farklı bir çalışma sistemi benimseyen kendine özgü bir kuruluş olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 160. maddesi uyarınca Sayıştay'a kanunlarla inceleme, denetleme ve hükme bağlama işleri verilebileceği ve Fon'a genel bütçeden doğrudan kaynak aktarımı yapılmaması gözetildiğinde, Fon'un yıllık gider hesapları ile harcamalarının incelenmesi görevinin Sayıştay'a verilmesinde Anayasa'ya aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural Anayasa'nın 160. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C) Yasa'nın Geçici 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Dördüncü Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5667 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddesi, 6.6.2008 günlü, 26898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 24. maddesiyle değiştirilmiştir. Bu nedenle, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

D) Yasa'nın Geçici 2. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralın; hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ve kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile Sayıştay denetiminin, gelir, gider ve mallar üzerinden yapılması esasını ortadan kaldırması nedeniyle Anayasa'nın 2., 11. ve 160. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural, 5667 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile 5411 sayılı Yasa'nın 124. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yapılan ve Sayıştay denetiminin Fon'un yıllık gider hesapları ile harcamalarının incelenmesi suretiyle gerçekleştirilmesine ilişkin değişiklik hükmünün 2006 yılı denetimlerinde de uygulanmasını düzenlemektedir. 5667 sayılı Yasa'nın 6. maddesi ile 5411 sayılı Yasa'nın 124. maddesinin (1) numaralı fıkrasında

yapılan değişiklik Anayasa'ya aykırı görülmediğinden, yapılan değişikliğin 2006 yılı denetimlerine de uygulanmasına ilişkin iptali istenilen kuralda Anayasa'ya aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

24.5.2007 günlü, 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun'un;

A- 1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

2- 6. maddesiyle, 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 124. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasında yer alan "yıllık gider hesapları ile harcamalarının" ibaresine,

3- Geçici 2. maddesine,

Yönelik iptal istemleri 24.3.2010 günlü, E. 2007/77, K. 2010/50 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

B- Geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü tümcesinin iptali istemi hakkında, 24.3.2010 günlü, E. 2007/77, K. 2010/50 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu tümceye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

24.3.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

24.5.2007 günlü, 5667 sayılı Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun'un;

1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

2- 6. maddesiyle, 19.10.2005 günlü. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 124. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasında yer alan " … yıllık gider hesapları ile harcamalarının …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

3- Geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrası, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 24. maddesiyle değiştirildiğinden, fıkranın dördüncü tümcesine ilişkin, KONUSU KALMAYAN İPTAL İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

4- Geçici 2. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

24.3.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

Esas Sayısı : 2008/14

Karar Sayısı: 2010/51

Karar Günü : 24.3.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Van 4. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkranın "Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli…" bölümünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Geceleyin kilitlenmek suretiyle muhafaza altına alınan eşya hakkında hırsızlık, mala zarar verme ve konut dokunulmazlığının ihlâli suçlarından açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Hırsızlık, mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sanık B.A. hakkında mahkememizde yürütülen kamu davasının yargılaması sırasında mahkememizin 27.12.2007 tarihli celse ara kararı uyarınca sanık hakkında uygulanması istenilen 5237 sayılı TCK'nun 116/2-4 maddelerine dayanak teşkil eden TCK'nun 142/4 maddesinin Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptali amacıyla dosyanın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine karar verilmiş olmakla;

HUKUKSAL OLAY:

Sanık hakkında Van Cumhuriyet Başsavcılığının 11.09.2007 tarih 2007/1821 Esas, 2007/857 nolu iddianamesi ile hırsızlık, mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal suçlarına ilişkin olarak TCK'nun 116/2-4, 151/1, 141/1-b, 143, 31/3, 63 maddeleri uyarınca gece sayılan zaman dilimi

içerisinde müştekinin işyerinden hırsızlık suçundan dolayı cezalandırılması amacıyla kamu davası açılmıştır.

ANAYASA AYKIRILIĞI İDDİA EDİLEN YASA MADDESİ:

Sanık hakkında uygulanması talep edilen 5237 sayılı TCK'nun 116/2-4 maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçunun, hırsızlık suçu ile birlikte işlenmesi haline ilişkin bahsi geçen yasa maddesinin uygulanmasına esas teşkil eden 5237 sayılı TCK'nun 142/4 maddesinde tariflenen "hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla, konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılması için şikayet aranmaz" norm düzenlemesinin, "konut dokunulmazlığının ihlali" cümlesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıdır.

İLGİLİ ANAYASA MADDESİ:

Anayasanın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı Madde 38/1 "kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha çok ağır bir ceza verilemez." norm düzenlemesi.

ANAYASAYA AYKIRI YASA MADDESİNİN YASALAŞMA SÜRECİ:

5237 sayılı TCK'nun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle yürürlüğe giren şekliyle TCK'nun 142/1-b maddesi uyarınca nitelikli hırsızlık suçu başlığı altında "herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış eşya hakkında" hırsızlık suçunun işlenmesi hali düzenlenmiş olup, görüldüğü üzere mevcut yasa maddesinin yürürlüğe girdiği hal ve şekliyle ek bir düzenleme yer almamaktadır.

Yasada yukarıda belirtilen şekilde yürürlük aşamasından sonra konut sayılan yer içerisinden hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, Yüksek Yargıtay'ın gelişen uygulaması kapsamında hırsızlık suçunun yanı sıra, konut dokunulmazlığının ihlal ve ayrıca mala da zarar verilmiş olması halinde bu suçlardan dolayı da ceza mahkumiyetinin uygulanması gerektiği yönünde istikrarlı uygulama gelişmiştir.

Yukarıda belirtilen Yüksek Yargıtay'ın içtihatları uyarınca yasal bir gereksinim olarak 06.12.2006 tarih, 5560 sayılı Yasanın 6. maddesi ile TCK'nun 142. maddesine ek bir düzenleme yoluna gidilmiş, bu itibarla TCK'nun 142/4 maddesi "hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali halinde bu suçlardan dolayı soruşturma ve

kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz" norm düzenlemesi ihdas edilmiş, bu yasal düzenleme dikkate alındığında bina ve eklentileri halinde hırsızlık suçunun işlenmesi halinde konut dokunulmazlığının ihlal suçundan dolayı da ayrıca ceza uygulanmasının gerektiği dayanak yasa düzenlemesi şeklinde ifade edilmiştir.

ANAYASAYA AYKIRILIK SEBEPLERİ:

Yukarıda tanımlanan norm düzenlemeleri dikkate alındığında hırsızlık suçunun yanı sıra uygulanması belirtilen konut dokunulmazlığını ihlal suçuna ilişkin TCK'nun 142/4 maddesindeki düzenleme Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

TCK'nun 141. maddesinde hırsızlık suçunun genel düzenlemesi söz konusu olup, 142. madde de ise nitelikli haller başlığı altında genel hale nazaran ağırlaştırıcı durumlar dikkate alınarak nitelikli hal sayılan yasal düzenleme yapılmış bulunmaktadır. Bu kapsamda yukarıda içeriği belirtilen TCK'nun 142/1-b maddesindeki düzenleme bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkındaki hırsızlığı düzenlemiş olmakla nitelikli hırsızlık suçuna ilişkin yasa kuralı ihdas edilmiştir.

Bu itibarla 5237 sayılı TCK'nun 42/1 maddesinin içeriği önem arz etmektedir. Buna göre "biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanamaz" düzenlemesi dikkate alındığında TCK'nun 142/1-b maddesindeki düzenlemenin "bileşik suç" düzenlemesi olduğu, ağırlaştırıcı neden olarak maddede düzenlemeye gidildiği, bu itibarla gerçek içtima kurallarının yani her suç için ayrıca ceza tatbikinin uygulanamayacağı, konut dokunulmazlığını ihlal suçunun, hırsızlık suçu içerisinde unsur ve ağırlaştırıcı neden olması nedeniyle eridiği sonucu anlaşılmaktadır.

TCK'nun 142/1-b maddesindeki düzenlemede 5237 sayılı TCK'nun hazırlanış aşamasında da bulunan Sayın İzzet Özgenç'in konuya ilişkin TCK Gazi Şerhi Üçüncü bası sayfa 855 deki açıklaması:

"Aynı şekilde 765 sayılı TCK'nun da hırsızlık suçunun 'ağırlaştırıcı sebebi' olarak kabul edilen 'bina içinden hırsızlıkla' (m 491, 3 bent 4;m. 492, f.l bent 1) ilgili olarak yapmış bulunduğumuz öneri komisyonda önce kabul edilmekle beraber, bilahare madde metninde (yeni TCK, m. 142, f.l, bent b) yapılan değişiklikle yine eski sisteme dönülmüştür. Buna göre 'Hırsızlık suçunu... herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında, …işlenmesi halinde... hapis cezasına

hükmolunur' bu düzenleme karşısında hırsızlık suçunun bina veya eklentileri içerisinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında … işlenmesi halinde' fail sadece hırsızlık suçunun bu nitelikli halinden dolayı cezalandırılacaktır, ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan dolayı cezaya hükmolunmayacaktır şeklinde belirtilmiştir."

DOKTRİNDEN İKİ GÖRÜŞ:

● *"Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali: TCK md.142-4"*, (Prof.Dr.Metin Feyzioğlu, Dr.Devrim Güngör):

"Hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği Türk Ceza Kanunu (TCK)nun 142/1-b maddesinde bu suçun "herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında" işlenmiş olması ağırlaştırıcı neden sayılmıştır. Hırsızlığın bina veya eklentileri içinde gerçekleştirilmesini nitelikli hırsızlık sayan bu hükümle birlikte ortaya bir bileşik suç çıkmaktadır.

Kanunun (TCK) 42. maddesinde bileşik suç, "Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan" suç olarak tanımlanmaktadır. Bileşik suçtan söz edebilmek için, iki suçun birleşerek yeni bir suçu meydana getirmesi ya da suçlardan birinin diğerinin ağırlaştırıcı nedeni olması gereklidir. TCK'nin 116. maddesinde konut dokunulmazlığının ihlali suçu ayrı bir suç olarak düzenlendiğinden, aynı fiili hırsızlık suçunun ağırlaştırıcı nedeni sayan Kanunun 142/1-b maddesi ikinci duruma uygun bir mürekkep suça vücut vermektedir. Kanundaki tanımdan anlaşıldığı üzere bileşik suç, kendini oluşturan suçlara bölünememekte ve bileşik suçu oluşturan suçlar bağımsız kimliklerini kaybederek tekbir suç oluşturmaktadır.

Bileşik suç halinde, ilk bakışta aynı olaya Kanunun birden fazla hükmünün uygulanabilir görünmesine rağmen esasen bunlardan sadece biri uygulama alanı bulur. Örneğin somut olayda girilen ve içinde hırsızlık yapılan bina, konut veya açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışındaki işyeri ya da bunların eklentisi ise, hem 116. maddenin hem de Kanunun 142/1-b maddesinin ihlal edildiği düşünülebilir. Zira konutun ya da işyerinin ya da bunların eklentisinin bina tanımı içinde yer aldığı kuşkusuzdur. Ancak bu durumda özel hükmün önceliği ilkesi gereği yalnızca 142/ 1-b maddesi ihlal edilmiştir ve bu hükmün uygulanması gerekir.

TCK'nin 142. maddesine 5560 sayılı Kanunla, "Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali... halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz" şeklinde bir fıkra eklenmiştir.

19 Aralık 2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'un teklifinde, TCK 142. maddeye ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Teklif TBMM Adalet Komisyonu'nda iken, söz konusu maddeye, inceleme konumuz olan 4. fıkra eklenmiştir. Adalet Komisyonu'nun bu fıkra için yazdığı gerekçe aynen şöyledir:

'Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza "kuralı gereğince, hırsızlık suçunu işlemek için başkasının konutuna girilmesi veya mal varlığına zarar verilmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmetmek gerekir. Ancak, her iki suçun temel şekli, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suç olduğu için; örneğin konut dokunulmazlığını işlemek suretiyle hırsızlık suçunun işlenmesi halinde, konut dokunulmazlığının temel şekli uzlaşma kapsamına girmekte ve fakat, hırsızlık suçu uzlaşma kapsamı dışında kalmakta ve bu durumlarda, uygulamada, hırsızlık suçundan dolayı soruşturmanın bekletilmesi veya ayrı yürütülmesi gibi sorunlarla karşılaşılmaktadır. Belirtilen sakıncanın ortadan kaldırılması amacıyla 5237 sayılı Kanunun 142 nci maddesine fıkra eklenmesini öngören önerge kabul edilmiş ve Teklife, 6 ncı madde olarak eklenmiş ve diğer madde numaraları buna göre teselsül ettirilmiştir.'

…Gerekçenin konumuzla sınırlı esastan incelenmesinde, Adalet Komisyonu'nun maalesef TCK md. 142/1-b hükmünü ve bu hükümle ilgili ceza hukuku doktrininde yazılmış değerlendirmeleri görmediği anlaşılmaktadır. Doktrinde tam bir ittifakla bileşik suç örneği olarak gösterilen sözü geçen hüküm konut dokunulmazlığının ihlalini zaten cezalandırmaktadır. Demek ki, 4. fıkra maddeye eklenene kadar, konut niteliğindeki bir binanın içinde işlenen hırsızlık suçunda, ayrıca konut dokunulmazlığını ihlalden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmayacaktır. Çünkü konut niteliğindeki bir bina içinde hırsızlık yapan fail, hırsızlık suçunun basit şeklinden değil, nitelikli şeklinden ceza aldığından, konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi cezasız kalmamaktadır. Bu nedenlerle Yargıtay'ın, 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra, hırsızlık amacıyla konuta girilmesi halinde ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da failin cezalandırılması gerektiğine hükmeden kararlarına katılmak mümkün değildir. Zira bina içinde muhafaza altına alınmış eşya üzerinde yapılan hırsızlığın cezayı ağırlaştırmasının nedeni, binaya girilmek suretiyle kişi hürriyetinin korunması şeklindeki farklı bir hukuki konunun da ihlal edilmiş olmasıdır. Kanun birden fazla hukuki konuyu ihlal eden bir suçun daha ağır biçimde cezalandırılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. TCK'nın 142-4. maddesi bu haliyle, bir fiilden dolayı faile iki ceza verilmesine yol açacaktır. Hâlbuki özel normun önceliği, faile bir fiilden dolayı iki ayrı hükmün dolayısıyla iki ayrı cezanın uygulanmasını önleyen temel bir hukuk ilkesidir. Bu itibarla Kanunda bileşik suçu tanımlayan bir hüküm bulunmasa idi

bile, hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali halinde anılan ilke gereği fail hakkında sadece TCK md. 142/1-b'nin uygulanması gerekirdi.

Sonuç olarak, TCK md. 142/4, hukuk devletinin bir gereği olan cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesine uygun düşmemekte ve bu yönüyle Anayasaya aykırı bir nitelik taşımaktadır."

● *"Yeni TCK'da mal varlığına karşı suçlar (ETCK madde 491 ve devamı, yeni TCK 141/1 ve devamı...) suç içtima açısından özellik göstermez, bununla birlikte şayet bu suç 'bina içinde işlenmiş olursa bu durum hırsızlık suçunun nitelikle hali sayıldığı için (YTCK madde 142/1-b) birleşik suç kuralları gereğince (ETCK 78, YTCK madde 42) ayrıca konut dokunulmazlığını ihlal suçundan (ETCK madde 193, YTCK madde 116) faile ceza verilmez"* (Doç.Dr.Mustafa Ruhan Erdem).

UYGULAMADAN GÖRÜŞ;

Ali Parlar - Muzaffer Hatipoğlu TCK Yorumu 2.cilt, sayfa 1053 içtima:

"Hırsızlık suçunun bileşik suç olarak gerçekleştirilmesi mümkündür. Örneğin hırsızlık "bina içinde" gerçekleştirilmiş olursa, bu durum yeni TCK'nun 142/1-b maddesinde hırsızlık suçunun nitelikle hali sayıldığı için bileşik suç (42. madde) kuralları gereğince ayrıca konut dokunulmazlığının ihlali suçundan dolayı faile ceza verilemeyecektir".

YÜKSEK YARGITAY'IN UYGULAMASINDA FARKLI YORUM:

Yüksek Yargıtay'ın yukarıda belirtilen TCK'nun 142/1-b maddesindeki suça ilişkin bu suç ile birlikte konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı da ayrıca cezaya hükmedileceği yönündeki istikrar kazanan uygulamasının, yağma suçundaki uygulamadan farklılık arz ettiği görülmektedir. Nitekim, Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 21.06.2006 tarih, 2005/13785 Esas; 2006/6447 Karar nolu içtihadı dikkate alındığında *"konut dokunulmazlığını bozma suçundan kurulan hükmün incelenmesinde ise 5237 sayılı TCK'nun da yağma suçunun konutta işlenmesi aynı Yasanın 149. maddesinin 1. fıkrasının d bendine göre suçun nitelikli halini oluşturan öğelerden bulunduğundan sanıkların ayrıca bu suçtan da cezalandırılamayacağının gözetilmemesi…"*

Şeklindeki içtihadı dikkate alındığında TCK'nun 142/1-b maddesindeki uygulamaya yönelik aynı dairenin uygulamasından açıkça farklılık arz ettiği de ortadadır.

UYGULAMADAN HAKKANİYETE AYKIRI DÜŞEBİLECEK BİR ÖRNEK:

5237 sayılı TCK'nun 147/1 maddesi "hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" norm düzenlemesini içermektedir.

Örneğin; Sanığın olay günü açlığın etkisi altında bir adet ekmek almak amacıyla kapalı dükkan içerisinden hırsızlık suçunu işlemesi halinde mahkemece acil bir ihtiyacın karşılanması durumu kabul görerek, belirtilen yasa maddesi uyarınca sanık hakkında ceza tertibine yer olmadığına kararı verilebilecek, ancak aynı olay nedeniyle kapalı dükkan içerisinden hırsızlık suçunun işlenmesi nedeniyle aynı sanık hakkında konut dokunulmazlığının ihlal suçundan dolayı ise ceza tertibi yoluna gidilecektir. Sanığın gerçekleştirmek istediği eylem acil ihtiyacın sonucu hırsızlık eylemidir. Konut dokunulmazlığının ihlali belirtilen örnekte sanık tarafından hiçbir şekilde tasavvur edilmemiş olabilir. Amaçlanan eylem itibariyle sanık hakkında ceza uygulanmadığı halde hiçbir şekilde işlemeyi kastetmediği fiil itibariyle ceza uygulamasına gidilmesi ceza hakkaniyetine uygun düşmediği gibi, ayrıca yukarıda belirtilen tanımlar kapsamında nitelikli hal olarak düzenlenmiş olan suç tipi dikkate alındığında bileşik suç kuralı genel uygulamasına da açıkça aykırılık oluşturacaktır. Yeni TCK'nun sistematiği içerisinde benimsenen;

"Kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza" teorisinin uygulama alanı olarak TCK'nun 142/1/b maddesindeki düzenlemeye etkili kılmak doğru kabul edilemez. Zira bahsi geçen uygulama ancak unsur veya ağırlaştırıcı hal olarak düzenlenmeyen suç halleri için öngörülebilir. Bu kuralı nitelikli hal sayılan yasa düzenlemesine etkili kılmak genel ceza doktrini ve yasa düzenlemesi ışığında (YTCK madde 42) bileşik suç kuralının bertaraf edilmesi sonucu oluşturacaktır.

SONUÇ:

Yukarıda izahı yapılan yasa ve Anayasa maddesi, öğretiden görüşler, uygulamadan görüş ve örnekler dikkate alındığında, mahkememizde davası devam eden sanık B.A. hakkında hırsızlık, mala zarar verme suçlarının yanı sıra olaya uygulanması istenilen konut dokunulmazlığını ihlal suçuna dayanak teşkil eden 5237 sayılı TCK'nun 142/4 maddesindeki "hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali" cümlesinin Anayasanın 38/1 maddesinde ifadesini bulan "kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"

Anayasa kuralına aykırılık oluşturduğundan bahsi geçen yasa maddesinin İPTALİNİ saygılarımla arz ve talep ederim."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu bölümü de içeren 142. maddesi şöyledir:

"(1) Hırsızlık suçunun;

a) Kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında,

b) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,

c) Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında,

d) Bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında,

e) Adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında,

f) Elektrik enerjisi hakkında,

İşlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

a) Kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak,

b) Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle,

c) Doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak,

d) Haksız yere elde bulundurulan veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle,

e) Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle,

f) Tanınmamak için tedbir alarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak,

g) Barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçük baş hayvan hakkında,

İşlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.

(3) Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde, ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur. Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.

(4) (Ek: 6/12/2006 – 5560/6 md.) **Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli** veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 38. maddesine dayanmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince 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 katılımlarıyla 28.2.2008 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, 5237 sayılı TCK'nın 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde bileşik suç yaklaşımıyla nitelikli hırsızlık suçunun düzenlendiği, konut dokunulmazlığının ihlâli suçunun bu düzenlemede gözetildiği halde (4) numaralı fıkrayla hırsızlık suçunun yanı sıra konut

dokunulmazlığının ihlâli suçundan da hüküm verilecek olmasının, öğretide de vurgulandığı üzere bir suç için bir ceza verilmesi ilkesinin ihlâli niteliği taşıdığı, 5237 sayılı TCK'nın sistematiği içerisinde benimsenen *"kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza"* teorisinin uygulanmak istenilmesinin doğru olmadığı, Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına katılmanın mümkün bulunmadığı, bu nedenlerle (4) numaralı fıkradaki *"Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli"* bölümünün Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasındaki *"…kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."* hükmüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesine, 5560 sayılı Yasa'yla eklenen (4) numaralı fıkrada *"**Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli** veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz."* denilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."* hükmü yer almaktadır.

Yasa'nın *"Konut dokunulmazlığının ihlali"* başlıklı 116. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak girme veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmama halinde, (2) numaralı fıkrasında da bu fiillerin açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentilerinde işlenmesinde mağdurun şikâyeti aranmıştır.

Yasa'nın *"Mala zarar verme"* başlıklı 151. maddesinde de başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişiye mağdurun şikayeti üzerine ceza verilmesi söz konusudur.

İtiraz konusu kuralla, hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, Yasa'nın 116. veya 151. maddelerinde esasen şikayete tabi tutulan bu suçların, soruşturma ve kovuşturmasında şikayet aranmayacaktır.

Yasakoyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleştirici tutum ve davranışların

neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya ertelenebileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. İtiraz konusu kuralda, hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali suçunun da işlenmesi halinde esasen şikayete tâbi olan bir suçun soruşturma ve kovuşturması için şikayet şartının kaldırılması suç ve ceza siyasetinin bir gereği olarak yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Öte yandan şikayet aranmamasına dair düzenleme dışında ileri sürülen aykırılık nedenleri başka kurallara ilişkin olduğundan inceleme konusu yapılmamıştır.

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

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkranın "Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli…" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 24.3.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

Esas Sayısı : 2008/114

Karar Sayısı: 2010/53

Karar Günü : 1.4.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara Birinci İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 16.5.2006 günlü, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinde yer alan *"…ve disiplin cezaları…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı hakkında düzenlenen soruşturma raporuna dayanılarak kınama cezası ile cezalandırılmasına istinaden ek ödemesinden % 50 oranında kesinti yapılması işleminin iptali ve kesilen ek ödemelerin yasal faiziyle iadesine karar verilmesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı müfettişleri tarafından hakkında düzenlenen 29/11/2007 gün ve 6-7 sayılı soruşturma raporuna dayanılarak kınama cezası ile cezalandırılması nedeniyle Mart ve Nisan ayları ek ödemesinden %50 oranında kesinti yapılmasına ilişkin işlemin iptali ile kesilen ek ödemelerin yasal faiziyle birlikte iadesine karar verilmesi istemiyle Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na karşı açılan dava da; Mahkememizce Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesi kapsamında görülmekte olan davada uygulanacak bir kanun hükmü olarak nitelendirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun "Personelin Statüsü, Ücret ve Mali Haklar" başlıklı 28. maddesinin ikinci fıkrası "Kurumun merkez ve taşra teşkilâtı kadrolarında çalışan memurları ile sağlık kurullarında ve fatura ile

reçetelerin incelenmesi işlerinde çalışmak üzere Kurum dışından görevlendirilen tabiplere en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) % 200'ünü geçmemek üzere ek ödeme yapılır. Sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil kadrolarda çalışan personel ile genel idare hizmetleri sınıfına asaleten veya vekaleten atanan ve Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğünde fiilen çalışan doktor, diş hekimi ve eczacılara yapılacak ek ödemenin tavanı % 700 olarak uygulanır. Ancak, serbest çalışan sağlık personeline ödenecek ek ödeme oranı % 200'ü geçemez. Yapılacak ek ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir vergi kesintisi yapılmaz. Görev yapılan birim ve iş hacmi, görev mahalli, görevin önem ve güçlüğü, personelin sınıfı, kadro unvanı, derecesi ve atanma biçimi, serbest çalışıp çalışmadığı, personelin performansı, kullanılan izin ve istirahat raporları ve disiplin cezaları gibi kriterler göz önünde bulundurularak yapılacak ek ödeme tutarları ile ödemeye ilişkin diğer usûl ve esaslar, Yönetim Kurulunun teklifi ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine bakan tarafından belirlenir." hükmünde yer alan "ve disiplin cezaları" tümcesinin aşağıda sıralanan gerekçelerle T.C Anayasası'na aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir;

T.C Anayasası'nın Cumhuriyet'in nitelikleri başlıklı 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." hükmüne yer verilmektedir. Sözkonusu Anayasa hükmünde yer alan ve henüz anlamı ve kapsamı konusunda fikir birliğine varılamamış kavramlardan bir tanesi de "Hukuk Devleti" ilkesidir. Anayasa Mahkemesi Hukuk devleti ilkesini genel olarak "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" (E: 1976/1, K: 1976/28 25/5/1976) şeklinde tarif etmektedir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesince de "Hukuk Devleti" kavramı tanımlanmamakta sadece bu kavramın temelini oluşturan unsurlar sıralanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin sonraki kararlarında da belirginleştiği üzere "hukuk devleti" ilkesini oluşturan unsurlar zamanla, değişmekte ve çağın gelişimine göre yeni şartlar eklenebilmektedir.

T.C Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan ve genel olarak tarifi yukarıda belirtilen "Hukuk Devleti" kavramının içeriğini oluşturan şartlardan bir tanesi de latince deyimiyle "Ne Bis İn İdem" ilkesidir. Aynı eylemde ve konudan dolayı mükerrer yargılama ve cezaya çarptırmaya izin verilmemesi anlamına gelen bu ilke ilk bakışta sadece ceza hukuku kapsamında verilen

cezaları ilgilendiren bir ilke olarak görünmekte ise de disiplin hukukunun ceza hukuku ilişkisi dikkate alındığında aynı ilkenin Hukuk Devleti'ni gerçekleştirilmesi açısından disiplin hukukunda da yer alması gerektiği açıktır. Ancak burada anlatılmak istenen ceza yaptırımının yanında idarece ayrı bir yaptırım uygulanması değil idarece işlenen tek fiil nedeniyle birden fazla ceza yaptırımı uygulanmasıdır. Çünkü disiplin cezasına temel oluşturan eylem ya da davranış şeklindeki idari ihlal, aynı zamanda ceza hukukunda suç sayılabilir. Bu durumda disiplin cezası yanında birde cezai yaptırım uygulanabilir. Bu iki yaptırımın türü, sebep, sonuç, hukuksal dayanak, amaç ve usul açısından birbirlerinden farklıdırlar. Bu durumda da Mahkememizce Anayasa'ya aykırı bir durum görülmemektedir. Asıl Anayasa'ya aykırı olarak görülen kısım Anayasa'nın 2. maddesinde Hukuk Devleti kavramı kapsamında uyulması zorunlu ilkeler arasında yer alan "bir suçtan dolayı bir ceza verilir ilkesinin" tamamiyle disiplin hukuku açısından ihlal edilmesi bu bağlamda da disiplin cezasına neden olabilecek bir fiilden dolayı ayrı ayrı iki disiplin cezası sonucunu doğurabilecek (her ne kadar ismi itibariyle disiplin cezası olmasa da niteliği itibariyle disiplin cezası niteliğine sahip) işlem tesisine gidilmesi hususudur.

Bu açıklamalar ışığında yukarıda belirtilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesi hükmünde sözkonusu idarede çalışan personele ödenecek ek ödemelere ilişkin genel ilkeler getirilmiş olup görev yapılan birim ve iş hacmi, görev mahalli, görevin önem ve güçlüğü, personelin sınıfı, kadro unvanı, derecesi ve atanma biçimi, serbest çalışıp çalışmadığı, personelin performansı, kullanılan izin ve istirahat raporları ve disiplin cezaları gibi kriterler göz önünde bulundurularak yapılacak ek ödeme tutarları ile ödemeye ilişkin diğer usûl ve esasların, Yönetim Kurulunun teklifi ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine Bakan tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Bu hüküm doğrultusunda hazırlanan Ek Ödeme Usul ve Esasları da 10/5/2007 tarihli ve 65698 sayılı genel yazı ile tüm teşkilata duyurulmuştur. Anılan Esasların 6. maddesinin (d) bendinde "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesine göre disiplin cezası alan personele her ceza için ayrı ayrı olmak üzere aşağıda belirtilen süreler kadar kadro unvanı için belirlenen oranın %50'si üzerinden ek ödeme yapılır. l) Uyarma cezası için 1 ay, 2) Kınama cezası için 2 ay, 3) Aylıktan kesme cezası için 3 ay, 4) 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması için 6 ay, 5) 2 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması için 9 ay, 6) 3 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması için 12 ay, bu süreler cezanın idari kademelerinde kesinleştiği tarihi takip eden aybaşından itibaren başlar. Ayrıca bu durumda olanlara ilave ek ödemeler yapılmaz" hükmüne yer verilmiştir.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve davalı kurumda çalışan personele ödenecek ek ödemelerin genel ilkelerini koyan hükümde geçen "ve disiplin cezaları" tümcesinin yukarıda belirtildiği üzere aynı fiil nedeniyle disiplin cezası alması uygun gören personele ayrıca belli bir süre için parasal bir hak niteliği taşıyan ek ödeme tutarından mahrum kalma durumuna soktuğu, bir anlamda herhangi bir disiplin cezası alanlara ayrıca bir de aylıktan kesme cezası niteliği taşıyan, belli bir süre ek ödemeden yararlandırmama yoluna gidilmesi yolunun açıldığı zira disiplin cezasına konu eylemler için uygulanacak yaptırım mevzuatta belirlenmiş olmasına karşılık idari düzenlemeyle disiplin cezasının yanında aynı eylemden dolayı bir de gelir mahrumiyetine yol açacak biçimde düzenleme getirilmesine olanak tanıyan bir yetki verildiği, bu bağlamda da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk Devletini varlık şartlarından olan "bir suç için bir ceza verilir" ilkesine aykırı bir düzenleme getirildiği dikkate alındığında 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "ve disiplin cezaları" tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanması gereken 5502 sayılı Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "ve disiplin cezaları" hükmünün Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından, Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddeleri uyarınca sözkonusu ibarenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve uyuşmazlığın çözümünün Anayasa Mahkemesi kararına kadar Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca geri bırakılmasına 7/11/2008 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

16.5.2006 günlü, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 28. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Madde 28- …Kurumun merkez ve taşra teşkilâtı kadrolarında çalışan memurları ile sözleşmeli personeline, sağlık kurullarında ve fatura ile reçetelerin incelenmesi işlerinde çalışmak üzere Kurum dışından görevlendirilen tabiplere en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dâhil) % 200'ünü geçmemek üzere ek ödeme yapılır. (Değişik ikinci cümle: 8.3.2007–5597/3 md.) Sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına

dâhil kadrolarda çalışan personel ile genel idare hizmetleri sınıfına asaleten veya vekâleten atanan ve Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğünde fiilen çalışan doktor, diş hekimi ve eczacılara yapılacak ek ödemenin tavanı % 700 olarak uygulanır. Yapılacak ek ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir vergi kesintisi yapılmaz. Görev yapılan birim ve iş hacmi, görev mahalli, görevin önem ve güçlüğü, personelin sınıfı, kadro unvanı, derecesi ve atanma biçimi, serbest çalışıp çalışmadığı, personelin performansı, kullanılan izin ve istirahat raporları **ve disiplin cezaları** gibi kriterler göz önünde bulundurularak yapılacak ek ödeme tutarları ile ödemeye ilişkin diğer usul ve esaslar, Yönetim Kurulunun teklifi ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine Bakan tarafından belirlenir… ”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 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 yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine 08.01.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, disiplin hukukunda da geçerli ve hukuk devletinin gereği olan, aynı konu ve eylemden dolayı mükerrer yargılama yapılmaması ve ceza verilmemesi (*ne bis in idem)* ilkesine aykırı biçimde itiraz konusu kuralın disiplin cezası alan bir kimsenin aynı zamanda disiplin cezası niteliğindeki ek ödemeden de mahrumiyetine yol açmasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

5502 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin itiraz konusu ibarenin de yer aldığı ikinci fıkrasında, Sosyal Güvenlik Kurumu çalışanlarına yapılacak ek ödeme usul ve esaslarına ilişkin çerçeve düzenlemeye yer verilmiş, ek ödemeye ilişkin tutarlar ile ödemeye ilişkin diğer usul ve esasların, iptali istenilen *"disiplin cezaları"* ölçütü dışında, görev yapılan birim ve iş hacmi, görev mahalli, görevin önem ve güçlüğü, personelin sınıfı, kadro unvanı, derecesi ve atanma biçimi, serbest çalışıp çalışmadığı, personelin performansı, kullanılan izin ve istirahat raporları gibi ölçütler gözetilerek belirlenmesi öngörülmüştür.

İptali istenilen ibarenin de bulunduğu kuralın gerekçesinde; personele normal ücretinin dışında ödenen ek ödeme ve ikramiyelerde, personelin performansının, istirahat raporunun ve disiplin cezası alıp almadığının dikkate alınarak belirlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Disiplin cezaları, kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla kamu görevlileri için görev, yetki ve sorumlulukları bakımından yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Bu bağlamda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesinde, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin devlet memurlarına yüklediği ödevleri yurt içinde ve yurt dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, 125. maddede sıralanan disiplin cezalarından birinin verileceği hükme bağlanmıştır.

Öte yandan, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun temel ilkeleri 3. maddesinde, *"Sınıflandırma"*, *"Kariyer" ve "Liyakat"* olarak belirlenmiş olup, kariyer ilkesi, devlet memurlarına yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetişme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkânı sağlanmasını; liyakat ilkesi ise, kamu görevlerine girişin ve hizmet içinde yükselişin *"işe uygunluk"* ve *"performans"* ölçütüne bağlanması, ücret ve diğer çalışma koşullarının hizmetin etkinliğine ve sürekliliğine katkıda bulunulmasını ifade eder.

5502 sayılı Yasa'nın 28. maddesi kapsamındaki ek ödeme, genel bütçeden yapılan maaş ödemelerinin eklentisi niteliğinde değildir. Aylıklar

gibi genel ve zorunlu bir nitelik taşımayıp, kamu personelinin daha etkin ve verimli çalışmasını sağlayan, kurumun üstlendiği kamu hizmetlerinin daha iyi yürütülmesi amacına yönelik etkili bir performans yönetimi aracıdır. Disiplin cezası almanın sonucu olarak ek ödemeden kesinti yapılması disiplin cezası niteliğinde olmayıp, kamu performans yönetiminde verimliliğin artırılmasını sağlamak için tercih edilmiş bir yöntem olduğundan aynı konu ya da eylem nedeniyle iki kez cezalandırma anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

16.5.2006 günlü, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinde yer alan "… ve disiplin cezaları …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 1.4.2010 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

16.5.2006 günlü 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun, personelin statüsünü, ücret ve mali haklarını düzenleyen 28. maddesinin ikinci fıkrasında personele yapılacak ek ödemenin üst sınırı gösterilmiş, ancak bu ödemelerin yapılmasında, görev yapılan birim ve iş hacmi, görev mahalli, görevin önem ve güçlüğü, personelin sınıfı, kadro unvanı, derecesi ve atanma biçimi, serbest çalışıp çalışmadığı, personelin performansı, kullanılan izin ve istirahat raporları ve disiplin cezaları gibi kriterler göz önünde bulundurularak yapılacak ek ödeme tutarları ile ödemeye ilişkin diğer usul ve esasların, Yönetim Kurulunun teklifi ve Maliye Bakanlığının görüşü üzerine Bakan tarafından belirleneceği öngörülmüştür. Başvuran Mahkeme, ek ödemelerin yapılmasında "disiplin cezaları"nın da dikkate alınacak hususlar arasında yer almasının Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen sosyal hukuk devleti, adil bir hukuk düzeni kurup bunu sürdüren, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri için siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya yönelik önlemler alan, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu amaçlayan devlettir. Devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen Anayasa'nın 5. maddesi de bu doğrultuda hükümler içermektedir.

5502 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin ikinci fıkrasında, Kurum'da çalışan personele yapılacak ek ödemelerde, "disiplin cezaları"nın da dikkate alınacağının hükme bağlanması, bu tür ödemelerde idarenin söz konusu cezalar nedeniyle indirim uygulamasına veya belirli bir süre için de olsa tümüyle kesinti yapmasına olanak vermektedir. Oysa, disiplin cezasını gerektiren eylemin niteliğine bakılarak personelin, fıkrada sayılan kriterleri etkileyecek bir durumunun mevcut olup olmadığının saptanmasından sonra ek ödemeyle ilgili işlem yapılmasında, bir sorun bulunmadığı açıktır. Disipline ilişkin her eylemle iş performansı arasında zorunlu bir bağlantının bulunduğundan da söz edilemez. Böyle bir bağlantı saptandığında, bunun "performans" kriteri içinde değerlendirilmesine engel bulunmamaktadır. Bu durumda, kişinin, disiplin cezasının neden olacağı olumsuzluklar yanında, bazı mali hak yoksunlukları ile de karşı karşıya bırakılması, adil bir hukuk düzeni kurmak ve kişilerin refah ve huzurunu sağlamakla yükümlü olan hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu sözcüklerin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ

AZLIK OYU

Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen sosyal hukuk devletinin özellikleri arasında, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan devlet anlayışları da bulunur. Ayrıca eylem ve işlemleri hukuka uygun olma, her alanda adaletli bir hukuk düzeni geliştirme ve hukuku tüm devlet organlarına egemen kılma da hukuk devleti ölçütleri arasındadır.

Devlet memurları ve kamu görevlilerine yönelik disiplin kurallarıyla kamu hizmetlerinin iyi yürütülmesi, kamu yararının sağlanıp sürdürülmesi ve düzenli bir çalışma ortamı kurulması amaçlanmıştır. Başka bir anlatımla disiplin cezalarının öngörülmesinde, memurlar ve kamu görevlilerinin üstlendikleri işlevleri düzenli ve sağlıklı bir biçimde yürütmeleri düşüncesinin egemen olduğu bir gerçektir. Ancak her disiplin cezasının çalışma ve başarıyla doğrudan ilintili olduğu söylenemez. Yürütülen işle bağlantısız birçok eylem disipline konu edilebilir. Hiç kuşku yok ki disipline aykırı tutum ve davranışların asıl karşılığı disiplin cezaları olmalıdır. Bu cezalar arasında memurun aylığını etkileyecek olanlar öngörülebilir. Aylık kesimi, kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında olduğu gibi kimi cezalar aylık azalmasına etken olabilir. Disiplin cezalarının bu özelliği ile ek ödemeye olumsuz etkisi yanında "personelin performansı gibi" başarıyı kapsamına alan öğeler de disipline aykırı tutumların ve cezaların göz önünde tutulmasına neden olabilecektir.

Bu durumda ortaya çıkan sonuçlar, başarıyla ilintisi olmayan disiplin cezalarının ikinci bir ceza niteliğine dönüşerek ek ödeme ölçütleri arasında yer alması, mali uygulaması olan cezaların ayrılmaması ve cezaların performans değerlendirmesine de dolaylı etkisinin göz ardı edilmesidir. Kişilerin refah ve mutluluk içinde yaşamasını gözeten, adil bir cezalandırmayı öngören anayasal ilkelerle bu sonuçların açıklanması ise olanaksızdır.

Belirtilen nedenlerle itiraz konusu kuralın, sosyal hukuk devleti ilkesinin yansımaları yanında, hukuk devletinin alt ilkelerinden olan ölçülülük ve cezanın tekliği ilkesi yönünden, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığından açıktır. İptali gerekir.

Karara bu görüşle karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2008/91

Karar Sayısı: 2010/54

Karar Günü : 1.4.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Şişli 3. İcra Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü 5358 sayılı Yasanın 9. maddesiyle değiştirilen 338. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Borçlunun gerçeğe aykırı mal beyanında bulunduğu iddiasıyla İcra ve İflas Kanunu'nun 338. maddesi uyarınca hapis cezası ile 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:

"Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarih ve 2006/71 Esas, 2008/69 Karar sayılı kararın Resmi Gazetenin 16.04.2008 tarih ve 26849 sayısında yayınlandığı, bu karara göre İİK.m.337/1 maddesinin iptaline, yasal boşluk doldurulunca kadar iptal kararının Resmi Gazetede yayınlandığı tarihten itibaren 1 yıl sonra yürürlüğe gireceğine karar verilmiştir.

Mahkememizce bu dosyada gerçeğe aykırı mal beyanında bulunduğu iddiasıyla yargılanan... aleyhine suçun sübutu halinde uygulanacak İİK.m.338/1 gereğince "... 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası" ile eylem yaptırıma bağlanmıştır.

Borçlu vekili İİK.m. 337/1 hükmünün iptal edilmesi nedeniyle ve mahkemelerce önceden bu konuda verilen kararların infazının bir yıl sonraya ertelendiğine dair uygulamaya dayanarak İİK.m. 338/1 hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesince iptal edilen İİK.m. 337/1 hükmü dışında İİK madde 76 gereğince mal beyanında bulunmayan borçlu alacaklının talebi üzerine mal beyanında bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis 3 ayı geçemez. İİK madde 337/1 hükmü disiplin hapsini öngördüğü İİK madde 76. hükmü ise 3 aya kadar hapsen tazyik yaptırımını içerdiği halde, İİK madde 338. tazyik ve disiplin hapsi dışında hapis cezası ile yaptırıma bağlanması eşitlik ilkesine aykırı gibi görünse de, Anayasa yargısını gerektirecek ağırlıkta değildir. Bu itibarla borçlu vekili Av..... 'nın "… artık mal beyanında bulunma suçu kalmadığından, şu an kimse kasıtlı olarak yanlış mal beyanında bulunamaz. İnsanlar kasıtlı olarak yanlış beyanda bulunup cezalandırılma riski altında olacağından hiç mal beyanında bulunmayarak bunu ortadan kaldırmaktadır" yönündeki görüşü, İİK.m. 76 karşısında etkisiz kalmaktadır.

Hukuk devleti eylem ve işlevleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren bu hak ve özgürlükleri güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı, tutum ve durumlardan kaçınan hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve Yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir (Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarih ve 2006/71 Esas 2008/69 karar sayılı gerekçeli kararı, 16.04.2008 tarih ve S:26849 RG).

Cezanın ertelenmesi, seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi ön ödeme uygulanabilmesi, şartla salıverme hükümlerinin uygulanması, cezanın tekerrüre esas olup olmayacağı, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğu Anayasa Mahkemesinin çoğu kararlarında belirtilmektedir. Ancak yasa koyucunun, bu takdir hakkını Anayasaya uygun kullanması gerekir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesiyle ilgili olarak birçok kararında belirttiği üzere, aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması halinde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. İcra ve İflâs Kanununda belirtilen suçları işleyenler ile başka yasalarda belirtilen suçları işleyenler, eylemlerinin farklılığı nedeniyle aynı durumda değildirler (Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarih ve 2006/71 Esas 2008/69 karar sayılı gerekçeli kararı, 16.04.2008 tarih ve S:26849 RG).

Öyleyse gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlu, İİK.m.338/1 hükmüyle, neden Türk Ceza Kanununda öngörülen "hapis cezası" ile cezalandırılmaktadır. Bu düzenlemenin Anayasanın eşitlik ilkesiyle

bağdaşmadığı açıkça ortadadır. Örneğin gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlu 5237 sayılı TCK.m. 120'de hukuka aykırı olarak arama yapan kamu görevlisiyle veya TCK 341/1 gereğince resmen çekilmiş olan yabancı devlet bayrağını veya diğer egemenlik alametlerini alenen tahkir eden kimseyle aynı şekilde üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmektedir. 5237 sayılı TCK.'nun 89, 153, 185 197, 199, 209, 230, 233, 234, 260, 290, 341 maddelerinde suçu işleyenlerle aynı şekilde cezalandırılma tehdidi altında bulunan borçlunun karşı karşıya kaldığı yaptırım, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlu İcra ve İflâs Kanunundaki yaptırımlarla cezalandırılmalıdır. Elbette ki konu, yasa koyucunun alanına girmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesi hakkındaki yorumu dikkate alındığında eşitlik ilkesinin yanı sıra, vicdanına göre karar vermekle yükümlü olan hakimin vicdanını da örselemektedir.

Gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlunun bu eyleminin İİK madde 338/1 gereğince "hapis cezası" ile cezalandırılması belirtilen gerekçelerle, Anayasanın 2, 10, 19 ve 138/1 maddelerine aykırı olduğundan;

Borçlu vekili Av.... 'nın Anayasaya aykırılık iddiası, yukarıdaki değişik gerekçeyle mahkememizce ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir. İİK madde 338/1 hükmünün Anayasanın yukarıda belirtilen maddelerine aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasanın 9. maddesiyle değiştirilen 338. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanuna göre istenen beyanı, hakikate aykırı surette yapan kimse, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 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 14.10.2008 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, mal beyanında bulunmama ile ilgili olarak İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği, Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında ifade edildiği gibi aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması halinde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemeyeceği, İcra ve İflas Kanunu'nda belirtilen suçları işleyenler ile başka yasalarda belirtilen suçları işleyenlerin eylemlerinin farklılığı nedeniyle aynı durumda olmadıkları, bu nedenle gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlunun İcra ve İflas Kanunu'nun 338. maddesi uyarınca Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen hapis cezası ile cezalandırılmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan bir kimsenin Türk Ceza Kanunu'nda öngörülen eylemleri işleyenler ile aynı cezaya muhatap olduğu, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunan borçlunun İcra ve İflas Kanunu'ndaki yaptırımlarla cezalandırılması gerektiği, bu konu yasakoyucunun takdir alanına girmekle birlikte Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi hakkındaki yorumu dikkate alındığında kuralın eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varıldığı ve vicdanına göre karar vermekle yükümlü olan hakimin vicdanını örselediği, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kurala göre, İcra ve İflas Kanunu'nda belirtilen beyanları gerçeğe aykırı bir biçimde yapan kimse, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

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

yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Öte yandan, 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 ihlal edilmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

İcra ve İflas Kanunu'nda suç sayılan çeşitli eylemler için hapis cezasının yanında, adli para cezası, tazyik hapsi ve disiplin hapsi cezaları da öngörülmüştür. Yasakoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, ceza hukuku alanında toplumsal gereksinmelerin zorunlu kıldığı yasal düzenlemeleri yaparken, hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılmaları durumunda cezalardan beklenen hukuksal yararı da göz önünde bulundurarak ne tür yaptırımların uygulanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Buna göre, yaptırım türlerinin İcra ve İflas Kanunu'nun veya diğer yasaların kapsamında yer alıp almayacağı hususu yasakoyucunun takdirinde olup, itiraz konusu kuralın, uygulanması bakımından herhangi bir ayırım da yapılmadığından Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

İtiraz isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 19. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle değiştirilen 338. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 1.4.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

Esas Sayısı : 2008/110

Karar Sayısı: 2010/55

Karar Günü : 1.4.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Aydın Bölge İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.12.1960 günlü, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 73. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davalı idare tarafından kesilen usulsüzlük cezasının kaldırılması istemiyle açılan davanın Vergi Mahkemesi tarafından reddi üzerine Bölge İdare Mahkemesi'ne yapılan itirazda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"III- ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ

1- Anayasanın 2. ve 5. Maddeleri 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." denilmek suretiyle sosyal devlet ilkesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmıştır.

Anayasanın 5. maddesinde "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi

varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." hükmü yer almıştır.

Madde gerekçesinde: "...Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracak, ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Ferdin temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir." denilmektedir. Devlet, vatandaşlarına insanca yaşama koşulları sağlamak için gerekli önlemleri alacaktır. Devlet, kişi hak ve özgürlüklerinden herkesin yararlanabilmesini sağlamak ödevini yüklenmiştir. Kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, devletin temel amaç ve görevidir." (Anayasa Mahkemesi'nin 06.06.1991 gün ve Esas Sayısı: 1990/35 Karar Sayısı: 1991/13 sayılı kararı).

Anayasada "sosyal devlet" anlayışı benimsenmiştir. Sosyal devlet güçsüzleri koruyan, sosyal adaleti sağlamaya çalışan bu amaçla ekonomik ve sosyal alanlarda değişiklikler yapan devlettir. (Anayasa Mahkemesi'nin 30.06.1998 gün ve Esas Sayısı: S1997/18, Karar Sayısı: 1998/42 sayılı kararı). Sosyal devlet anlayışında, devlet bütün vatandaşlarına asgari bir toplumsal ve ekonomik düzey sağlamak ve bunu devam ettirmekle yükümlü kılınmıştır. Bunu sağlayabilmek için kaynak transferi gibi doğrudan araçlar Skullanabileceği gibi, bazı faaliyetleri kolaylaştırmak ve teşvikler sağlamak gibi dolaylı araçları da kullanabilmektedir. Dolaylı araçların kullanımı, toplumsal dayanışmayı güçlendirerek devletin tek başına üstesinden gelemeyeceği konularda toplumsal katkıyı gerçekleştirme amacına yöneliktir. Sosyal devlet anlayışını sağlamada kullanılan en önemli araçlardan birisi de vergi politikalarıdır. Bunun için olağan koşullarda vergiye tabi tutulması gereken gruplar ya da işlemler muafiyet ve istisna uygulamalarıyla vergi dışı bırakılmaktadır.

Ekonomik olarak güçsüz kesimlerin değişik uygulamalarla desteklendiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda bir kısım taşınmaz sahiplerinin taşınmazlarını bedelsiz veya emsallerine göre düşük bedelle yakın akrabalarının veya yoksulların kullanımına bıraktığı sıklıkla gözlemlenen bir olgudur. Çeşitli nedenlerle aynı nitelikli, hatta aynı binada bulunan ev ve işyerlerinin çok farklı bedellerle kiraya verildiği de bir gerçektir.

Emsal kira bedeli esası, mal sahipleri ile kiracıların kendi aralarındaki özel koşulları, mal sahibinin taşınmazını başkalarına kullandırırken çok farklı güdülerle hareket edebileceği gerçeğini göz ardı eden bir özellik taşımaktadır. Örneğin, taşınmazını bedelsiz olarak bir yoksulun kullanımına

bırakan bir taşınmaz sahibinin elde etmediği bir kira geliri için vergi ödemesi gerekecektir. Bu nedenle toplumsal dayanışmayı güçleştirici bir yönü bulunduğundan sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Sonuç olarak devletin ekonomik olanakların yetersizliği nedeniyle katkı sağlayamadığı vatandaşına, diğer bir vatandaşının katkı sağlaması da engellenmiş olacaktır.

2- Anayasanın 10. Maddesi Yönünden:

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

(Ek fıkra: 07/05/2004 - 5170 S.K./l.mad) 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." hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde hukuksal eşitlik amaçlanmıştır. Eşitlik ilkesi, aynı hukuksal durumda bulunanlara aynı kuralların uygulanmasını gerektirir. (Anayasa Mahkemesi'nin 26.5.1998 gün ve Esas Sayısı: 1998/14, Karar Sayısı: 1998/24 sayılı kararı). Aynı kuralın mantıksal sonucu ise şu olmaktadır: Farklı hukuksal konumda bulunanlara aynı kural uygulanmamalıdır.

Hüküm iptal istemine konu yasa kuralı yönünden değerlendirildiğinde, taşınmazını kiraya verip kira geliri elde eden kişi ile kira geliri elde etmeyen veya emsallerine göre daha az kira geliri elde eden kişiler aynı şekilde vergilendirilecektir. Bunun sonucunda gerçekte kira geliri elde etmiş olup olmamanın önemi kalmayacak, bir varsayıma dayalı olarak vergilendirme yapılacaktır. Oysa gelir vergisinin gerçek bir gelire dayanması gerekir. Kira geliri elde edildiğinin idarece ortaya konulması halinde her zaman tarhiyat yapılması mümkündür. Somut olayda olduğu gibi, kira geliri elde edenle etmeyenin aynı muameleye tabi tutulması halinde eşitlik ilkesinin zedelenmesi kaçınılmazdır.

3- Anayasanın 73. Maddesi Yönünden:

Anayasa'nın "Vergi Ödevi" başlıklı 73. maddesinin ilk üç fıkrasında, "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." denilmektedir.

Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen herkesin vergi ödemekle yükümlü olması ve verginin malî güce göre ödenmesi ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde, bu ilkelerin vergilendirmede eşitlik ve adalet ilkelerinin gerçekleştirilmesi amacına yönelik olduğu görülmektedir.

Malî güce göre vergilendirme, verginin yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, malî gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi de, malî gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır. (Anayasa Mahkemesi'nin 11.6.2003 gün ve Esas Sayısı: 2001/375, Karar Sayısı: 2003/61 sayılı kararı.) Bu ilkeler gelir vergisi yönünden çok kazanandan çok, az kazanandan az vergi alınması şeklinde özetlenebilir. Doğaldır ki, hiç kazanmayandan hiç vergi alınamaz. Emsal kira bedeli esası yönünden değerlendirildiğinde, kirası olmayan taşınmazın vergisi de olmamalıdır. Kiraya verenin ekonomik durumunun iyi olup olmaması da bu durumu değiştirmez.

Türk vergi sisteminde vergiler gelir, servet ve harcamalar üzerinden alınmaktadır. Vergi kaybının önüne geçmek amacıyla bazı güvenlik tedbirleri getirilmesi mümkün olmakla birlikte, gelir vergisi yükümlülüğünden söz edebilmek için 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 2. maddesinde belirtilen kazanç ve iratların elde edilmiş olması önkoşuldur. Ortada elde edilmiş bir kazanç veya irat yoksa vergilendirme de söz konusu olmamalıdır.

IV-GENEL DEĞERLENDİRME:

Mahkememizce, itiraz konusu yasa kuralının, Anayasanın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırılıklar içerdiği gibi, vergilendirmenin genel ilkeleriyle de uyumsuzluklar içerdiği kanaatine varılmıştır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun "Gayrimenkul Sermaye İradının Tarifi" başlıklı 70. maddesinde, "Aşağıda yazılı mal ve hakların sahipleri, mutasarrıfları, zilyedleri, irtifak ve intifa hakkı sahipleri veya kiracıları tarafından kiraya verilmesinden elde edilen iratlar gayrimenkul sermaye iradıdır" denilerek maddenin devamında nelerin gayrimenkul sermaye iradı sayılacağı sayılmıştır.

Maddedeki düzenlemede, gayrimenkul sermaye iradının "elde etme" koşuluna bağlandığı görülmektedir. Buna göre elde edilmeye irat nedeniyle vergilendirme yapılması yasanın bütünlüğüyle de çelişmektedir.

Diğer taraftan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun "Vergi Kanunlarının Uygulanması Ve ispat" başlığını taşıyan 2365 sayılı Yasa ile değişik 3. maddesinde,

"A) Vergi kanunlarının uygulanması: Bu Kanunda kullanılan "Vergi Kanunu" tabiri işbu Kanun ile bu Kanun hükümlerine tabi vergi, resim ve harç kanunlarını ifade eder.

Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı gözönünde tutularak uygulanır.

B) İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.

Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.

İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir." hükmü yer almıştır.

Madde hükmüne göre vergi muamelelerinde gerçek durumun esas alınması gerekir. Gerçek ortadayken varsayıma dayalı olarak vergilendirme yapılması hukuka ve söz konusu hükme aykırılık teşkil etmektedir. Olayın niteliğine göre idarece aksinin ispatlanması halinde her zaman tarhiyat yapılabileceği açıktır. Ancak, irat elde edilmediğinin açık olması halinde vergilendirme işlemleri yapılmasının başta Anayasa olmak üzere hukuka aykırı olduğunda kuşkuya yer yoktur.

İtiraz konusu madde, kendi içinde de çelişkiler taşımaktadır. Madde düzenlemesine göre, emsal kira bedelinin, binaların mal sahiplerinin usul ve füru veya kardeşlerinin ikametine tahsis edilmesi durumunda uygulanmazken, işyeri olarak tahsis edilmesi halinde uygulanması gerekmektedir. Hatta eşinin bedelsiz işyeri olarak kullanımına bırakılması halinde bile vergilendirme yapılabilecektir. Oysa mal sahibi açısından taşınmaza tasarruf şeklinin ikametgah ya da işyeri olmasının bir önemi

yoktur. Düzenleme bu yönüyle de yukarıda belirtilen sebeplerle Anayasanın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

V- SONUÇ

Açıklanan nedenlerle; 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun "Emsal Kira Bedeli Esası" başlıklı 73. maddesinin Anayasanın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırılığı nedeniyle re'sen Anayasa Mahkemesi'ne başvurularak iptalinin istenilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle birlikte onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına, karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre davanın görülmesine 13.11.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

31.12.1960 günlü, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun itiraz konusu 73. maddesi şöyledir:

"Kiraya verilen mal ve hakların kira bedelleri emsal kira bedelinden düşük olamaz. **Bedelsiz olarak başkalarının intifaına bırakılan mal ve hakların emsal kira bedeli, bu mal ve hakların kirası sayılır.** Bina ve arazide emsal kira bedeli, yetkili özel mercilerce veya mahkemelerce takdir veya tespit edilmiş kirası, bu suretle takdir veya tespit edilmiş kira mevcut değilse Vergi Usul Kanununa göre belirlenen vergi değerinin % 5'idir. Diğer mal ve haklarda emsal kira bedeli, bu mal ve hakların maliyet bedelinin, bu bedel bilinmiyorsa, Vergi Usul Kanununun servetlerin değerlenmesi hakkındaki hükümlerine göre belli edilen değerlerinin % 10'udur.

Aşağıda yazılı hallerde emsal kira bedeli esası uygulanmaz:

1. Boş kalan gayrimenkullerin muhafazaları maksadiyle bedelsiz olarak başkalarının ikametine bırakılması;

2. Binaların mal sahiplerinin usul, füru veya kardeşlerinin ikametine tahsis edilmesi (Usul, füru veya kardeşlerden herbirinin ikametine birden fazla konut tahsis edilmiş ise bu konutların yalnız birisi hakkında emsal kira bedeli hesaplanmaz. Kardeşler evli ise eşlerden sadece biri için emsal kira bedeli hesaplanmaz.);

3. Mal sahibi ile birlikte akrabaların da aynı evde veya dairede ikamet etmesi;

4. Genel bütçeye dahil daireler ve katma bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan kiralamalarda."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca 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 18.12.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle, itiraz konusu maddenin 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 yönteminde 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.

193 sayılı Yasa'nın 73. maddesinin; birinci fıkrasında, emsal kira bedeli esası, bu bedelin nasıl hesaplanacağı ile ikinci fıkrasında emsal kira bedeli esasının uygulanmayacağı durumlara ilişkin genel düzenlemeler yer almaktadır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu dava, davacının kendisine ait taşınmazı bedelsiz şekilde oğlu ve gelininin işyeri olarak kullanımına bırakmasına karşın, bu taşınmaz için gelir vergisi beyannamesi vermemesi nedeniyle hakkında usulsüzlük cezası kesilmesi ve bu cezanın kaldırılması istemine ilişkin olduğundan 73. maddenin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan başkalarının intifaına bırakılan mal ve hakların emsal kira bedelinin, bu mal ve hakların kirası sayılacağına ilişkin

düzenleme davada uygulanacak kuraldır. Bu nedenle, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 73. maddesinin; birinci fıkrasının birinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri ile ikinci fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkra ve tümcelere ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, Serruh KALELİ'nin "Birinci fıkrasının birinci tümcesinin de uygulanacak kural olduğu" yönündeki karşı oyu ve OYÇOKLUĞUYLA; birinci fıkrasının ikinci tümcesinin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın; toplumsal dayanışmayı güçleştirici yönü nedeniyle sosyal devlet ilkesini, kira geliri elde edenle etmeyenin aynı muameleye tâbi tutulması nedeniyle eşitlik ilkesini, kazanç ve irat elde edilmemiş olması nedeniyle malî güce göre vergilendirme ilkesini zedelediğinden, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralı da içeren 193 sayılı Yasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında; 193 sayılı Yasa'nın 2. maddesindeki gelir kapsamına giren kazanç ve iratlardan olan gayrimenkul sermaye iradının tayin ve tespitinde istisnaî bir yöntem olarak emsal kira bedeli esası, bunun uygulaması ile muafiyet ve istisnaları düzenlenmiştir. Emsal kira bedeli esasında, kiraya verilen mal ve hakların kira bedellerinin, emsal kira bedelinden düşük olamayacağı, itiraz konusu kuralda ise mal ve hakların başkalarının kullanımına bedelsiz olarak bırakılmaları durumunda emsal kira bedeli kadar gelir elde edilmiş sayılacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, "Türk Milletinin bağımsızlığını" ve "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu" sağlamak ve "kişinin

temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri" kaldırmak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

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 ihlâli 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 ihlâl edilmiş olmaz. Vergilendirmede, malî politika, sosyal, ekonomik ve vergi tekniğinin gerektirdiği nedenlerle bazı kişiler veya gelirler vergi kapsamı dışında tutulabilir.

Anayasa'nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında ise, "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır" denilmiştir. Verginin malî güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ekonomi ve vergi hukuku alanında malî güce ilişkin göstergelerin gelir, sermaye ve harcamalar olduğu kabul edilmektedir. Malî güç, ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Yasakoyucunun vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile malî güçlerini göz önünde bulundurması gerekir. Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın malî gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Malî güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olup, malî gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise malî 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.

Vergilendirme yetkisi, devletin, ülkesi üzerindeki egemenliğine bağlı olarak, vergi alma konusunda sahip olduğu hukuksal ve fiilî güçten kaynaklanmaktadır. 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 zorunludur. Vergi hukukunda, vergi olgusunun niteliklerini oluşturan yasal düzenlemelerde Anayasa'nın bu konudaki ilkelerinin göz önünde tutulması gerekir. Bu anlamda, Devletin vergilendirme yetkisi vergide yasallık, malî 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 malî gücü de yansıtmalıdır. Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştiremez.

Yasa koyucu, vergi yasalarında, vergi gelirlerinin güvencesi olan beyanların doğruluk derecesini saptamak ve mükellefin gerçek gelirine ulaşmak amacıyla vergi güvenlik müessesesi oluşturmaktadır. İtiraz konusu kural, mal ve hakların, 193 sayılı Yasa'nın 73. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kişi ve durumlar dışında bedelsiz olarak başkalarının yararlanmasına bırakılamayacağı varsayımına dayanarak, vergi incelemeleri dışında da gerçek gelire ulaşabilmeyi sağlamak için getirilmiş bir vergi kontrol sistemidir. Bu nedenle itiraz konusu kuralda uygulanacak emsal kira bedeli esası, maddede belirtilen şekilde hesaplanacak bir bedeli elde edilmiş gelir saymak suretiyle vergiye tâbi tutmaktadır. Bir vergi güvenlik müessesesi olan itiraz konusu kuralın, gerçek usulde vergilendirmeyi destekleyen bir araç olarak malî güce göre vergilendirme ilkesini gerçekleştirme amacına yönelik bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

Sosyal devletin vergi adaletine ilişkin ilkesi olan verginin malî güce göre alınması ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının gerçekleşmesi, yükümlülerin kişisel durumlarının yasalarda bazı istisna ve muafiyet uygulamalarına yer verilerek gözetilmesi suretiyle mümkündür. Bu ilkeler gereğince yasalarda, sosyal, ekonomik, malî ve kültürel amaçlarla yer verilen istisna ve muafiyetlerle ayrı yükümlülükler belirlenmesi, söz konusu ilkelerin uygulamaya geçirilmesini sağlamaya yardımcı olup, bunların kapsamının belirlenmesi ise yasa koyucunun takdirine bağlıdır. Bu nedenle her ne kadar itiraz konusu kuralda, bedelsiz olarak başkalarının kullanımına bırakılan mal ve hakların emsal kira bedelinin bu mal ve hakların kirası sayılacağı düzenlenmiş ise de, malî güce göre vergilendirme ve sosyal devlet ilkeleri çerçevesinde, 193 sayılı Yasa'nın 73. maddesinin ikinci fıkrasında emsal kira bedeli esasının istisna ve muafiyetlerine yer verilmiştir. Bu nedenle, bir vergi güvenlik önlemi olan ve istisna ve muafiyetleri Yasa'da belirtilen itiraz konusu kuralda malî güce göre vergilendirme ve sosyal devlet ilkelerine aykırılık yoktur.

Öte yandan, eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım veya ayrıcalık yaratması gerekir. İtiraz konusu kural uyarınca öngörülen emsal kira bedeli esası, aynı hukuksal konumda olan tüm kişilere uygulanacağından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

31.12.1960 günlü, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 73. maddesinin, 4.12.1985 günlü, 3239 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 1.4.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

KARŞI OY

Dava, yakınının iş yeri kullanımına bedelsiz bırakılan gayrimenkulden aslında KİRA ALINMASI gerektiği ve ölçüsünün emsal kira bedeli olacağına ilişkindir.

Konu ile ilgili düzenleme getiren 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 73. maddesinin tamamının iptali ilgili mahkemece istenmiş ise de 4 tümceden oluşan maddenin 2 tümcesinin dışında kalanların davada uygulanacak kural olmadığı sonucuna heyetçe ulaşılmıştır.

Ancak, 73. maddenin ilk tümcesi "Kiraya verilen mal ve hakların kira bedelleri emsal kira bedelinden düşük olamaz" şeklinde ifade bulmaktadır. Uygulanacak kural olarak nitelenen 2. tümceye göre bedelsiz olarak

başkalarının yararına bırakılan intifasından yararlanılan yer için dava konusu usulsüzlük cezasına esas kira bedeli ölçüsü EMSAL KİRA bedelinin kira sayılacağı söylenmektedir. Uygulanacak kural dışı nitelenen 1. tümce ise, bu manada cezaya esas KİRA bedeli ölçüsünün emsal kira olup bundan düşük olamayacağını söylemekle gönderme yaptığı kiraya alt sınırlama getirmekte ve 2. ve 1. tümcedeki ifadeler emsal kiraların tanımını ve sınırını belirlemektedir. 1. ve 2. tümceler birbirinden ayrılamaz niteliktedir ki, davayı getiren bölge idare mahkemesi önündeki davada usulsüzlük cezasını doğuran olay da öngörülen ceza 1. tümcedeki ölçü esas alınarak uygulanmıştır.

1. tümcedeki ölçü norm olmasa idi 2. tümcedeki emsal kira, yani değerlendirilme vergiyi doğuran olaya neden olan kira nispeti belirsiz olup neye göre emsal alınacağı bilinemeyecekti.

O halde ölçüsünü 1. tümceden alan EMSAL KİRA nitelemesinin sadece 73. maddenin ikinci tümcesi içeriği itibarı ile denetlenebilirliği ve 1. tümcenin davada uygulacak kural olmadığı nedeniyle mahkemenin yetkisizliği yolundaki çoğunluk kararına katılınamamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2009/10

Karar Sayısı: 2010/56

Karar Günü : 1.4.2010

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

İPTAL DAVASININ KONUSU:

27.12.2008 günlü, 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun;

A- 28. maddesinin,

B- 29. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin,

2- (2) numaralı fıkrasının,

3- (4) numaralı fıkrasının,

4- (9) numaralı fıkrasının,

5- (10) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 11., 87., 88., 89., 127. ve 161. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 28 inci Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı

Sağlıkta dönüşüm programı çerçevesinde sağlık harcamalarındaki artışın önüne geçmek amacıyla katılım payı uygulamasına geçilmiş ve bu

amaç doğrultusunda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununda gerekli düzenlemeler yapılarak sosyal güvenlik kurumu tarafından çıkarılan "2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği" (R.G. T. 29.09.2008, Sa. 27012 Mükerrer) ile SSK ve Bağ-Kur'lulardan 1 Ekim 2008 tarihinden itibaren katılım payı alınması uygulamasına başlanmıştır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak istihdam edilenler (Devlet memurları) ile 18/6/1992 tarihli ve 3816 sayılı Kanun kapsamındaki yeşil kart sahipleri ve ilgili mevzuatında 3816 sayılı Kanun hükümlerine göre tedavilerinin sağlanması hükme bağlanmış olanlar için de katılım payı uygulaması, 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun iptali istenen 28 inci maddesi ile getirilmektedir.

Katılım payı (sağlık hizmetlerinden yararlanabilmek için, genel sağlık sigortalısı veya bakmakla yükümlü olduğu kişiler tarafından ödenecek tutar) 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 68 inci ve 69 uncu maddelerinde düzenlenmiş olup, 68 inci maddenin son fıkrasında da *"Katılım paylarının ödenme usûlleri ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usûl ve esaslar, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."* hükmüne yer verilmiştir.

"2008 Yılı Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği" de, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve 28/8/2008 tarihli ve 26981 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği hükümleri uyarınca çıkarılmıştır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı gibi, katılım payına ilişkin iptali istenen yasal düzenlemenin, bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmayan, yasa koyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işlemi olduğu çok açıktır.

Anayasa'nın 161 inci maddesinde bütçenin hazırlanması ve uygulanmasının kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu kural gereğince 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda bütçenin nasıl hazırlanacağına ve uygulanacağına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Kanun'un 3 üncü maddesine göre bütçe, *"belirli bir dönemdeki gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanmasına ilişkin hususları gösteren ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan belgeyi"* ifade etmektedir. ve bütçe kanununa bütçe

ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz. Bu şu demektir ki, bütçe kanunu ile mevcut kanunlarda bir değişiklik yapılamaz.

Anayasa Mahkemesinin müteaddit kararlarında, örneğin 28.12.2005 tarih ve E.2005/146, K.2005/105 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir:

"Anayasa'nın 87. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri yasa koymak, değiştirmek ve kaldırmak yanında bütçe yasa tasarısını görüşmek ve kabul etmek olarak belirtilmiştir. Bütçe yasalarıyla diğer yasalar arasında yapılan bu ayrım karşısında herhangi bir yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe yasası ile düzenlenmesine veya herhangi bir yasada yer alan hükmün bütçe yasaları ile değiştirilmesine ve kaldırılmasına imkan bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerinde yasa tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce görüşülmesi usul ve esasları ile yayımlanması düzenlenirken, bütçe yasa tasarılarının görüşülme usul ve esasları 162. maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu maddeye göre, bütçe yasa tasarılarının görüşülmesinde ayrı bir yöntem kabul edilmiş, Genel Kurul'da üyelerin gider artırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiştir. Anayasa'nın 89. maddesinde de, Cumhurbaşkanı'na bütçe yasalarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasa'nın 163. maddesinde, bütçelerde değişiklik yapılabilmesi esasları ayrıca düzenlenmiş, Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilmemiştir.

Anayasa'da birbirinden tamamen ayrı ve değişik biçimde düzenlenen bu iki yasalaştırma yönteminin doğal sonucu olarak birinin konusuna giren bir işin, ötekiyle ilgili yöntemin uygulanması ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması mümkün bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrasında, "Bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, bütçe yasalarının öteki yasalardan ayrı olmaları nedeniyle, bir yasa kuralı nasıl aynı nitelikte bir yasa kuralıyla değiştirilebilirse bütçe yasalarının da aynı yöntemle hazırlanmış ve kabul edilmiş bir bütçe yasası ile değiştirilmesi gerekir. Yasa konusu olabilecek bir kuralı kapsamaması koşuluyla 'bütçe ile ilgili hükümler' ifadesi de bütçeyi açıklayıcı, uygulanmasını kolaylaştırıcı nitelikte düzenlemeler olarak değerlendirilmelidir.

Bir yasa kuralının bütçeden gider yapmayı ya da bütçeye gelir sağlamayı gerektirir nitelikte bulunması, mutlak biçimde 'bütçeyle ilgili hükümlerden' sayılmasına yetmez. Her yasada gidere neden olabilecek değişik türde kurallar bulunabilir. Böyle kuralların bulunmasıyla örneğin, yargı, savunma, eğitim, sağlık,

tarım, ulaşım vb. kamu hizmeti alanlarına ilişkin yasaların bütçeyle ilgili hükümler içerdiği kabul edilirse, bu konulardaki yasaların değiştirilip kaldırılması içinde bütçe yasalarına hükümler koymak yoluna gidilebilir. Oysa, bu tür yasa düzenlemeleri, bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmayan, yasakoyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işlemleridir. 161. maddedeki 'bütçeyle ilgili hüküm' ibaresine dayanılarak, gider ya da gelirle ilgili bir konuyu olağan bir yasa yerine bütçe yasası ile düzenlemek, Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerini bu tür yasalar bakımından uygulanamaz duruma düşürmektedir."

Anayasa'nın 161. ve 162. maddelerinin getiriliş amacı, bütçe yasalarında yıllık bütçe kavramı dışındaki konulara yer vermemek, böylece bütçe yasalarını ilgisiz kurallardan uzak tutarak kendi yapısı içinde bütünleştirmektir."

Anayasa Mahkemesinin 07.10.1996 tarih ve E.1996/23, K.1996/36 sayılı kararında da aynen şöyle denilmiştir:

"Yasaların yürürlükteki kurallarının bir mali yıl içinde olsa kısıtlanması veya ertelenmesi ancak aynı yöntemlerle yürürlüğe konulacak yasalarla mümkün olabilir. Bütçeyle ilgisi olmayan bu konunun bütçe yasalarıyla düzenlenmesine olanak yoktur. Belirtilen nedenle Anayasanın 87, 88, 89 ve 161 inci maddelerine aykırı olan (e) bendinin iptali gerekir (R.G. 08.06.2002, sa. 24779)."

Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından da anlaşılacağı üzere, Anayasanın 161 inci maddesindeki "bütçe ile ilgili hüküm" ibaresine dayanılarak, gider ya da gelirle ilgili bir konuyu (muayenede katılım payı alınmasını), olağan bir yasa yerine bütçe yasası ile düzenlemek, Anayasanın 88 inci ve 89 uncu maddelerini bu tür yasalar bakımından uygulanamaz duruma düşüreceğinden Anayasa hükümleriyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 28 inci maddesi Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu Maddesinin (1) numaralı Fıkrasının (d) Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı

5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanunun değişik 5 inci maddesinin birinci fıkrası *"Kanunlarla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve mali özerkliğe sahip özel bütçeli Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuştur."* hükmüne amirdir.

İptali istenen kural ile, 5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanunun değişik 5 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen "özel bütçeli" ibaresi'nin 2009 yılında uygulanmayacağı hükme bağlanmış, yani Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanunda değişiklik yapılarak Kurum, özel bütçeli kamu tüzelkişisi olmaktan çıkarılmış, dolayısıyla yasa koyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işlemi bütçe yasası ile yapılmıştır.

Diğer yasalarla yapılması gereken değişikliği bütçe yasasıyla yaptığı için 27.12. 2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi, dilekçemizin yukarıda "Gerekçe" bölümünde (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu Maddesinin (2) numaralı Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kural ile, 13/12/1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesinin (J) bendinde yer alan "Bakanlık hizmet binaları ve İçişleri Bakanlığının görüşünü almak suretiyle, hükümet konaklarının yapımını programlamak, satınalma işlemlerini yürütmek ve bunların onarımlarını yapmak," hükmünün "Bakanlık hizmet binalarının yapımını programlamak, satınalma işlemlerini yürütmek ve bunların onarımlarını yapmak," şeklinde uygulanacağı öngörülmüştür.

178 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesinde Maliye Bakanlığı "Milli Emlak Genel Müdürlüğünün" görevleri belirtilmiştir. Mevcut kural ile "Bakanlık hizmet binaları" ve "hükümet konaklarının" yapımını programlamak, satınalma işlemlerini yürütmek ve bunların onarımlarını yapmak görevi ayrı ayrı adı geçen genel müdürlüğüne verilmiş ve ayrıca hükümet konaklarıyla ilgili işlemler için İçişleri Bakanlığının görüşünün alınması şartı getirilmiştir. Bu nedenle iptali istenen kuralın, söz konusu 13 üncü maddenin (j) bendi ile Milli Emlak Genel Müdürlüğüne verilen görevi 2009 yılı için değiştirici nitelik taşıdığı kuşkusuzdur.

Yasa koyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işlemi bütçe yasası ile yapılmıştır.

Açıklanan ve dilekçemizin yukarıda "Gerekçe" bölümünde (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, bütçeyle ilgili olmayan ve diğer yasalarla yapılması gereken bir düzenlemeyi içeren 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrası, Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu Maddesinin (4) numaralı Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

23/7/1995 tarihli ve 4123 sayılı Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanunun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında "Tabii afete maruz kalan yörelerdeki belediyeler ile özel idarelere, maruz kaldıkları hasar ve tahribatları gidermek amacıyla, 7269 sayılı Kanunun 20.6.2001 tarihli ve 4684 sayılı Kanunla değişik 33 üncü maddesi çerçevesinde özel hesaplarda toplanan kaynaklardan yardım yapılabilir. Bu yardımların miktarı, hasar ve tahribat oranları dikkate alınarak Maliye Bakanının uygun görüşü üzerine, Bayındırlık ve İskan Bakanınca tespit edilir." hükmüne yer verilmiştir.

İptali istenen kural uyarınca söz konusu hükme göre, 30/9/2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin başvurulardan Maliye Bakanlığınca uygun görüş verilmemiş olanlar hakkında herhangi bir işlem yapılmayacak, diğer bir anlatımla tabii afete maruz kalan yörelerdeki belediyeler ile özel idarelere gerekli yardım yapılamayacaktır.

Görüldüğü gibi, yasa koyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işlemi bütçe yasası ile yapılmıştır.

Açıklanan ve dilekçemizin yukarıda "Gerekçe" bölümünde (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, bütçeyle ilgili olmayan ve diğer yasalarla yapılması gereken bir düzenlemeyi içeren 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu maddesinin (4) numaralı fıkrası Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu Maddesinin (9) numaralı Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

Elektrik ve havagazı tüketim vergisi, 26.5.1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 35 ila 39 uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

Bu Yasa'nın 39 uncu maddesinde, *"Elektrik enerjisini tedarik eden veya havagazını dağıtan kuruluşlar, tahsil ettikleri vergiyi, tahsil tarihini takibeden ayın*

20'nci günü akşamına kadar belediyeye bir beyanname ile bildirmeye ve vergiyi aynı sürede ödemeye mecburdurlar" denilmiştir.

İptali istenen kural ile, elektrik ve havagazı tüketim vergisinin tarh, tahakkuk ve tahsil yetkisi Maliye Bakanlığı Vergi Dairelerine (Elektrik Piyasası Kanununa göre elektrik enerjisini tedarik eden ve havagazını dağıtan kuruluşların, kurumlar vergisi yönünden bağlı bulundukları vergi dairesine) verilmiş ve böylece Belediyelerin önemli bir vergi geliri ellerinden alınmış, diğer bir anlatımla belediyelere *görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanması* engellenmiştir. Yapılan bu düzenlemenin bütçe ile ilgili olmadığı, Yasa koyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işleminin bütçe yasası ile yapıldığı çok açıktır.

2.2.1981 tarihli ve 2380 sayılı Belediyelere ve İl Özel İdarelerine Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkındaki Kanunun 1 inci maddesinde yer alan "% 6" pay oranını" "% 5"e indiren 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun 51. maddesinin (v) fıkrasının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 22.01.2004 tarihli ve E.2003/41, K.2004/4 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir:

"İller Bankası'nda her ay sonuna kadar toplanan belediyeler payının, Genel Bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamının % 6'sına tekabül eden bölümü banka tarafından İçişleri Bakanlığı'nca bildirilecek son genel nüfus sayımı sonuçlarına göre büyük kent belediyeleri dışındaki belediyelere dağıtımı planlanır."

Görüldüğü üzere, 2.2.1981 tarihli ve 2380 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde yer alan "% 6" pay oranı, 2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun 51. maddesinin (v) fıkrası ile "% 5" olarak değiştirilmiştir.

Herhangi bir kanun ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe kanunu ile düzenlenmesinin veya herhangi bir kanunda yer alan hükmün bütçe kanunları ile değiştirilmesinin ve kaldırılmasının olanaksız olduğu daha önceki Anayasa Mahkemesi kararlarında yer almıştır.

2003 Mali Yılı Bütçe Kanununun 51. maddesinin (v) fıkrası, kanunlar ile yapılması gereken düzenlemeler, bütçe kanunu ile yapıldığı için, Anayasanın 87.ve 88. maddelerine; bütçe kanunu bu tür düzenlemelerin yapılabileceği nitelikte bir kanun olmadığı ve getirilen düzenlemeler bütçe ile ilgili olmadığı için Anayasanın 161. maddesine; mahalli idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanmasını engellediği için Anayasanın 127. maddesinin son fıkrasına, yasama erki Anayasaya aykırı biçimde kullanıldığı için Anayasa'nın 11. maddesindeki Anayasanın

bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır."

Açıklanan nedenlerle 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu maddesinin (9) numaralı fıkrası, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci 87 nci, 88 inci, 89 uncu, 127 nci ve 161 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu Maddesinin (10) numaralı Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

22/5/2007 tarihli ve 5664 sayılı Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Kanunun "İlan ve hak sahipliğinin sona ermesi" başlıklı 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında,

"Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketine iletilen listelerde isimleri yer almadığı halde, konut edindirme yardımına müstahak olduğunu ileri sürenlerin, ilanın yapıldığı tarihten itibaren 3 ay içerisinde mülga 3320 sayılı Kanuna göre konut edindirme yardımı hesaplarını tahakkuk ettirmek ve ilgili bankaya devretmekle yükümlü olan kurum ve kuruluşlara başvurmaları halinde, adlarına daha önce konut edindirme yardımı yapıldığı hususunun her zaman düzenlenmesi mümkün olmayan nitelikteki belgelerle kanıtlanması veya bu durumun ilgili kurumların kayıtları ile anlaşılması kaydıyla, konut edindirme yardımı tutarları ilgili kurum veya kuruluşlarca hesaplanarak ilgililerin başvurusunu izleyen 2 aylık süre içinde 3 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen formatta ve şekilde Bankaya bildirilir. Bu fıkraya göre hak sahibi olduğu tespit edilenlere yapılacak ödemelerde 3 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine ilişkin hükümler uygulanır. Bu fıkrada belirtilen başvuru süresi geçirildikten sonra yapılan talepler ilgili kurum ve kuruluşlarca dikkate alınmaz."

hükmüne yer verilmiştir. İptali istenen kural ile, bu hükümde yer alan 2 *aylık süre*" ibaresinin "8 aylık süre" şeklinde uygulanacağı öngörülmüş, dolayısıyla konut edindirme yardımı tutarlarının ilgili kurum veya kuruluşlarca hesaplanarak ilgililerin başvurusunu izleyen 2 aylık süre içinde Bankaya bildirme süresi 2 aydan 8 aya çıkarılmış, yani ve 5664 sayılı Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılmıştır.

Görüldüğü gibi iptali istenen bu kuralla bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken bir yasama işlemi bütçe yasası ile yapılmıştır.

Açıklanan ve dilekçemizin yukarıda "Gerekçe" bölümünde (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, bütçeyle ilgili olmayan ve diğer yasalarla yapılması gereken bir düzenlemeyi içeren 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun 29 uncu maddesinin (10) numaralı fıkrası Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) Dava dilekçemizde iptali ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulması istenen hükümler, bütçe ile ilgili olmayan hususları düzenlemektedirler. Halbuki Anayasanın 161 inci maddesi bütçe kanunlarında bütçe ile ilgili olmayan hususların yer alamayacağını bildirmektedir. Anayasa Mahkemesinin de bu nedenle, bütçe kanunlarında yer alan bütçeyle ilgisiz hükümler hakkında verdiği sayısız iptal kararı vardır.

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Yasama organı yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasaya ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak ve sözcükleri ayrı olsa bile, iptal edilen yasalarla, içerik ya da nitelik yönünden aynı veya benzer olan yasaları çıkarmamak zorundadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2005 tarih ve E.2005/6, K.2005/93 sayılı kararı).

Bir hukuk devletinde böyle bir duruma seyirci kalınmaması tabii olup, Anayasal düzenin en kısa sürede iptalini ve yürürlüğünün durdurulmasını istediğimiz hukuka aykırı bu tür kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da bir gereğidir. Anayasaya aykırılığın ısrarla sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur.

2) Bir yıllık bir döneme ilişkin olan Bütçe Kanunu'ndaki bu düzenlemeler hakkında yürürlüğü durdurma kararı verilmediği takdirde bütçe yılı sona erdikten sonra verilecek iptal kararlarının etkililiği ortadan kalktığından, böyle bir durumun sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zararlara yol açacağı da kuşkusuzdur.

Anayasaya aykırı oldukları gerekçemizde gösterilen hükümlerin uygulanması halinde ortaya çıkacak ve giderilmesi olanaksız durum ve zararların önlenebilmesi, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi için, bu hükümlerin yürürlülüklerinin iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 27.12.2008 tarih ve 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunun;

1) 28 inci maddesinin, Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 29 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin, Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 29 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 29 uncu maddesinin (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 29 uncu maddesinin (9) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2 nci,11 inci, 87 nci, 88 inci, 89 uncu,127 nci ve 161 inci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 29 uncu maddesinin (10) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 87 nci, 88 inci, 89 uncu ve 161 inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

27.12.2008 günlü, 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun iptali ve yürürlüğünün durdurulması istenilen madde, fıkra ve bentleri şunlardır:

1- "Tedavi hizmetleri için katılım payı uygulaması

MADDE 28- (1) Kamu idarelerinde 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak istihdam edilenler (bunlardan aylıksız izinli olup, ilgili mevzuatı gereğince tedavi yardımı hakkı devam edenler dâhil) ile bunların

bakmakla yükümlü olduğu aile fertlerinin, 18/6/1992 tarihli ve 3816 sayılı Kanun kapsamındaki yeşil kart sahiplerinin ve ilgili mevzuatında 3816 sayılı Kanun hükümlerine göre tedavilerinin sağlanması hükme bağlanmış olanların; 2009 yılında, ayakta tedavilerinde hekim ve diş hekimi muayenelerinden 2 TL katılım payı alınır. Katılım payı tutarını; birinci basamak sağlık kuruluşlarında yapılan muayenelerde almamaya ya da daha düşük tutarlarda belirlemeye veya tekrar aynı tutarlara getirmeye, ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurumlarında yapılan muayenelerde önceki basamaklardan sevkli olarak başvurulup başvurulmadığı dikkate alınmak suretiyle yarısına kadar indirmeye veya beş katına kadar artırmaya, gerektiğinde bu tutarları kanuni tutarlarına getirmeye veya indirmeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

(2) Birinci fıkra kapsamına girenlerin 2009 yılında, tedavileri nedeniyle kullanmalarına gerek görülen ortez, protez, iyileştirme araç ve gereçlerinin bedelleri üzerinden, gereksiz kullanımı azaltma, sağlık hizmetlerinin niteliği açısından hayati önemi haiz olup olmaması, kişilerin gelir ve aylıklarının tutarı ve benzeri ölçütler dikkate alınarak yüzde 10 ilâ yüzde 20 arasında Maliye Bakanlığınca belirlenen oranlarda katılım payı alınır. Ancak, bu şekilde alınacak katılım payının tutarı, sağlık hizmetinin alındığı tarihteki asgari ücretin yüzde 75'ini geçemez.

(3) 3816 sayılı Kanun kapsamındaki yeşil kart sahiplerinin ve ilgili mevzuatında 3816 sayılı Kanun hükümlerine göre tedavilerinin sağlanması hükme bağlanmış olanların, ikinci fıkra uyarınca ödemiş oldukları katılım payları, 2009 yılında, talepleri halinde 29/5/1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümlerine göre kendilerine geri ödenir.

(4) Bir hastalığın tedavisinin başka tıbbî bir yöntemle tedavisinin mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemi tedavisi dışındaki, yardımcı üreme yöntemi tedavisinde, 2009 yılında, birinci fıkra kapsamına girenler için ilk denemede yüzde 30, ikinci denemede yüzde 25 oranında katılım payı alınır. Bu fıkra gereğince alınacak katılım payının hesabında, ikinci fıkrada belirtilen üst limit dikkate alınmaz.

(5) Katılım payının gerektiğinde ilgililerin aylık ve ücretlerinden kesilmesine veya eczaneler ile diğer kurum ve kuruluşlar aracılığı ile tahsiline ilişkin esas ve usulleri belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

(6) Sağlık kurum ve kuruluşları, kamu idarelerinde 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı olarak istihdam edilenler (bunlardan aylıksız izinli olup, ilgili

mevzuatı gereğince tedavi yardımı hakkı devam edenler dahil) ile bunların bakmakla yükümlü olduğu aile fertlerinden, vermiş oldukları sağlık hizmetleri için anılan Kanunun 73 üncü maddesi gereğince genel sağlık sigortalısı hak sahiplerinden alabilecekleri ilave ücretlerin dışında ilave ücret talep edemez. Maliye Bakanlığı ilave ücret alınamayacak sağlık hizmetlerini yeniden tespit etmeye yetkilidir.

(7) 5510 sayılı Kanunun geçici 12 nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince ilgili kayıt ve işlemlerin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından devralınması halinde, devir tarihinden sonra anılan Kanunun ilgili hükümleri uygulanır.

2- "Kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler

MADDE 29 - (1) a) …

d) 5/4/1983 tarihli ve 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanunun değişik 5 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen "özel bütçeli" ibaresi,

…

2009 yılında uygulanmaz.

(2) 13/12/1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesinin (j) bendinde yer alan "Bakanlık hizmet binaları ve İçişleri Bakanlığının görüşünü almak suretiyle, hükümet konaklarının yapımını programlamak, satınalma işlemlerini yürütmek ve bunların onarımlarını yapmak," hükmü "Bakanlık hizmet binalarının yapımını programlamak, satınalma işlemlerini yürütmek ve bunların onarımlarını yapmak," şeklinde uygulanır.

…

(4) 23/7/1995 tarihli ve 4123 sayılı Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanunun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, 30/9/2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin başvurulardan Maliye Bakanlığınca uygun görüş verilmemiş olanlar hakkında herhangi bir işlem yapılmaz.

…

(9) 1/1/2009 tarihinden sonra verilmesi gereken elektrik ve havagazı tüketim vergisi beyannamelerine uygulanmak üzere, 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun; 35 inci maddesinin ikinci

fıkrasında yer alan "ilgili belediyeye" ibaresi, "kurumlar vergisi yönünden bağlı bulundukları vergi dairesine" şeklinde, 39 uncu maddesinde yer alan "belediyeye bir beyanname ile bildirmeye ve vergiyi aynı sürede ödemeye mecburdurlar." ibaresi, "kurumlar vergisi yönünden bağlı bulundukları vergi dairesine, Maliye Bakanlığınca belirlenecek usul ve esaslara göre bir beyannameyle bildirmeye ve vergiyi aynı sürede, Genel Bütçenin (B) işaretli cetveline gelir kaydedilmek üzere, ödemeye mecburdurlar. Verginin tarh, tahakkuk ve tahsiline ilgili vergi daireleri yetkilidir." şeklinde uygulanır.

(10) 22/5/2007 tarihli ve 5664 sayılı Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "2 aylık süre" ibaresi, "8 aylık süre" şeklinde uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 11., 87., 88., 89., 127. ve 161. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A.Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 5.2.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Anayasa'nın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri belirtilirken bütçe yasa tasarısını görüşmek ve kabul etmek dışında diğer yasaları koymak, değiştirmek ve kaldırmak biçiminde bir ayırım yapılmıştır. Bütçe yasalarını öteki yasalardan ayrı tutan bu kural karşısında, herhangi bir yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe yasası ile düzenlenmesi veya herhangi bir yasada yer alan hükmün bütçe yasaları ile değiştirilmesi ve kaldırılması olanaksızdır.

Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerinde yasa tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülme usul ve esasları ile yayımlanması düzenlenirken, bütçe yasa tasarılarının görüşülme usul ve esasları 162. maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu maddeyle bütçe yasa tasarılarının görüşülmesinde ayrı bir yöntem kabul edilmiş, genel kurulda üyelerin gider arttırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiş ve Anayasa'nın 89. maddesiyle de Cumhurbaşkanı'na bütçe yasalarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasa'nın 163. maddesinde bütçede değişiklik yapılabilmesi esasları ayrıca düzenlenmiş, Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilmemiştir.

Anayasa'da birbirinden tamamen ayrı ve değişik olarak düzenlenen bu iki yasalaştırma yönteminin doğal sonucu olarak, diğer yasalar ile düzenlenmesi gereken bir konunun, bütçe yasası ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması olanaksızdır.

Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrasında, *"Bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz"* denilmektedir. Yasa konusu olabilecek bir kuralı kapsamaması koşuluyla *"bütçe ile ilgili hükümler"* ifadesi de bütçeyi açıklayıcı, uygulanmasını kolaylaştırıcı nitelikte düzenlemeler olarak değerlendirilmelidir.

Bir yasa kuralının bütçeden gider yapmayı ya da bütçeye gelir sağlamayı gerektirir nitelikte bulunması, mutlak biçimde *"bütçe ile ilgili hükümlerden"* sayılmasına yetmez. Her yasada gidere neden olabilecek değişik türde kurallar bulunabilir. Böyle kuralların bulunmasıyla örneğin, yargı, savunma, eğitim, sağlık, tarım, ulaşım ve benzeri kamu hizmeti alanlarına ilişkin yasaların bütçeyle ilgili hükümler içerdiği kabul edilirse, bu konulardaki yasaların değiştirilip kaldırılması için de bütçe yasalarına hükümler koymak yoluna gidilebilir. Oysa, bu tür yasa düzenlemeleri, bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmayan, yasakoyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işlemleridir. "Bütçe ile ilgili hüküm" sözcüklerine dayanılarak, gider ya da gelirle ilgili bir konuyu olağan bir yasa yerine bütçe yasası ile düzenlemek, Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerini bu tür yasalar yönünden uygulanamaz duruma düşürür.

Anayasa'nın 161. maddesinin getiriliş amacı, bütçe yasalarında yıllık bütçe kavramı dışındaki konulara yer vermemek, böylece bütçe yasalarını bütçeyle ilgili olmayan kurallardan uzak tutmak ve kendi yapısı içinde bütünleştirmektir.

1- Yasa'nın 28. Maddesinin İncelenmesi

İptali istenilen kural, 25.6.2009 günlü, 5917 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 26. maddesiyle, 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici Madde 9'da yeniden düzenlendiğinden, bu maddeye ilişkin konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiştir.

2- Yasa'nın 29. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (d) Bendinin İncelenmesi

İptali istenilen (d) bendindeki 5.4.1983 günlü, 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında geçen "özel bütçeli" ibaresinin 2009 yılında uygulanmayacağına ilişkin kuraldan, "özel bütçeli" ibaresi 5917 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin (7) numaralı fıkrasıyla çıkarıldığından, bu bende ilişkin konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiştir.

3- Yasa'nın 29. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, bütçe yasalarının görüşülme usul ve esaslarının diğer yasalardan ayrı olarak Anayasa'da gösterildiği, yapılan düzenlemenin bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmayan ayrı bir yasa konusu olduğu, bu nedenlerle dava konusu kuralın, Anayasa'nın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, **"***13/12/1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 13 üncü maddesinin (j) bendinde yer alan "**Bakanlık hizmet binaları ve İçişleri Bakanlığının görüşünü almak suretiyle, hükümet konaklarının yapımını programlamak, satınalma işlemlerini yürütmek ve bunların onarımlarını yapmak**," hükmü "**Bakanlık hizmet binalarının yapımını programlamak, satınalma işlemlerini yürütmek ve bunların onarımlarını yapmak**," şeklinde uygulanır.***"* denilmiştir.

Bütçe ile ilgili olmayan ve diğer yasalarla yapılması gereken düzenlemelerin bütçe yasası dışındaki yasalarla yapılması zorunludur. 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, 178 sayılı KHK ile Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel

Müdürlüğü'ne verilmiş bulunan görevin 2009 yılında uygulanmayacağı öngörülerek 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Milli Emlak Genel Müdürlüğü görevlerine ilişkin kuralları 2009 yılı için değiştirilmiş böylece bütçe yasası dışındaki yasalarla yapılması gereken bir düzenleme Bütçe Yasası ile yapılmıştır.

Bu nedenlerle diğer yasaların konusu olan bu düzenlemenin Bütçe Yasası ile yapılmış olması, Anayasa'nın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

4- Yasa'nın 29. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, bütçe yasalarının görüşülme usul ve esaslarının diğer yasalardan ayrı olarak Anayasa'da gösterildiği, yapılan düzenlemenin bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmayan ayrı bir yasa konusu olduğu, bu nedenlerle dava konusu kuralın, Anayasa'nın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, *"23/7/1995 tarihli ve 4123 sayılı Tabii Afet Nedeniyle Meydana Gelen Hasar ve Tahribata İlişkin Hizmetlerin Yürütülmesine Dair Kanunun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasına göre, 30/9/2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin başvurulardan Maliye Bakanlığınca uygun görüş verilmemiş olanlar hakkında herhangi bir işlem yapılmaz."* denilmiştir.

Tabiî afete maruz kalan yörelerde normal hayatın devamını sağlayacak hizmetlerin yürütülmesi, hasar ve tahribatın giderilmesi amacı ile çıkarıldığı anlaşılan 4123 sayılı Yasa'nın 4864 sayılı Yasa ile değişik 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, tabii afete maruz kalan yörelerdeki belediyeler ile özel idarelere maruz kaldıkları hasar ve tahribatları gidermek için 7269 sayılı Yasa'nın 4684 sayılı Yasa ile değişik 33. maddesi çerçevesinde özel hesaplarda toplanan kaynaklardan yardım yapılabileceği, bu yardımların miktarının, hasar ve tahribat oranları dikkate alınarak Maliye Bakanı'nın uygun görüşü üzerine Bayındırlık ve İskan Bakanı'nca tespit edileceği, 7269 sayılı Yasa'nın 4684 sayılı Yasa ile değişik 33. maddesinde de, tabii afet nedeniyle özel ve kamu kuruluşları ile kişiler tarafından her ne ad altında olursa olsun toplanan nakdi bağış ve yardımların Maliye Bakanlığı Merkez Saymanlık Müdürlüğü adına açılacak özel hesaplarda toplanacağı öngörülmüştür.

Dava konusu kuralla, 4123 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca 30/9/2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin yapılmış yardım başvurularından Maliye Bakanlığı'nca uygun görüş verilmemiş olanlar hakkında herhangi bir işlem yapılmayacağı öngörülerek, özel Yasa kuralı

2009 yılı için değiştirilmiştir. Oysa, bu tür düzenlemelerin bütçe yasası dışındaki yasalarla yapılması zorunludur.

Bu nedenlerle, diğer yasaların konusu olan bu düzenlemenin Bütçe Yasası ile yapılmış olması, Anayasa'nın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

5- Yasa'nın 29. Maddesinin (9) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

İptali istenilen kural ile 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrasında ve 39. maddesinde yapılan düzenlemeler, 5917 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle 2464 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 6 ile yeniden düzenlendiğinden, bu fıkraya ilişkin konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiştir.

6- Yasa'nın 29. Maddesinin (10) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

İptali istenilen kural ile 22.5.2007 günlü, 5664 sayılı Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme, 5917 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin (17) numaralı fıkrasıyla yeniden düzenlendiğinden, bu fıkraya ilişkin konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekmiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

27.12.2008 günlü, 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun:

A- 29. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarına ilişkin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 28. maddesine,

2- 29. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının (d) bendine,

b- (9) numaralı fıkrasına,

c- (10) numaralı fıkrasına,

yönelik iptali istemi hakkında, 1.4.2010 günlü, E. 2009/10, K. 2010/56 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu madde, fıkra ve bentlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

1.4.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

27.12.2008 günlü, 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun:

A- 28. maddesi, 25.6.2009 günlü, 5917 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 26. maddesiyle, 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici Madde 9'da yeniden düzenlendiğinden, bu maddeye ilişkin KONUSU KALMAYAN İPTAL İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

B- 29. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının (d) bendindeki, 5.4.1983 günlü, 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında geçen "özel bütçeli" ibaresinin 2009 yılında uygulanmayacağına ilişkin kuraldan, "özel bütçeli" ibaresi 5917 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin (7) numaralı fıkrasıyla çıkarıldığından, bu bende ilişkin KONUSU KALMAYAN İPTAL İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2- (2) ve (4) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

3- (9) numaralı fıkrasıyla, 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrasında ve 39. maddesinde yapılan düzenlemeler, 5917 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle 2464 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 6 ile yeniden düzenlendiğinden, bu fıkraya ilişkin KONUSU KALMAYAN İPTAL İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

4- (10) numaralı fıkrasıyla, 22.5.2007 günlü, 5664 sayılı Konut Edindirme Yardımı Hak Sahiplerine Ödeme Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan düzenleme, 5917 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin (17) numaralı fıkrasıyla yeniden düzenlendiğinden, bu fıkraya ilişkin KONUSU KALMAYAN İPTAL İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

1.4.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	

Esas Sayısı : 2009/18

Karar Sayısı: 2010/65

Karar Günü : 13.5.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Sakarya Çocuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde yer alan "...gönüllü olmak koşuluyla..." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bıçakla basit yaralama suçundan sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanık 4.7.1990 doğumlu olup, suç tarihi olan 31.5.2008 günü 15-18 yaş grubu arasındadır.

Hakkında; soruşturma evrakına ekli ATK Sakarya Şube Müdürlüğünün raporuna göre, mağduru ele geçmeyen ve silahtan sayılan bıçakla, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaraladığı iddiasıyla kamu davası açılmış olduğundan, soruşturma sırasında toplanan deliller ve mahkememizde yapılan kovuşturma itibariyle iddianamede gösterilen 5237 sayılı TCK'nın 86/2, 86/3-e ve 31/3. maddeleri gereğince ceza tayin edilmesi kuvvetle muhtemeldir.

Sanığın eyleminin temas ettiği 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesi (4 aydan 1 yıla kadar hapis veya adli para cezasını) gerektirmektedir. Olayın özellikleri ve mağdurun şikayetten vazgeçmesi, cezanın alt sınırdan uzaklaştırılmasını gerektiren bir sebep oluşturmamaktadır.

Öte yandan; 5237 sayılı TCK'nın 50/3. maddesi sanığa verilecek bir yıldan az ve bu nedenle (kısa süreli) olarak tanımlanan hapis cezasının anılan maddenin l/a, b, c, d, e, f fıkralarında yazılı seçenek yaptırımlara çevrilmesini zorunlu kılmaktadır.

Ancak; 5237 sayılı TCK'nın 50/2. maddesinde (suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmiş ise, bu cezanın artık adli para cezasına çevrilemeyeceği)nin hükme bağlanmış olduğu dikkate alındığında, sanığa verilecek kısa süreli hapis cezasının (adli para) seçenek yaptırımına çevrilmesine olanak bulunamamaktadır.

Mağdurun basit tibbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralanmış olup, kısa süre içerisinde sağlığına kavuşmuş olması nedeniyle 5237 sayılı TCK.nın 50/1-b bendinde mevcut (mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesi) şartlarının da somut olayda gerçekleştirilmesine ve uygulanmasına olanak yoktur.

Sanığa tayin edilmesi muhtemel kısa süreli hapis cezasının, bir an için 5237 sayılı TCK.nın 50/1-c maddesi gereğince (en az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat edinmesinin sağlanması amacıyla gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme) şeklindeki seçenek yaptırıma çevrilebileceği düşünülse dahi soruşturma ve kovuşturma sırasında geçen süre itibariyle sanığın 18 yaşını bitirdiği, kararın kesinleşme süreci gözetildiğinde bu şekilde hükmedilen seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesinde büyük güçlüklerle karşılaşılacağı, 50/1-d maddesi gereğince (mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma) şeklindeki seçenek yaptırımın uygulanmasına karar verilebileceği düşünülse dahi, sanığın ikametgahının değişmesi ihtimali, erkek olup vatani vazifesini ifa etmek üzere silah altına alınma ihtimali, eğilim ve alışkanlıklarının doğru ve yerinde tespiti konusundaki güçlükler nedeniyle, bu seçenek yaptırımın da uygulanmasının düşünülemeyeceği, 50/1-e maddesi gereğince, hapis cezasının (ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına) veya (belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma) şeklindeki seçenek yaptırıma çevrilmesine karar verilebileceği anlaşılmış ise de, yakın zamana kadar sanığın yaşının ehliyet ve ruhsat almasına engel olduğu, belli bir meslek ve sanat sahibi olmadığı dikkate alındığında, bu yaptırımın da gereklerinin yerine getirilememesinin muhtemel olduğu, sanığa verilmesi muhtemel hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi zorunlu olması karşısında, en uygun seçenek yaptırımın 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesinde hükme bağlanan (mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve

gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma) şeklinde ifade edilen seçenek yaptırım olduğu anlaşılmıştır.

Kaldı ki, 5237 sayılı TCK'nın 50/1. maddesi kısa süreli hapis cezasının, ancak ve ancak (suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, 50/l-a, b, c, d, e, f bendinde gösterilen seçenek yaptırımlara çevrilebileceğini) öngörmüş olup, kısa süreli hapis cezasının hangi seçenek yaptırıma çevrileceği konusundaki takdiri tamamen mahkemeye bırakmıştır.

Bu sebeplerle, uygulanması muhtemel kural haline gelen 5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesi, hapis cezasının kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımına çevrilmesi halinde, failin açıkça (gönüllü) olması esasını ve gereğini hükme bağlamaktadır.

(Gönüllü olma) durumunun infaza taalluk eden bir durum olmadığı, Yüksek Yargıtay'ın konuya işaret eden kararları ve madde metnindeki açıklık nedeniyle, bu durumun; yani (Gönüllü olma) halinin yargılama mercii tarafından ve hüküm kurulmadan önce belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Bir ceza kovuşturmasında; esasları 5271 sayılı CMK'nın 182 ve devamı maddelerinde hükme bağlanan (duruşma) başladıktan sonra, delillerin tamamı ile toplanmasını takiben, yine anılan yasanın 223 ve devamı maddelerinde gösterilen usuller gereğince, sanığın savunması sorulduktan sonra, henüz ne kararı verileceği belli değilken, davanın sonucu ya da verilecek hükmün niteliği konusunda iz ve eser yaratacak en ufak bir söz ve davranışın bile anılan yasanın 24. maddesinde ağır nitelikteki sonuçları gösterilen (hakimin tarafsızlığı ilkesini) kuşkuya düşüreceği açıktır.

Bu hal, doğal olarak; hakimin objektif karar vereceği konusunda şüphelere ve istifhamlara yol açacağı gibi, tarafların mantık ve vicdanlarında da (verilecek kararın bir yıldan az olması nedeniyle, seçenek yaptırımlara çevrilmesi muhtemel, süreli bir mahkumiyet kararı olduğu) yolunda bir kanaat uyandıracaktır.

Doktrinde belirtildiği üzere (mahkeme kararlarının tarafları ve herkesi inandırması ve tatmin etmesi gerektiği, tarafsızlığından kuşku duyulan hakimin kararının, yasaya uygun olsa da tarafları inandıramadığı ölçüde adalete gölge düşüreceği) dikkate alındığında, bir ceza kovuşturması sırasında hakimin, davanın sonucunu belli eder şekilde sanıktan (kendisine verilmesi muhtemel cezanın 5237 sayılı TCK.nın 50/1-f maddesi gereğince

kamuya yararlı bir işte çalıştırılma şeklindeki seçenek yaptırıma çevrilmesi ihtimali karşısında, kamuya yararlı bir işte çalışmaya gönüllü olup olmadığını) sorması ve bu hususu sorgulaması peşinen açıklanmış bir görüş doğuracaktır.

Bu nedenlerle, 5237 sayılı TCK.nın 50/1-f maddesinde belirtilen (gönüllü olma) ibaresinin gerektirdiği zorunluluk nedeniyle failden gönüllü olup olmağının sorgulanması, CMK'nın 24. maddesiyle çeliştiği gibi, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine de aykırı olduğu düşünülmüştür.

SONUÇ VE TALEP: Yukarıda arz edilmeye çalışılan gerekçelerle; 5237 sayılı TCK.nın 51/1. maddesinin 2. cümlesinde mevcut (...gönüllü olmak koşuluyla...) ibaresinin 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi saygıyla arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 50. maddesi şöyledir:

"*Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar*

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

a) Adlî para cezasına,

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

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

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

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

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

Çevrilebilir.

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

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

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

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

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

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

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'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 12.3.2009 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, hâkim tarafından itiraz konusu ibare uyarınca davanın sonucunu belli edecek şekilde sanıktan kamuya yararlı bir işte çalışmaya gönüllü olup olmadığının sorulmasının, peşinen açıklanmış bir görüş niteliğinde olacağı ve hâkimin tarafsızlığı ilkesini zedeleyeceği belirtilerek, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırılmakta, 50. maddenin birinci fıkrasında ise kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek seçenek yaptırımlar gösterilerek, bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmaktadır.

5237 sayılı Yasa'nın 50. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu ibareyi de içeren (f) bendinde, kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımına çevrilebileceği öngörülmekte, gönüllü olup olmama durumunun ise hüküm verilmeden önce belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

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

Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Çağdaş ceza hukukunda ceza yaptırımlarının belirlenmesindeki temel amaç, suçlunun iç dünyasına girerek onu düzeltme, yeniden suç işlemesinin ve toplum için sürekli bir tehlike olmasının önüne geçme ve dolayısıyla topluma tekrar yararlı bir birey haline getirilmesini sağlamaktır. Kısa süreli hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilmesinde yaptırımın niteliğine göre cezanın kişiselleştirilmesi açısından suçlunun isteğinin sorulması da, topluma kazandırılmaları yönünde başarıyı sağlamanın koşullarından biridir.

İtiraz konusu ibareyi de içeren kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımı ile suçlunun, toplum içinde özgürlüğü kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmesi amaçlanmaktadır.

Yasakoyucunun itiraz konusu ibareyi, kamu hizmeti yaptırımının hükümlünün de katılımını gerektiren bir yaptırım olmasını gözeterek, suçlunun topluma kazandırılmasını sağlamak için kamu yararı amacıyla öngördüğü anlaşılmaktadır. Cezanın kişiselleştirilmesine yönelik bu düzenlemenin Anayasal sınırlar içinde yasakoyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Öte yandan, yargılama sürecinde 5237 sayılı Yasa'nın 50. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin uygulanabilmesi ihtimali gözetilerek sanıktan kamuya yararlı bir işte çalışmaya gönüllü olup olmadığının sorulması, sanığın mahkûm edileceği anlamını taşımayıp, kuralın uygulanmasından kaynaklanan bir zorunluluk olduğundan hâkimin tarafsızlığı ilkesine aykırı bir durumdan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde yer alan "… gönüllü olmak koşuluyla …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 13.5.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

Esas Sayısı : 2009/29

Karar Sayısı: 2010/66

Karar Günü : 13.5.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 24.11.2004 günlü, 5259 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 6. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının işletmeciliğini yaptığı işyerinin, işletme izin belgesindeki niteliklere aykırı olarak faaliyet gösterdiğinin bir yıl içinde beşinci kez tespit edilmesi nedeniyle Belediye Encümenince verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmü yer almış olup; 10. maddesinde ise; "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.

14/07/1934 tarihli ve 2751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun, 24/11/2004 tarihli ve

5259 sayılı Kanunun 1. maddesi ile yeniden düzenlenen 6. maddesinde; Umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinden;

a) Faaliyetten geçici olarak men edildiği halde süresinden önce açılan,

b) Açık ve kapalı bulunacağı saatlere uymayan,

c) Bu Kanunun 12 nci maddesinde belirtilen yasaklara uymadığı tespit edilen,

d) Mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen,

İş yerlerinin işletmecilerine beşyüzmilyon Türk Lirası ile birmilyar Türk Lirası arasında idarî para cezası verilir.

Bu maddede öngörülen idarî para cezaları, belediye sınırları içinde belediye encümeni, belediye sınırları dışında il daimi encümeni tarafından verilir. Verilen idarî para cezalarına dair kararlar ilgililere 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İdarî para cezaları 6183 sayılı Anime Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır, kuralı yer almıştır.

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.

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.

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 bağlamda, 2559 sayılı Yasa'nın 6. maddesi değerlendirilecek olursa;

İlk anda, Kanunda belirtilen yasaklara uymadığı ve mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletildiği tespit edilen iş yerlerinin işletmecilerinin karşılaşacağı cezaların belli olduğu izlenimi uyanmaktadır. Nitekim Yasa maddesinde para cezası ilk uygulamada miktar olarak da bellidir. Ancak yasa koyucu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezasının bir kat artırılarak uygulanacağını belirtirken öngörülen cezanın ve yaptırımın üst sınırını belirtmemiştir. Bu durum ilgililerde "müeyyidesinin türü ve oranı idarenin keyfine kalmış bir yasa" intibaı uyandırmaktadır.

Bu olumsuz sonucun sebebi ve kaynağı ise; Yasa'nın, aynı fiillin bir yıl içinde tekrarı halinde, öngörülen cezanın ve yaptırımın üst sınırının belirtilmemesidir. Bu husus, kuralların ve müeyyidelerin önceden belli olup, buna devletin de uymak zorunda olduğu hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

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.

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.

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.

Bu durumda, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunun 6. maddesinin son fıkrasında yer alan "Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır." hükmü, "Belirlilik ve Öngörülebilirlik" niteliği taşımaması nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanması gereken 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunun 6. maddesinin son fıkrasında yer alan "Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır." hükmünün, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varıldığından; Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddeleri uyarınca, itiraz yoluyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, 27/02/2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 24.11.2004 günlü, 5259 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle yeniden düzenlenen itiraz konusu kuralı da içeren 6. maddesi şöyledir:

"Umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinden;

a) Faaliyetten geçici olarak men edildiği halde süresinden önce açılan,

b) Açık ve kapalı bulunacağı saatlere uymayan,

c) Bu Kanunun 12 nci maddesinde belirtilen yasaklara uymadığı tespit edilen,

d) Mevzuat hükümlerine aykırı olarak işletilen,

İş yerlerinin işletmecilerine beşyüzmilyon Türk Lirası ile birmilyar Türk Lirası arasında idarî para cezası verilir.

Bu maddede öngörülen idarî para cezaları, belediye sınırları içinde belediye encümeni, belediye sınırları dışında il daimi encümeni tarafından verilir. Verilen idarî para cezalarına dair kararlar ilgililere 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İdarî para cezaları 6183 sayılı Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

Bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezası bir kat artırılarak uygulanır."

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 12. maddesi şöyledir:

"Kanunî istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde onsekiz yaşından küçükler çalıştırılamaz.

Polis bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kıraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini meneder.

Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında 17 nci, işyerleri hakkında da 6 ncı madde hükümlerine göre işlem yapılır."

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 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 katılmalarıyla 7.5.2009 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 ve ilgili görülen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığı, takdir yetkisinin hukuk devleti ilkesiyle sınırlı bulunduğu, hukuk devletinin temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesi gereğince yasal düzenlemelerin kişiler ve idareler yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerektiği, bu çerçevede kuralların ve müeyyidelerin belirgin olması, önceden bilinmesi ve eylemlerinin sonuçlarının ilgililer tarafından makul düzeyde öngörülebilmesi gerektiği, itiraz konusu kuralda tekerrür halinde öngörülen idari para cezasının üst sınırının belirli olmadığı, bu hususun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, Yasa'nın uygulanmasının eşitsizliğe, ayrımcılığa ve kayırmacılığa yol açtığı, belirli ve öngörülebilir nitelik taşımayan itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 6. maddesinin birinci fıkrasında hangi hallerde umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin işletmecilerine idari para cezası verileceği ve bu cezanın alt ve üst sınırları belirtilmiş, itiraz konusu son fıkrasında da bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezasının bir kat artırılarak uygulanacağı kuralı getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını düzenler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İtiraz konusu kuralda 2559 sayılı Yasanın 6. maddesinde öngörülen fiiller nedeniyle işletmecilere artırımlı para cezası uygulanabilmesi için, "bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrar edilmiş olması" koşulu aranmış ve bu durumda "en son uygulanan para cezasının bir kat artırılarak uygulanacağı" belirtilmiştir. Bir başka deyişle, "aynı fiil"in "bir yıl içinde" tekrarlanması halinde en son uygulanan cezanın "bir kat" artırılarak uygulanması öngörülmüştür.

Yasa koyucu, para cezasının artırılarak uygulanabilmesi için gerekli koşulları ve bu koşulların varlığı durumunda cezanın artırılma şeklini açıkça belirlediğinden, itiraz konusu kuralın umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin işletmecileri bakımından belirli ve öngörülebilir olmadığından söz edilemez.

Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda hukuka aykırı bir eylemin tekrarlanması halinde faile verilecek cezada artırıma gidilmesi, yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisinin kapsamındadır.

Umuma açık istirahat ve eğlence yerlerinin 2559 sayılı Yasanın 6. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen kurallara uymamaları ve bu nedenle işletmecilerinin para cezası ile cezalandırılmalarına rağmen aynı hukuka aykırı eylemde bulunmaya devam etmeleri, yasa koyucu tarafından daha ağır bir yaptırıma bağlanmıştır. İlgililerin bilinçli olarak ve ısrarla

tekrarladıkları söz konusu hukuka aykırı eylemleri gözetildiğinde, Devletin cezalandırma yetkisi bakımından itiraz konusu kuralda suç ve ceza arasında adil bir dengenin bulunması gereğini esas alan hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi", hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı 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.

Bir yıl içinde hukuka aykırılığı bir eylemle gerçekleştirenler ile birden çok eylemle gerçekleştirenler, aynı hukuki konumda olmadıklarından eylemde bulunma sayısına göre faillerin farklı kurallara tabi tutulması ve birden çok gerçekleştirilen eylemler yönünden de eylem sayısına bağlı olarak bir önceki cezanın bir kat artırılarak uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 24.11.2004 günlü, 5259 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 6. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 13.5.2010 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Fulya KANTARCIOĞLU
Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN	Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye	Üye	Üye
Şevket APALAK	Serruh KALELİ	Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye	Üye	
Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU	

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraza konu 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, bu maddede belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezasının bir kat arttırılarak uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır.

Kuralda, bir yıllık süre zarfında tekerrürün uygulanması bakımından herhangi bir üst sınır bulunmadığından; kural ihlâline ilişkin eylem sayısına bağlı olarak, söz konusu idari para cezası her seferinde bir kat arttırılmak suretiyle verilecektir.

Hukuk devletinin alt ilkelerinden birisi olan "ölçülülük ilkesi", gerek öğreti gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt başlıkta incelenmekte olup; davanın somutunda, kural ihlâli nedeniyle öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında bulunması gereken orantı şeklinde ifadesini bulan "orantılılık" ilkesinin ele alınması gerekmektedir. İtiraz konusu kuralda, tekerrür halinde uygulanacak ceza, en son uygulanan para cezasının bir katı olarak belirlendiğinden, ilk nazarda tekerrür halinde bir katı ceza verilmesinin orantısız olacağını söylemek zordur. Ancak, bir yıl içinde tekerrür sayısına bağlı olarak para cezasının katlamalı olarak artması nedeniyle, tekerrür sayısının çokluğu durumunda ilk para cezası ile kıyaslanamayacak ölçüde yüksek bir para cezasının verilmesi mümkün görülmektedir ki davanın somutunda bir ticari işletme üç ay içinde on kez denetlenmiş ve kuralda 500-1000 TL olan temel idari para cezası 5. tekerrür de 10.400 TL'ye ulaşmıştır. Bu sonuç, anılan kuralın ölçülü olmadığının çok açık bir göstergesidir. Oysa, hukuk devletinde ceza hukuku alanında olduğu gibi idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerde de, kuralların önleme ve

iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin 17.4.2008 tarih ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararıyla; mevzuata aykırı yapılar nedeniyle İmar Kanunu'nun 42. maddesinde öngörülen idari para cezalarının alt ve üst sınırı arasında elli kat fark bulunması hali makûl ve ölçülü olmayan bir genişlik olarak kabul edilerek, anılan kuralın iptali yoluna gidilmiştir.

İtiraz konusu kuralda tek sınır "bir yıllık süre" olup, öngörülen katlamalı para cezası sistemi tekerrürün çokluğuna paralel şekilde, müteakip para cezalarının çok yüksek miktarlara (teorik olarak yüzlerce, binlerce kat) ulaşması sonucunu doğurabilecek nitelikte olup; bu yönü itibariyle itiraz konusu kuralda, tekrarlanan hukuka aykırı eylem ile idari yaptırım arasında adil bir dengenin bulunduğu, bu nedenle de kuralın ölçülülük ilkesine ve Anayasa'nın 2. maddesine uyarlı olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, sözkonusu kuralın iptali gerektiği kanısına ulaştığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyoruz.

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kural 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 6. maddesinde belirtilen aynı fiillerin bir yıl içinde tekrarı halinde, en son uygulanan para cezasının bir kat artırılarak uygulanacağını belirtmektedir. Hukuk devletinin önemli ilkelerinden biri de "ölçülülük" ilkesidir ve bu ilkenin Anayasa'nın 2. maddesi bağlamında yapılan denetimlerde dikkate alınması gerekmektedir.

Hukuk devletinde idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerin kuralların önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerektiği Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtilmektedir (örneğin, AYM, 23.03.2004, E: 2001/119, K: 2004/37). Bir başka kararda da, para cezasının alt ve üst sınırı arasındaki farkın "makul ve ölçülü" bir genişlik içermesi gerektiği vurgulanmıştır (AYM 17.04. 2008, E: 2005/5, K: 2008/93). Raportör tarafından belirtildiği üzere "bir yıl içinde tekerrür sayısına bağlı olarak para cezasının katlamalı olarak artması, tekerrür sayısının çokluğu

halinde ilk para cezası ile kıyaslanamayacak bir tutara ulaşmaktadır". Nitekim elimizdeki davada ilk eylem için 650 TL olarak verilen idari para cezasının beşinci eylemde 10.400 TL'ye çıktığı, yani tam 16 kat arttığı görülmüştür.

Tekrarlanan eylem ile idari yaptırım arasında bir orantısızlık, dengesizlik bulunmaktadır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyim.

Ayrıca, böyle bir dengesizlik serbest piyasa ekonomisinde işletmelerin varlıklarını sürdürmelerine önleyecek boyutlara çıkabilir ve bu da özel mülkiyet hakkına ve girişim özgürlüğüne zarar verebilir. Böyle bir durum Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Devlet, *özel teşebbüslerin* milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, *güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını* sağlayacak tedbirleri alır" hükmünün ihlal edilmesi anlamına da gelir. AYM'nin E: 2002/32, K: 2003/100, 20.11.2003 tarihli kararında bu fıkra ile devletten beklenenin "özel girişimlerin gelişmesini sağlayacak doğrultuda iktisadi ve sosyal politikalar uygulamak, özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sunmak" olduğu vurgulanmıştır. İşletmelerin iktisadi varlığını tehdit eden orantısız para cezalarının özel teşebbüse güvenli bir çalışma ortamı sunmadığı gayet açıktır.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 48/2. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Engin YILDIRIM

Esas Sayısı : 2010/48

Karar Sayısı: 2010/70

Karar Günü : 20.5.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ordu 2. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkranın Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Basit tıbbi müdahale gerektiren kasten yaralama suçundan açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin itiraz konusu (12) numaralı fıkrası şöyledir:

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

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine dayanmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun katılımlarıyla 20.5.2010 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dava

dosyası ve ekleri, ilk inceleme raporu, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kurallarıyla, bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin itiraz konusu (12) numaralı fıkrasına yönelik iptal başvurusu, Anayasa Mahkemesi'nin 12.3.2009 günlü, E.2007/14, K.2009/48 sayılı kararıyla, Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile esastan reddedilmiş ve bu karar 25.6.2009 günlü, 27269 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek Anayasaya aykırı olmaması nedeniyle reddedilen itiraz konusu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için, önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 25.6.2009 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır. Bu nedenle, başvurunun Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddeleri gereğince reddi gerekir.

IV- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkranın iptali istemiyle yapılan itirazın, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddelerinin son fıkraları gereğince REDDİNE, 20.5.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

Esas Sayısı : 2009/34

Karar Sayısı: 2010/72

Karar Günü : 20.5.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na, 15.7.2003 günlü, 4928 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle eklenen Geçici Madde 5'in birinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İdare Mahkemesi'nce verilen davanın açılmamış sayılmasına ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra yapılan başvuru üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce, olayda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi nedeniyle, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendi uyarınca yargılamanın yenilenmesi istemiyle yapılan başvuruda, başvurunun esasının incelenmesine engel olarak değerlendirilen itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

C) ANAYASAYA AYKIRILIK SEBEPLERİ:

1. ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN

Anayasanın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Kişilerin devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı hukuk devleti düzeninde gerçekleşebilir.

Bu bağlamda hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onları koruyan, güçlendirilmesine 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 isteklerine karşı yargı yolu açık olan devlettir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar.

Bu çerçevede ülkemizin Avrupa Birliği adaylığı sürecinde, demokratikleşme ve temel hak ve özgürlükler açısından Avrupa Birliği Ülkelerinin mevzuatına paralellik sağlanması bakımından 4928 sayılı Kanun ile bir çok kanunda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden birisi de 2577 sayılı Kanunun 53. Maddesine eklenen (ı) fıkrasıdır. Buna göre; "Hükmün, İnsan Haklarının ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması" yargılanmanın yenilenmesini gerektiren hallerden biri olarak kurala bağlanmıştır.

Olayda; AİHM'ce Sözleşmesinin 6/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşıldığı ve 2577 sayılı Kanunun 53. maddesine eklenen (ı) fıkrası ile de bu durum yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak gösterildiği için, davacıların 2577 sayılı Kanunun 53. maddesine eklenen (ı) fıkrası hükmünden faydalanmak için iş bu davayı açtığı anlaşılmıştır.

Ancak, 2577 sayılı Kanunun 53/1-(ı) maddesiyle birlikte yürürlüğe giren ve iptali istenilen geçici 5. madde hükmü ile 53/1-(ı) fıkrası hükmü sınırlandırılmıştır.

Şöyleki; 2577 sayılı Kanunun geçici 5. maddesinde; 53. maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendinin; bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacağı belirtilmektedir.

Buna göre; ilgililerin 53/1- (ı) fıkrası hükmünden faydalanabilmeleri için, geçici 5. maddede belirtilen iki koşuldan birini taşımaları gerekmektedir.

Bunlar; 1) Ya kanunun yürürlüğe girdiği 19/07/2003 tarihinde AİHM'in kararlarının kesinleşmiş olması, 2) Ya da kanun yürürlüğe girdiği 19/07/2003 tarihinden sonra AİHM'e başvurulmuş olmasıdır.

Dolayısıyla; Kanunun yürürlüğünden önce AİHM'ne başvuru yapıp da başvurusu henüz sonuçlanmayan kişiler (AİHM'de yargılaması devam eden) ile yargılaması sonuçlanıp da hakkında verilen karar henüz kesinleşmemiş kişiler, geçici 5. madde hükmü ile yargılamanın yenilenmesi müessesesinin dışında bırakılmıştır.

Davacılar 04/08/1999 tarihinde AİHM'e başvurduğuna ve AİHM'ce de karar 17.07.2007 tarihinde verildiğine göre; maddi olayda kanunun yürürlük tarihinde (19/07/2003) kesinleşmiş bir AİHM kararı bulunmadığı gibi, ayrıca davacılar tarafından da bu tarihten sonra AİHM'ne başvurulmadığı için, 2577 sayılı Kanun'un geçici 5. maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmediği müddetçe, davacıların 53/1- (ı) maddesinin getirdiği yargılamanın yenilenmesi hakkından faydalanması hukuken mümkün değildir.

Bu ise hakkın tesliminin engellenmesidir. Hukuk devletinde adaletli bir hukuk düzeninin kurulması ve sürdürülebilmesi temel amaçtır. Yine hukuk devleti ile hukukun temel kılınması, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması, yargı dışında bırakılan bir hal ve olayın kalmaması amaçlanmıştır. İptali istenilen geçici 5. madde ile davacının 53/l-(ı) maddesi hükmünden faydalanmasının engellenmesi hukuk devleti ile hedeflenen amaca aykırılık teşkil eder. Bu sebeple 2577 sayılı Kanunun geçici 5. maddesinin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine aykırılığı sebebiyle iptali gerekmektedir.

2) ANAYASANIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN

Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inancı, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmiş, ikinci fıkrasında ise bu ilkenin doğal sonucu olarak "Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz" hükmü getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği gibi 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 kişi ve topluluklara farklı kurallar uygulanarak eşitlik ilkesinin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere "...Yasa önünde eşitliğin herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulduğu anlamına gelmediği, durumlardaki özelliklerin, kimi kişi ve topluluklara

değişik kurallar ve uygulamalar gerektirdiği" belirtilmiş ise de, bu farklılıkların objektif ve nesnel ölçütler içinde olması gerekir.

Bu çerçevede iptali istenilen geçici 5. madde hükmü ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte AİHM kararı kesinleşen kişiler ile, AİHM'ne başvuru yapıp da yargılanması devam eden, karar verilmiş olsa bile kararı henüz kesinleşmemiş kişiler ayrıştırılmaktadır.

Kanun yürürlüğe girdiği tarihte AİHM kararı kesinleşen kişiler 53/l - (ı) maddesiyle tanınan yargılamanın yenilenmesi hakkından faydalanır iken, başvuru yapıp da kararı henüz kesinleşmeyen kişiler bu haktan yararlanamamaktadır. Kişileri bu şekilde ayrıştırmanın ise hiçbir nesnel ölçütü bulunmamaktadır. Bu ise eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

3) ANAYASANIN 36. MADDESİ YÖNÜNDEN

Anayasanın 36. maddesinde; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı merciileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmü yer almaktadır.

Kişiye, hukuka uygun araç ve yollardan faydalanma hakkının tanınması, hukuk devletinin vazgeçilmez bir gereğidir.

Kişilere hukuk devleti güvencesi sağlayan hukukun üstünlüğünün gerçekleştirilmesinde vazgeçilmez bir yere sahip olan hak arama özgürlüğü, kuşkusuz sınırsız değildir. Hak arama özgürlüğü de Anayasanın 13. maddesinde öngörülen genel nedenlerle sınırlandırılabilir. Bu maddede sayılan nedenler ise; kamu yararı ile ilgilidir.

Bu çerçevede; iptali istenilen madde ile hak arama özgürlüğüne getirilecek sınırlama ancak "kamu yararı" gereği ise hukuken kabul edilebilir. Bu bağlamda, iptali istenilen kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce AİHM'ne yapılan ve henüz sonuçlanmamış davaların ya da henüz kesinleşmemiş kararların yoğun olduğu, bütün bu kişilere yargılamanın yenilenmesi hakkı tanınmasının ise, yoğun iş yükü altında çalışan yargı organlarını iş göremez hale getireceği, buna sebep olmamak için "kamu yararı" gözetlenerek kısıtlama getirildiği ileri sürüle bilir ise de, bu savın hukuk devleti ilkeleriyle bağdaştığı söylenemez.

SONUÇ VE İSTEM;

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca; 2577 sayılı Kanunun geçici 5. maddesinde yer alan; "53. maddenin (1) numaralı

fıkrasının (ı) bendi; bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır" ibaresinin iptali istemiyle dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve anılan yasa hükmünün iptalinin istenilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesine sunulmasına, iş bu karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre dosyanın görüşülmesine, 13/04/2009 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 cümleyi de içeren, 15.7.2003 günlü 4928 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen geçici 5. maddesi şöyledir:

"**53 üncü maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.** Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- 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 katılımıyla 2.6.2009 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- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

İtiraz konusu kuralda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen ihlal kararlarının, idari davalar bakımından yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına girmesine olanak sağlayan ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinin (1) numaralı fıkrasına 4928 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile eklenen (ı) bendi hükmünün, anılan Mahkemenin hangi kararları hakkında uygulanacağı gösterilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen ihlal kararlarının idari davalar bakımından yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasına girmesi, 19.7.2003 günlü Resmi Gazete'de yayımlanan 4928 sayılı Kanun ile olmuştur. Anılan Kanun'un 6. maddesi ile kesinleşmiş hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması durumunda, yargılamanın yenilenmesinin istenebileceği belirtilmiş ve bu durum, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun yargılamanın yenilenmesi konusunun düzenlendiği 53. maddesinin birinci fıkrasına (ı) bendi olarak eklenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle de, yargılamanın yenilenmesi başvurusunun, en geç, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde yapılması öngörülmüştür.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na 4928 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile eklenen geçici 5. maddeyle de, 4928 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle getirilen hakkın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hangi kararları bakımından kullanılabileceği gösterilmiştir. Söz konusu maddenin iptali istenilen ilk cümlesinde, 53. maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, 4928 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih (19.7.2003) itibarıyla kesinleşmiş kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bu tarihten sonra yapılan başvurular üzerine verilecek kararları hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Madde'nin ikinci fıkrasında ise, 4928 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemlerinin, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, itiraz konusu kural nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce 19.7.2003 tarihinden önce

verilen, ancak bu tarih itibarıyla henüz kesinleşmemiş olan, yani kesinleşmesi 19.7.2003 tarihinden daha sonraki bir tarihe rastlayan kararlar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 19.7.2003 tarihinden önce yapılan başvurular üzerine 19.7.2003 tarihinden daha sonraki bir tarihte verilmiş olan kararlar, 53. maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi hükmünün kapsamı dışında kalmakta, bu tür kararlara dayanılarak yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunulamamaktadır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, davacının 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinin aradığı yargılamanın yenilenmesi koşulunu taşımasına rağmen, iptali istenilen kural nedeniyle, anılan bendin sağladığı yargılamanın yenilenmesi hakkından faydalanamadığı, bunun da, hakkın tesliminin engellenmesi anlamına geldiği, bir hakkın tesliminin engellenmesinin hukuk devletinin temel ilkelerine aykırı olduğu, ayrıca, yargılamanın yenilenmesi yolundan faydalanmak bakımından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararları arasında herhangi bir ayrım gözetilmezken, iptali istenilen kural ile hiçbir nesnel ölçüte dayanılmaksızın, anılan kararların verilmesine olanak sağlayan başvurunun yapılış tarihine ve anılan kararların kesinleşme tarihlerine göre kişiler arasında farklılıklar oluşturulduğu, bunun da Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olan eşitlik ilkesine ve Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Kişilerin, devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar. Ayrıca, Devletin, yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin

gerçekleştirilmesini sağlaması hukuk devleti ilkesine yer veren Anayasa'nın 5. maddesinin de bir gereğidir.

Anayasa'nın 10. maddesinde de, eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Maddede yer verilen "eşitlik ilkesi" ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlâl edilmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar içinse yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce verilen kararların verilme ve kesinleşme tarihleri, Mahkemeye başvuran kişilerin iradeleri dışında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çalışma ve karar verme sistemine bağlı olarak gerçekleşmektedir. Bu nedenle, Mahkeme'ye 19.7.2003 tarihinden önce başvuran kişiler, yargılamanın yenilenmesi konusunda, Mahkemece verilen ihlal kararlarının kesinleşip kesinleşmediği aranılmaksızın iç hukukta meydana getireceği sonuçlar bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Buna göre, bir kanun hükmünün belli koşullara bağlı olarak tüm kişilere sağladığı bir hakkın kullanımının, itiraz konusu kuralla, Anayasa'da öngörülmüş hiçbir nedene dayanmaksızın ve hukuken kabul edilebilir bir gerekçe ortaya konulmaksızın, aynı hukuksal konumda bulunan kişiler bakımından engellenmesi Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır.

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. Buna göre, hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Gerçekten, karşılaştığı bir suçlamaya karşı kişinin kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

"Yargılamanın yenilenmesi" kurumu, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan hak arama özgürlüğü içinde yer alan dava hakkının bir parçasını oluşturmaktadır.

İtiraz konusu kural, yargılamanın yenilenmesi yolunun kullanılabilmesi bakımından, bir kanun hükmünün belli koşullara bağlı olarak tüm kişilere sağladığı bir hakkın kullanımını, Anayasa'da öngörülmüş hiçbir nedene dayanmaksızın, bazı kişiler bakımından engellemektedir. Bu nedenle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olup, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- SONUÇ

6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na, 15.7.2003 günlü, 4928 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle eklenen Geçici Madde 5'in birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 20.5.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

Esas Sayısı : 2009/51

Karar Sayısı: 2010/73

Karar Günü : 20.5.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Zonguldak Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle değiştirilen 339. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Vergi ziyaına sebebiyet verdiği ve hakkında daha önce de kesinleşen bir vergi ziyaı cezası bulunduğu gerekçesiyle davacıya yüzde elli oranında artırılarak uygulanan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisinin terkini istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"T.C. Anayasası'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin, 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, Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında; kimsenin, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, üçüncü fıkrasında da; ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinin vurgu yaptığı en önemli ilkelerden birisi de hukuk devleti ilkesidir. Anayasa'nın 38. maddesinde de hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden birisi olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre 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 yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan Devlet olarak tarif edilmiştir.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi klasik ceza hukukunun yanı sıra günümüzde kamu hukukunun diğer alanlarında da kabul gören bir ilkedir. Bu nedenledir ki suç ve cezaların kanuniliği ilkesi vergi cezaları (vergi ziyaı cezası, usulsüzlük cezası, özel usulsüzlük cezası gibi) için de geçerli olan bir ilkedir. Hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bir arada düşünüldüğünde yasakoyucu, ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılanların hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, nelerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Dolayısıyla ceza hukukunun temel kavramlarından olan tekerrür hükümlerinin vergi cezaları bakımından da klasik ceza hukuku ölçütlerinde düzenlenmesi hukuki güven ve istikrar açısından olduğu kadar cezaların belirliliği bakımından da önem arz etmektedir.

Tekerrür, bir defa suç işledikten ve bu suçtan dolayı cezası kesinleştikten sonra, kanunun belirttiği sürelerde tekrar suç işlenmesi durumu olarak tanımlanabilir. Tekerrürün varlığından bahsedebilmek için "önceden işlenmiş bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir ceza mahkûmiyetinin bulunması, ilk suçun cezasının kesinleşmesinden sonra yeni bir suçun işlenmesi ve ikinci suçun, ilk suçun cezasının kesinleşmesinden itibaren belirli bir sürede işlenmesi gerekmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 339. maddesi uyarınca tekerrür nedeniyle kesilecek olan cezanın artırılmasında, vergi ziyaına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, tekrar ceza kesilmesi durumunda cezanın artırılacağı hükmüne yer verilerek, tekerrürden dolayı artırılarak kesilecek olan cezaya ilişkin fiilin ne zaman işlenmiş olduğu önem taşımamaktadır. Dolayısıyla tekerrürden dolayı artırılarak kesilecek olan cezayı gerektiren fiilin işlendiği tarih, daha önce kesilen cezaya ilişkin fiilin işlendiği tarihten önceki bir tarihte olabilecektir. Ceza hukukunda tekerrüre ilişkin hükümler, kişilere verilen cezaya rağmen suçun işlenmeye devam edilmesi durumunda, sonradan işlenen suçlara daha ağır ceza verilerek, cezanın caydırıcı olma niteliğini kazandırmayı amaçlamaktadır. 213 sayılı Yasanın 339. maddesinde düzenlenen tekerrür hükmünün uygulanmasında, daha önce kesilen cezanın

kesinleşme tarihi, sonra kesilecek olan cezanın ise kesilme tarihinin esas alınması, cezalandırılan kişilerin tekrar suç işlememesi için suçun tekerrüründe daha fazla cezalandırılması amacına aykırılık teşkil etmekte, ilk suç için kesilen ceza miktarı, sonra kesilen ceza miktarına göre daha fazla olması söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki; 2006 yılında vergi ziyaına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşen mükellefin daha sonraki bir tarihte 2005 yılı defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu vergi ziyaına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı kesilecek olan cezanın tekerrürden dolayı artırılarak uygulanması söz konusu yasal düzenleme gereğidir. Bu sebeple vergi idaresinin inceleme tarihine göre tekerrür hükmü uygulanabilmekte ve kişi hakkında kesilen cezanın kesinleşmesinden önceki tarihlere ait fiil nedeniyle tekerrür hükmü uygulanarak bu fiil nedeniyle kesilen ceza arttırılarak kesilmektedir. Oysa modern ceza hukukunda cezanın kesinleşmesini müteakip belli bir süre içinde tekrar suç işlenmesi halinde tekerrür hükümleri uygulanmaktadır. Böylece kişinin cezaya muhatap kaldıktan sonra ıslah olması hedeflenmektedir. Bu açıklamalar çerçevesinde, vergi cezalarında tekerrürü düzenleyen söz konusu yasa hükmünün hukuki güven ve hukuki istikrar ilkelerini zedelediği, ceza hukukunda tekerrüre ilişkin ilkelerle bağdaşmadığı, böylece Anayasa'da teminat altına alınan suç ve cezaların kanuniliği ile hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

SONUÇ: Davacının 2005 yılı defter ve belgelerinin incelenmesi sonucu düzenlenen vergi inceleme raporuna istinaden re'sen yapılan vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi tarhiyatlarında, vergi ziyaı cezalarının %50 oranında artırılmak suretiyle kesilmesine dayanak teşkil eden 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 339. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılık teşkil ettiği görüşüyle, Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulması gerektiği sonucuna varılmıştır.

HÜKÜM: Açıklanan nedenlerle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 339. maddesinin T.C Anayasası'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu görüşüyle iptali talebi ile Anayasa Mahkemesine gidilmesine, dava dosyasının tüm belgelerinin onaylı suretlerinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına, iş bu karar ile dosya suretinin Anayasa Mahkemesi'ne ulaşmasından itibaren 5 ay süre ile karar verilinceye kadar davanın bekletilmesine, 03.07.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle değiştirilen 339. maddesi şöyledir:

"Vergi ziyaına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyaında beş, usulsüzlükte iki yıl içinde tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyaı cezası yüzde elli, usulsüzlük cezası yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

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, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla 23.7.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, Anayasa'da yer alan suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin vergi cezaları yönünden de geçerli olduğu, yasa koyucunun suç ve cezalar ile ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplerin belirlenmesi konusunda ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla takdir yetkisine sahip olduğu, ceza hukukunda bir defa suç işlendikten ve bu suçtan dolayı verilen ceza kesinleştikten sonra kanunla belirlenen süre zarfında suç işlenmesinin tekerrür olarak kabul edildiği ve kişilerin aldıkları cezaya rağmen suç işlemeye devam etmeleri durumunda sonradan işlenen suçlara daha ağır cezalar verilerek cezanın caydırıcılığının sağlanmaya çalışıldığı, itiraz konusu kuralda ise tekerrür nedeniyle artırılan cezanın sebebini oluşturan eylemin tarihinin önem taşımadığı ve ilk cezaya konu eylemden daha önceki bir tarihte gerçekleşmiş olmasının dahi mümkün olduğu, bu düzenlemenin failin ıslah olmasını amaçlayan tekerrür müessesesi ile bağdaşmadığı gibi

hukuki güvenlik ve hukuki istikrar ilkelerini de zedelediği, itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin yer aldığı Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun "Tekerrür" başlıklı 339. maddesinde, vergi ziyaına sebebiyet vermekten veya usulsüzlükten dolayı ceza kesilen ve cezası kesinleşenlere, cezanın kesinleştiği tarihi takip eden yılın başından başlamak üzere vergi ziyaında beş, usulsüzlükte iki yıl içinde tekrar ceza kesilmesi durumunda, vergi ziyaı cezasının yüzde elli, usulsüzlük cezasının yüzde yirmibeş oranında artırılmak suretiyle uygulanacağı kuralı getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" kuralına yer verilerek "cezanın yasallığı" ilkesi benimsenmiştir. Anılan maddede ayrıca, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa hukukunun temel ilkelerinden olan suç ve cezada yasallık, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü hukuk devletinin de esas aldığı değerlerden olup, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak

üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, vergi suç ve cezaları bakımından da geçerlidir.

Ceza hukukunda "tekerrür" müessesesi, bir ceza mahkumiyetine kesin olarak uğrayan bir kimsenin, yeniden suç işlemesi halinde Ceza Kanunu karşısındaki kişisel durumunu tanımlar.

Tekerrür müessesesinin vergi suç ve cezaları bakımından gözetilmesi ve vergi suçlarında tekerrür halinde vergi cezalarının özel olarak belirlenmesi yasa koyucunun takdir yetkisi alanında bulunmaktadır.

Hukuka aykırı bir eylemin tekerrürü halinde verilecek cezanın artırılması, daha önce verilen cezanın ıslah edici olmadığı ve failin suç işleme konusundaki ısrarının daha ağır bir cezayı gerektirdiği düşüncesinden doğmaktadır. Bununla birlikte, faile tekerrür nedeniyle daha ağır bir ceza verilebilmesi, bir başka deyişle failin ıslah olmadığının ve suç işleme konusundaki ısrarının ortaya konulabilmesi için, hukuka aykırı bir eylemi failin birden çok kere gerçekleştirmiş olması tek başına yeterli olmayıp, tekerrüre esas alınan eylemi nedeniyle daha önce cezalandırılmış olmasına rağmen bu tarihten sonra aynı eylemde tekrar bulunmuş olması gerekmektedir.

Belirli bir kesinlik içinde yasada hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerektiğinden, hukuka aykırı bir eylemde bulunduğu tarih itibariyle hakkında daha önce verilen bir ceza bulunmayan kişinin daha sonraki bir tarihte almış olduğu bir cezanın esas alınarak ve tekerrür hükümleri uygulanarak cezasının artırılması hukuk devleti ilkesine uygun bulunmamaktadır. Suçu işlediği tarihte henüz mükerrir olarak kabulü mümkün olmayan kişiye tekerrür hükümlerinin uygulanması, suç ve cezaların yasallığı ilkesine de aykırılık oluşturacaktır.

Vergi ziyaı cezası ve usulsüzlük cezası kesilen kişilere, bu cezaların kesinleştiği tarihten itibaren belirli bir süre içinde tekrar vergi ziyaı cezası ya da tekrar usulsüzlük cezası kesilmesi durumunda cezalarda artırım uygulanacağını öngören itiraz konusu kuralda ise tekerrür hükmüne esas alınacak sonraki eylemin her halde ilk eylem için verilen cezanın kesinleşme tarihinden sonraki bir tarihte gerçekleşmiş olması gerektiği tabiidir. Bu

nedenle, kural belirsiz ve öngörülemez değildir ve kuralın suç ve cezaların yasallığı ilkesine aykırı olduğundan da söz edilemez.

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

VI- SONUÇ

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun, 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle değiştirilen 339. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 20.5.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

Esas Sayısı : 2007/38

Karar Sayısı: 2010/76

Karar Günü : 3.6.2010

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Kemal ANADOL, Haluk KOÇ ile birlikte 120 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 8.2.2007 günlü, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 5. maddesinin (b) bendinin (1) ve (5) numaralı alt bentlerinin, Anayasanın Başlangıç'ı ile 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

08.02.2007 Tarih ve 5580 Sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanununun 5 inci Maddesinin "Yabancı Okullar" Başlangıç Sözlüklü (b) Fıkrasının Birinci ve Beşinci Bentlerinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kurallar ile yapılan düzenlemede; yabancı okulların, Bakanlar Kurulunun izniyle yeni arazi edinebilecekleri ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilecekleri ve bu okulların taşınmaz mallarını, kurucularının veya yetkililerinin önerisiyle, Bakanlığa ya da kuruluş amaçları eğitim vermek olan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflara, Bakanlar Kurulunun izniyle devredilebilecekleri öngörülmüştür.

Bilindiği üzere Türkiye'de, yabancılara ait olan "yabancı okullar" ile Türk vatandaşı olan azınlıklara ait okullardan oluşan "azınlık okulları" olmak üzere iki tür okul bulunmaktadır. "Yabancı okullar" terimi ülkemiz vatandaşı ya da kuruluşu olmayan yabancılara ait okulları anlatırken, "Azınlık okulları" terimi adından da anlaşılacağı gibi, ülkemizde mevcut ve

Lozan Antlaşması ile "azınlık statüsü" nde garanti altına alınmış bulunan, cemaatlere ait okulları ifade etmektedir.

Osmanlı İmparatorluğun yaşadığı siyasal – sosyolojik değişimin sonucu olan "Azınlık" okullarına 24.07.1923 tarihli Lozan Antlaşmasının 40 ıncı ve 41 inci maddelerinde değinilmiştir.

Yabancı okulların Lozan Antlaşması'yla tanınması ise, delegelerin karşılıklı mektuplarına bağlıdır. Bu konuda karşılıklı yazılmış üç mektup vardır. Bu mektuplar Türk delegasyonun başkanı İsmet Paşa tarafından İngiliz, Fransız ve İtalyan temsilcilere yazılmış olan ve onlarında cevaben yazdıkları mektuplardır.

Lozan Antlaşması'nda yer alan bu mektuplarla Türkiye, sadece Fransa, İtalya ve İngiltere'ye ait 30 Ekim 1914'ten önce varlığı tanınmış olan din, öğretim, sağlık ve yardım kurumlarını tanımıştır. Her ne kadar Lozan Antlaşması'yla sadece mektup verilen bu üç ülkeye okullarını devam ettirme hakkı verilmişse de, 1914'ten önce açılan diğer ülkelerin okullarının da Lozan Antlaşması'nda adları geçmemesine rağmen faaliyetlerine devam hakkı verilmiştir. Ancak Lozan Andlaşması hükümleri çerçevesinde bu mektupların yedi yıllık geçerlilik süresi 13 Ağustos 1931'de dolmuş ve bağlayıcı hükümleri ortadan kalkmıştır (bkz. Dr. M. Hidayet Vahapoğlu, Osmanlıdan Günümüze Azınlık ve Yabancı Okulları, Milli Eğitim Yayınevi – İstanbul – 1997).

Lozan Antlaşması çerçevesinde yedi yıllık bir süre için geçerli mektupların geçerliliğini yitirmeleri nedeniyle "Lozan Mektuplarına muhatap ülkelere ait okullar" için, Lozan mektuplarına istinaden bir ayrıcalık tanınmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Biran bu mektupların tanınmasına devam edilmesi halinde dahi bu şekildeki bir değerlendirme ancak, Lozan Mektuplarına muhatap ülkeler için söz konusu olabileceği açıktır.

Diğer taraftan, Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesine bağımsız bir devlet olarak kabulünün uluslararası belgesi olan Lozan Barış Antlaşmasına 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.

Hal böyle iken 08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanununun 5 inci maddesinin (b) fıkrasının iptali istenen birinci bendi hükmüyle istisnasız bütün yabancı okullara mütekabiliyet şartı belirtilmeksizin; Bakanlar Kurulunun izniyle yeni arazi edinebilme, kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilme imkanı tanınmış; anılan fıkranın beşinci bendinin iptali istenen birinci cümlesi hükmüyle de bu okullara, mütekabiliyet esası aranmadan edinebilecekleri taşınmaz mallarını, kurucularının veya yetkililerinin önerisiyle, Bakanlığa ya da kuruluş amaçları eğitim vermek olan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflara, Bakanlar Kurulunun izniyle devredilebilme hak ve yetkisi tanınmıştır.

İnsan hak ve özgürlüklerini vatandaş gibi yabancıya da tanımış bulunan Anayasamız, 16 ncı maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir" ilkesini getirmiştir. Anayasanın 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.

Anayasamızın 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 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.

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.

Öte yandan Anayasanın 176 ncı maddesinde, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasanın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır.

Anayasanın Cumhuriyet'in 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 beşinci paragrafında ise "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin..... karşısında korunma göremeyeceği" ilkesi ile, Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde, milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir.

Yabancı Okullara, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mal (arazi) mülkiyeti edinmeleri salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır.

İptali istenen kurallar, karşılıklılık aramaksızın yabancı okullara Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mal edinmek hakkını ve bu şekilde edindikleri taşınmazları kuruluş amaçları eğitim vermek olan 4721 sayılı Türk Medenî Kanununa göre kurulan vakıflara devretmek imkanını tanıyarak, bu eşitliği ve dengeyi bozmuş; Anayasanın Başlangıç kısmına aykırı bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Anayasanın çeşitli maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesiyle de bağdaşmaz. (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esasına ve dolayısıyla Anayasaya aykırı olarak edinilen bir taşınmazın, sırf "Bakanlığa (Milli Eğitim Bakanlığı'na)" devrine olanak tanınmış olmasından bahisle geçerli tanınmasının da, bir hukuk devletinde kabul edilemeyeceği açık olduğundan 5580 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin (b) fıkrasının beşinci bendinin ilk cümlesinin tümünün iptali istenilmiştir. Yine, (b) fıkrasının beşinci bendinin ilk cümlesi ile ikinci cümlesi arasında uygulama bakımından ayrılamaz nitelikte bir yakın ilişki vardır. Bu nedenle ikinci cümlenin de, birinci cümle için söz konusu olan gerekçelerle Anayasaya aykırı düştüğünü söylemek gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanununun 5 inci maddesinin "Yabancı Okullar" Başlangıç Sözlüklü (b) fıkrasının birinci ve beşinci bentleri Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Devletlerarası ilişkilerde karşılıklı muamele esası, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarından biri olduğundan böyle bir haktan vazgeçilmesi mümkün değildir. Ancak iptali istenen kurallar, karşılıklılık ilkesi söz konusu olmadan yabancı okulların Türkiye'de taşınmaz mal edinmesine ve bu taşınmaz malları amaçları arasına herhangi bir alanda eğitim etkinlikleri alınarak kurulmuş veya kurulacak vakıflara devretmelerine imkan vermektedir. Böyle bir durumun, devletlerinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları olan gerçek ve tüzel kişilere tanımadığı haklardan yabancıların Türkiye'de yararlanmalarına yol açabileceği; böylece uluslararası ilişkilerde ve hukukta temel ilke olan eşitliği bozacağı; ulusal çıkarlarımızı zedeleyeceği açıktır. Bunların ise, sonradan giderilemeyecek hukuki zarar ve durumlar olduğu kuşkusuzdur.

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

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanununun 5 inci maddesinin (b) fıkrasının birinci ve beşinci bentlerinin Anayasanın Başlangıç kısmına, 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

8.2.2007 günlü, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 5. maddesinin (b) bendinin dava konusu (1) ve (5) numaralı alt bentlerini içeren kuralı şöyledir:

"Milletlerarası özel öğretim kurumları, yabancı okullar ve azınlık okulları

MADDE 5- Milletlerarası özel öğretim kurumları, yabancı okullar ve azınlık okullarına ilişkin esaslar aşağıda belirtilmiştir.

a) Milletlerarası özel öğretim kurumları:

1) Yalnız yabancı uyruklu öğrencilerin devam edebilecekleri yüksek öğretim dışındaki milletlerarası özel öğretim kurumu; yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişiler tarafından veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yolu ile 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu çerçevesinde Bakanlar Kurulunun izniyle açılabilir. Türkiye Cumhuriyeti uyruklu gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler de kendi adlarına aynı amaçla milletlerarası mahiyette özel öğretim kurumu açabilir.

2) Bu öğretim kurumlarında; Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, güvenliğine ve menfaatlerine aykırı, Türk Milletinin millî, ahlâkî, insanî, manevî ve kültürel değerleri aleyhinde eğitim-öğretim yapılamaz.

3) Bu kurumlarda öğretim programları, eğitim-öğretim faaliyetleri ve diğer hususlarla ilgili işlemler, kurum yönetimince hazırlanan ve Bakanlıkça onaylanan esaslara göre yürütülür.

4) Bu konularda Bakanlığın denetim hakkı saklıdır.

b) Yabancı okullar:

1) **Bakanlar Kurulunun izni ile yeni arazi edinebilir ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilir.**

2) Üzerinde kuruldukları araziler genişletilmemek şartı ve Bakanlığın izni ile mevcut arazi üzerindeki bina, öğrenci ve donanım kapasitelerini en çok bir mislini geçmemek üzere artırabilir veya yenileyebilir.

3) Mevcut binalarında ihtiyaç halinde valiliğin izni ile tadilat yapabilir.

4) Bu bentte belirtilenler dışında, yabancı okulların; binaları genişletilemez, şubeleri açılamaz, mevcut binalarının yerine kaim olmak üzere yeniden binalar inşa edilemez. Bu amaçla herhangi bir mülk edinilemez veya kiralanamaz.

5) **Yabancı okulların taşınmaz malları, kurucularının veya yetkililerinin önerisi ile Bakanlığa ya da kuruluş amaçları eğitim vermek olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre kurulan vakıflara devredilebilir. Devredilen bu kurumların yönetim, eğitim-öğretim özellikleri dikkate alınarak korunması yararlı görülenler Bakanlıkça tespit edilir.**

c) Azınlık okulları:

1) 23/8/1923 tarihli ve 340 sayılı Kanuna bağlı Antlaşmanın 40 ve 41 inci maddeleriyle ilgisi bulunan okulların özellik göstermesi gereken hususları yönetmelikle tespit edilir. Bu yönetmelik, ilgili ülkelerin bu konulardaki mütekabil mevzuat ve uygulamaları dikkate alınmak suretiyle hazırlanır. Yönetmelikte belirtilmeyen hususlarda resmî okullar mevzuatı uygulanır. Bu okullarda yalnız kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının çocukları okuyabilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2. ve 11. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A.Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 11.4.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve 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:

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kurallarla yabancı okullara Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mal edinmek ve edindikleri taşınmazları kuruluş amaçları eğitim vermek olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflara devretmek olanağı tanınırken karşılıklılık koşulunun aranmadığı, bu nedenle de Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarda, yabancı okulların Bakanlar Kurulu izni ile yeni arazi edinebilecekleri ve kapasitelerini en fazla beş misline kadar artırabilecekleri, bu okulların taşınmaz mallarının, kurucularının veya yetkililerinin önerisiyle Milli Eğitim Bakanlığı'na veya kuruluş amaçları eğitim vermek olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflara devredilebileceği, devredilen kurumların yönetim, eğitim ve

öğretim özellikleri dikkate alınarak korunması yararlı görülenlerinin ise Bakanlıkça tespit edileceği öngörülmektedir.

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

Anayasa'nın *"Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi"* başlıklı 42. maddesinde, kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı belirtildikten sonra, eğitim ve öğretimin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esasların kanunla düzenleneceği, eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetlerin yürütüleceği hükme bağlanarak, eğitim ve öğretim kurumlarının faaliyet alanları *"eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler"* olarak belirlenmiştir.

Yabancı okullar, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile bu Kanun'da hüküm bulunmayan hususlarda resmi öğretim kurumlarında uygulanan mevzuata tabi olup, diğer bütün okullar gibi faaliyetlerini Milli Eğitim Bakanlığı'nın denetim ve gözetiminde yürütmektedirler.

20.2.2008 günlü ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu, vakıfların taşınmaz mal edinebilmelerini ve taşınmaz mallar üzerinde tasarrufta bulunabilmelerini yasaklamamış, ancak kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların taşınmaz mal edinmeleri durumunda 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun yabancıların taşınmaz mal edinimini düzenleyen 35. maddesinin uygulanacağını öngörmüştür.

Vakıflar Kanunu'nun 3. maddesinde, vakıfların *"mazbut, mülhak, cemaat, esnaf ve yeni vakıf"*ları, yeni vakıfların da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıfları ifade ettiği belirtildikten sonra, *"Yeni vakıfların kuruluşu, mal varlığı, şube ve temsilcilikleri"* başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında yeni vakıfların Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulacağı ve faaliyet göstereceği, beşinci fıkrasında da yabancıların, Türkiye'de, hukuki ve fiili mütekabiliyet esasına göre yeni vakıf kurabilecekleri belirtilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 101. maddesinde de, Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasa'nın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli

menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı öngörülmüştür.

Buna göre, yabancı okulların taşınmaz mallarının, kurucularının veya yetkililerinin önerisi ile kuralda öngörülen 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre kurulan vakıflara devredilebilmesi için vakfın öncelikle, hukuki ve fiili mütekabiliyet esasına göre kurulmuş bir vakıf olması ve kuruluş amacının eğitim vermek olması gerekmektedir. Öte yandan, devredilen bu kurumların yönetim, eğitim ve öğretim özellikleri dikkate alınarak korunması yararlı görülenleri Milli Eğitim Bakanlığı'nca belirlenecektir.

Bu nedenle, yabancı okulların taşınmaz mallarının, Milli Eğitim Bakanlığı'na veya eğitim vermek amacıyla kurulmuş ve kuruluşu mütekabiliyet esasına dayanan yeni vakıflara devredilebilmesine ilişkin kuralda ayrıca mütekabiliyet ilkesine yer verilmemesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

8.2.2007 günlü, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 5. maddesinin (b) bendinin (1) ve (5) numaralı alt bentlerine yönelik iptal istemi, 3.6.2010 günlü, E. 2007/38, K. 2010/76 sayılı kararla reddedildiğinden, bu alt bentlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 3.6.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

8.2.2007 günlü, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 5. maddesinin (b) bendinin (1) ve (5) numaralı alt bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 3.6.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

Esas Sayısı : 2008/77

Karar Sayısı: 2010/77

Karar Günü : 3.6.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul Bölge İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.1984 günlü, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2., 9., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzün 3091 sayılı Yasa hükümleri uyarınca önlenmesi yönündeki başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davanın, İdare Mahkemesi tarafından reddi üzerine Bölge İdare Mahkemesi'ne yapılan itirazda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı vekili tarafından, taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzün 3091 sayılı Yasa hükümleri uyarınca men edilmesi yönündeki başvurusunun reddine ilişkin Küçükçekmece Kaymakamlığının 31.03.2006 tarih ve 2006/04 sayılı kararının iptali istemiyle İstanbul 3. İdare Mahkemesinde açılan davanın reddine ilişkin 04.10.2007 günlü, E:2006/2334 K:2007/2288 sayılı kararın bozulması ve yürütmenin durdurulması istemiyle İstanbul Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilmesi üzerine dosya incelenerek gereği görüşüldü:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Temyiz veya İtiraz İstemlerinde Yürütmenin Durdurulması" başlıklı 52. maddesinin 1. bendinde, "... davanın reddine ilişkin kararların temyizi (itirazı) halinde,

dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi 27. maddede öngörülen şartın varlığına bağlıdır." hükmü getirilmiştir.

Anılan Yasanın 27. maddesinin 2. fıkrasında da, "Danıştay veya idari mahkemeler, İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler." kuralı öngörülmüştür.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45/1-c maddesinde, idare mahkemelerinin 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili olarak verdikleri nihai kararlara, başka kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi, mahkemelerin bulunduğu yargı çevresindeki bölge idare mahkemesine itiraz edilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacı vekili tarafından, 3091 sayılı Kanunun uygulanmasından kaynaklanan işlemin iptali istemiyle açılan davanın reddine ilişkin İstanbul 3. İdare Mahkemesinin 04.10.2007 gün ve E:2006/2334 K:2007/2288 sayılı kararının bozulması istemiyle yapılan itirazın esası hakkında Bölge İdare Mahkemesince bir karar verilinceye kadar yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi isteminde bulunulmuş ise de, 3091 sayılı Kanunun 13. maddesinde; "bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idarî yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez." hükmü karşısında, yürütmenin durdurulması isteminin incelenmesine yasal olanak bulunmadığı anlaşılmaktadır.

3091 Yasa'ya göre tesis edilen idarî işlemler hakkında yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğini öngören bu yasa hükmü, Mahkememizce aşağıda belirtilen gerekçelerle Anayasanın ilgili maddelerine aykırı görülmüş olup; bu yasa hükmünün iptali istemiyle, daha önce Edirne İdare Mahkemesince Anayasa Mahkemesine yapılan itirazın reddine ilişkin 18.04.1996 günlü, E:1996/7, K:1996/11 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının 18.08.1996 tarih ve 22731 sayılı Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren on yıl geçmesi nedeniyle, Anayasanın 152. maddesinin son fıkrası uyarınca tekrar Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmak için anayasal bir engel kalmadığından, sözkonusu Yasa hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekli görülmüştür.

ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Yargı Yolu" başlığını taşıyan 125. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında; "İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

Kanun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir." hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan anayasal hükümlerde, hangi şartlarda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği ve hangi durumlarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesinin kanunla sınırlanabileceği açıkça ortaya konulmuştur.

3091 sayılı Yasa'nın genel amacı; gerçek veya tüzel kişilerin zilyed bulunduğu taşınmaz mallarla kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya Devlete ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahaleler nedeniyle kamu düzeninin bozulmasını önlemek, güvenlik ve asayişi sağlamak olup, 3091 sayılı Kanun'un 13. maddesinde; "bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idarî yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez." hükmü ile taşınmaz mal zilyedliğine yapılan tecavüzlerin önlenmesi hakkında idari makamlarca verilmiş kararlara karşı açılan iptal davalarında, idari yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin "kamu düzeni" gerekçesiyle sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

İdari yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldıran bu Yasa hükmünün, öncelikle Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerindeki "hukuk devleti, hak arama hürriyeti, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükümleriyle bağdaşmamaktadır. Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin aynı zamanda bir "Hukuk Devleti" olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tabi olduğu devlettir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinde de "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne yer verilerek, kişilerin idari yargıya başvuru hakları anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

İdari yargının en önemli araçlarından biri kuşkusuz iptal davasıdır. İdari yargı alanında iptal davaları birlikte en etkili kurum olan "yürütmenin durdurulması" müessesesine Anayasanın 125. maddesinde yer verilmiş olup; idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği hükme bağlanarak, hukuk devleti ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Oysa, 3091 sayılı Yasa'ya göre idari makamlarca tesis edilen işlemlere karşı idarî yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngören 13. madde hükmü Anayasanın 2. ve 125. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, 3091 sayılı Yasa'nın 13. maddesi, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü"nü sınırlayan bir hüküm içerdiği gibi, gayrimenkul zilyetliğine yapılan tecavüzler hakkında tesis edilen idari kararlar açıkça hukuka aykırı olsa ve telafisi güç veya imkânsız zararların meydana geleceği anlaşılsa bile, yargı organınca yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin kamu düzenini bozabileceği varsayımından hareket ederek, yürütmenin durdurulmasına karar verilemeyeceğine dair yasal düzenleme idari makamlarca tesis edilen kararları, yargı kararlarına yeğlendiğinden, böyle bir durumun "hukuk devleti" ilkesiyle ve "hak arama özgürlüğü" ile bağdaşması mümkün değildir. Aksine hukuka aykırı kararların hukuk aleminde yürürlüklerinin sürmesine izin vermenin kamu düzenini bozacağı açıktır.

Anayasa'nın 138. maddesinde "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar verirler" denilmektedir. Hak arama özgürlüğünün güvencesi olan bu kuralla hâkimlere tanınan yargı yetkisinin kullanılmasının ve idari yargı alanında iptal davaları ile birlikte en etkili kurum olan "yürütmenin durdurulması" müessesesinin, 3091 sayılı Yasanın 13. maddesiyle ortadan kaldırılması Anayasa'nın 138. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç olarak, 3091 Yasa'ya göre tesis edilen idarî işlemlerin diğer yasalara göre tesis edilen idari işlemlerden herhangi bir ayrıcalığı da yoktur. Zira genellikle her idarî işlemin kamu düzeni ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgisi vardır. Bu itibarla, idarî işlemler aleyhine idari yargı mercilerinde açılacak iptal davalarında yürütmenin durdurulması kararı verilmesi halinde kamu düzeninin bozulacağı gerekçesiyle yürütmenin durdurulması müessesesinin ortadan kaldırılması, Anayasa'nın yukarıda anılan hükümlerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesi Anayasa'nın 2., 9., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı bulunduğundan, bu konuda karar verilmek üzere Anayasa'nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na başvuruda bulunulmasına 02.07.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.12.1984 günlü, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un itiraz konusu 13. maddesi şöyledir:

"*Yürütmenin durdurulması*

Madde 13– *Bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez.*"

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 9., 36., 125. ve 138. maddelerine dayanılmış, 13. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 11.9.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, idari yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldıran itiraz konusu kuralın, hak arama özgürlüğünü sınırladığı, kamu düzenini bozduğu, ayrıca hâkimlere tanınan

yargı yetkisinin kullanılmasını engellediği belirtilerek, Anayasa'nın 2., 9., 36., 125. ve 138. 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 kararı verilebilir. Bu nedenle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralda, 3091 sayılı Yasa'ya göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurulması halinde, yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği öngörülmekte, gerekçesinde ise; *"Uygulamada 5917 sayılı Kanuna göre verilmiş bulunan kararlar aleyhine Danıştay'da açılan iptal davalarında, istek üzerine, yürütmenin durdurulması kararı da verilmektedir. Bu durumda asıl davanın geç karara bağlanması nedeniyle uygulamanın durdurulması, anlaşmazlığın devamına ve birçok olayların çıkmasına neden olmaktadır. Esasen verilen men kararının infazı yapılıp, yürütme işlemi tamamlandıktan sonra Danıştay'ca yürütmenin durdurulması kararı verildiğinden, bu kararın infazı ile yapılmış bir işlemin aksine yeniden bir işlem yapılması, başkaca hukuki anlaşmazlıklara da yol açmaktadır. Bu sakıncaların giderilmesi için, idari yargı tarafından yürütmenin durdurulması kararı verilmemesi ve anlaşmazlığın kesin kararla çözümlenmesi zorunlu görülmüştür."* denilmektedir.

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

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

Adil yargılanma hakkını 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.*"

denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, *"idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilerek etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Bu kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürümesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işleme ve ona dayanan sonuçlar hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idari işlemin iptal kararına kadar mevcudiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.

Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve

kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı ile dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır.

3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun, gerçek veya tüzelkişilerin zilyed bulunduğu taşınmaz mallarla kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya Devlete ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerin, idari makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarrufa ilişkin güvenliği ve kamu düzenini sağlamak amacıyla çıkarılmıştır.

Yasanın gerekçesinde, getirilen düzenlemenin kamu düzenini korumak amacına yönelik olduğu açıklanmaktadır. Ancak, 3091 sayılı Yasa uyarınca alınan kararların diğer idari işlemlerden farklı bir özelliğinin bulunmaması ve Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yürütmenin durdurulması kararının idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilmesi göz önüne alındığında, 3091 sayılı Yasa'ya göre verilmiş kararlara karşı idari yargıda açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilememesinin kamu düzenini korumayacağı açıktır. Kamu düzeni, hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozulur. Yürütmenin durdurulmasının sınırlanması anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdiri içerisinde ise de, bu yetki sınırsız değildir. Yasa koyucu tarafından kamu düzeni gerekçesine dayanılarak böyle bir düzenleme yapılabilmesi için önemli, genel kabul görmüş, somut nedenlerin bulunması gerekir.

İtiraz konusu kural uyarınca, yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi bu yetkinin sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi, idari yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır.

Ayrıca, idari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğuna göre, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen *"İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması"* koşullarını etkisiz kılarak yürütmenin

durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı ortadan kaldırmakta, 3091 sayılı Yasa'ya göre verilmiş kararlara karşı idari yargıda açılacak davalarda, kişileri bu araçtan yoksun bırakarak hak arama özgürlüğünü de sınırlandırmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 9. ve 138. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

Haşim KILIÇ, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

4.12.1984 günlü, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 3.6.2010 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İptal istemine konu 4.12.1984 günlü, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesinde "Bu kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idari yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez." denilmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında "**Kanun,** olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca milli güvenlik, **kamu düzeni,** genel sağlık **nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir."** denilmektedir. Anayasa'nın bu maddesinin belirtilen fıkrasına ilişkin **Gerekçe'**de de "… idari işlemler için verilecek yürütmenin durdurulması kararlarına istisnai olarak sınır getirilebileceği de maddede düzenlenmiştir. Buna göre, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde veya milli güvenlik, **kamu düzeni** ve genel sağlık **nedenleri** ile **idari işlemler için yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği kanunda öngörülebilecektir."** denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 15.4.1975 tarih ve E.1973/19, K.1975/87 sayılı kararında "…**Mahkemelerin görev ve yetkilerini belirleyen usûl kuralları kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle …"** denilerek, yargılama usûlünü düzenleyen yasal tasarrufların **"kamu düzeninden"** olduğu vurgulanmıştır. **Kamu düzeni** kavramına verilecek anlam ile ilgili bir başka Anayasa Mahkemesi kararında da "**…kamu düzeni** deyiminin, toplumun dirlik ve düzenliğinin sağlanmasını, Devlet'in ve Devlet kuruluşlarının korunmasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle, toplumun her sahadaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığı kuşkusuzdur…" denilmektedir. (Anayasa Mahkemesi'nin 28.1.1964 tarih ve E.1963/128, K.1964/8 sayılı kararı)

Nitekim, 3622 sayılı Yasa'nın 10. maddesi ile İYUK'nun "yürütmenin durdurulması" başlıklı 27. maddesine eklenen 12 numaralı fıkra ile idare yargılama usulünde Danıştay Dava Daireleri ile idari ve vergi mahkemelerinin verecekleri yürütmenin durdurulması istemleri konusundaki kararlara karşı "**itiraz**" yolunun ihdası sonrası, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı savıyla açılan iptal davasında, iptal istemini reddeden Anayasa Mahkemesi, sözkonusu düzenlemeyi Anayasa'nın 138. ve 125. maddelerine aykırı bulmamış ve şu gerekçeyle sonuca ulaşmıştır:

"…Yürütmeyi durdurma ile ilgili kararlara karşı itiraz olanağını getiren yeni düzenlemeler idari yargılama usulü ile ilgili kurallardır. Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kurulması, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usulleri yasayla düzenlenir. Mahkemelerin nihai karardan önce alacakları yasal önlemler ile ileride kendi kararlarının uygulanabilirliğini ve geçerliliğini sağlamak üzere alacakları önlemler yargılama usulü kurallarıdır. **Yürütmeyi durdurma ile ilgili kurallar,** Anayasa'nın 125. maddesi sınırları içinde kalmak ve Anayasa'nın diğer temel kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, **diğer yargılama usulü kuralları gibi yasakoyucu tarafından serbetçe düzenlenebilirler…** Yargı organının kendi içindeki çalışma yöntemleri ile uyguladığı yargısal tekniklerin oluşturduğu yargılama yöntemiyle ilgili dava konusu kurallar, Anayasa'nın 138. maddesinin amacına ve açık anlatımına herhangi bir aykırılık taşımamaktadır. **Dava konusu düzenlemeler, yargısal uygulamalarla ilgili yeni bir çözüm yoludur.** Bu nedenle dava konusu yasa ile konulan itiraz yolunun, Anayasa'nın yürütmeyi durdurmayı düzenleyen 125. maddesinin beşinci fıkrasına ve mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesine aykırı bir yönü yoktur. (Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1991 tarih ve E.1990/20, K.1991/17 sayılı kararı)

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Bu kanunda düzenlenen her türlü para cezası idari niteliktedir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idari mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz ve zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine idari mahkemesince verilen kararlar kesindir." şeklindeki 26. maddesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusunda da Anayasa Mahkemesi, sözkonusu düzenlemeyi şu gerekçeyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır:

"… Bir karara karşı itirazda bulunmak veya kanun yoluna başvurmak, o konuda, hakkın neden ibaret olduğunun tespitini başka bir yargı merciinden de istemektir. **Bunun nasıl yapılacağı ise usul hükümleri ile gösterilir.** Anayasa'da mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre, usul yasalarının Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır… İtiraz konusu kuralla, yasama organı toplumsal düzeni bozan kimi hukuka aykırı durumları yaptırıma bağlama yetkisini idareye vermiş, ancak kişinin haklarını korumak amacıyla bu kararlara karşı idare mahkemelerine itiraz yolunu açmıştır. **Yasama organı bu tür davaların görülmesinde ve sonuçlandırılmasında basit fakat hızlı bir usul**

öngörerek genel hükümlerden ayrılmakta kamu yararı görmüştür… İtiraz konusu kuralla, kanun yoluna başvurulmasına olanak vermeyecek biçimde **hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacıyla getirilen sınırlamada,** demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir… İdarenin toplumsal düzenini bozan davranışlar için bireylere uyguladığı para yaptırımlarına karşı 'itiraz' üzerine verilen kararların kesin olması işin niteliğine aykırı değildir. **Yasakoyucunun,** suç olarak düzenlemediği ve genel mahkemelerin görev ve yetkisinden çıkararak idarenin ceza yaptırımına bağladığı bu yasadaki eylemler için, para değerinin değişkenliğini göz önünde tutarak **hızlı yargılama sağlayan bu yöntemi kabul etmesinde kamu yararını gözettiği açıktır.** Bu nedenlerle, **itiraz konusu kuralla getirilen kanun yolu sınırlaması idarenin yargısal denetimini etkisiz duruma getirmediğinden** Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık yoktur… Anayasa'nın Danıştay'ı idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme mercii olarak tanımlanan 125. maddesinde, tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçirileceği konusunda bir kural yer almamaktadır. **Mahkemelerin kuruluş, görev, işleyiş ve yargılama usullerini Anayasa çerçevesinde düzenlemekle görevli olan yasakoyucunun basit gördüğü kimi davalarda üst yargı yolunu kapayabileceği açıktır.** Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 155. maddesine de aykırı değildir…" (Anayasa Mahkemesi'nin 23.5.2001 tarih ve E.2001/232, K.2001/89 sayılı kararı; AMKD., Sayı:37, 1. Cilt, s. 541-550)

Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1979 tarih ve E.1979/1, K.1979/30 sayılı kararında da "yürütmenin durdurulması" müessesesinin mahiyeti üzerinde durulmuş ve aşağıdaki değerlendirme ve gerekçeyle 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun'un 16. maddesiyle öngörülen "yürütmenin durdurulması kararı verilemez" yolundaki kuralın iptali istemi reddedilmiştir:

"…İptal davasını güvence altına almakta bulunan yürütmenin durdurulması müessesesinin yönetsel yapıdaki önem ve etkisi yadsınamaz. Özellikle, iptal davalarında davalı yerindeki Devletin karşısında zayıf durumda olan davacının haklarının etkin biçimde güvence altına alınmasında, yürütmenin durdurulması kararlarının büyük rolü bulunmaktadır. Ancak, yürütmenin durdurulması müessesesinin yönetsel yargıdaki bu önemli rolü, onun yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası sayılmasını gerektirmez… **Yürütmenin durdurulmasını isteme hakkı,** yargılama yönteminin öteki müesseseleri gibi, **gerekliliğini yasakoyucunun takdir edeceği, dava hakkına göre ikinci nitelikte bir haktır…** Yasa'nın

özel yapısından ve dayandığı kamu yararı düşüncesinden kaynaklandığı anlaşılan iptal konusu hükmün bu yasaya özgü ve yargılama yöntemine ilişkin bir kural olarak, Anayasanın yargı yetkisi, hak arama özgürlüğü, yargı yolu ve mahkemelerin bağımsızlığı konularını düzenleyen 7., 31., 114. ve 132. maddelerine aykırı bir yönü bulunmadığı gibi, konunun yukarıda belirtilen özelliği nedeniyle, **yasakoyucunun burada genel kuraldan ayrılmasını,** Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ve 12. maddesinde yer alan eşitlik ilkelerine aykırı görmeye de olanak yoktur. Belirtilen bu durumun doğal sonucu olarak, kamu yararı düşüncesi ile getirildiği anlaşılan iptal konusu hükmün, Anayasa'nın çalışma ve sözleşme özgürlüğü konusundaki 40. maddesine aykırı bir yönü bulunduğu da düşünülemez…" (RG 14.1.1980, Sayı: 16869)

2- İtiraz konusu kuralın denetimi evvelce Anayasa Mahkemesi'nin 18.4.1996 tarih ve E.1996/7, K.1996/11 sayılı kararıyla yapılmış ve şu gerekçeyle kuralın iptali isteminin reddi yoluna gidilmiştir:

"…3091 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğinin öngörülmüş olması, **kamu düzeninin** korunması gereğinden kaynaklanmaktadır. **Kamu düzeninin** korunması amacıyla idarenin yetkili organlarınca alınan tedbir niteliğindeki kimi kararlar, başka bir işleme gerek duyulmaksızın yerine getirilir. Bu kararlardan zarar görenlere, kararın iptalini istemek konusunda dava hakkı tanınmış olması nedeniyle **yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin engellenmesi idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılamayacağı ilkesini etkilemez.** Tersi durumda, idarenin görevlerini eksiksiz olarak yerine getirmesi, kamu düzeninin sağlanması ve kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız olarak yürütülmesi olanaksız kalır. Yasakoyucu, gerekli durumlarda kimi yönetsel **kararlara karşı anayasal sınırları gözeterek bu yolu açık ya da kapalı tutabilir…** Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında da, **kamu düzeni** ile ilgili hususlarda **yasakoyucunun yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabileceği anlaşılmaktadır…** 3091 sayılı Yasa'nın genel amacı, taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüz ya da müdahale nedeniyle **kamu düzeninin bozulmasını önlemek,** güvenlik ve asayişi sağlamaktır. Nitekim Yasa'nın amaç ve kapsamının belirlendiği 1. maddesinde de '…taşınmaz mallara yapılan tecavüz ve müdahalelerin, idari makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarrufa ilişkin güvenliği ve kamu düzenini sağlar.' denilerek bu özellik vurgulanmıştır. Sonuç olarak, **13. maddede kamu düzeni nedeniyle getirilen sınırlamanın** Anayasa'nın 125. maddesine aykırı bir yönü yoktur. İptal isteminin reddi gerekir…" (RG, 10.1.2007, Sayı: 26399)

3- Yapılan açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; yargılama usulünü düzenleyen yasal tasarrufların "**kamu düzenine"** ilişkin olduğu, ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen 18.4.2006 tarih ve E.1996/7, K.1996/11 sayılı kararında işaret edildiği üzere taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüz ve müdahale konusunda alınacak tedbir ve verilecek kararların kamu düzenini ilgilendirdiği, iptali istenen kuralın dava hakkının özünü ortadan kaldırmasının sözkonusu olamayacağı, böylelikle iptali istenen kuralın, yasakoyucunun bu konuda sahip olduğu takdir hakkı çerçevesinde, kamu düzenini de gözeterek konulmuş bir hüküm mahiyetinde bulunduğu, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasının verdiği açık yetkiye dayanılarak öngörülen sözkonusu "**usuli**" düzenlemenin, belirtilen yönü itibariyle anılan Anayasa hükmünün özüne ve sözüne aykırı düşmediği, sonuç itibariyle de itiraz istemine konu kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olmadığı ve iptal isteminin yukarıda tek tek açıklanan Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan; kuralın iptaline yönelik çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Nuri NECİPOĞLU

Esas Sayısı : 2009/33

Karar Sayısı: 2010/78

Karar Günü : 3.6.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay 11. Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 13.11.1981 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Ek Geçici Madde 16'nın, Anayasa'nın 2., 7., 12., 13., 49. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Resen emeklilik kararının kaldırılması, bu sebeple emeklilikte geçirilen sürenin fiili hizmete ve emekliliğe sayılması, anılan süredeki maaş ve özlük hakları farklarının güncel değeri üzerinden yasal faizi ile birlikte tazmin edilmesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Danıştay 11. Dairesi, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Merkez Valisi olarak görev yapmış olan davacı Güngör Aydın tarafından, 29.1.1982 tarih ve 8/4226 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile resen emekliye sevk edilmesine ilişkin işlemin iptali ve yeniden merkez valisi olarak atandığı tarihe kadar, emekli statüsünde geçirdiği 8 yıl 3 ay 22 günlük sürenin fiili hizmetine eklenerek emeklilik yönünden değerlendirilmesi ve emekli maaşı ile merkez valisi maaşı arasındaki maaş ve özlük hakları farkının bugünkü değeri üzerinden yasal faiziyle birlikte ödenmesi için davalı idarelere yaptığı başvuruların reddine ilişkin işlemlerin iptali ve resen emekliye sevk edilmesine dayanak olan 2559 sayılı Yasanın Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması istemiyle Başbakanlık ve İçişleri Bakanlığına karşı açılan davaya ait dosya incelenerek gereği görüşüldü:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; 49. maddesinde ise, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu, devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı hükümleri yer almaktadır.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kamu kesiminde çalışanlar da dahil olmak üzere tüm çalışanların yaşam seviyesini yükseltmek, çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olan devletin öncelikle, gereken yeterlilik ve özellikleri taşımaları nedeniyle fiilen çalışan kişilerin mevcut işlerini kaybetmemeleri için gerekli olan önlemleri almakla yükümlü olduğu anlaşılmakta olup, fiilen çalışan ve yaptıkları iş için gerekli olan niteliklere ve yeterliliğe sahip olan kişilerin, haklı bir nedene dayanmayan çeşitli gerekçelerle çıkarılan yasalarla işlerine son verilmesinin, çalışma hakkının özüne dokunmak anlamına geleceği sonucuna varılmaktadır.

14.11.1981 tarih ve 17514 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 2559 sayılı 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun Üçüncü Maddesi ile Onbeşinci Maddesinin (h) Fıkrasının Değiştirilmesine ve Otuzdokuzuncu Maddesine (j) Fıkrası ve Bu Kanuna Geçici ve Ek Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanunun 4. maddesinde, "5434 sayılı TC Emekli Sandığı Kanununa aşağıdaki ek geçici maddeler eklenmiştir:

EK GEÇİCİ MADDE 1.-Yirmi fiili hizmet yılını veya ellibeş yaş ve on fiili hizmet yılını dolduran iştirakçilerden, 31 Aralık 1981 tarihine kadar emekliliklerini isteyen ve bu madde hükümlerine göre emekli edilmeleri kurumlarınca kabul edilenlere değişik 41 inci madde uyarınca aylık bağlanır ve emekli ikramiyeleri % 25 fazlası ile ödenir.

EK GEÇİCİ MADDE 2.- Ek geçici 1. maddede yazılı durumda bulunan iştirakçilerden anılan maddede belirtilen süre içinde emekliliklerini istememiş olanlar 31 Ocak 1982 tarihine kadar, atanmaları Bakanlar Kurulu

Kararı ile yapılmış olanlar atanmalarındaki usule göre, diğerleri müşterek kararla resen emekliye sevkedilebilirler.

Herhangi bir Bakanlığa bağlı olmayan Kuruluşlardaki iştirakçiler hakkında da yetkili organların teklifi, Maliye Bakanının önerisi üzerine müşterek kararla yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Bunlara değişik 41 inci madde hükümlerine göre aylık bağlanmakla beraber emekli ikramiyeleri %15 fazlasıyla ödenir." kurallarına yer verilmiştir. (Davacının resen emekliye sevkine dayanak oluşturan Ek Geçici 2. madde, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunun Ek Geçici 16. maddesi olarak Kanun metnine dahil edilmiştir.)

Bu hükümler ile idareye verilen takdir yetkisi uyarınca, dava konusu edilen 29.1.1982 tarih ve 8/4226 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile, aralarında davacının da bulunduğu 33 merkez valisi, herhangi bir gerekçe göstermeksizin resen emekli edilmiş; daha sonra, 17.5.1990 tarih ve 90/467 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile resen emekli edilenlerin bir kısmı ve davacı açıktan merkez valisi kadrolarına atanmışlardır.

Davacının ve yukarıda belirtilen diğer merkez valilerinin, resen emekliye sevk edilmelerine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararında herhangi bir gerekçe gösterilmemesi ve daha sonra yeniden merkez valisi olarak atanmaları, bu kişilerin yürüttükleri görevin gerektirdiği niteliklere ve yeterliliğe sahip olmalarına karşın, o dönemin koşullarının sonucu olarak emekliye sevk edildiklerini göstermektedir. Bu durumun, mülki idare amirleri sınıfında uzun süre kamu hizmeti yapmış olan ve daha sonra da tecrübelerinden kamu hizmetlerinde yararlanılabilecek ilgili kişilerin çalışma haklarını ihlal ettiği açıktır.

Buna göre, bakılan uyuşmazlıkta uygulanacak kural niteliğinde bulunan ve idareye, kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından herhangi bir haklı nedene dayanmaksızın ilgilileri resen emekliye sevk etme konusunda yetki veren ve davacının da resen emekliye sevk edilmesine dayanak oluşturan, 2559 sayılı 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun Üçüncü Maddesi ile Onbeşinci Maddesinin (h) Fıkrasının Değiştirilmesine ve Otuzdokuzuncu Maddesine (j) Fıkrası ve Bu Kanuna Geçici ve Ek Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanunun 4. maddesi ile 5434 sayılı Kanuna eklenen Ek Geçici 16. maddenin Anayasanın 12., 13. ve 49. maddelerine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk Devleti ilkesi vurgulanırken, 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye

Büyük Millet Meclisi'nde olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği hükümleri yer almıştır.

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

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesinin 3.4.2007 gün ve E:2005/52, K:2007/35 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre bu düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması zorunludur. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliğini öngören 7. maddesine de aykırılık oluşturacaktır.

Emekli Sandığı iştirakçilerinin zorunlu yaş haddinin, genel olarak, 65 yaşın doldurulduğu tarih olarak belirlenmiş olmasına karşın, 2559 sayılı Kanunun 4. maddesiyle 5434 sayılı Kanuna eklenen Ek Geçici 16. madde ile bazı kamu görevlilerinin yaş haddinden çok önce resen emekliye sevk edilebilmeleri öngörülmektedir. Yasa kuralında, resen emekliye sevk konusunda herhangi bir ölçüt belirlenmemiş ve yasa kuralının uygulaması tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır.

Yasa ile ölçütleri ve uygulama esasları belirlenmeden, çerçevesi çizilmeden resen emekliye sevk konusunda idareye sınırsız yetki verilmesi yasa ile düzenleme anlamına gelmemektedir ve bu şekilde, bir düzenleme yoluna gidilmeden idareye sınırsız takdir yetkisinin bırakılması yasama yetkisinin devri niteliği taşımaktadır. Bu durum hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturacağından, 2559 sayılı Kanunun 4. maddesi ile 5434 sayılı Kanuna eklenen Ek Geçici 16. maddenin Anayasanın yukarıda yer verilen 2., 7. ve 128. maddelerine de aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle ve 2949 sayılı Kanunun 28. maddesi gereğince, 14.11.1981 tarih ve 17514 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe

giren, 2559 sayılı 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun Üçüncü Maddesi ile Onbeşinci Maddesinin (h) Fıkrasının Değiştirilmesine ve Otuzdokuzuncu Maddesine (j) Fıkrası ve Bu Kanuna Geçici ve Ek Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanunun 4. maddesi ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununa eklenen Ek Geçici 16. maddenin Anayasanın 2., 7., 12., 13., 49. ve 128. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine 23.1.2009 gününde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na, 13.11.1981 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen ek geçici 16. maddesi şöyledir:

"Ek geçici 1 nci maddede yazılı durumda bulunan iştirakçilerden anılan maddede belirtilen süre içerisinde emekliliklerini istememiş olanlar 31 Ocak 1982 tarihine kadar; atanmaları Bakanlar Kurulu Kararı ile yapılmış olanlar atanmalarındaki usule göre, diğerleri müşterek kararla resen emekliye sevkedilebilirler.

Herhangi bir Bakanlığa bağlı olmayan Kuruluşlardaki iştirakçiler hakkında da yetkili organlarının teklifi, Maliye Bakanının önerisi üzerine müşterek kararla yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Bunlara değişik 41 nci madde hükümlerine göre aylık bağlanmakla beraber emekli ikramiyeleri % 15 fazlasıyla ödenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 2., 7., 12., 13., 49. ve 128. maddelerine dayanmıştır.

IV- 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 7.5.2009 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- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

İtiraz konusu kural kapsamına girenlerin belirlenmesinde, 2559 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle 5434 sayılı Yasa'ya eklenen ek geçici 15. ve ek geçici 18. maddelerin gözetilmesi gerekmektedir.

5434 sayılı Yasa'nın ek geçici 15. maddesinde, yirmi fiili hizmet yılını veya ellibeş yaş ve on fiili hizmet yılını dolduran iştirakçilerden, 31 Aralık 1981 tarihine kadar emekliliklerini isteyen ve bu madde hükümlerine göre emekli edilmeleri kurumlarınca kabul edilenlere aylık bağlanması ve emekli ikramiyelerinin % 25 fazlası ile ödenmesi öngörülmüştür.

5434 sayılı Yasa'nın ek geçici 18. maddesinde ise Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri, hâkimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, tıp doktorları, üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta – Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları ile subay, astsubay, uzman çavuş ve uzman jandarmalar hakkında itiraz konusu kuralın uygulanmayacağı belirtilmiştir.

İtiraz konusu 5434 sayılı Yasa'nın ek geçici 16. maddesiyle, ek geçici 15. maddede yazılı durumda bulunan iştirakçilerden 31 Aralık 1981 tarihine kadar emekliliklerini istememiş olanların, 1 Ocak 1982 ilâ 31 Ocak 1982 tarihleri arasında atanmaları Bakanlar Kurulu Kararı ile yapılmış olanların atanmalarındaki usule göre, diğerlerinin ise müşterek kararla resen emekliye sevkedilebilmeleri, emekli aylığı bağlanmakla beraber emekli ikramiyelerinin de % 15 fazlasıyla ödenmesi öngörülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında itiraz konusu kuralla idareye bir kısım kamu görevlilerini resen emekliye sevk etme yetkisi verildiği, bu yetkinin ölçütlerinin ve uygulama esaslarının yasa ile belirlenmediği, uygulamanın tamamen idarenin takdirine bırakıldığı, kural gereğince otuzüç merkez valisinin herhangi bir gerekçe gösterilmeden resen emekliye sevk edildikleri, bunlardan bir kısmının daha sonra açıktan atama suretiyle merkez valisi

kadrolarına atandıkları, Devletin kamuda olanlar dahil olmak üzere tüm çalışanların yaşam seviyelerini yükseltmek, çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü olduğu, haklı nedene dayanmayan gerekçelerle yasa kuralıyla işe son vermenin çalışma hakkının özüne dokunduğu, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 7., 12., 13., 49. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.", 128. maddesinde ise "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…" denilmektedir.

5434 sayılı Yasa'nın 40. maddesinde Emekli Sandığı iştirakçilerinin zorunlu yaş haddi, istisna tutulanlarda 60, diğerlerinde 65 yaşın doldurulduğu tarih olarak belirlenmiş olduğu halde itiraz konusu kuralla, yirmi fiili hizmet yılını veya ellibeş yaş ve on fiili hizmet yılını dolduran iştirakçileri, sınırlı süreli de olsa idarenin resen emekliye sevk edebilmesi düzenlenmiş, bu koşullara sahip olanlar arasından resen emekliye sevk edilecek kişilerin belirlenmesinde herhangi bir ölçüt getirilmeyerek inisiyatif tamamen idareye verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine göre düzenlemelerin açık, öngörülebilir ve sınırlarının belirli olması, keyfiliğe neden olabilecek uygulamalara yol açmaması gerektiğinden, resen emekliye sevk edilecek kişilerin belirlenmesinde yetkiyi tamamen idareye bırakan kuralın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Ayrıca, yasa ile esasları belirlenmeden, çerçevesi çizilmeden idareye yetki verilmesi yasa ile düzenleme anlamına da gelmez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı görülerek iptaline karar verilmiş olduğundan ayrıca Anayasa'nın 12., 13. ve 49. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 13.11.1981 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Ek Geçici Madde 16'nın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 3.6.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

Esas Sayısı : 2009/69

Karar Sayısı: 2010/79

Karar Günü : 3.6.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kadirli 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İtiraz konusu kural gereğince alınması zorunlu olan Yüksek Sağlık Şurası raporunun geç gelmesi nedeniyle, sanık hakkında görülen davanın zaman aşımının dolması üzerine itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"…

Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı (sanık ve müşteki yönünden) yargılanmanın makul sürede bitirilmesini de kapsar. Davaya konu olan olayımızda Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması zorunludur. Bu nedenle yargılama sırasında dosya Yüksek Sağlık Şurası'na gönderilerek rapor düzenlenmesi istenilmiş ancak 19.10.2005 tarihinde gönderilen dosya 08.06.2009 tarihinde mahkememize ulaşmış olup bu süreç yaklaşık olarak 3 yıl 7 ay 23 güne tekabül etmektedir. Yüksek Sağlık Şurası'nın mevzuatı gereğince yılda bir defa toplanması, ülkemizin bütün mahkemelerinden gönderilen dosyaların sadece bu kurumca değerlendirmesi nedeni ile dosyaların birikmesine neden olmaktadır. Bunun sonucunda da raporlar geç düzenlenerek yargılama süreci uzamakta olup dava zamanaşımı dolmaktadır. Mahkememizde bu nitelikteki diğer dosyaların da aynı şekilde Yüksek Sağlık Şurası'ndan 3, 4 hatta 5 yıl içerisinde geldiği görülmektedir. Oysa Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre

bilirkişilik kurumu olarak Adli Tıp Kurumu ve mahkemenin doğrudan atadığı kişilerden de bilirkişi raporu alınması imkanı vardır. Bu bilirkişilerden ve kurumlardan alınan raporlar daha az sürede verilmekte ve yargılamanın uzun sürmesine neden olmamaktadır. Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması kanun gereğince zorunlu olmasına karşın görüşü mahkemeyi bağlamamaktadır. Bu nedenle uygulamada genelde Yüksek Sağlık Şurası'nın raporundan sonra Adli Tıp Kurumu'ndan da rapor alınmaktadır. Bu sonuca göre Yüksek Sağlık Şurası'nm raporunun alınması yargılama sürecini uzatmakta ve dava zamanaşımı süresinin dolması nedeni ile sanık ve müştekinin makul sürede adil yargılanma hakkını engellemektedir. Doktorların yapmış oldukları görevleri nedeni ile adli soruşturmalarda 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi gereğince Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınmasının zorunlu olması Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olduğu görüşü ile iptali gerekmektedir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi şöyledir:

"Tababet ve şuabatı sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık görecekleri muhtebirin rey ve mütalaasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak şartiyle meclisi alii sıhhinin mütalaası istifsar edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasa'nın 36. maddesine dayanılmış, 138. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca 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 katılımıyla 1.10.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, adil yargılanma hakkının davaların makul sürede bitirilmesini de kapsadığı, somut olayda itiraz konusu kural nedeniyle Yüksek Sağlık Şurası (YSŞ) görüşünün alınmasının zorunlu olduğu, YSŞ görüşünün Mahkemece istenmesinden itibaren 3 yıl 7 ay 23 gün sonra geldiği, buna bağlı olarak davanın zaman aşımına uğradığı; bütün mahkemelerden gelen taleplerin belli zamanlarda toplanan bir kurul tarafından değerlendirilmesinin gecikmelere neden olduğu, oysa Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre Adli Tıp Kurumu ve doğrudan tayin edilen bilirkişilerden daha kısa sürede rapor alınmasının mümkün olduğu; YSŞ görüşünün mahkemeleri bağlamadığı, bu nedenle genelde Adli Tıp'tan da rapor temin edildiği ifade edilerek sanık ve müştekinin makul sürede yargılanma hakkını engelleyen itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İlk olarak 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'yla kurulan Yüksek Sağlık Şurası, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevlerine Dair Kanun Hükmünde Kararname'yle Bakanlığın sürekli kurulu olarak yeniden yapılandırılmıştır. Temelde Bakanlıkça verilen önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmekle görevli bulunan YSŞ, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un itiraz konusu hükmüyle tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan cezaî konularda görüş vermekle de görevli ve yetkili kılınmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen veya talep üzerine karar verilebileceği, ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemeyeceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Kanun, hangi hallerde bilirkişiye başvurulacağını bazen çok genel ifadelerle belirtirken, sanığın şuurunun tetkiki, ölünün adli muayenesi, otopsi, zehirlenme gibi vakıalar bakımından açıkça öngörmüş; bazı özel kanunlarda da bilirkişiye başvurma mecburiyeti ile bilirkişinin kimliği veya hangi kurum olduğu açıkça vurgulanmıştır. Bu tür durumlarda mahkemece ancak belirtilen resmi bilirkişilerin teknik yardımına başvurulabilir. İtiraz konusu kuralla Şura'ya verilen bu görev de resmî bilirkişilik görevidir. Ancak,

hâkimin yasayla belirlenmiş bilirkişiye başvurma zorunluluğu onun deliller ve bilirkişi raporu üzerindeki takdir yetkisini ortadan kaldırmaz.

On bir üyesi Sağlık Bakanlığınca ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından seçilen Şuranın tabii üyeleri Bakanlık Müsteşarı, Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürü, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü ve I. Hukuk Müşaviridir. Seçilmiş üyelerin görev süresi bir yıldır.

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; hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir.

Anayasanın ilgili görülen 138. maddesine göre Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Bu konuları içeren AİHS'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında; "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir…" denilerek adil yargılanma hakkı tanımlanmıştır.

Hukuk devleti ilkesinin en önemli gereklerinden olan bireylerin temel haklarının korunması, diğer unsurları yanında, adil yargılanma hakkının tanınmasını da içermektedir. Mahkeme önünde adil yargılanma hakkının bireylerce kullanılabilmesi her şeyden önce kişinin madde kapsamına giren medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar veya cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye müracaat hakkını; bu hakkın kullanılmasından sonra da davasının makul sürede görülmesini isteme hakkını içermektedir.

Ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda YSŞ'na resmi bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapısıyla faaliyet gösteren YSŞ'nın görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki

mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir. Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 3.6.2010 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz istemine konu 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesine göre, sağlık mesleği mensuplarının tedavi görevlerini yerine getirirken, bu görevin yerine getirilmesinden doğan suçlarının kovuşturulmasında Yüksek Sağlık Şûrası'ndan görüş alınması gerekli bulunmaktadır.

Yüksek Sağlık Şûrası'ndan zorunlu görüş alınmasının bir nevi bilirkişilik olduğu, aynı konuda Adli Tıp Kurumu'nun da bilirkişilik görevi yaptığı, bunun da uygulamada bir ikiliğe ve davaların uzamasına yol açtığı, dolayısıyla anılan kuralın bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı düştüğü öne sürülebilirse de, kanımızca aşağıdaki nedenlerle bu görüşe katılmaya imkân bulunmamaktadır:

1- Anılan kuralla yasakoyucu, tababet ve şuabatı sanatlarının icrası dolayısıyla işlenen suçlarda, ülke çapında bir merkezi kurum (Yüksek Sağlık Şûrası) ihdas ederek, uygulamada belli tıbbi konularda yeknesaklığı ve

prensibe ilişkin hususlarda birliği sağlamayı amaçlamış; ancak bu Kurumun vereceği görüşün hâkimi (mahkemeyi) bağlayıcı olduğu yolunda bir düzenleme getirmemiştir. Nitekim uygulamada, Yüksek Sağlık Şûrası'nın yazılı görüşüne rağmen, hâkim (mahkeme) bunu yeterli görmüyorsa adli tıbba ya da diğer tıbbi bilirkişilere de başvurabilmekte ve olayın özüne ilişkin yeterli kanaate hangi görüş ya da rapor nedeniyle ulaşıyorsa, bunu esas alarak bir hüküm vermektedir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyici bir yönü bulunmamaktadır.

2- Bir ön bilirkişilik olarak nitelendirilebilecek olan Yüksek Sağlık Şûrası'nı düzenleyen dava konusu kural, mahiyeti itibariyle bir ceza yargılaması kuralı olup; bu kuralla getirilen düzenlemenin de ceza muhakemesi hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri göz önüne alınarak saptanacak ceza yargılaması siyasetine göre belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yerleşmiş içtihatlarına göre, yasakoyucunun ceza yargılaması kurallarını belirlemede bir takdir yetkisi olup; suç ve ceza siyasetinin de bir gereği olarak itiraz konusu kuralı getirmesinde hukuk devleti ilkesine de aykırı bir yön sözkonusu değildir.

3- Dava konusu kuralın, izah edilen mahiyeti itibariyle, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemeleri ve hâkimleri baskı altına alıcı, onları serbest vicdan ve kanaatlerini ortaya koymaktan alıkoyucu bir yönünün olmadığına da ayrıca işaret etmek gerekir.

4- Kural, yine aynı nedenlerle adil yargılanma ilkesini de ihlâl etmemekte; bilakis bu ilkenin gerçekleşmesine yapıcı bir katkıda bulunmaktadır.

Açıklanan gerekçelerle, kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırı bir yönünün olmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği vicdani kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun iptale ilişkin kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Ahmet AKYALÇIN	Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2008/50

Karar Sayısı: 2010/84

Karar Günü : 24.6.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay 5. Daire

İTİRAZIN KONUSU: 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 29. maddesiyle eklenen Geçici Madde 22'nin birinci fıkrasının *"1.8.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca şahsa bağlı hakları 15.8.2003 tarihinden itibaren üç yıl süreyle saklı tutulan personelin şahsa bağlı hakları 14.8.2006 tarihinde sona erer."* biçimindeki ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un uygulanmasını göstermek için Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan 3.8.2006 günlü, 14791 sayılı "Genel Yazı"nın iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Beşinci Daire re'sen iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Dava konusu 3.8.2006 tarihli ve 14971 sayılı Genel Yazıda, 4046 sayılı Yasanın 22. maddesine göre kamu kurum ve kuruluşlarına naklen atanan personelin aylık ve diğer mali haklarına ilişkin olarak açıklama yapılmasının gerekli görüldüğü belirtildikten sonra, anılan Yasanın 22. maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen şahsa bağlı hakları, 15.8.2003 tarihinden itibaren üç yıl saklı tutulan personelin şahsa bağlı haklarının 14.8.2006 tarihinde sona erdirileceği belirtilmiştir.

4046 sayılı Yasanın Geçici 22. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde, "1.8.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi

uyarınca şahsa bağlı hakları 15.8.2003 tarihinden başlayarak üç yıl süreyle saklı tutulan personelin şahsa bağlı hakları 14.8.2006 tarihinde sona erer." hükmü yer almıştır.

Bir statü hukuku olan memur hukuku, memurluğun koşulları ile hak ve yükümlülüklerinin önceden düzenleyici işlemlerle belirlenmesini gerektirir. Yönetimin tek yanlı iradesi ile yaptığı düzenlemelerle getirilen kuralların, yönetimin yine tek yanlı iradesi ile değiştirilmesinde, hukuk devleti ilkelerine uyulmasının ve hukuk düşüncesine sıkı sıkıya bağlılığın varlığı esastır.

Hukuk devletinin gereklerinden biri, hukuksal güvenlik ilkesine uyulması, bir başka anlatımla hukuk kurallarının belirlilik ve öngörülebilirlik niteliklerini taşımasıdır. Hukuksal güvenlik, kişilerin gelecekle ilgili plan, düşünce ve kararlarında var olan hukuk kurallarına güvenerek hareket etmelerinin hukuken korunması gereğini ifade eder. Bu durum hukuk devleti anlayışının bir gereği olduğu kadar, Anayasa'nın 5. maddesiyle, Devlete yüklenen, "vatandaşların refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını sağlama, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmek için gerekli ortamı hazırlama" ödevinin de bir sonucudur.

Hukuk güvenliği, diğer bir deyişle güvenin korunması ilkesi, var olan hukuksal durumun süreceğine olan güvenin boşa çıkarılmaması anlamına gelir. Güvenin korunması, her yasal düzenlemede göz önünde bulundurulması gereken bir husustur.

Yasalar, yürürlükte bulundukları sıradaki olayların hukuki sonuçlarını belirler. Sonra çıkarılan yasaların, önceki yasalarla belirlenen hukuki sonuçları hükümsüz saymaları, hukuki güven ilkesine olduğu kadar, mantığa da aykırılık oluşturur. Zira, kimseden, gelecekte yürürlüğe girecek, bu günden bilinmeyen kurallara uygun davranış beklenilemez. Geriye yürümezlik hukukun genel ilkesidir. Bu kabul, bireyin hukuka duyduğu güveni sarsmama biçimindeki yönetsel ahlak anlayışının da bir sonucudur.

4046 sayılı Yasanın 22. maddesinde şahsa bağlı hak uygulamasına yer verilmiş olup, 22. maddenin şahsa bağlı hak uygulamasını getiren kuralının 15.8.2003 tarihine kadar yürürlükte kalan ilk şeklinde bu uygulamayı zaman bakımından sınırlandıran bir düzenleme yer almamıştır.

15.8.2003 tarihli ve 25200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4971 sayılı Yasanın 6. maddesiyle, 4046 sayılı Yasanın 22. maddesi yeniden düzenlenerek şahsa bağlı hak uygulamasına sınır getirilmiş, 4971 sayılı Yasanın Geçici 2. maddesinin birinci tümcesinde ise,

4971 sayılı Yasanın yayımı tarihinden önce 4046 sayılı Yasanın 22. maddesi gereğince şahsa bağlı hakları saklı tutulan ve halen bu haktan yararlanan personelin şahsa bağlı haklarının 4971 sayılı Kanunun yayımı tarihinden başlayarak üç yıl sonra sona ereceği kurala bağlanmıştır.

Öte yandan 4046 sayılı Yasanın 22. maddesi 5398 sayılı Yasanın 8. maddesiyle yeniden düzenlenmiş, aynı Kanunun 29. maddesiyle 4046 sayılı Yasaya eklenen Geçici 22. maddenin birinci fıkrasının 2. tümcesinde de, 4971 sayılı Yasanın Geçici 2. maddesi uyarınca şahsa bağlı hakları 15.8.2003 tarihinden başlayarak üç yıl süreyle saklı tutulan personelin şahsa bağlı haklarının 14.8.2006 tarihinde sona ereceği kurala bağlanmıştır.

Şahsa bağlı hak uygulamasına üç yıllık sınır getirilmesinden önce ataması yapılanlarla, T.C. Ziraat Bankası ve T. Halk Bankasında görev yapmaktayken ihtiyaç fazlası personel sayılanların söz konusu sınırlamanın getirileceğini beklemedikleri, ihtiyaç fazlası personel sayılma ve atama işlemlerine karşı dava açıp açmama konusunda, mevcut düzenlemeleri göz önüne alarak karar verdikleri, geleceğe ilişkin planlarını şahsa bağlı hak uygulamasının süreceğini düşünerek yaptıklarında kuşku bulunmamaktadır.

Davacıların da, 15.8.2003 tarihinden önce 4046 sayılı Yasa gereğince atanmış olmaları ve atama öncesinde yürürlükte olan kurallarda şahsa bağlı hak uygulamasının zaman bakımından sınırlandırılmamış olması nedeniyle, bu uygulamaya zaman içinde sınırlama getirileceğini beklemeyeceği açıktır.

Atandıkları ya da ihtiyaç fazlası personel sayıldıkları tarihte yürürlükte olan Yasa kuralında tanınan hakkın atandıktan sonra sınırlandırılması, davacıların durumunda olanların Devlete, hukuka ve adalete olan inancını ve güvenini sarsacaktır.

Devlet düzeninin ayakta kalmasını ve yasaların uygulanmasını sağlayan en önemli öğeler, bunlara duyulan gereksinimle birlikte Devlete ve yasalara olan güvendir. Devletin, yönetilenlerin beklentilerini beklenmedik bir biçimde boşa çıkarmak suretiyle kendisine ve yasalara olan güven ve inancı sarsması, Devlet düzeninin de zamanla yıpranmasına yol açabilecektir.

Bu nedenle, dava konusu düzenlemenin dayanağı olan 4046 sayılı Yasanın Geçici 22. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesi Anayasanın 2. ve 5. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 4046 sayılı Yasanın Geçici 22. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dosyada bulunan ilgili belgelerin onaylı birer örneğinin

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 26.3.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un Geçici 22. maddesinin itiraz konusu tümceyi içeren birinci fıkrası şu şekildedir:

"Bu Kanunun 22 nci maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmek üzere Devlet Personel Başkanlığına bildirilenlerden nakil işlemi tamamlanmış olan personel hakkında 22 nci maddenin beşinci ve altıncı fıkralarına göre yapılan fark tazminatı ve şahıslarına bağlı olarak saklı tutulan hakların ödenmesinde, ilgililerin eski kurumları ile ilişiklerinin kesildiği tarih esas alınır. **1.8.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca şahsa bağlı hakları 15.8.2003 tarihinden itibaren üç yıl süreyle saklı tutulan personelin şahsa bağlı hakları 14.8.2006 tarihinde sona erer.** 15.8.2003 tarihinden bu Kanunun 22 nci maddesinde yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihler arasında nakle tabi tutulan ve şahsa bağlı haktan yararlanan personelin şahsa bağlı hakları ise atandıkları yeni kurumlarında göreve başladıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süreyle saklı tutulur ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce nakle tabi tutulan personelin şahsa bağlı haklarının tespitinde ve fark tazminatının ödenmesinde bu fıkra hükümleri hariç 22 nci maddenin bu Kanunla değiştirilen hükümleri aynen uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- 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 katılımıyla 5.6.2008 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, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (1) sayılı cetvelde belirtilen personele şahsa bağlı hak kapsamında yapılacak ödemelerin, itiraz konusu kural ile üç yıllık bir süreyle sınırlandırıldığı, bu düzenleme yürürlüğe girmeden önce ataması yapılan kişilerin ihtiyaç fazlası personel sayılma ve atama işlemlerine karşı dava açıp açmama konusunda mevcut düzenlemeleri göz önüne alarak karar verdikleri, geleceğe ilişkin plânlarını şahsa bağlı hak uygulamasının süreceğini düşünerek yaptıkları, bu hakkın atandıktan sonra sınırlandırılmasının Devlete, hukuka ve adalete olan inancı ve güveni sarstığı, dolayısıyla bu düzenleme ile hukuk güvenliğinin ihlal edildiği gerekçesiyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde, özelleştirme uygulamaları nedeniyle diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen personelin parasal hakları özel olarak düzenlenmiş ve bu kişilere yapılacak parasal hak ödemeleri bakımından, "şahsa bağlı hak" uygulaması kabul edilmiştir. Buna göre, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen kadrolarda görev yapmakta iken nakle tabi tutulan personelin (bu Kanuna göre anonim şirket halinde birleştirilen kuruluşlardaki personel dahil) Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı ve görev tazminatının bir bütün olarak, göreve başladıkları tarihi izleyen ayın başından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile saklı tutulacaktır.

4046 sayılı Yasa'nın Geçici 22. maddesi ile de uygulamada birliğin sağlanması amacıyla söz konusu 22. maddenin uygulanmasına yönelik olarak geçici hükümler getirilmiş ve itiraz konusu kural olan Geçici 22. maddenin birinci fıkrasının ikinci tümcesi ile bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce nakledilen personelin şahsa bağlı hakları için öngörülen üç yıllık süre, tarih aralığı (15.8.2003-14.8.2006) verilmek suretiyle düzenlenmiştir.

Yasakoyucu 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen kadrolarda görev yapan personele yapılacak ödemeler bakımından "şahsa bağlı hak" uygulaması yanında "fark tazminatı ödenmesi" uygulamasını da kabul etmiştir. Buna göre, personelin Devlet

Personel Başkanlığına bildirildiği tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, ikramiye, her türlü zam ve tazminatları (ek tazminat ve bankacılık tazminatı dâhil), makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ücret (fazla mesai ücreti hariç), ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan ödemelerin toplam net tutarının; nakledildiği kurum ve kuruluş tarafından şahsa bağlı hak olarak ödenen aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı ödemeleri ile şahsa bağlı hak dışında yapılan ikramiye, ücret, ek ücret, ek ödeme, ek tazminat, teşvik ödemesi, döner sermaye payı ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (fazla mesai ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarının, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir.

"Şahsa bağlı hak" uygulaması 3 yıllık süre ile sınırlandırılmışken "fark tazminatı ödenmesi" uygulaması, aradaki farkın kapanmasına kadar uygulanacak bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Şahsa bağlı hak ve fark tazminatı ödenmesi uygulamalarına belirtilen hallerin gerçekleşmesinden daha önce son verilmesi, ancak ilgililerin atandıkları kurumdaki kadro unvanı veya pozisyonlarında isteklerine bağlı olarak herhangi bir değişiklik olması ya da başka kurumlara geçmeleri koşuluna bağlanmıştır.

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

Hukuk devleti ilkesinin alt ilkelerinden birisini de hukuk güvenliği oluşturmakta ve bu ilke ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuki güvenlik ilkesi, kazanılmış hakların korunmasını da kapsamakla birlikte bununla sınırlı olmamakta, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.

Hukuk devletinde yasa koyucunun kazanılmış hakları ihlal etmemek koşuluyla geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapmasına ya

da yeni kurallar koymasına, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirlemesine engel bulunmamaktadır.

İtiraz konusu kural Yasa'nın yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar atama işlemi yeni yasa yürürlüğe girmeden önce gerçekleşmişse de yeni yasa yürürlüğe girdikten sonra elde edilecek parasal haklar bakımından henüz tahakkuk edip kesinleşmiş kişisel bir alacak söz konusu değildir. Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren şahsa bağlı hak kapsamındaki parasal haklar üç yıl boyunca ödenmeye devam edecek, üç yılın sonunda ise sona erecektir. Yasa, yürürlüğe girmesinden önce tahakkuk edip kesinleşmiş ve ödenmiş bulunan parasal hakları olumsuz yönde etkileyecek bir hüküm içermemektedir.

İtiraz konusu kural ile özelleştirme uygulamaları nedeniyle diğer kamu kurumlarına atanacak personel hakkında öngörülen "şahsa bağlı hak" uygulamasına ilişkin düzenlemenin, söz konusu personelin maddi anlamda mağdur olmalarının önlenmesi amacını güttüğü ve yasa koyucunun bu konudaki takdirini yansıttığı, şahsa bağlı hak uygulamasının sona ermesi durumunda fark tazminatı uygulamasına geçilmesinin öngörülmesinin de yine aynı amaca hizmet ettiği anlaşılmaktadır. "Şahsa bağlı hak" uygulaması 3 yıllık süre ile sınırlanmışken "fark tazminatı ödenmesi" uygulaması, aradaki farkın kapanmasına kadar uygulanacak bir yöntem olarak kabul edilmiştir.

İlgililerin şahsa bağlı hakları kapsamında öngörülen parasal haklarının bir süre ile sınırlandırılması hukuki güvenlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyeceğinden, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kural'ın Anayasa'nın 5. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 29. maddesiyle eklenen Geçici Madde 22'nin birinci fıkrasının " 1.8.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca şahsa bağlı hakları 15.8.2003 tarihinden itibaren üç yıl süreyle saklı tutulan personelin şahsa bağlı hakları 14.8.2006 tarihinde sona erer." biçimindeki ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 24.6.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	

Esas Sayısı : 2008/116

Karar Sayısı: 2010/85

Karar Günü : 24.6.2010

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 13.11.2008 günlü, 5811 sayılı Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

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

"5811 sayılı Yasa'nın 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında, gerçek veya tüzel kişilerce, 01.10.2008 tarihi itibarıyla sahip olunan ve yurt dışında bulunan; para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile varlığı kanaat verici bir belgeyle ispat edilen taşınmazların bu Kanunun yayımlandığı ayı izleyen üçüncü ayın sonuna kadar Yeni Türk Lirası cinsinden rayiç bedelle banka veya aracı kuruma bildirileceği ya da vergi dairelerine beyan edileceği; ikinci fıkrasında da, gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sahip olunan ve Türkiye'de bulunan ancak 01.10.2008 tarihi itibarıyla kanuni defter kayıtlarında işletmenin özkaynakları arasında yer almayan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazların aynı süre içinde Yeni Türk Lirası cinsinden rayiç bedelle vergi dairelerine beyan edileceği hükme bağlanmıştır.

İptali istenen cümle ile; birinci fıkraya göre beyan edilen yurt dışında bulunan varlıkların değerleri üzerinden yüzde 2, ikinci fıkraya göre beyan

edilen Türkiye'de bulunan varlıkların değerleri üzerinden yüzde 5 oranında vergi alınması öngörülmekte, diğer bir anlatımla beyan edilen varlıkların yurt dışında veya yurt içinde bulunmasına göre vergi oranları farklılaştırılmaktadır.

Herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağını hükme bağlayan Anayasanın 73 üncü maddesi ile vergilendirme ilkeleri açıklanmıştır.

Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın malî gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Malî güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır.

Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik sağlanmasının uygulama aracı olup, malî gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise malî gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır.

Anayasa Mahkemesinin 20.03.2008 tarih ve E.2004/94, K.2008/83 sayılı kararında (R.G.T. 01.07.2008, Sa.26923),

"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 Anayasanın 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, Anayasanın öngördüğü ilkeleri gözetecek şekilde kanunla düzenlenmeli ve doğal olarak vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olan mali gücü de yansıtmalıdır.

denilmiştir.

Dava konusu düzenleme ile malî güç nazara alınmaksızın beyan edilen varlıkların yurtdışında ya da yurtiçinde bulunmalarına göre farklı oranda vergilendirilmeleri öngörülerek mükellefler arasında vergi yükünün dağılımında adalet ve denge bozulmuş ve Anayasanın 73 üncü maddesinde yer alan "herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi" ile "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" ilkelerine aykırılık oluştuğu gibi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngören vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olan mali gücü de yansıtmadığından "vergide eşitlik ilkesi" de zedelenmiştir.

Diğer taraftan bir hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi gerektiğinden hukuk devleti ilkesi de ihlal edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 13.11.2008 tarihli ve 5811 sayılı Bazı Varlıkların Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilk tümcesi Anayasanın 2 nci ve 73 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Vergi sisteminin, ilkeleri, kuralları ve unsurlarıyla istikrarlı ve düzenli olması ve bu düzenin korunması asıl olup, bu düzenin zedelenmesi halinde, sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

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

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar

yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

5811 sayılı Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun'un iptali istenen tümceyi de içeren 3. maddesi şöyledir:

"MADDE 3- (1) Gerçek veya tüzel kişilerce, 1/10/2008 tarihi itibarıyla sahip olunan ve yurt dışında bulunan; para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile varlığı kanaat verici bir belgeyle ispat edilen taşınmazlar, bu Kanunun yayımlandığı ayı izleyen üçüncü ayın sonuna kadar Yeni Türk Lirası cinsinden rayiç bedelle banka veya aracı kuruma bildirilir ya da vergi dairelerine beyan edilir. Bu kıymetler, 213 sayılı Kanun uyarınca defter tutan mükellefler tarafından beyan tarihi itibarıyla kanuni defterlere kaydedilebilir. Bilanço esasına göre defter tutan mükellefler, bu Kanun hükümleri uyarınca kanuni defterlerine kaydettikleri kıymetler için pasifte özel fon hesabı açarlar. Bu fon hesabı, sermayenin cüz'ü addolunur, sermayeye ilave dışında başka bir amaçla kullanılamaz, işletmenin tasfiye edilmesi halinde ise vergilendirilmez. Serbest meslek kazanç defteri ile işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler, söz konusu kıymetleri defterlerinde ayrıca gösterirler. Bu varlıklar dönem kazancının tespitinde dikkate alınmaz.

(2) Gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sahip olunan ve Türkiye'de bulunan ancak 1/10/2008 tarihi itibarıyla kanuni defter kayıtlarında işletmenin özkaynakları arasında yer almayan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazlar, bu Kanunun yayımlandığı ayı izleyen üçüncü ayın sonuna kadar Yeni Türk Lirası cinsinden rayiç bedelle vergi dairelerine beyan edilir. Bilanço esasına göre defter tutan mükellefler, bu Kanun hükümlerine göre 213 sayılı Kanun uyarınca kanuni defterlerine, taşınmazlar dışındaki varlıklarını banka ve aracı kurumlardaki hesaplara yatırmak suretiyle kaydederek pasifte özel fon hesabı açarlar. Bu fon hesabı, sermayenin cüz'ü addolunur ve beyan tarihinden itibaren altı ay içinde sermayeye ilave olunur. Serbest meslek kazanç defteri ile işletme hesabı esasına göre defter tutan mükellefler, söz konusu kıymetleri defterlerinde ayrıca gösterirler. Bu varlıklar dönem kazancının tespitinde dikkate alınmaz. Defter tutma yükümlülüğü bulunmayan gelir vergisi mükellefleri, taşınmazlar dışındaki varlıklarına ait

tutarları banka ve aracı kurumlardaki hesaplara yatırırlar, bunlar için ayrıca diğer şartlar aranmaz.

(3) **Vergi dairelerine birinci fıkraya göre beyan edilen varlıkların değeri üzerinden % 2, ikinci fıkraya göre beyan edilen varlıkların değeri üzerinden % 5 oranında vergi tarhedilir ve bu vergi, tarhiyatın yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenir.** Bu fıkraya ve dördüncü fıkraya göre ödenen vergi, hiçbir suretle gider yazılamaz ve başka bir vergiden mahsup edilemez.

(4) Banka ve aracı kurumlar, kendilerine bildirilen varlıklara ilişkin olarak % 2 oranında hesapladıkları vergiyi, bildirimi izleyen ayın onbeşinci günü akşamına kadar vergi sorumlusu sıfatıyla bir beyanname ile bağlı bulunduğu vergi dairesine beyan eder ve aynı sürede öderler.

(5) Birinci ve ikinci fıkralar kapsamında bildirilen veya beyan edilen varlıklar nedeniyle 1/1/2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin hiçbir suretle vergi incelemesi ve vergi tarhiyatı yapılmaz. Ancak, diğer nedenlerle bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra başlayan 1/1/2008 tarihinden önceki dönemlere ilişkin vergi incelemeleri sonucu gelir, kurumlar ve katma değer vergisi yönünden tespit edilen matrah farkından, bu Kanun kapsamında beyan edilen tutarlar mahsup edilerek tarhiyat yapılır.

(6) Beyan edilen varlıklarla ilgili olarak 213 sayılı Kanunun amortismanlara ilişkin hükümleri uygulanmaz. Bu varlıkların elden çıkarılmasından doğan zararlar, gelir veya kurumlar vergisi uygulaması bakımından gider veya indirim olarak kabul edilmez.

(7) Birinci fıkra uyarınca bildirildiği veya beyan edildiği halde, 1/10/2008 tarihi itibariyle yurt dışında bulunduğu kanaat verici belge ile tevsik edilemeyen ve bildirim veya beyanın yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Türkiye'ye getirilmeyen veya Türkiye'deki banka ya da aracı kurumlarda açılacak bir hesaba transfer edilmeyen para, döviz, altın, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları dolayısıyla veya ikinci fıkra uyarınca beyanda bulunulduğu halde bilanço esasına göre defter tutmayan mükelleflerce söz konusu varlıklara ilişkin tutarların banka ve aracı kurumlara yatırılmaması, bilanço esasına göre defter tutan mükelleflerce ise süresi içinde sermaye artırımında bulunulmaması hallerinde beşinci fıkra hükmünden yararlanılamaz.

(8) İlgili kurum ve kuruluşlar, gerçek ve tüzel kişilerin bu madde uyarınca yapılacak işlemlere ilişkin taleplerini yerine getirmeye mecburdurlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 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 katılmalarıyla 8.1.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde, 5811 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrasına göre beyan edilen yurt dışında bulunan varlıkların değerleri üzerinden yüzde 2, ikinci fıkrasına göre beyan edilen ve Türkiye'de bulunan varlıkların değerleri üzerinden yüzde 5 oranında vergi alınmasının öngörüldüğü, vergide genellik ilkesinin herhangi bir ayırım yapılmaksızın malî gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade ettiği, malî güce göre vergilendirmenin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre vergi alınması anlamına geldiği, bu ilkenin, aynı zamanda vergide eşitlik sağlanmasının uygulama aracı olduğu, malî gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirdiği, vergide eşitlik ilkesinin ise malî gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayandığı, dava konusu düzenleme ile malî güç nazara alınmaksızın beyan edilen varlıkların yurtdışında ya da yurtiçinde bulunmalarına göre farklı oranda vergilendirilmeleri öngörülerek mükellefler arasında vergi yükünün dağılımında adalet ve dengenin bozulduğu, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi gerekirken buna uyulmadığından hukuk devleti ilkesinin de ihlal edildiği, bu nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu kurala göre, gerçek veya tüzel kişilerce, 1.10.2008 tarihi itibarıyla sahip olunan ve yurt dışında bulunan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile varlığı kanaat verici bir

belgeyle ispat edilen taşınmazların, 5811 sayılı Yasanın yayımlandığı ayı izleyen üçüncü ayın sonuna kadar rayiç bedelle banka veya aracı kuruma bildirilmesi ya da vergi dairelerine beyan edilmesi halinde beyan edilen varlıkların değeri üzerinden % 2 oranında vergi tarh edilecek ve bu vergi tarhiyatın yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenecektir. Öte yandan, gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sahip olunan ve Türkiye'de bulunan ancak 1.10.2008 tarihi itibarıyla kanuni defter kayıtlarında işletmenin öz kaynakları arasında yer almayan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazların, anılan Yasanın yayımlandığı ayı izleyen üçüncü ayın sonuna kadar Yeni Türk Lirası cinsinden rayiç bedelle vergi dairelerine beyan edilmesi halinde, beyan edilen varlıkların değeri üzerinden % 5 oranında vergi tarh edilecek ve aynı şekilde tarhiyatın yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar ödenecektir.

Anayasa'nın 73. maddesinde, *"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. Yasa koyucunun vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile mali güçlerini göz önünde bulundurması gerekir.

Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Mali güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olup, mali gücü fazla olanın mali gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise mali gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır. 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.

İptali istenen kuralla yurt dışında bulunan sermaye piyasası araçlarıyla varlığı kanaat verici bir belgeyle ispat edilen taşınmazların banka veya aracı kurumlara bildirilmesi veya vergi dairelerine beyan edilmesi öngörülerek yurtdışında bulunan sermayenin Türkiye'ye getirilmesi ve ekonominin canlandırılmasının amaçlandığı, ayrıca Türkiye'de bulunan sermaye piyasası araçları ise "gelir veya kurumlar vergisi mükellefleri" tarafından beyan edilebilecek olup, bu kuralla da işletmelerin kayıtlarında yer almayan sermaye piyasası araçları ile taşınmazların işletme bünyesine alınmasıyla işletmelerin yapılarının güçlendirilmesine çalışıldığı anlaşılmaktadır.

Türkiye'de bulunan sermaye piyasası araçları ve taşınmazlar ulusal sermayeye zaten dâhil olup, ulusal ekonominin gelişmesine katkıda bulunmaktadır. Daha önce beyan edilerek işletmelerin defter kayıtlarına geçirilmiş olması gereken bu kaynaklar, vergi matrahı dışında bırakılmış, dolayısıyla vergisi tahsil edilememiş matrah farklarıdır. Bu durumda, bu miktarların yasa koyucu tarafından belli usuller çerçevesinde işletmelerin sermayelerine dâhil edilmelerinin sağlanması sonucunda % 5 oranında vergilendirilerek yurtdışında bulunan sermaye piyasası araçlarından farklı oranda vergilendirilmesinin haklı bir nedene dayanmakta olduğu görülmektedir. Dava konusu kural uyarınca elde edilecek gelirler kamu giderlerini karşılamak için kullanılacak olup, sermaye piyasası araçlarının bulunduğu yer ve işlev yönünden maliye politikasına uygun olarak dengeli bir dağılımla mali yükümlülük konulmuştur. Kaldı ki, toplumun yapısı, ekonomik süreçte meydana gelen kimi değişiklikler ve enflasyonun yarattığı olumsuz sonuçlar dikkate alınarak yeni bir vergi konulabileceği gibi, mevcut vergilerin kaldırılabileceği veya oranlarının azaltılıp çoğaltılabileceği konusunda herhangi bir duraksamaya yer yoktur.

Kuralla getirilen vergi oranlarının ölçüsüz olmadığı, bu oranların yasayla belirlendiği, yurtdışında bulunan sermaye piyasası araçlarıyla yurt içinde bulunan sermaye piyasası araçlarının farklı özelliklere sahip bulunduğu gözetildiğinde, kuralın Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

5811 sayılı Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilk tümcesine yönelik iptal istemi, 24.6.2010 günlü, E.2008/116, K.2010/85 sayılı kararla reddedildiğinden bu tümceye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 24.6.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

13.11.2008 günlü, 5811 sayılı Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 24.6.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	

Esas Sayısı : 2010/49

Karar Sayısı: 2010/87

Karar Günü : 7.7.2010

İPTAL DAVASINI AÇAN: Ankara Milletvekili Hakkı Suha OKAY, İzmir Milletvekili Kemal ANADOL ile birlikte 111 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un;

A) Kanun teklifinin getirilmesi, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, TBMM Genel Kurulunda görüşülüp oylanması, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından tüm maddelerinin;

B) Ayrıca özel Anayasaya aykırılık nedenleriyle de:

1- 8. maddesiyle 7.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 74. maddesine, üçüncü fıkrasını yürürlükten kaldırılarak eklendiği ifade edilen; madde başlığında yer alan "… ve kamu denetçisine başvurma…" ibaresinin ve üçüncü fıkrada yer alan "… ve kamu denetçisine başvurma… " ibaresi ile dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının,

2- 14. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 144. maddesinin,

3- 16. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 146. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

4- 19. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 149. maddesinin,

a- Birinci fıkrasının "Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır." Biçimindeki dördüncü tümcesinin,

b- Üçüncü fıkrasının,

5- 22. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 159. maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci, onikinci, onüçüncü fıkralarının,

6- 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen;

a- Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının,

b- Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d), (e) bendlerinin, ikinci fıkrasının, üçüncü fıkrasının, dördüncü fıkrasının, altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin, yedinci ve sekizinci fıkralarının,

7- 26. maddesinde yer alan "…ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle… " ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 4., 87. ve 175. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"I.A. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Tümünü İlgilendiren Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

I.A.1. Teklifin Getiriliş Biçimi Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinde "Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir…

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir" hükmü yer almaktadır.

Bu hükümden hemen anlaşılabileceği gibi, teklif bakımından, Anayasa değişikliğine yönelik kanunlar ile diğer kanunlar arasında iki önemli fark bulunmaktadır.

Bunlardan birincisi, Anayasa değişikliğine ilişkin olmayan kanun teklifleri tek bir milletvekili tarafından yapılabilirken, Anayasa değişikliğine yönelik kanun teklifleri için TBMM üye tamsayısının en az üçte birinin imzasının gerekmesidir.

İkinci fark ise, Bakanlar Kurulunun sıradan kanunlar için tasarı ile değişiklik önermesi mümkün iken, Anayasa değişikliklerinin yalnız milletvekillerince teklif edilebilmesidir.

"Tasarı" ve "teklif" arasındaki görünürdeki temel ayrım, sunulan metni imzalayanların kişisel ve kurumsal farklılığı olmakla birlikte, gerçekteki

temel ayrım, "imza iradesi"dir. Bu iradenin gerekli incelemeyi, araştırmayı ve usulü yansıtması gerekir. Anayasanın 175 inci maddesiyle getirilen teklif kuralı, aynı zamanda "tasarı" yasağını içermektedir.

Bu yasak, Anayasanın Anayasa değişikliklerinin bakan ya da başbakanların değil, tamamıyla milletvekillerinin iradesinin ürünü olmasını istemesinden kökenlenmektedir.

Bir metnin teklif niteliğini taşıyabilmesi, tasarı ya da bir parti metni olmamasına; o metnin tümüyle milletvekili iradesine dayanmasına bağlıdır.

Oysa 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Kanunun teklif olarak sunulmadan önce geçirdiği süreç, bu Anayasa değişikliğinin tümüyle milletvekili iradesine dayalı bir öneri niteliğini taşımadığını; Başbakanın başkanlığında bir tasarı gibi hazırlandığını; daha sonra hazırlanan metne sadece Adalet ve Kalkınma Partisi TBMM Grubundaki milletvekillerinin imzalarının alınması yoluyla bir teklif görünümü kazandırılarak, Anayasaya uygunluğun sağlanmaya çalışıldığını göstermektedir. Ancak bu durum, Anayasa değişikliği teklifinin, teklif görünümü verilmiş bir kanun tasarısı olduğu gerçeğini değiştirmeye yetmemektedir. Kaldı ki bizzat Başbakan bile, bu Anayasa değişikliği teklifinden çoğu kez "tasarı" olarak söz etmek suretiyle durumu açıkça ifade etmiş; durum, kamuoyunca da böyle algılanmıştır.

Dahası, oylama sürecinde Adalet ve Kalkınma Partisinin üç kez grup toplantısı yapması; Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın "ya tarih yazarsınız ya tarih bizi siler" açıklaması da, değişiklik önerisinin bizzat Başbakanca sahiplenildiğini ortaya koymaktadır.

Böyle bir durumun Anayasanın 175 inci maddesinin birinci fıkrasına aykırı düştüğü açıktır.

Öte yandan, Anayasa değişikliğinin bir tasarı niteliğini taşımasına rağmen, teklif görünümü verilmeye çalışılarak önerilmesi, kamunun hukuka güven duygusunu da sarsmıştır. Bu da hukuk devleti ile bağdaşmaz. Çünkü Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, "hukuk devleti, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir" (Bkz. AYMK. 2.7.2009 günlü E.2005/66, K.2009/102). "Vatandaşların Devlete karşı güven duyabilmeleri, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri hukuk güvenliğinin sağlandığı bir sistem içinde olanaklıdır" (Bkz. AYMK. 28.9.1995 günlü E.1995/24, K.1995/52).

Bu durum, 5982 sayılı Kanunun, bir tasarı niteliği taşımasına rağmen teklif görünümü verilerek önerilmesinin, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen ve hukuk güvenliği temel unsuru olan "hukuk" devleti ilkesine de aykırı olduğunu ortaya koymaktadır.

5982 sayılı Kanun bir Anayasa değişikliği gerçekleştirdiği için bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesinin Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesine aykırı olarak değiştirildiği anlamına gelmektedir. Bu da yasakoyucuya yetki tanınmamış bir husustur ve Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırıdır.

Bu açıklamalardan hareketle, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun daha teklif edilirken, Anayasaya aykırı düştüğü ve bu aykırılığın 5982 sayılı Kanunun tüm hükümlerini ilgilendirdiğini göstermektedir.

Anayasanın 148 inci maddesinde, Anayasa Mahkemesine Anayasa değişikliklerini şekil açısından denetleme yetkisi verilmiş ve bu şekil denetiminin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda belirtilen hususlar "teklif" unsuru ile ilgili olduğundan Anayasa Mahkemesinin denetim alanı içinde kalacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunu, tüm hükümleri bakımından şekil açısından denetleyerek Anayasanın 175 inci maddesine aykırı biçimde, teklif görünümü verilmeye çalışılmış bir tasarı olarak önerildiği gerekçesiyle iptal etmesi gerekmektedir. Aynı zamanda yukarıda açıklandığı gibi yapılan bu Anayasa değişikliği önerisi, bir tasarı niteliği taşıması bakımından, yukarıda açıklandığı gibi hukuk güvenliği temel unsurlarından birisi olan ve Anayasamızın 2 inci maddesinde açıklanmış bulunan hukuk devleti ilkesini değiştirici niteliği nedeniyle Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddesine de aykırı düşmüştür. Bu da bir başka iptal nedenidir.

I.A.2. Anayasa Komisyonundaki Görüşme Biçimi Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun Anayasa Komisyonunda görüşülmesi aşamasında da, Anayasaya aykırı uygulamaların yapıldığı görülmektedir.

Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve Samsun Milletvekili Suat Kılıç ile 214 Milletvekili "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi"ni TBMM Başkanlığı'na sunmuşlar ve 2/650 E.

sayılı bu teklif, TBMM Başkanlığınca Anayasa Komisyonuna havale edilmiştir. Anayasa Komisyonu Başkanı bu teklifi görüşmek üzere Anayasa Komisyonunu 07.04.2010 Çarşamba günü 10:30 da toplantıya davet etmiş ve bunu TBMM'ndeki siyasi parti grup başkanlıklarına yazı ile bildirmiştir.

Ancak daha sonra, söz konusu teklifteki milletvekili imzalarının "stok imza" olarak adlandırılan, milletvekillerinden hangi konuda kullanılacağı belirtilmeden önceden alınan imzalar olduğu; bu nedenle de aralarında TBMM Başkanı Mehmet Ali Şahin'in de imzası bulunduğu ortaya çıkmıştır. Ancak TBMM Başkanlığına verilen kanun teklifindeki imzaların bulunduğu çizelge Anayasa Komisyonuna gelme aşamasında değiştirilmiş, ikinci stok imza teklif metnine eklenerek Anayasa Komisyonuna sunulmuştur. Bu gelişmelerden sonra 61 Milletvekili 2/650 E. Sayılı kanun teklifinden imzalarını geri çekmişlerdir.

Bunun üzerine Anayasa Komisyonu Başkanı, 2/650 E. sayılı Teklifi, Anayasa Komisyonunda görüşmeye açmadan, resen ve imza sayısının Anayasanın 175 inci maddesinde öngörülen yetersayının altına düştüğü gerekçesi ile TBMM Başkanlığı'na geri göndermiş ve 2/650 E. sayılı teklifin görüşüleceği 07.04.2010 tarihli toplantıyı iptal etmiştir.

Bu arada Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanı İstanbul Milletvekili Recep Tayyip ERDOĞAN VE 264 milletvekili, "07.11.1982 Tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi"ni TBMM Başkanlığına sunmuşlar ve 2/656 E. sayılı bu teklif Anayasa Komisyonuna havale edilmiş; Anayasa Komisyonu Başkanı bu teklifi görüşmek üzere Anayasa Komisyonunu 8 Nisan 2010 tarihinde toplantıya davet etmiştir. 2/656 E. sayılı kanun teklifi, Anayasa Komisyonunda görüşülerek kabul edilmiş; TBMM'de de kabulünden sonra 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun olarak, Resmi Gazete'de halkoyuna sunulmak üzere yayımlanmıştır. Bu süreçte göze çarpan Anayasaya aykırı uygulamaları şu şekilde özetlemek mümkündür:

- Bir Anayasa değişikliği teklifi Anayasa Komisyonunun gündemine alındıktan ve hatta toplantı tarihi belirlendikten ve toplantı daveti yapıldıktan sonra bu teklifteki kimi imzalar geri çekilmiş ve kalan imzalar Anayasanın öngördüğü kabul yetersayısının altına düşmüşse; bu durumda Komisyonun TBMM İçtüzüğünün 26 ncı maddesi uyarınca gündemine sahip çıkması ve önergenin akıbeti hakkında karara varması gerekir. (Bkz.Dr. Erdal Onar, "1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu; Ankara 1993, sa.1, dipnot 28)

Böyle bir durumda Anayasa Komisyonu Başkanının yapılacak işlemi belirlemek için Komisyonda müzakere açmak yerine, Anayasa değişikliği teklifini, teklifteki imzaların kimilerinin geriye alınması nedeniyle, Anayasanın öngördüğü teklif yetersayısının altına düştüğü gerekçesiyle res'en TBMM Başkanlığına geri göndermesi kabul edilemez ve Anayasa Komisyonunun gündemine sahip olmasını, TBMM İçtüzüğünün 26 ncı maddesine aykırı olarak engelleyen bir durumdur.

- Belli sayıda imza ile yapılabilecek olan Anayasa değişikliği teklifleri, kollektif bir iradenin kullanımı sonucunda yapılan ortak irade beyanları niteliğini taşıdıkları için, bu tekliflerin geri alınması da, ancak aynı toplu irade tarafından yapılabilir; yani yukarıdaki koşullar doğrultusunda yapılmış bir anayasa değişikliği teklifinin geri alınmış olması sonucu, ancak teklifi yapanların tümünün imzalarını geri çekmeleri halinde doğar.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 25.7.2005 günlü, E.2004/2 (Siyasi Parti-İhtar), K.2005/4 sayılı kararında bu hususu vurgulamıştır.

Bu nedenle 2/650 E. sayılı kanun teklifini imzalayanlardan sadece altmış bir kişinin imzasını geri çekmesi, bu teklifin geri alınmış olduğu sonucunun doğması için yeterli değildir. Bu bakımdan 2/650 E. sayılı kanun teklifinin söz konusu 61 kişi imzasını çekse bile, Anayasanın öngördüğü teklif yetersayısına uyularak TBMM Başkanlığına yapılmış ve Anayasa Komisyonunun gündemine girmiş geçerli bir teklif olma niteliğini koruduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bu durumda da, Anayasa Komisyonunun bu geçerliliğini koruyan teklifi, TBMM İçtüzüğünün 35 inci maddesinin verdiği yetki çerçevesinde, yakından ilgili olduğu 2/656 E. sayılı teklifle birleştirerek görüşme imkanının doğacağı açıktır.

Ancak Anayasa Komisyonu Başkanının, 2/650 E. sayılı kanun teklifini, teklifteki imza sayısının Anayasanın 175 inci maddesinde öngörülen yetersayının altına düştüğü gerekçesiyle resen TBMM Başkanlığına iade etmesi, hem Anayasa Komisyonu Başkanı için bir yetki aşımı olmuş; hem de Anayasa Komisyonunu, gündemine hakim olarak TBMM İçtüzüğünün 26 ncı maddesi uyarınca 2/650 E. sayılı kanun teklifinin geçerliliğini müzakere ve karara bağlamak ve 2/656 E. sayılı kanun teklifi ile TBMM İçtüzüğünün 35 inci maddesi uyarınca birleştirerek görüşmek imkanından mahrum bırakmıştır.

Bunun, milletvekillerinin Anayasanın 87 nci maddesinde TBMM'ne verdiği kanun koymak yetkisini, Anayasanın 95 inci maddesinin birinci

fıkrası gereğince TBMM'nin yaptığı TBMM İçtüzüğünün 26 ncı ve 35 inci maddeleri doğrultusunda kullanmasını engelleyen bir durum olduğu ve Anayasanın 87 nci maddesine aykırı düştüğü ortadadır.

Öte yandan, Komisyon Başkanının görevleri İçtüzükte sayılmıştır. Gündeme alınan bir tasarı ya da teklif hakkında karar verme yetkisi Başkanın değil, usulüne uygun olarak toplanan Komisyonundur. Başkan, Komisyona ait yetkiyi kullanmıştır. İçtüzük değişikliği niteliğindeki bu işlem, Komisyona ait karar yetkisinin, hukuka aykırı olarak Komisyon Başkanı tarafından kullanılması nedeniyle Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Söz konusu 5982 sayılı Kanun bir Anayasa değişikliği yaptığı için bu aykırılık, 5982 sayılı Kanunun Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğini değiştirdiği anlamına gelmektedir ki, bu da Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik ilkesine aykırıdır.

Yukarıda da belirtildiği gibi Anayasamız, 148 inci maddesinde Anayasa Mahkemesine Anayasa değişikliği yapan kanunları şekil açısından denetleme yetkisini vermiş; şekil denetimini de teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır.

Yukarıda belirtilen durum "teklif" aşaması ile ilgili ve söz konusu Kanunun tüm maddelerini ilgilendiren bir şekil aykırılığıdır ve Anayasa Mahkemesinin denetim alanına gireceği açıktır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm maddelerini, yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasanın 2 nci, 4 üncü, 87 nci ve 95 inci maddelerine aykırı olduğu için iptal etmesi gerekmektedir.

I.A.3. Türkiye Büyük Millet Meclisinde Oylanma Biçimi Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinde Anayasanın değiştirilmesi hakkında kanun tekliflerinin kabulünde gizli oy esası getirilmiştir.

Ancak 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, TBMM'deki görüşmelerinde 1 ve 2 nci tur oylamalarında oy gizliliğine uyulmamış olduğu görülmektedir.

Oy gizliliğinin ihlal edildiği; oy gizliliğinin sağlanması için önlem alınması gerektiği muhalefet partilerinin milletvekilleri ve Grup

Başkanvekillerince sıklıkla dile getirilmesine, bu konuda tartışmalar yapılmış olmasına rağmen TBMM Başkanlığınca herhangi bir önlem alınmamıştır.

Ekte sunulan belge ve bilgilerden, kimi milletvekillerinin diğerlerinin oy pulunu gördüğü, oy zarfını denetlediği, oy kabinine birlikte girdiği, bu görüntülerin özellikle 5982 sayılı kanunun çerçeve 8 inci maddesinin düşmesinden sonra yeni numarası ile çerçeve 16 ncı ve devamı ile çerçeve 22 inci maddelerinde ihlallerin doruk noktasına ulaştığı, sonuç olarak oylamalarda gizlilik ilkesinin ihlal edildiği açık olarak görülmektedir.

Böyle bir durum, Anayasanın 175 inci maddesine açıkça aykırıdır ve bu aykırılık, söz konusu Kanunun 1 inci tur oylamalarında sözkonusu olsa bile, Kanunun tümünü geçersiz kılacak niteliktedir. Çünkü Kanunun 2 nci tur oylamaları ve tümü hakkındaki oylama 1 inci tur oylamaların hazırladığı zemin üzerinde yapılmaktadır.

Anayasamızın 148 inci maddesinde, Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliği yapan Kanunları ancak şekil açısından denetleyebileceği bildirilmiş ve bu denetim teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır.

Bir oylamanın öngörülen çoğunlukta yapılıp yapılmadığı ancak geçerli oylar bakımından belirlenebilecek bir husustur. Bu nedenle oylama çoğunluğuna uyulup uyulmadığının anlaşılabilmesi için önce kullanılan oyların ne kadarının geçerli olduğu ortaya konulmalıdır. Oy gizliliğinin ihlal edilmiş olması ise, oyun geçerliliğini ortadan kaldıran bir durumdur. Bu nedenle, Anayasanın 148 inci maddesinin Anayasa Mahkemesine verdiği oylama çoğunluğuna uyulup uyulmadığını denetleme yetkisinin evleviyetle oylamanın geçerli olup olmadığı hususunu da içerdiği kabul edilmelidir.

Duruma bu açıdan bakılınca, olayda Anayasa Mahkemesinin oylamanın geçerliliğini de denetlemesi ve oy gizliliğinin Anayasanın 175 inci maddesine aykırı olarak bozulduğu gerekçesiyle 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tümünü iptal etmesi gerektiği görülmektedir.

I.A.4. İvedilikle Görüşülmeme Şartı Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinin 1987 tarih ve 3361 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez" denirken; maddede, anılan Kanunla yapılan değişiklikten sonra, bu ifade "Anayasanın

değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür" şekline dönüştürülmüştür.

Bu nedenle Anayasanın 148 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı" ibaresinin, "Anayasa değişikliği teklifinin TBMM Genel Kurulunda iki kere görüşülüp görüşülmediği" olarak anlaşılması gerekmektedir. (Bkz. Erdal Onar, "1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu", Ankara 1999, s. 153; Ergun Özbudun, "Türk Anayasa Hukuku", Gözden Geçirilmiş 6. baskı, Ankara 2000, s. 151; Erdoğan Teziç, "Anayasa Hukuku", 13. bası, İstanbul 2009, s. 171)

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun ise TBMM Genel Kurulunda Anayasanın öngördüğü biçimde iki defa görüşülmediği görülmektedir. Çünkü Anayasanın 175 inci maddesinde, Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabi kılınmıştır. Kanunların TBMM Genel Kurulunda nasıl görüşüleceği, TBMM İçtüzüğünün 81 inci maddesinde belirtilmiştir. 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun TBMM Genel Kurulundaki birinci görüşmesinde, İçtüzüğün 81 inci maddesi hükmü doğrultusunda uygulama yapıldığı görülmektedir; ancak ikinci görüşmede, İçtüzüğün 81 inci maddesinde kanunlar için öngördüğü usulün dışına çıkılmış ve sadece maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergeleri görüşülmüş; siyasi parti gruplarına, maddeler üzerinde söz verilmemiştir.

Böyle bir yöntemle yapılan ikinci görüşmenin Anayasanın 175 inci maddesinde belirtilen anlamda bir ikinci görüşme sayılamayacağı ortadadır. Çünkü Anayasanın 175 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca iki defa yapılacak görüşmenin, her ikisinin de, kanunların görüşülmesinde uygulanan ve TBMM İçtüzüğünün 81 inci maddesinde belirtilen usul doğrultusunda gerçekleştirilmesi; bu bağlamda ikinci görüşmede de tüm maddeler üzerinde siyasi parti gruplarına söz verilmesi gerekmektedir.

Bu şekilde yapılmayan bir ikinci görüşmenin, Anayasanın 175 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı düşeceği ve bu aykırılığın, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm maddelerini ilgilendireceği açıktır.

Ancak burada 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun yasalaşma sürecinde TBMM'de yapılan ikinci görüşmede uygulanan yöntemin TBMM İçtüzüğünün 93 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına dayandırıldığının belirtilmesi gerekir. Ne var ki, ikinci görüşmenin İçtüzüğün 93 üncü

maddesinin üçüncü fıkrasına uygun bir yöntemle yapılmış olması, bu görüşmenin Anayasaya da uygun bir nitelik kazanmasını sağlamamaktadır. Çünkü TBMM İçtüzüğünün 93 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında getirilen görüşme yöntemi, Anayasanın 175 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 148 inci maddesinin kendisine verdiği şekil açısından denetim yetkisi kapsamında, ikinci görüşmesi Anayasanın 175 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına uygun olarak yapılmadığı için Anayasanın 175 inci maddesine yukarıdaki gerekçelerle aykırı düşen 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm maddelerini denetlemesi ve iptal etmesi gerekmektedir.

I.A.5. Amacı Bakımından 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, yürürlüğe girdiği günden bu yana, çeşitli açılardan eleştirilerin hedefi olmuş; kimi hükümlerinde bu eleştiriler doğrultusunda önemli değişiklikler yapılmıştır.

Bugün toplumumuz yeni bir Anayasa değişikliği ile karşı karşıyadır. 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla gerçekleştirilen bu Anayasa değişikliğinin, özellikle bu değişiklik paketini hazırlayan ve yasalaşmasını sağlayan iktidar partisi ve ona yakın çevrelerce, "toplumun beklentileri doğrultusunda yapılan bir reform" olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Ancak dikkatli bir inceleme, bu değişikliğin asla toplumun beklentileri doğrultusunda gerçekleştirilmiş bir reform olmadığını ortaya koymaktadır.

Çünkü bu Anayasa değişikliği, Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından, sivil toplum örgütlerinin, ilgili meslek kuruluşlarının, üniversitelerin, konuyla ilgili bilim insanlarının ve siyasi partilerin katkısı alınmadan, görüş ve önerileri de gözardı edilerek ve bir uzlaşma arayışına girilmeksizin hazırlanmıştır. Hatta bu süreçte anayasal kurumların da görüşü alınmamıştır. Bu durum, AB Komisyonunca hazırlanan 3. İstişari Ziyaret Raporunda da "yasa yapma sürecinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun görüşlerinin alınabilmesine imkan tanıyacak resmi görüşme mekanizmasının bulunmadığını öğrenmekten şaşırdık", "Yüksek Kurul ile Parlamento üyeleri arasında adaletin yönetimi ile ilgili yasal reformların tartışılacağı resmi toplantılar yapılmasını teklif ediyoruz" ifadeleriyle belirtilmiştir. Bu görünüm, bu değişikliğin bir dayatmaya, bir parti metnine dönüşmesine neden olmuş; toplumdan ve siyasi partilerden dayatılan metne sadece destek istenmiştir. Halbuki Anayasa değişikliklerinde temel unsurlar "katılım, müzakere ve uzlaşma"dır. Anayasamızın 175 inci maddesinde

Anayasa değişikliklerinin teklif ve kabul aşamalarında nitelikli çoğunluk aranmasının amacı da aslında bu hususların yaşama geçirilmesidir.

Bu Anayasa değişikliğinde, toplumun üzerinde anlaştığı çözümlerin aksi yönde çözümlere yer verilmesi de belirtilmesi gereken bir husustur.

Söz konusu Anayasa değişikliğinin, çağdaş demokratik toplumun gereklerine, Avrupa Birliği çerçevesinde ortaya konulmuş önerilere, değerlendirme ve ilkelere uygun bir nitelik taşımadığı da görülmektedir.

Toplumumuzda ve Avrupa Birliğinde, yargı alanında devletin yapılanması bakımından üzerinde anlaşılarak ve vurgulanarak yıllardır yapılması beklenenler; yargının tam anlamıyla tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanması, bir bağlamda Cumhurbaşkanına Anayasa Mahkemesinin ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üye seçiminde rol tanınmaması, Adalet Bakanı ve Müsteşarına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda yer verilmemesi, yargıç ve savcıları denetleyecek müfettişlerin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlanması, denetimde Adalet Bakanına ve adalet müfettişlerine rol verilmemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu sekreteryasının Kurula bağlanması, hakim adaylarının seçiminde Adalet Bakanına rol tanınmaması, hakimlerin idari yönden Adalet Bakanlığına bağlılıklarının kaldırılması, Anayasa Mahkemesinin yasama ve yürütmeden bağımsız ve daha hızlı çalışmasını sağlayacak bir oluşuma kavuşturulması olarak sıralanabilir.

Bu istemlerin yalnız toplumumuzdan gelmediğini; özellikle Avrupa Birliği bünyesinde de aynı doğrultularda genel veya Türkiye'ye yönelik önerilerin yapıldığını belirtmekte yarar vardır.

Örneğin yargı bağımsızlığı konusunda Avrupa standartını oluşturacak temel ilkeleri belirleyen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (R[94]12) kararında; "Hakimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci, hükümet ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciin bağımsızlığını teminat altına almak için getirilecek kurallarla, merciin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve bu merci kendi usul kurallarını kendisi vaz'etmelidir." ilkesi ortaya konulmuştur. (Bkz. Fazıl Sağlam, "AKP'nin Anayasa Değişikliği'ne Bakı"dan naklen, Cumhuriyet Gazetesi, 3 Nisan 2010)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 13 Ekim 1994 tarihli 518 inci toplantısında kabul edilmiş olan bu kararda, yargı ile ilgili olarak benimsenen bu temel ilkenin dışındaki, değişik ülkelerde görülen ve bir kısmı gelenekten kaynaklanan farklı atama usullerinin ancak uygulamada bağımsızlığı sağlayan hukuki ya da fiili güvencelerin varlığı halinde geçerli

sayılabileceği ifade edilmiştir. Hemen belirtelim ki, Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi (CCJE)'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine sunduğu 10 (2007) No'lu görüşte de, hakimlerin seçimleri ve kariyerleri hakkında karar verecek Kurulun yalnız yargıçlardan oluşması ve bu yargıçların kendi emsallerince seçilmesi, birinci tercih olarak sunulmuştur. CCJE'nin, Kurulun yalnız yargıç üyelerden oluşmadığı durumlarda ise, yargıç olmayan üyelerin yürütme tarafından seçilmemesini önerdiği görülmektedir. (Bkz. Fazıl Sağlam, "AKP'nin Anayasa Değişikliği'ne Bakış", Cumhuriyet Gazetesi, 13 Nisan 2010, ayrıca Bkz. "Avrupa Yargıçları İstişare Konseyi (CCJE)'nin Toplum Hizmetine Adanmış Yargı Yüksek Kurulları Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Dikkatine sunduğu 10 (2007) No'lu Görüş, III.A madde 16 ve 17, III.C.2 nci madde 32)

AB Komisyonu uzmanları tarafından Türk yargı düzeniyle ilgili olarak hazırlanan İstişari Ziyaret Raporlarında da benzer yaklaşımların öne çıktığı görülmektedir.

Örneğin (28 Eylül 2003 – 10 Ekim 2003) tarihli 1. İstişari Ziyaret Raporunda öncelikli öneri; Cumhurbaşkanının, Avrupa Konseyi'nin Hakimlerin Bağımsızlığına İlişkin Tavsiyelerinin I (2) (c) ilkesi uyarınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliklerine atama yetkisinin kaldırılması ve söz konusu yetkinin hakim ve savcıların bizzat kendilerine verilmesidir. Aynı Raporda öneriler arasında, yukarıda belirtilen Avrupa Konseyi tavsiyelerinin I (2) (c) ilkesine göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesinin, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulundan Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının çıkarılacak şekilde yeniden düzenlenmesi; hakim adaylarının seçilmesi usulünde Adalet Bakanının yetkisinin kaldırılması; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 144 üncü maddesinin, yeniden düzenlenerek adalet müfettişlerinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun denetimi altında çalışacak şekilde yeniden atanması; yargı mensupları hakkında inceleme ve soruşturma iznini vermek veya talep etmek yetkisinin Yüksek Kurula bırakılması da tavsiye edilmiştir. (Bkz. "İstişari Ziyaret Raporu (28 Eylül – 10 Ekim 2003), IX. Sonuçların ve Tavsiyelerin Özeti", bu rapor dilekçenin ekinde Ek. 9 olarak sunulmuştur.

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlattırılan (11 – 19 Temmuz 2004) tarihli 2. İstişari Ziyaret Raporunda da; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesinin Adalet Bakanı ve Müsteşarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulundan çıkarılmasını sağlayacak şekilde yeniden düzenlenmesi ve Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin kaldırılması; Kurula kendisine ait sekreterya bağlanması; hakim adaylarının seçiminde Adalet Bakanına değil Kurula yetki tanınması;

adalet müfettişlerinin Kurula bağlanması gibi önerilerin yinelendiği ve bunlara uyulmadığı hususunun vurgulandığı görülmektedir. (Bkz. "İstişari Ziyaret Raporu (11 – 19 Temmuz 2004)", Avrupa Birliği tarafından hazırlattırılan 13 – 22 Haziran 2005 tarihli İstişari Ziyaret Raporunda da aynı hususlar üzerinde durulmaktadır. (Bkz. İstişari Ziyaret Raporu (13 Haziran – 22 Haziran 2005), Tavsiyelerin Özeti, madde 1, 4, 5, 7, 9.)

Aynı yaklaşım daha genel ifadelerle, Avrupa Birliğinin Türkiye ile ilgili İlerleme Raporlarında da kendisini göstermektedir. Örneğin 2006 yılı İlerleme Raporunda (Bölüm 2.1'de "Yargı Sistemi" alt başlığı altında) "… Adalet Bakanı ve Müsteşarı da Kurulun oy hakkında sahip yedi üyeliğinden ikisini oluşturmaktadır… Bu yapı … yürütmenin Türkiye'deki hakimlerin mesleki ilerlemelerine yönelik alınacak kararları etkileme potansiyeli yaratır" değerlendirmesi yapılmıştır. (Bkz. Fazıl Sağlam, "AKP'nin Anayasa Değişikliğine Bakış", Cumhuriyet Gazetesi, 13 Nisan 2010)

Bu açıklamalar, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun Genel Gerekçesinde ve Madde Gerekçelerinde, her ne kadar Avrupa Birliği gereklerine uyum amacı öne sürülse de, getirilen düzenlemelerin böyle bir uyumu sağlamayı hedeflemediğini kanıtlamaktadır.

Çünkü yapılan bu yeni düzenlemede de Adalet Bakanına ve Müsteşarına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda yer verilmiştir; Adalet Bakanı Kurulun Başkanıdır; Kurul üyeliklerinin seçiminde Cumhurbaşkanının hakim veya savcı kökenli olmayan kimseler arasından da Kurula üye seçmesine olanak tanınmıştır. Savcı ve yargıçlar hakkındaki inceleme ve soruşturmaları Kurula bağlı müfettişlerin yapacağı esası kabul edilmekle birlikte getirilen geçici maddelerle, ilgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılıp kurul müfettişleri atanıncaya kadar adalet müfettişlerinin aynı zamanda Kurul müfettişi olarak görev yapacakları hükme bağlanmış ve ne zamana kadar tamamlanması gerektiği bildirilmemiş olan ilgili kanunlardaki düzenlemeler yapılmadığı sürece, eski düzenin sürdürülmesi sağlanmıştır.

Kısaca, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla, hakim ve savcıların kariyerleri ve mesleki ilerlemeleri konusunda karar yetkisine sahip olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yürütmeye bağımlı karakteri değiştirilmemiş; aksine bu Kurul, yürütmenin etki ve baskılarına daha açık bir hale getirilmiştir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, Anayasa Mahkemesini yeniden yapılandıran hükümleri de Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu yapılandıran hükümlerden farklı nitelikte değildir. Çünkü bu hükümler de,

bir yandan Anayasa Mahkemesinin yetkilerinin kullanılmasını güçleştirirken; (örneğin parti kapatma ve Anayasa değişikliklerini iptal kararı verme yetkisini, karar yetersayısını yükseltmek yoluyla nerede ise kullanılamaz hale getirirken) diğer yandan da, üyelerinin seçiminde eskiden Cumhurbaşkanına verilen yetkileri, yargı bağımsızlığı konusundaki tüm Avrupa Birliği tavsiye ve kararlarını gözardı ederek korumuş, hatta artırmış; ayrıca TBMM'ye de Anayasa Mahkemesine üç üye seçmek yetkisi tanıyarak, Mahkemeyi yasamaya da bağımlı hale getirmiştir. TBMM'deki çoğunluk ile Cumhurbaşkanının aynı siyasal parti kökenli olduğu durumlarda bu bağımlılığın, iktidar partisine bağımlılığa dönüşeceği ortadadır.

Halbuki yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, bir hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Çağdaş çok partili parlamenter rejimlerde, iktidar partisi kanalıyla yasama – yürütme arasında yaratılan fiili bütünleşmenin yasama – yürütme arasındaki denetim araçlarını işlemez hale getirmesi nedeniyle ortaya çıkacak denetim boşluğu karşısında, siyasi iktidarın hukuki sınırları içinde kalmasını sağlayacak tek güç, yargıdır.

Yargının yargı organlarının üyelerinin seçiminde yasama veya yürütmeye tanınan yetkiler nedeniyle tarafsızlığını ve bağımsızlığını, yitirip, yandaş yargıya dönüşmesi; yasama – yürütme arasındaki fiili bütünleşmeye yargının da katılması sonucunu doğuracaktır. Böylesi bir bütünleşmenin ise, demokrasinin bir totaliter rejime dönüşmesi tehlikesine yol açacağı kuşkusuzdur.

Anayasa değişikliği kapsamında ortaya konulan bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan tablonun, demokratik hukuk devleti anlayışı, Cumhuriyetimizin temel değerleri ve Avrupa ortak demokratik standartları açısından kabul edilebilir bir yanı yoktur. Çünkü değindiğimiz düzenlemelere göre; yargı, yürütme ve yasamanın güdümüne girecek ve yandaşlaşacak; Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı fiillerin işlendiği bir odak haline gelen partilerin bile kapatılması ve Anayasaya aykırı Anayasa değişikliklerinin iptali hemen hemen imkânsızlaşacaktır.

Bu tablo karşısında, akla gelecek ilk soru, böyle sonuçlar yaratacak bir Anayasa değişikliğinin hangi amaçla yapıldığıdır.

Bu soruya, söz konusu Anayasa değişikliğinde yer alan bu düzenlemelerin, kamu yararı amacıyla yapıldığı yanıtını vermek olanaksızdır.

Çünkü bu düzenlemelerde, Avrupa Birliğinin, ilgili kurum ve kuruluşların, bilim insanlarının ve siyasi partilerin üzerinde anlaşmış olduğu hemen hemen hiçbir çözüm yer almadığı gibi; toplumumuzda oluşmuş hiçbir ortak beklenti de karşılanmamıştır; hatta bunlara aykırı yönlere yönelinmiştir. Bu durum, söz konusu Anayasa değişikliğinin kamu yararına değil, birtakım öznel amaçlara yönelik olarak gerçekleştirildiğini ortaya koymaktadır.

Bu öznel amacın ne olduğu sorusunun yanıtı ise kuşkusuz, bugünün koşullarında yasama – yürütme ve yargı, daha açık ifade etmek gerekirse, Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarı ile yargı arasındaki ilişkide saklıdır.

Adalet ve Kalkınma Partisinin ve Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarının yargı ile, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Anayasa Mahkemesi ile sorunu vardır. Çünkü, Adalet ve Kalkınma Partisinin kapatılması için dava açan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısıdır. Bu davada Adalet ve Kalkınma Partisinin demokratik ve laik Cumhuriyet karşıtı fillerin işlendiği bir odak olduğunu karara bağlayan ve Adalet ve Kalkınma Partisi çoğunluğunun TBMM'de çıkardığı birtakım Anayasaya aykırı yasaları iptal eden de, Anayasa Mahkemesidir. İdari ve adli yargı organlarının kararları, artık Adalet ve Kalkınma Partisi iktidarının öznel beklentilerini karşılamaktan uzaklaşmış; Adalet ve Kalkınma Partisi ve bu partinin milletvekili, bakan ve yandaşlarından oluşan blok ile yargı arasında bir gerginlik ve çekişme başlamıştır.

Örneğin, Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı Cihaner olayında, Erzurum Cumhuriyet savcılarının özel yetkilerini, hukuka açıkça aykırı işlemleri nedeniyle kaldıran Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararı, Adalet ve Kalkınma Partili çevrelerce "saldırı" denebilecek şekilde eleştirilmiştir.

Adalet Bakanı ve Müsteşarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu çalışmalarına katılmamak suretiyle Kurul çalışmalarını kilitlemeleri ve bunu bir alışkanlık haline getirmeleri nedeniyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Müsteşar hakkında suç duyurusunda bulunması da, aynı çevrelerde benzer tepkilere yol açmıştır. Bu durum "yetki aşımı" olarak tanımlanmıştır. Başbakan, Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulunun siyasallaşmakla suçlamış ve "Bu kadar siyasete meraklılarsa seçim yaklaşıyor, mesleklerini bırakıp herhangi bir partiden üye olsunlar" sözleri ile duygularını ifade etmiştir.

Adalet ve Kalkınma Partili hükümet üyeleri hakkında ortaya atılan yolsuzluk iddiaları, bunlar hakkında muhalefetin soruşturma açılmasına

ilişkin taleplerinin reddedilmesi suretiyle rafa kaldırılmakta; ancak bu, Yüce Divan'da yargılanma tehlikesini bertaraf etmeye yetmemektedir.

Bütün bunlara ek olarak, milli iradeyi TBMM'deki parti çoğunluğunun iradesinden ibaret sanmak yanılgısına kapılan Adalet ve Kalkınma Partisi, artık hukuka sığmayan icraatına "dur" diyen yargıyı kendisi için bir engel olarak da görmeye ve yandaş bir yargı yaratma özlemi çekmeye başlamıştır. Oysa yargı, kamusal bir faaliyet olup hiç kimsenin değil, herkesindir (bkz. Kunter-Yenisey, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2000, s. 119); ulusun egemenliğine dayanan hukuki bir faaliyettir.

Bütün bu durumlar, Adalet ve Kalkınma Partisinin yargıya bakış açısının ve yargıdan beklentilerinin ortaya konulmasına yardımcı olduğu gibi, tümü Adalet ve Kalkınma Partili olan milletvekillerince önerilen Anayasa değişikliğinin asıl amacının belirlenmesini de sağlamaktadır. Bu amaç; Adalet ve Kalkınma Partisinin yasama ve yürütmedeki iktidarına bağımlı ve aynı zamanda yandaş bir yargı yaratılması, bir başka deyişle yargının fethedilmesi; Anayasa Mahkemesinin etkisizleştirilmesi ve Yüce Divan olarak tehlike arzetmekten uzaklaştırılması; kısaca Adalet ve Kalkınma Partisine ve bu Partinin iktidarına yargıya karşı korunma sağlanmasıdır.

Bunlar gerçekleştirildiğinde ise, artık yargı, hukuki sınırlarına sığamayan Adalet ve Kalkınma Partisi için bir engel oluşturmaktan çıkacak; kapatılma davaları ve Yüce Divan yargılamaları korku yaratmaktan uzaklaşacaktır.

<u>En önemlisi de, bu Anayasa değişikliği, Anayasayı Anayasaya aykırı olarak değiştiren kanunların iptalini getirdiği düzeneklerle imkansız denecek kadar güçleştirdiği için; Cumhuriyetin, kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkelerinin dışındaki niteliklerini örneğin laikliği veya Cumhuriyet yönetim biçiminin kendisini değiştirecek başka Anayasa değişikliklerinin de önünü açacaktır. Böylece Cumhuriyetin temel felsefesi ve bu felsefeye dayalı Devlet yapısı, yapılacak yeni Anayasa değişiklikleri ile rahatça başkalaştırılabilecektir.</u>

(Halen New York'taki New School For Social Researh'te öğretim üyeliği yapan ve çalışmalarını anayasa hazırlama süreçleri üzerinde yoğunlaştırmış bulunan Macar asıllı Prof. Dr. Andrew Arato'nun da söz konusu Anayasa değişikliği ile ilgili değerlendirmesinde özellikle bu hususa dikkat çektiği görülmektedir. Bkz. "soru cevap", Milliyet Gazetesi, 26 -27 Nisan 2010)

Bunun, uygulanan seçim sisteminin çoğunluk partisine aldığı oya oranla aşırı temsil imkanını sağladığı ülkemizde, "toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Anayasanın Başlangıcında belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olan ve devleti ile ülkesi bölünmez bir bütün oluşturan Türkiye Cumhuriyeti için, belki de üzerinde durulması gereken en büyük tehlike olduğu ortadadır.

Bu sonuç ve imkanları hazırlayan bir Anayasa değişikliğini kabul edilebilir hale getirmek için, söz konusu Anayasa değişikliği paketinde temel hak ve özgürlüklerle, eşitlikle ve bunun yanısıra askeri yargı, yargı kararları, Ekonomik ve Sosyal Konsey, TBMM Başkanının görev süresi ile ilgili toplumun beğenisini kazanacağı düşünülen ilgili birtakım başka düzenlemelere de yer verilmiştir. Bunlar, Anayasanın 10, 20, 23, 41, 51, 53, 54, 84, 94, 125, 128, 129, 145, 147, 148, 156, 157, 166 ncı maddeleri ve "Geçici 15" inci maddesi ile ilgili değişikliklerdir.

Bu düzenlemelerin, TBMM'de muhalefetin bu Anayasa değişikliğine karşı çıkmasını önleyeceği veya desteğini sağlayacağı düşünülmüştür. Dahası, halkoylamasında beğenileceği düşünülen bu hükümlere, reddedileceğinden korkulan hükümlerin taşıttırılması amaçlanmış ve bu nedenle halkoylamasında 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tümüyle oylanacağına ilişkin bir hüküm, bu Kanunun yürürlük maddesine yerleştirilmiştir.

Kullanılan bu yöntemler, Adalet ve Kalkınma Partisinin, gerek TBMM Genel Kurulundaki görüşmelerde gerekse yapılacak halkoylamasında bu Anayasa değişikliğinin mutlaka kabul edilmesini sağlama kararlılığının bir göstergesidir.

Bu Anayasa değişikliğinin kabulü halinde düzende oluşacak değişimlerden sonra, TBMM'de gerekli karar yetersayısı çoğunluğuna sahip bir partinin, yukarıda belirtildiği gibi Cumhuriyetin temel niteliklerini, başka yeni Anayasa değişiklikleri yoluyla değiştirmesinin önünde de artık önemli hiçbir engel kalmayacaktır; hatta Anayasa Mahkemesinin söz konusu 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla ilgili kararı halkoylaması sonrasına kalacak olursa, bu Kanunun halkoylamasında kabulü halinde, karar yetersayısının yükselmesi nedeniyle bir iptal kararının verilmesi de çok güçleşecektir.

Bütün bu hususlar dikkate alınarak, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun amacı değerlendirildiğinde, bunun "kamu yararı" olmadığını söylemek gerekli hale gelmektedir.

Bilindiği ve yukarıda da ifade edildiği gibi bir hukuk devletinde, kamu erki kullanılarak yapılan tüm işlemlerin nihai amacının "kamu yararı" olması gerekir.

Kamu erki kullanılarak yapılan bir işlemin kamu yararı nihai amacına yönelik olmaması, hukuk devletine aykırıdır.

Hukuk devleti, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilmiştir. Bu nedenle, hukuk devletine aykırı bir Anayasa değişikliği, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğinin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı bir biçimde değiştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu da Anayasanın 4 üncü maddesinde ifade edilen değişmezlik ilkesine aykırıdır. Yöneldiği amaç bakımından yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırı düşen 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, tüm hükümlerinin iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 8'inci, 14'üncü, 16'ncı, 19'uncu, 22'nci, 25'inci ve 26'ncı Maddelerine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

I.B.1. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 8'nci maddesinin 7.11.1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74'üncü Maddesinin Üçüncü Fıkrasını Yürürlükten Kaldırarak Maddeye Eklediğini İfade Ettiği Üçüncü Fıkradaki "ve Kamu Denetçisine Başvurma" İbaresi İle Madde Başlığındaki "ve Kamu Denetçisine Başvurma" İbaresinin, Dördüncü, Beşinci ve Altıncı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74 üncü maddesinin üçüncü fıkrasını yürürlükten kaldırarak maddeye eklediğini ifade ettiği üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarda, Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulduğu görülmektedir. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumunu oluşturmak için T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklenen fıkralarda Anayasaya aykırı hususlar vardır. Şöyle ki:

- 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin değiştirdiğini ifade ettiği T.C. Anayasasının 74 üncü maddesinin yeni eklenen dördüncü fıkrasında, Kamu Denetçiliği Kurumunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak, ancak idareyle ilgili şikayetleri incelemek üzere kurulduğu görülmektedir.

Şikayetleri incelemekle görevli bir idari kurumun TBMM Başkanlığına bağlanması, yasamanın bu kurumun işlevleri bakımından yürütme üzerinde

üstünlük kazanması anlamına gelmektedir. Bu durumun ise Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sıralanan Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmayacağı ortadadır.

- Diğer yandan T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklendiği ifade edilen beşinci fıkrada, Kamu Başdenetçisinin seçiminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, yukarıda belirtilen "yasamanın yürütme üzerinde kuvvetler ayrılığına aykırı olarak üstünlük kurması" durumunun, daha da somut bir görünüm kazanmasına neden olmaktadır. Seçim için, söz konusu beşinci fıkrada belirtilen yöntem ise, Kamu Başdenetçisinin seçiminde tamamen Türkiye Büyük Millet Meclisindeki çoğunluk partisinin belirleyici olmasını sağlamaktadır. Bu da, yasamanın bu bağlamda yürütme üzerinde üstünlük kurmasını sağlayan bir başka husus olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü ilk iki oylamada seçilmek için üye tamsayısının üçte iki ve 3 üncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranırken, dördüncü oylamada, seçilmek için, en fazla oyu almak yeterli görülmüştür. Bu da Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sıralanan Başlangıç ilkelerinden kuvvetler aykırılığına aykırıdır.

5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin, T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklediğini ifade ettiği altıncı fıkrada ise, Kamu Denetçiliği Kurumunun görevlerine, yetkilerine, inceleme sonunda yapacakları işlemlere ilişkin hiçbir belirleme yapılmamış; bu hususların kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bir başka deyişle Kamu Denetçiliği Kurumunun yetkileri, inceleme sonunda yapacakları işlemler, tamamen Türkiye Büyük Millet Meclisine bırakılarak adeta isimden ibaret işlevi ve yetkileri belirsiz bir kurum oluşturulmuştur. Böyle bir belirsizliğin hukuki güven duygusunu sarsacağı, keyfiliğe yol açacağı ve bu nedenlerle Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "hukuk devleti" niteliği ile bağdaşmayacağı açıktır.

Ayrıca Kamu Denetçisi Kurumunun idarenin işleyişi ile ilgili şikayetleri inceleyeceği belirtilmiş; ancak, bu inceleme sonunda yapılacak işlemler belirtilmemiş; özerk kurumlar ayrık tutulmadığı için, onlar da bu denetimin kapsamı içine girmişlerdir. Aynı durum yargıya intikal etmiş veya yargı kararına bağlanmış idari işlemler için de söz konusudur. Bunlar da ayrık tutulmadıkları için söz konusu denetimin kapsamı içinde kalmışlardır. Denetimin sonucunda yapılacaklar hakkında da belirsizlik vardır. Bu belirsizlikler de hukuki güven duygusunu zedelemekte ve söz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırılığı çok açık hale gelmektedir.

Bu nedenle, 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin Anayasanın 74 üncü maddesine eklediği dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların Anayasanın 2 nci

maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğine aykırı düştüğünün, 8 inci madde bir Anayasa değişikliği yaptığı için bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti niteliğinin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirilmesi anlamına geldiğinin, söz konusu fıkraların bu nedenle iptal edilmesi gerektiğinin söylenmesi gerekmektedir.

Bu belirsizlikler hukuki güven duygusunu zedelemekte ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Diğer yandan hakkında yargıya başvurulan veya yargı kararı verilmiş idari işlemlerin denetim alanı içinde olması da, kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Bu nedenle, 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin Anayasanın 74 üncü maddesine eklendiğini ifade ettiği dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin "hukuk devleti" niteliği ile Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı düştüğünün; söz konusu 8 inci madde bir Anayasa değişikliği yaptığı için, bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesindeki yukarıda belirtilen niteliklerin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirildiği anlamına geldiğinin ve bu nedenle söz konusu dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların iptalinin gerektiği söylenmelidir.

Diğer yandan 5982 sayılı Kanunun Anayasanın 74 üncü maddesine eklediği ifade edilen üçüncü fıkrada, Anayasaya aykırılığı açıklanan Kamu Denetçiliği Kurumuna başvuru hakkı düzenlenmektedir. Bu hakkın da, Kamu Denetçiliği Kurumunun ve bu uygulamanın Anayasaya aykırı olduğu dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralar için yapılan açıklamalarda ortaya konulmuş olduğu için, bu açıklamalarda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı düştüğü söylenmelidir ve bu nedenle bu fıkrada yer alan "ve kamu denetçisine başvurma" ile madde başlığındaki "ve kamu denetçisine başvurma" ibareleri iptal edilmelidir.

I.B.2. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 14'üncü Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Bir hukuk devletinde yargı erkinin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi, öncelikle yargı bağımsızlığının ve yargıç – savcı güvencelerinin sağlanmış olmasına bağlıdır.

5982 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan hüküm, adalet hizmetleri ile savcıların idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetiminin, adalet müfettişleri ile hakim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemlerinin ise adalet müfettişleri eliyle yapılacağını ifade etmektedir.

Böyle bir düzenlemenin savcıların, idari görevleri yönünden yapılacak denetimler ve araştırma, inceleme ve soruşturmalar aracılığı ile Adalet Bakanının etki ve baskısı altına girmesine yol açabileceği ortadadır. Son günlerde ülkemizde savcıların denetimi bağlamında yaşananlar, bu olasılığın hiç uzak olmadığını göstermektedir.

Savcıların, idari görevleri bakımından yapılacak denetim, araştırma, inceleme ve soruşturmaların Adalet Bakanlığının etki ve baskısı altına girmesine yol açabilecek husus, söz konusu madde değişikliğinde bu denetimin, inceleme, araştırma ve soruşturmaların adalet müfettişleri ile hakim ve savcılık mesleğinden gelen iç denetçilere bırakılmış olmasıdır. Çünkü iç denetçiler de, adalet müfettişleri de Adalet Bakanlığına bağlıdırlar ve bu nedenle Adalet Bakanının denetim süreçlerini etkileme olasılığı söz konusu olabilir. Böyle bir olumsuzluğu aşmanın yolu, söz konusu denetim, inceleme, araştırma ve soruşturmaların Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bağlı müfettişler eliyle yapılmasını sağlamaktır.

Savcıların idari görevlerinin denetimi, araştırma, inceleme ve soruşturmaları bağlamında bile olsa Adalet Bakanının etki ve baskısı altına girmesi, yargısal görevlerini bağımsız bir biçimde yerine getirmelerini engelleyecek; güvencelerini etkisiz kılabilecektir. Bunun da hukuk devleti ilkesine ve kuvvetler ayrılığına aykırı düşeceği ortadadır.

Diğer yandan söz konusu 14 üncü maddenin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde sözü geçen "Adalet hizmetleri", kapsamı belirsiz bir kavramdır ve bu belirsizlik, yargıçların da adalet hizmetleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetlenmesine yol açabilecektir. Bu da savcılar bakımından yukarıda değinilen tüm Anayasaya aykırı durumların, yargıçlar açısından da kendisini göstermesine neden olacaktır. Bu bağlamda bu denetim, yargıçları da, Adalet Bakanının etki ve baskısı altına sokacak; görevlerini bağımsız bir biçimde yerine getirmelerini engelleyecek; güvencelerini etkisiz kılabilecektir. Böylece hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı bir görünüm ortaya çıkacaktır.

Öte yandan getirilen düzenleme, HSYK üyesi olacak 1. sınıf yargıç ve savcıların, üyelik süresince Bakanlık denetimi dışında kalmamasına, Bakanlık denetimine tabi olmasına da yol açacaktır. Bu da yukarıda belirtildiği gibi yargı bağımsızlığına, yargıç ve savcı güvencesine aykırı bir durum olup hukuk devleti ile de bağdaşmamaktadır.

Söz konusu 14 üncü maddenin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinde de, Anayasaya aykırı bu denetimin usul ve esaslarının belirlenmesi çıkarılacak kanunlara bırakılmıştır. Bu nedenle, denetim konusunda yukarıda belirtilen

Anayasaya aykırılık ve belirsizlikler, söz konusu ikinci tümce için de aynen geçerlidir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında, hukuk devleti ve başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığı da yer almaktadır. Bu nedenle, yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda söz konusu 14 üncü maddenin ikinci fıkrasının tümüyle Anayasanın 2 inci maddesinde belirtilen bu niteliklere aykırı düştüğünün söylenmesi gerekmektedir. Bu düzenleme bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için, bu aykırılık söz konusu 14 üncü maddenin ikinci fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesini hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı nitelikleri bakımından değiştirildiği anlamına gelmektedir. Böyle bir değişiklik ise Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik yasağına aykırıdır. Bu nedenle Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırı olan 5982 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının (2709 sayılı kanunun değişen 144 üncü maddesinin) iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.3. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 16'ıncı Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Anayasa Mahkemesinin üyelerinin seçiminde ülkelerin kendi siyasal koşul ve gelişimleri doğrultusunda birbirinden farklı yöntemler kullandıkları görülmektedir.

Bu bağlamda, kimi devletlerde yasama organlarına veya devlet başkanlarına Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisinin verildiği görülmektedir. Ancak dikkatlice bir inceleme, örneğin karar yetersayılarının yükseltilmesi, başka kurum ve kuruluşların göstereceği adaylar arasında seçim yapılması ve yargılayacak konumdakilerin, yargılayabilecekleri tarafından seçilmemesi gibi önlemlerle, Anayasa yargılaması yapacak yargı organının bağımsızlığının ve tarafsızlığının korunmasına çalışıldığını ortaya koymaktadır. Avrupa ülkeleri, ilke olarak, yasamanın üye seçmesini uygun karşılamamakla birlikte, ancak ileri demokrasilerde, sayısı azınlıkta kalmak ve 2/3 oy çokluğuyla seçilmek koşuluyla parlamentoların yüksek yargıya üye seçtiği de görülmektedir. İleri demokrasiden kastedilenin, iki turlu dar bölge yöntemiyle seçilen ve lideri değil, halkı temsil eden milletvekillerinden oluşan, ayrıca seçim barajının yüksek olmaması nedeniyle hemen tüm siyasal görüşlerin temsil edildiği parlamentoların yer aldığı demokrasiler olduğu açıktır.

Buna karşın günümüzde Anayasa yargısı yapacak organa yürütme ve yasama organlarının üye seçmesi yöntemini benimsemiş ülkelerde de yukarıda belirtilen önlemler alınmış olsa bile bu yöntemin, yargı

bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı bakımından sakıncalı bulunarak yoğun eleştirilere hedef olduğu da bilinmektedir.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi için yöntem belirlenirken, tüm ülkelerde gözetilmesi gereken ortak hedef, bağımsız ve yansız bir yapının ortaya çıkması olmalı; her ülke kendi tarihi ve siyasal koşulları çerçevesinde bu hedefe ulaşmasını sağlayacak çözümleri bulmalıdır. Kamuoyu da bağımsızlık konusunda her hangi bir kuşkuya düşmemelidir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinde, Anayasa Mahkemesi yapılanması hakkındaki çözüm, 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 146 ncı maddesinde ortaya konulmuştur.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 146 ncı maddesinde Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ile ilgili olarak yapılmış bulunan düzenlemenin, 1982 tarihli Anayasanın yürürlüğe girdiği günden bu yana ağır eleştirilerin hedefi olduğu bilinmektedir. Bu eleştiriler, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler üzerinde yoğunlaşmıştır. Türkiye'de, yasama, yürütme organları ile Cumhurbaşkanı arasındaki organik ve hukuksal bağın, uygulamada siyaseten tek güç haline geldiği, demokrasinin aynı zamanda bir yaşam biçimi olduğu gözetildiğinde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesinin, "denetimsiz bir siyasal güç" yaratacağı bunun da Anayasanın 2 nci maddesindeki demokratik hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini değiştirici nitelikte olduğu hususuna dikkat çekilmiştir. Cumhurbaşkanına Anayasa Mahkemeleri üyelerinin seçiminde tanınan yetkilerin Anayasa Mahkemesini, oluşum bakımından Cumhurbaşkanının etkisine açık hale getirdiği ve bunun Mahkemenin bağımsızlığını zedeleyecek ve yürütmenin etkisi altına girmesine yol açacak bir durum olduğu; bu yetkilerin azaltılması gerektiği sıklıkla öne sürülmüştür.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında getirilen hükümlerin ise, bu eleştirileri ortadan kaldıracak değil; daha da yoğunlaştıracak bir nitelik taşıdığı görülmektedir. Şöyle ki: 1982 tarihli T.C. Anayasasına göre; Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesine 3 asıl üyeyi doğrudan seçmekteydi. 16 ncı madde ile yapılan değişiklikte bu sayı 4'e çıkarılmıştır. Cumhurbaşkanına ayrıca Anayasa Mahkemesinin 10 üyesini de dolaylı olarak seçme yetkisi verilmiştir; yani, 17 üyelik Anayasa Mahkemesinde üyelerin çoğunluğu (14'ü) Cumhurbaşkanının tercihleri doğrultusunda belirlenecektir. Böylesi bir düzenlemenin Anayasa

Mahkemesinin bağımsızlığının zedelenmesine yol açacağı ve tarafsızlığından kuşku duyulmasına neden olacağı ortadadır.

Değişiklikten önce Cumhurbaşkanına Anayasa Mahkemesinin 3'ü doğrudan 8'i dolaylı olmak üzere tüm asil üyeleri ile 1'i doğrudan 3'ü dolaylı olmak üzere tüm yedek üyelerini seçme yetkisi verilmiş olduğunun söylenmesi; bu gerçeği değiştirmemektedir. Çünkü 1982 Anayasasının 102 nci maddesinin 21.10.2007 tarihli ve 5678 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki halinde, Cumhurbaşkanının TBMM tarafından üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile seçilmesi öngörülmüş; ilk iki oylamada üçte iki çoğunluğun sağlanamaması halinde üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu yeterli sayılmış; üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamayacak olursa üçüncü oylamada en çok oy alan iki aday arasında yapılacak dördüncü oylamada da Cumhurbaşkanı seçilebilmek için yine üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu aranmıştır. Ayrıca 102 nci maddenin Anayasa Mahkemesince yorumu, toplantı yetersayısının da TBMM üye tamsayısının üçte ikisi olduğu doğrultusunda yapılmıştır. Bu düzenlemeler, Anayasanın 102 nci maddesinde 2007 yılında yapılan değişiklikten önce, Cumhurbaşkanının ancak TBMM'de oluşacak bir uzlaşmanın sonunda seçilebileceğini ortaya koymaktadır. Bu da, Cumhurbaşkanı seçilecek kişinin tarafsız bir yapıda olmasını gerektirecek bir durumdur.

Cumhurbaşkanına Anayasa Mahkemesinin üyelerini seçme konusunda geniş yetkiler tanınmasının temelinde de bu tarafsız yapısı ve konumu yatmaktadır. Ancak 2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının genel oyla seçilmesi esasının getirilmesi ve partilere Cumhurbaşkanı adayı gösterme imkanının tanınması, bu durumu değiştirmiştir. Artık Cumhurbaşkanı adaylarının seçilebilmesi için halkın desteği gereklidir ve bu desteğin bir partinin katkısı olmaksızın sağlanabilmesi ve seçim propagandasının bir partinin parasal kaynaklarından yararlanmadan yürütülebilmesi imkansız denecek kadar zordur. Cumhurbaşkanları Anayasa kurallarında tarafsız bir statüde olsalar da, artık bu göreve bir partinin desteğini arkalarına almış, parasal kaynaklarından yararlanmış kişiler olarak geleceklerdir. Bu konumdaki Cumhurbaşkanlarına Anayasa Mahkemesi üyelerini seçmek konusunda geniş yetkiler tanınması, Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığının, öncekine oranla çok daha fazla tehlikeye düşürülmesi anlamına gelecektir. Çünkü belli bir partinin desteğiyle göreve seçilen Cumhurbaşkanları, Anayasa Mahkemesine, 16 ncı maddede yapılan düzenleme doğrultusunda, bu partinin tercihlerine uygun adayları seçecek ve bu partinin görüşleri

doğrultusunda hareket edecek bir Anayasa Mahkemesi yaratmaya girişeceklerdir.

2007 yılında yapılan Anayasa değişikliğinde Cumhurbaşkanına ikinci kez seçilmek imkanının getirilmiş olması; Cumhurbaşkanını tekrar seçilmek amacıyla, kendisini göreve getiren partiye bağımlılığını görevi boyunca da sürdürmeye itecek ve bu, yukarıda belirtilen bağımlılığı daha da pekiştirici bir etki yapacaktır. Kuşkusuz bu durumun yansımaları, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde de görülecektir. Bütün bu hususlar, 16 ncı maddenin dördüncü fıkrasında getirilen yeni düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığını ve yansızlığını zedeleyecek bir nitelik taşıdığını ortaya koymaktadır.

Yargının yansızlığı ve yasama – yürütmeden bağımsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarıdır.

Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyebilecek böyle bir düzenlemeyi getiren 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının, bu açıklamalar doğrultusunda Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sıralanan "hukuk devleti"ne aykırı olacağı ortadadır.

Diğer yandan, söz konusu dördüncü fıkrada Cumhurbaşkanına verilen Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisinin, Anayasa Mahkemesini Cumhurbaşkanına, bir başka deyişle yargıyı yürütmeye bağımlı hale getirerek Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sıralanan Başlangıç kısmı ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na da aykırı düşeceği yadsınamaz.

Söz konusu dördüncü fıkrada Cumhurbaşkanına sadece 4 üyeyi doğrudan üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hakimler ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından seçme yetkisi verilmesi; diğer 10 üyeyi ise, ancak Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Yükseköğretim Kurulunun kendilerine ayrılan kontenjanlar çerçevesinde gösterecekleri adaylar arasından seçme durumunda bırakılması da, bu aykırılıkları gidermeye yetmeyecektir. Çünkü aşağıda ayrıntılarıyla belirtileceği gibi; aday seçimleri için söz konusu dördüncü fıkrada belirtilen yöntem, seçici kurumların iradesini aslına uygun biçimde yansıtmaya elverişli olmayan bir özellik taşımakta ve yukarıda belirtilen Anayasaya aykırılık durumlarını ortadan kaldırmaya değil, pekiştirmeye neden olmaktadır.

Açıklanan bu hususlar çerçevesinde söz konusu 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen "hukuk devleti"ne ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı düştüğü söylenmelidir.

5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında Türkiye Büyük Millet Meclisine de, Anayasa Mahkemesine 3 üye seçme yetkisi verilmiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2 üyeyi Sayıştay Genel Kurulu'nun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri 3'er aday içinden; 1 üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri 3 aday içinden gizli oylamayla seçecektir.

Görülüyor ki bu düzenleme, uzlaşma gerektirecek nitelikte bir karar yetersayısı belirlememiş olduğu için, giderek uzlaşma arayışından uzaklaşan yasama organımızda, iktidar partisi grubu, gösterilen adaylar arasından kendi dünya görüşlerine uygun bulduklarını rahatlıkla Anayasa Mahkemesine üye olarak seçebilecektir. Bu da, yasama organındaki çoğunluğun iktidarını, bir başka deyişle iradesini denetleyecek bir organın, bu çoğunluğa bağımlı hale getirilmesine ve bu nedenle bağımsızlığından ve tarafsızlığından kuşku duyulmasına yol açacaktır.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin söz konusu 3 üyeyi, kendilerine ayrılan kontenjanlar çerçevesinde Sayıştayın ve Baro Başkanlarının göstereceği adaylar arasından seçiyor olması da bu durumu değiştirmeyecektir. Çünkü bu adayların seçimi için belirlenen yöntem, aşağıda açıklanacağı gibi, Sayıştayın ve Baroların iradesini aslına uygun biçimde aday listelerine yansıtmaya elverişli değildir. Bu nedenle de bu yöntemin yukarıda belirtilen Anayasaya aykırılık durumlarını ortadan kaldırmaya değil, pekiştirmeye neden olacağı belirtilmelidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmazlarıdır.

Anayasa Mahkemesinin tarafsızlığının ve bağımsızlığının zedelenmesine yol açabilecek bir düzenlemenin, bu nedenle Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen "hukuk devleti" ile bağdaşması beklenemez.

Bu açıklamalara dayalı olarak 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "hukuk devleti"ne aykırı düştüğü söylenmelidir.

Anayasa Mahkemesini, Türkiye Büyük Millet Meclisine bağımlı kılacak böyle bir düzenlemenin, Anayasanın Başlangıç kısmında belirtilen ve

Anayasanın 2 nci maddesinde yapılan gönderme nedeniyle Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan "kuvvetler ayrılığı" ilkesine de aykırı düşeceği açıktır.

Burada, 17 üyeden oluşacak Anayasa Mahkemesinin, söz konusu 16 ncı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre hukukçu üyelerin azınlıkta kalacağı bir görünümle ortaya çıkması olasılığının da bulunduğuna dikkat çekilmelidir.

Çünkü Cumhurbaşkanının doğrudan ve Sayıştay, Danıştay ve Yükseköğretim Kurulunun göstereceği adaylar arasından seçeceği toplam 11 üye, hukukçu olmayabilir. Bu da yaptığı işin niteliği "yargılama" olan bir kurum için yadırganacak hatta bu organın işlevini tam anlamıyla yerine getirmekten uzaklaştıracak, etkisizleştirecek bir durumdur. Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatı ile ceza yargılaması da yaptığı düşünülecek olursa, böyle bir durumun yol açabileceği olumsuz sonuçlar daha da belirgin biçimde görülebilir.

Yargının etkinliği, hukuk devleti için vazgeçilmezdir. Yargıyı etkisizleştiren bir düzenleme hukuk devleti ile bağdaşmaz. Bu nedenle söz konusu üçüncü ve dördüncü fıkraların belirtilen yönden de Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen "hukuk devleti"ne aykırı düştüğü söylenmelidir.

5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin beşinci fıkrasında Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile baro başkanlarının Anayasa Mahkemesi üye adaylarını seçerken uygulayacakları seçim yöntemi gösterilmiştir. Bu seçim yöntemi de, yukarıda belirtildiği gibi, Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin kendi dünya görüşlerine uygun bir Anayasa Mahkemesi oluşturmalarını kolaylaştıracaktır. Çünkü, yapılacak aday seçimlerinde her genel kurul üyesi ve barolarda da her baro başkanı, her boş üyelik için ancak tek oy kullanabilecek; en fazla oy almış bulunan üç kişi aday gösterilmiş olacaktır. Bu yöntem, üçer adaylık için yapılacak bu seçimlerde, seçmenlere ancak birer aday için oy kullanmak imkanını tanıyarak, oy haklarını kısıtlamakta, kurumların tercihinin aslına uygun bir biçimde oya yansımasını engellemekte; kurumlarında fazla destek görmeyen kimselerin bile adaylar arasına girmesine ve eğer Cumhurbaşkanı veya TBMM'deki çoğunluğun görüşlerine yakınsalar, Anayasa Mahkemesine üye seçilmesine imkan tanıyarak temsil adaletini bozmaktadır. Bu da, seçim kurumunun anlamı ve dolayısı ile "demokrasi" ile çelişmekte; gerçekleştirmeye yöneldiği en

önemli hedeflerden birisi adalet olan hukuk devleti anlayışına aykırı düşmektedir.

Diğer yandan böyle bir yöntem, hukuk devletinin temel unsurlarından birisi olan eşitliğe de aykırıdır. Şöyle ki; Sayıştay, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden gelecek adayların söz konusu organların genel kurullarınca seçilmesi öngörülmüşken, Yükseköğretim Kuruluna doğrudan adayları seçme yetkisi verilmiş; baroların ise başkanlarının adayları belirlemesi öngörülmüştür. Bu düzenleme aday belirleyecekler bakımından, Sayıştay, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile barolar ve Yükseköğretim Kurulu arasında bir eşitsizliğin doğmasına yol açmaktadır. Çünkü Baro Başkanlarına ve Yükseköğretim Kuruluna aday belirleme yetkisi verilirken, diğerleri için Genel Kurullarına yetki tanınmıştır.

Buna ek olarak, baro başkanlarına verilen seçme yetkisi de, bir başka sorun daha yaratmaktadır. Çünkü her baro başkanı aynı sayıda baro üyesini temsil etmemektedir. Yüz üyesi bile olmayan bir baronun başkanı ile binlerce üyesi olan barolarının başkanlarının (Örneğin 31.12.2009 itibarıyle İstanbul Barosunun 24.989, Siirt Barosunun 35, Ankara Barosunun 9.437, Artvin Barosunun 54, Tunceli Barosunun 33 üyesi bulunmaktadır.) oylarının eş değer tutulması adil değildir; demokrasilerdeki temsil adaletine ve hukuk devletinin temel gereklerinden olan eşitliğe aykırı düşmekte, demokratik seçim gerekleriyle bağdaşmamaktadır.

Bu nedenlerle söz konusu beşinci fıkranın Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin "demokratik hukuk devleti" olma niteliğine aykırı düştüğünün söylenmesi gerekir.

Bu noktada, yukarıda açıklanan gerekçelerle 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "hukuk devleti"ne; beşinci fıkrasının da yine Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "demokratik hukuk devleti"ne aykırı oldukları; söz konusu fıkralar bir Anayasa değişikliğine yönelik olduğu için, bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen nitelikler açısından Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı bir değişiklik yapmak anlamına geleceği söylenmelidir. Böyle bir değişikliğin yapılmasına Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilme yasağı engel olduğu için, söz konusu 5982 sayılı Kanunun 16 nci maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının (2709 sayılı kanunun değişen 146 ncı maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının) iptal edilmesi gerekmektedir.

5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin ikinci fıkrası, (2709 sayılı kanunun değişen 146 ncı maddesinin birinci fıkrası) yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu ifade edilen Anayasa Mahkemesi yapılanmasına sayısal zemin hazırladığı için; bu fıkranın da söz konusu 16 ncı maddenin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları bakımından geçerli olan gerekçelerle iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.4. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 19'uncu Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

I.B.4.a. 19'uncu Maddenin İkinci Fıkrasının Dördüncü Tümcesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

5982 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinde, Bölümlerin ve Genel Kurulun kararlarını salt çoğunlukla alacağı ifade edilirken, burada toplantıya katılanların salt çoğunluğunun mu, yoksa üye tamsayısının salt çoğunluğunun mu kastedildiği hususuna açıklık getirilmemiştir. Bu, özellikle uygulamada vahim sonuçlara yol açabilecek bir belirsizliktir.

Bir hukuk devletinde hukuk kurallarındaki belirsizlik, hukuki güvensizlik yaratacağı için kabul edilemez; çünkü hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi hukuki güvenliktir. Bu nedenle, belirsizlik yaratarak hukuki güvenliği ortadan kaldıran 19 uncu maddenin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinde yer alan bu düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır. Böylesi bir düzenlemeyi getiren bir Anayasa değişikliğinin, Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı bir biçimde, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen "hukuk devleti" ilkesini değiştirmek anlamına geleceği kabul edilmelidir. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesi böyle bir değişiklik yapılmasına imkan vermediği için 5982 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasının (2709 sayılı kanunun değişen 149 uncu maddesinin birinci fıkrası) dördüncü tümcesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.4.b. 19'uncu Maddenin Dördüncü Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

1982 tarihli Anayasanın 149 uncu maddesinin, Anayasa değişikliklerinde iptale ve siyasi partilerle ilgili kapatma davalarında kapatmaya karar verilebilmesi için gerekli kıldığı çoğunluk, beşte üçtür.

5982 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının bu konudaki karar yeter sayısını yükseltmek suretiyle, Anayasa Mahkemesinin

Anayasa değişikliklerinin iptaline, siyasi parti kapatmaya ve Devlet yardımından yoksun bırakmaya karar vermesini, imkansız denecek ölçüde güçleştirdiği görülmektedir.

Böyle bir hüküm, Anayasa değişiklikleri konusunda Anayasanın getirdiği yasakların rahatça aşılmasına ve özellikle, Cumhuriyetin Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddelerinde gösterilen nitelik ve özelliklerinin güvencesiz kalmasına yol açacaktır.

Aynı durum siyasi parti yasakları bakımından da kendisini gösterecek ve Anayasanın 68 inci maddesine aykırı fiillerin işlendiği bir odak haline gelen partilerin kapatılması veya Devlet yardımından yoksun bırakılması, karar yeter sayısına ulaşılamadığı için imkânsızlaşacaktır. Böylece, Anayasanın 68 inci maddesinin dördüncü fıkrasında sıralanan ve büyük bir kısmı Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen değerleri koruma altına alan yasaklara uyulması güçleşecek; bunlar etkisizleştirilmiş olacaktır.

Bir hukuk devletinde, birtakım hukuk kurallarının belirlediği yasaklara uyulmamasını kolaylaştırmak veya getirdiği yaptırımların uygulanmasını imkansızlaştırmak üzere başka hukuk kuralları yapılması, kabul edilemez bir durumdur. Çünkü bu, hukuk devletinin sağlamak zorunda olduğu hukuk düzeninin etkinliğini ve hukuka güven duygusunu özünden zedeler. Bu açıdan söz konusu dördüncü fıkranın, Anayasanın 2 nci maddesindeki "hukuk devleti" ilkesine aykırı olduğu ve söz konusu dördüncü fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bunun, Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı biçimde Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin değiştirilmesi anlamına geldiği kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar, 19 uncu maddenin dördüncü fıkrasının, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğini değiştirdiğini ortaya koymaktadır. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilmezlik ilkesi böyle bir değişikliğe imkan vermediği için söz konusu dördüncü fıkra (2709 sayılı kanunun değişen 149 uncu maddesinin üçüncü fıkrası) iptal edilmelidir.

I.B.5. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 22'nci Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

I.B.5.a. 5982 Sayılı Kanunun 22'nci Maddesinin Üçüncü ve Dördüncü Fıkralarına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesinde, 7 üyeden oluşan bir Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu öngörülmüştür.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ise Kurulun, üye sayısı arttırılarak, 22 asıl ve 12 yedek üyeden oluşan bir yapı ortaya konulmuştur.

22 asıl ve 12 yedek üyeden oluşan bu Kurulun nasıl yapılandırılacağı da, 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında gösterilmiştir. Ancak, dördüncü fıkra hükmüne bakıldığında, Anayasaya aykırı birtakım hususlar görülmektedir. Şöyle ki:

- Kurulun Başkanı Adalet Bakanı olarak gösterilmiş; Adalet Bakanlığı Müsteşarına Kurulda doğal üye olarak yer verilmiştir. Bu durum, dördüncü fıkranın; AB uzmanlarınca düzenlenen ilerleme raporlarının, istişari ziyaret raporlarının, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararlarının, Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi'nin görüş ve önerilerinin; ulusal düzeyde de tüm ilgili kurum ve kuruluşlar ile bilim insanlarının ve hukukçuların görüş ve önerilerinin gözardı edilerek düzenlendiğini ortaya koymaktadır. Çünkü; söz konusu rapor, karar, öneri, görüş ve değerlendirmelerde, Adalet Bakanına ve Müsteşarına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda yer verilmesi, yargıyı yürütmeye bağımlı kılacak bir husus olarak nitelendirilmiş; bu nedenle de yargı bağımsızlığına, kuvvetler ayrılığına ve hukuk devletine aykırı bulunmuştur.

22 nci maddenin dördüncü fıkrasında da, Adalet Bakanı ve Müsteşarına Kurulda yer verilmesi; onlara yargıç ve savcıların özlük işleri bakımından alınacak kararları etkileme imkanını getirecektir.

Ayrıca Kurulun Başkanının Adalet Bakanı olması ve 22 nci maddenin diğer fıkralarında bu nedenle Bakana verilen yönetim ve temsil yetkileri, Kurulun çalışmalarını ve gündemini Bakanın düzenlemesini sağlayacak; Bakan ve Müsteşarı toplantılara katılmamak suretiyle Kurulun çalışmalarını kilitleyebilecektir. Yapılan değişikliklerde bu kilitlemeyi ortadan kaldıracak ve kurulun demokratik esaslara göre çalışmasını sağlayacak koruyucu bir önlem alınmamış, güvence getirilmemiş, tam tersi kilitleme yolu açık tutulmuştur.

Bu durum, yürütmenin yargı üzerinde üstünlük kurduğu, yargının yürütmeye bağımlı kılındığı bir tabloyu ortaya koymaktadır. Yargının yürütmeye bağımlı kılınması ve yürütmenin yargı üzerinde üstünlük kurması, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Bunun yanı sıra, yargının yürütmeye bağımlı kılınmasının ve yürütmenin etkisi altına sokulmasının, yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracağı da açıktır. Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Bu nedenle, yargı bağımsızlığının

sağlanıp korunmadığı yönetim biçimlerinin hukuk devleti niteliğini taşıması olanaksızdır.

Bütün bu açıklamalar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda Adalet Bakanına Başkan, Müsteşarına doğal üye sıfatıyla yer veren 22 nci maddenin dördüncü fıkrasının; yargının yansızlığını ve bağımsızlığını zedelediğini, dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ve yine 2 nci maddenin Cumhuriyetin nitelikleri arasında gönderme yaptığı Anayasanın Başlangıç kısmında belirtilen kuvvetler ayrılığına aykırı düştüğünü ortaya koymaktadır.

- 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin dördüncü fıkrasında, Kurulun dört asıl üyesinin, nitelikleri kanunda belirtilen, yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca seçileceği ifade edilmiştir.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesinde, Cumhurbaşkanına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçme konusunda tanınmış olan yetkilerin, Kurulu yürütmeye bağımlı kıldığı öne sürülmüş; bu durum yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı görülerek, şiddetle eleştirilmiştir.

Bu yetkilerin Cumhurbaşkanına Anayasadaki tarafsız statüsü nedeni ile tanınmış olması, seçiminde öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarının da Cumhurbaşkanının tarafsız bir kimlik taşımasını güvence altına alması, bu eleştirileri etkisizleştirmeye yetmemiştir.

Bugün ise, Anayasanın 102 nci maddesinde yapılan değişikliğin getirdiği seçim sistemi, Cumhurbaşkanı adaylarını seçilebilmek için siyasi partilerin desteğini almak zorunda bırakmakta; siyasi partilere de Cumhurbaşkanı adayı göstermek imkanı tanımaktadır. Bu düzenlemelerin Cumhurbaşkanının artık tarafsız bir kimlik taşımasını sağlayamayacağı ortadadır. Çünkü göreve bir siyasi partinin desteklediği veya önerdiği Cumhurbaşkanı olarak başlayacaklardır. Bu konumdaki bir Cumhurbaşkanına söz konusu yetkilerin 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında tekrar tanınmasının, yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ilkesi ve kuvvetler ayrılığı bakımından 2007 değişikliği öncesine göre çok daha zedeleyici olacağı ve yargının tarafsızlığını da tehlikeye düşüreceği kuşkusuzdur.

Çünkü Cumhurbaşkanları Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçerken, seçimlerinde kendilerini desteklemiş olan partilerin tercihleri doğrultusunda hareket etmek eğilimine gireceklerdir. Cumhurbaşkanlarına

artık ikinci kez göreve seçilebilmek imkanının getirilmiş olması, onları ikinci kez seçilebilmek amacıyla aynı partinin desteğini sürdürmek arayışına itebilir. Bu arayışı da, desteğini aldığı partinin tercihlerinin, Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçimlerinde belirleyici olmasına yol açar. Bunun, yukarıda belirttiğimiz sakıncanın daha da belirginleşmesine neden olacağı ortadadır.

Söz konusu 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına tanınan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisi, yargıçlık ve savcılık mesleğinden gelmeyen üst kademe yöneticileri ile iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyelerinin de bu Kurula üye seçilebilmelerine olanak hazırlamaktadır.

Bu kimselerin, hakimlerin ve savcıların seçimi, kariyeri, özlük işleri gibi tamamen yabancısı oldukları konularda Kurula ne gibi katkıda bulunacakları, elbette ki merak edilecek bir husustur. Ancak bu konulara yabancı olmanın, bu kişileri, bilgilendirmek adı altında yapılacak yönlendirmelere açık hale getireceği de ortadadır. Böyle bir durum, yargının tarafsızlığını ve bağımsızlığını zedeleyici niteliktedir. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ise hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Yargının tarafsızlığının ve bağımsızlığının sağlanamadığı ortamda hukuk devleti de gerçekleşemez. Bu nedenle, söz konusu düzenlemenin bu bakımdan da kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı düştüğünün söylenmesi gerekmektedir.

Diğer yandan söz konusu 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına tanınan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin, Avrupa Birliği ortak standartları ile bağdaştırılması da olanaksızdır. Çünkü Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yukarıda belirtilen (R [94] 12) sayılı kararında ve CCJE'nin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine sunduğu 10(2007) no'lu görüşte; hakimlerin seçimleri ve kariyerleri konusunda karar veren merciin hükümet ve idareden bağımsız olması, bu merciin üyelerinin yargıçlardan oluşması ve kendi emsallerince yargı tarafından seçilmesi gerekli bulunmaktadır.

Bu açıklamalar, 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına tanınan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin de yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine ve 2 nci maddenin Cumhuriyetin nitelikleri arasında gönderme yaptığı Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı düştüğünü ortaya koymaktadır.

- 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında, Cumhurbaşkanının yukarıda belirtilen koşullarla seçeceği 4 üyenin yanı sıra, Hakimler ve Savcılar Kurulunun, 3 asıl ve 3 yedek üyesinin Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, 2 asıl ve 2 yedek üyesinin Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, 1 asıl ve 1 yedek üyesinin Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, 7 asıl ve 4 yedek üyesinin birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hakim ve savcıları arasından adli yargı hakim ve savcılarınca, 3 asıl 2 yedek üyesinin birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektirecek nitelikleri yitirmemiş idari yargı hakim ve savcıları arasından idari yargı hakim ve savcılarınca 4 yıl için seçileceği ifade edilmiş ve süresi biten üyelerin yeniden seçilmesine imkan tanınmıştır.

Bu hüküm, Kurulda Cumhurbaşkanının seçebileceği 4 üyenin yanı sıra Türkiye Adalet Akademisi Genel kurulunca seçilecek 1 üye ile birlikte, toplam 5 savcı ve yargıç kökenli olmayan üyenin Kurulda yer almasına imkan hazırlamaktadır. Bu durumun, hakimlik ve savcılık sorunlarına ve özlük işlerine yabancı bu kişileri, bilgilendirmek adı altında yapılacak yönlendirmelere açık kılacağı ve bunun da yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı düşeceği yukarıda belirtilmiştir.

Diğer yandan söz konusu 5 üye, Adalet Bakanı ve Müsteşarı ile birlikte yürütmenin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üzerinde etki kurmasını da sağlayacaktır. Çünkü Adalet Bakanı yürütmenin bir unsurudur. Adalet Bakanlığı Müsteşarı, 2992 sayılı Kanunun 6 nci maddesine göre, "Bakanın emri altında ve o'nun yardımcısı"dır. Türkiye Adalet Akademisi Adalet Bakanlığına bağlı, özerk yapıda olmayan bir kuruluştur. Adalet Akademisinin yapacağı seçimin Adalet Bakanının tercihini yansıtmaması olanaksızdır.

Cumhurbaşkanı ile Adalet Bakanının aynı partiden gelmeleri durumunda, farklı tutumlar benimsemeleri pek olası değildir. Böylece Kurulda yürütmenin tercihleri doğrultusunda hareket edecek 7 üyelik bir blok ortaya çıkabilecektir. Bunun yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı bir görünümün ortaya çıkmasını hazırlamak bakımından önemli bir sayı olduğu açıktır.

Diğer yandan adli yargıdaki birinci sınıf yargıç ve savcılar arasından yapılacak seçimde, seçilenlerin hepsinin yargıç veya hepsinin savcı olduğu garip durumlar ortaya çıkabilecektir. Aynı durum, idari ve adli yargıdaki birinci sınıf yargıç ve savcılar arasından yapılacak seçimde de kendisini gösterebilecektir. Bunun sonucunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu,

çoğunluğu hakimlerden veya çoğunluğu savcılardan oluşan bir Kurula dönüşebilecektir. Bu da savcıların mesleki kariyerleri ve özlük işleri bakımından hakimlerin çoğunlukta olduğu veya hakimlerin, mesleki kariyerleri ve özlük işleri bakımından savcıların çoğunlukta olduğu bir Kurulun kararlarına bağlı kılınmaları gibi bir duruma yol açabilecektir. Hakimlerin ve savcıların mesleki kariyerleri ve özlük işlerinin farklı özellikleri gözönünde tutulduğunda, aynı kurulda örgütlenmeleri eleştirilirken, böyle bir durum elbette ki kabul edilemez. Çünkü bu, yukarıda belirttiğimiz Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararlarına, dolayısı ile Avrupa ortak demokrasi standartlarına aykırı olduğu gibi; savcıyı yargıca, yargıcı da savcıya bağımlı kılmak gibi demokratik ve adil olmayan bir duruma yol açacaktır. Adalet hukuk devletinin temel hedeflerinden birisidir. Demokratik ve adil olmayan böyle bir düzenleme, hukuk devletine de aykırıdır.

22 nci maddenin dördüncü fıkrasının öngördüğü bu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yapılanmasının Yargıtay ve Danıştay ile adli yargıdaki 1. sınıf yargıç ve savcılar ve idari yargıdaki 1. sınıf yargıç ve savcılar arasında, Kurula seçecekleri üye sayısı bakımından bir eşitsizlik yarattığı da görülmektedir.

Bu da, alınacak kararlarda Yargıtay'ın Danıştay'a, adli yargının idari yargıya nazaran daha etkin olabilmesine neden olacak bir durumdur. Böyle bir durumun ise, adil olmadığı açıktır. Adil olmayan bir düzenleme ise, yukarıda da belirtildiği gibi hukuk devletine aykırıdır.

1. sınıf yargıç ve savcılar arasından yapılacak seçim sonrası, HSYK üyesi olacak yargıç ve savcılara üyelik süresi boyunca özel güvence getirilmemiştir. İdari yönden Adalet Bakanlığına bağlı olmak, yargıçların yargı bağımsızlığı ilkesine uygun olarak çalışmalarını engelleyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur. Kurulda, bu yargıç ve savcıların yüksek yargı üyelerinden niceliksel fazlalığı gözetildiğinde yargı bağımsızlığının daha da zedeleneceği açıktır.

22 nci maddenin dördüncü fıkrasının dördüncü tümcesinde yer verilen süresi biten üyelerin yeniden seçilebileceğine ilişkin hükmün de, Kurul üyelerini, yeniden seçilebilmek için, kendilerini seçenlerin beğenisini kazanacak tutumları benimsemeye iteceği; bunun da yargı bağımsızlığına ve yargı tarafsızlığına dolayısı ile hukuk devleti ilkesine aykırı bir başka durum yaratacağı görülmektedir.

Bütün bu açıklamalar, 22 nci maddenin dördüncü fıkrasının birinci ve ikinci tümcelerinin Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri

arasında gösterilen hukuk devletine ve 2 nci maddenin Cumhuriyetin nitelikleri arasında gönderme yaptığı Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına; üçüncü ve dördüncü tümcelerinin ise yine Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen "hukuk devleti"ne aykırı olduğunu ortaya koymaktadır. Söz konusu dördüncü fıkra bir Anayasa değişikliği ile ortaya konulduğu için, bu aykırılık dördüncü fıkranın Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti niteliği ile 2 nci maddenin gönderme yaptığı Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığını değiştirdiği anlamına gelmektedir. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik ilkesi buna imkan tanımadığı için söz konusu 22 nci maddenin dördüncü fıkrası (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin üçüncü fıkrası) bütünüyle iptal edilmelidir.

Kuşkusuz 22 nci maddenin üçüncü fıkrasının da, dördüncü fıkra ile birlikte değerlendirilmesi uygun düşer. Çünkü 22 nci maddenin üçüncü fıkrasında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 22 asıl ve 12 yedek üyeden oluşması ve 3 daire halinde çalışması öngörülerek, 22 nci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan Anayasaya aykırı oluşuma sayısal zemin hazırlanmıştır. Bu nedenle üçüncü fıkra da (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin ikinci fıkrası), dördüncü fıkra için söz konusu olan gerekçelerle iptal edilmelidir.

I.B.5.b. 22'nci Maddenin Beşinci ve Altıncı Fıkralarına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında, yukarıda üçüncü ve dördüncü fıkralarla ilgili değerlendirmelerde oluşumu bakımından Anayasaya aykırı olduğu gerekçeleriyle açıklanmış olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun üyeliklerine yapılacak seçimler düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu üçüncü ve dördüncü fıkralar için ortaya konulmuş olan Anayasaya aykırılık gerekçeleri, beşinci ve altıncı fıkralar için de geçerlidir.

Ancak bunun yanında, altıncı fıkranın birinci tümcesinde düzenlenmiş bulunan seçim yönteminin, bu fıkra için ek bir Anayasaya aykırılık durumu oluşturduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Çünkü söz konusu seçim yöntemi; Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adli ve idari yargı hakim ve savcıları arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hakim ve savcının, ancak bir aday için oy kullanmasına imkan tanımakta; en fazla oy alanlar ise, sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmektedirler.

Böyle bir yöntemin, bu seçimin seçmenlerinin, seçilecek tüm üyelikler için tercihlerini ortaya koymasını engellediği ortadadır. Seçmenlerin tercihlerini kullandıkları oya tam anlamıyla yansıtamadığı ve seçme imkanlarının sınırlandırıldığı bir yöntemin ise, demokratik olduğu kabul edilemez ve bu yöntem, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen "demokratiklik" ile bağdaştırılamaz.

Diğer yandan böyle bir yöntem, kurumunda veya meslektaşları arasında yeteri ölçüde desteği bulunmayanların da aday listelerine girmelerini ve dolayısı ile Kurula üye olarak taşınmalarını sağlayarak, adil olmayan bir seçim sonucunun ortaya çıkmasına neden olabilecek bir özellik taşımaktadır.

"Adalet", hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin gerçekleştirmeye yöneldiği temel hususlardan birisidir. "Adil" olmayan bir seçim sisteminin, hukuk devleti ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Bu nedenlerle söz konusu 22 nci maddenin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan "demokratik hukuk devleti"ne aykırı düştüğü söylenmelidir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, 22 nci maddesinin altıncı fıkrasının ikinci tümcesinde ise, "Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır." hükmü yer almaktadır. Bu hüküm gereği, Yargıtay, Danıştay Genel Kurulları, Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu veya Adli yargı ile idari yargı hakim ve savcıları tarafından seçilecek asıl üyelerin yerine gelecek yedek üyelerin de 4 yıllık süre dolmadan tükenmesi halinde, Kurul üyelikleri boş kalabilecek ve bu durum, Kurul çalışmalarının etkisizleşmesine yol açabilecektir. Yargının etkisizleştirilmesi ise, hukuk devleti ile bağdaşmayan bir durumdur. Böyle bir durumun da, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen hukuk devletine aykırı düşeceği açıktır.

Bu tablo karşısında, söz konusu 22 nci maddenin beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin "demokratik hukuk devleti" niteliğine yukarıda açıklanan yönlerden aykırı düştüğü; bu fıkraların Anayasa değişikliği olarak düzenlendiği gözönünde tutulduğunda bunun, Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen demokratik hukuk devleti olma niteliğinin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirilmesi anlamına geleceği söylenmelidir. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik ilkesi buna imkan vermediği için söz konusu beşinci ve altıncı fıkralar (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları) iptal edilmelidir.

I.B.5.c. 22'nci Maddenin Yedinci Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin yedinci fıkrası, Kurulun yedek üyeleri bakımından, asıl üyeler için öngördüğü görev yasaklarını getirmemiştir; bu nedenle Kurulun birinci sınıf hakimler ve savcılar arasında seçilen 4 yedek üyesi, kürsü hakimliğine devam edecek; bu nedenle de her türlü soruşturma ve idari tasarrufun, dolayısı ile yürütmenin etki alanına bağımlı durumda olacaklardır. Bu da, kuvvetler ayrılığına, yargı bağımsızlığına ve yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz koşulu olduğu hukuk devletine aykırı düşecektir.

Bu nedenle 22 nci maddenin yedinci fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na ve "hukuk devleti"ne aykırı düştüğü ve yedinci fıkra bir Anayasa değişikliği kapsamında yer aldığı için bunun, Anayasanın 2 nci maddesinin bu nitelikler bakımından Anayasanın değiştirilmesi anlamına geleceği söylenmelidir. Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik yasağı buna imkan tanımadığı için söz konusu yedinci fıkra (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin altıncı fıkrası) iptal edilmelidir.

I.B.5.d. 22'nci Maddenin Sekizinci Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin sekizinci fıkrasında, yukarıda 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarda açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırı bir nitelik taşıyan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Başkanlığına ve çalışma düzenine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle sekizinci fıkranın da, 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları için belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu söylenmelidir.

Sekizinci fıkranın birinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri, bu hususa ek olarak, başka bakımlardan da Anayasaya aykırılıklar taşımaktadır. Şöyle ki:

- Sekizinci fıkranın birinci tümcesinde, "Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir." hükmü yer almaktadır.

Bu tümcenin, Kurulun Başkanının Adalet Bakanı olduğunu ifade eden söz konusu 22 nci maddenin dördüncü fıkrasının birinci tümcesi ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir değerlendirme ise, sekizinci fıkranın birinci tümcesinin aslında "Kurulun yönetimi ve temsili Adalet Bakanına aittir" olarak da okunabileceğini ortaya koymaktadır. Bunun ise

Kurulu, özellikle çalışma düzeni bakımından, yürütmeye bağımlı kılacağı; yargının bağımsızlığı, olmazsa olmaz koşulu olan "hukuk devleti"ne ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı düşeceği ortadadır.

Hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilmiştir. Bu nedenle, söz konusu tümcenin, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğunun söylenmesi gerekmektedir.

- 22 nci maddenin sekizinci fıkrasının üçüncü ve dördüncü tümceleri ise şöyledir:

"Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir".

Bu tümcelerde, Başkanını seçmek yetkisi tanınmayan Kurula, ancak kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birisini de başkanvekili olarak seçmek olanağı verilmiştir; ancak, başkanvekilinin yetkileri Anayasada gösterilmeyerek, dilerse Başkanının devredeceği bir takım yetkileri kullanmak durumuna sokulmuştur. Bu da, yönetime ilişkin yetkilerin tam anlamıyla Adalet Bakanında veya Adalet Bakanının güdümünde kalmasına yol açmaktadır.

Böyle bir düzenlemenin de, yargıyı yürütmeye bağımlı kılacağı açıktır. Bu durumda, söz konusu üçüncü ve dördüncü tümcelerin de, aynen birinci tümce için belirtilen gerekçelerle Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düştüğünün söylenmesi gerekmektedir.

Fıkranın 2 nci tümcesindeki, Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz tümcesi ise yukarıda çerçeve 22 inci maddenin üçüncü fıkrasında 3 daire halinde çalışma hükmünde belirtilen aykırılık gerekçelerine dayanarak iptal edilmelidir.

Bu tablo, söz konusu 22 nci maddenin sekizinci fıkrasının yukarıda açıklanan yönlerden Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "hukuk devleti"ne ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı düştüğünü ortaya koymaktadır. Sekizinci fıkranın Anayasa değişikliği olarak düzenlendiği gözönünde tutulduğunda bu durumun, Cumhuriyetin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen niteliklerinden "hukuk devleti" ve "kuvvetler ayrılığı"nın, değiştirilmesi anlamına geleceği ve Anayasanın 4 üncü maddesindeki değişmezlik ilkesi buna imkan vermediği için sekizinci fıkranın (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin yedinci fıkrası) iptal edilmesi gerektiği söylenmelidir.

I.B.5.e. 22'nci Maddenin Dokuzuncu Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin dokuzuncu fıkrasında, yukarıda 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarıyla ilgili Anayasaya aykırılık gerekçelerinde Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "hukuk devleti" ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı düştüğü açıklanan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yetki ve görevleri ile ilgili bir düzenleme yapılmıştır.

Bu bakımdan söz konusu dokuzuncu fıkranın da, 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları için yukarıda ifade edilen gerekçelerle Anayasaya aykırı düştüğü kabul edilmelidir.

Bu noktadan hareket edildiğinde de, dokuzuncu fıkranın, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "hukuk devleti"ne ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı düştüğünün; dokuzuncu fıkranın Anayasa değişikliği olarak düzenlendiği gözönünde tutulduğunda da bu durumun, Cumhuriyetin Anayasada belirtilen bu niteliklerinin değiştirilmesi anlamına geleceğinin; Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirilemezlik ilkesinin böyle bir değişikliğe imkan vermemesi nedeniyle dokuzuncu fıkranın (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin sekizinci fıkrası) iptal edilmesinin gerektiğinin söylenmesi gerekmektedir.

I.B.5.f. 22'nci Maddenin Onuncu ve Onbirinci Fıkralarına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin onuncu ve onbirinci fıkralarına bakıldığında, bu fıkralarda yapılan düzenlemelerin Anayasaya aykırı bazı yönleri bulunduğu görülmektedir. Şöyle ki:

- Bugün için, yargıç ve savcılar hakkında soruşturma açma izni verme yetkisi ilgili mevzuat gereğince, Adalet Bakanı tarafından kullanılmakta; bu iznin verilmemesi halinde idari yargı mercilerine başvurulabilmektedir. Adalet Bakanlığının, birçok yargıç ve savcı hakkında, çok kolaylıkla soruşturma izni verip, bu soruşturmaları uzun süre yürüterek; yürütmenin yargı üzerinde baskı kurmasını sağladığı yolundaki örnek ve eleştiriler oldukça yaygındır.

22 nci maddenin onuncu fıkrasının birinci tümcesinin ilgili dairenin önerisi ile sınırlandırılmış olsa bile, hakim ve savcılarla ilgili soruşturmaya olur vermek yetkisini Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanına vermesi, bu eleştirileri ortadan kaldırmaya yetmeyecektir. Çünkü Kurulun

Başkanı, yine Adalet Bakanıdır. Bu durumda yeni düzenlemenin de, yürütmenin yargıyı etkisi aklına almasına yol açacağı ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile yargı bağımsızlığı temel unsurlarından birisi olan "Hukuk Devleti"ne aykırı düşeceği açıktır.

- 22 nci maddenin onuncu fıkrasında, inceleme ve soruşturmanın daha kıdemli hakim veya savcı eliyle de yaptırılabileceği hükmüne de yer verilmiştir. Ancak bu hüküm inceleme ve soruşturmayı soruşturulandan daha kıdemli bir savcı veya yargıca yaptırma kararını kimin vereceği ve soruşturma veya incelemeyi yapacak yargıç veya savcıyı kimin belirleyeceği konusunda herhangi bir açıklık taşımamaktadır. Bu, söz konusu belirlemeleri de, oluru verecek Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının yani Adalet Bakanının yapmasına yetki verecek yasa düzenlemelerine Anayasal dayanak oluşturacak bir durumdur. Böylesi bir durumun, yargının yürütmenin baskı ve etkisine girmesine yol açacağı ortadadır. Bu da yargı bağımsızlığının olmazsa olmaz olduğu hukuk devleti ilkesine ve kuvvetler ayrılığına aykırıdır.

- 22 nci maddenin onbirinci fıkrasında, Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı yolunu kapatmış olması da; tüm yasama ve yürütme işlemlerinin yargısal denetimi esasını temel unsuru olarak kabul eden hukuk devleti ile bağdaşmamaktadır. Hukuk devletinin en temel ilkelerinden birisi, devletin bütün işlem ve eylemlerinin yargı denetimine bağlı olmasıdır. Bunun istisnasının Anayasa ile getirilmiş olması dahi hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelir. Böyle bir istisna 2 nci madde karşısında kabul edilemez.

Bu açıklamalar ışığında, 22 nci maddenin onuncu ve onbirinci fıkralarının Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen hukuk devletine ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Söz konusu fıkraların Anayasa değişikliği niteliğini taşıması nedeniyle bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı niteliklerinin değiştirildiği anlamına gelmektedir. Anayasanın 4 üncü maddesi böyle bir değişikliğe imkan vermediği için söz konusu onuncu ve onbirinci fıkraların (2709 sayılı yasanın değişen 159 uncu maddesinin dokuzuncu ve onuncu fıkraları) iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.5.g. 22'nci Maddenin Onikinci Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Yukarıda, söz konusu 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, bu fıkralardaki görünümüyle

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, yapılandırılışı açısından Anayasaya aykırı bir nitelik taşıdığı açıklanmıştır. Bu bakımdan, onikinci fıkrada düzenlenen Genel Sekreterliğin, Anayasaya aykırı olan bu Kurula bağlanmış bulunması nedeniyle, 22 nci maddenin onikinci fıkrası da, bütünüyle ve 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları için geçerli olan gerekçelerle, Anayasaya aykırı düşmektedir ve iptal edilmesi gerekmektedir.

Buna ek olarak, onikinci fıkranın ikinci tümcesinde Genel Sekreterin, Kurulun göstereceği üç aday arasından olsa bile, Kurul Başkanı tarafından atanacağının belirtilmiş olması da, onikinci fıkra için bir başka Anayasaya aykırılık nedeni oluşturmaktadır. Çünkü Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Bu durum, söz konusu Genel Sekreterlik bağlamında yargı ile yürütme arasında, yürütmenin yargı üzerinde üstünlük kurmasına ve yargıyı etkilemesine yönelik bir bağ kurulmasına yol açmaktadır. Bu aynı zamanda kurul sistemi ile çalışması gereken bir yapı için Başkanlık sisteminin atama üzerine kurulu yapıya ve kurulun tamamı ile Başkanın etkisine girmesine yol açacak bir düzenlemedir. Bunun ise Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı düşeceği açıktır.

Diğer yandan, yürütmenin yargı üzerinde üstünlük sağlaması ve yargıyı etkilemesi, yargının bağımsızlığı ve yansızlığı ile de bağdaşacak bir durum değildir. Yargının yansızlığı ve bağımsızlığı ise, hukuk devletinin olmazsa olmazlarıdır. Söz konusu ikinci tümcenin, bu bakımdan da "hukuk devleti"ne de aykırı olduğunun belirtilmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde söz konusu onikinci fıkranın Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen "hukuk devleti" ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı düştüğü; onikinci fıkra bir Anayasa değişikliği gerçekleştirdiği için bu aykırılığın, Anayasanın 2 nci maddesindeki "hukuk devleti" ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"nın değiştirildiği anlamına geldiği söylenmelidir. Böyle bir değişiklik ise Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı düşeceği için, onikinci fıkranın (2709 sayılı yasanın değişen 159 uncu maddesinin onbirinci fıkrası) iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.5.h. 22'nci Maddenin Onüçüncü Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin onüçüncü fıkrasında, Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hakim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hakim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri atama yetkisinin Adalet

Bakanına verilmesi, yürütmeye yargı üzerinde üstünlük kurma ve yargıyı etkisi altına alma imkanının tanınması anlamına gelmektedir.

Bu süreçte Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun devreden çıkarılmış bulunması, özellikle adalet müfettişlerini ve iç denetçileri Adalet Bakanının atıyor olması; 5982 sayılı Kanunun çerçeve 14 üncü maddesinde belirtilen denetimin de, Adalet Bakanının güdüm ve etkisi altına girmesine neden olabilecektir.

Belirtilen bu hususlar ise; yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına, dolayısı ile bu nitelikler olmazsa olmazı olan hukuk devletine ve kuvvetler ayrılığına aykırıdır.

Bu nedenle 22 nci maddenin onüçüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verilen Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na ve "hukuk devleti"ne aykırı düştüğü; onüçüncü fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılığın kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti nitelikleri yönünden Anayasanın 2 nci maddesinin değiştirilmesi anlamına geldiği söylenmelidir.

Böyle bir değişiklik Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen değiştirilmezlik ilkesine aykırı düşeceği için, söz konusu onüçüncü fıkra (2709 sayılı kanunu değişen 159 uncu maddesinin onikinci fıkrası) iptal edilmelidir.

I.B.5.1. 22'nci Maddenin Ondördüncü Fıkrasına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

Yukarıda söz konusu 22 nci maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarına ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, bu fıkralardaki görünümüyle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, yapılandırılışı yönünden Anayasaya aykırı bir nitelik taşıdığı açıklanmıştır.

Bu bakımdan, ondördüncü fıkrada kanunla düzenlenmesi öngörülen hususların Anayasaya aykırı düşen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun çalışma düzenine ilişkin olması; ondördüncü fıkrayı da aradaki bağlantı nedeniyle, üçüncü ve dördüncü fıkralarda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı bir görünüme sokmaktadır ve aynı gerekçelerle ondördüncü fıkranın (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin onüçüncü fıkrası) da iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.6. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanunun 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği "Geçici Madde 18" Ve "Geçici Madde 19"A İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

I.B.6.a. 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği "Geçici Madde 18"in Birinci, İkinci, Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Fıkralarına İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

"Geçici Madde 18"in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında görevdeki Anayasa Mahkemesinin yapısının, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde ortaya konulmuş olan yeni Anayasa Mahkemesi yapısına uyumunun sağlanması için yapılacak işler ve kullanılacak yöntemler gösterilmiştir.

Yukarıda 16 ncı maddeye ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde getirilen yeni Anayasa Mahkemesi yapısının çeşitli açılardan Anayasaya aykırı olduğu açıklanmıştır.

Bu nedenle, mevcut Anayasa Mahkemesinin getirilen bu Anayasaya aykırı yeni yapılanma modeline uyumunun sağlanması için "Geçici Madde 18"in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılması öngörülen bütün işler ve kullanılacak yöntemler, söz konusu 16 ncı madde için öne sürülen gerekçelerle Anayasaya aykırı düşmektedir.

Bu nedenle mevcut Anayasa Mahkemesinin, getirilen bu Anayasaya aykırı yeni yapılanma modeline uyumunun sağlanması için, "Geçici Madde 18"in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılması öngörülen bütün işler ve kullanılacak yöntemler, 16 ncı madde ile birlikte değerlendirilmeli ve "Geçici Madde 18"in, birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarındaki hükümlerin, 16 ncı madde için geçerli olan gerekçelerle Anayasaya aykırı düştüğü söylenmelidir. Bu nedenle "Geçici Madde 18"in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları iptal edilmelidir.

Bu bağlamda daha açıkça ifade edilmesi gerekirse:

- Geçici Madde 18'in birinci ve beşinci fıkralarında yer alan hükümler, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesine ilişkin olarak yukarıda yapılan değerlendirmelerde Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan Cumhuriyetin niteliklerinden "kuvvetler ayrılığı"na ve yargının bağımsızlığı ile tarafsızlığı olmazsa olmaz koşulu olan "demokratik hukuk devleti"ne aykırı bulunmuş olan yeni Anayasa Mahkemesi modeline geçişi sağlamaya yöneldiği için; 16 ncı madde için öne sürülmüş olan "kuvvetler ayrılığı" ve "demokratik hukuk devleti"ne aykırılık, söz konusu birinci ve beşinci fıkralar için de geçerli olmalıdır. Söz konusu birinci ve beşinci fıkralar Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için; bu aykırılık Anayasanın 2

nci maddesinin sözü geçen nitelikler bakımından, Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağa rağmen değiştirildiği anlamına gelmektedir. Anayasanın 4 üncü maddesi böyle bir değişikliğe imkan tanımadığı için "Geçici Madde 18"in birinci ve beşinci fıkralarının iptal edilmesi gerekmektedir.

- Geçici Madde 18'in ikinci ve üçüncü fıkralarında, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi ile ilgili değerlendirmelerde "hukuk devleti" ve "kuvvetler ayrılığı" ilkelerine dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu açıklanmış bulunan, TBMM'nin Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisinin, görevdeki Anayasa Mahkemesinin yeni yapısına uyumunu sağlamak için nasıl kullanılacağına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Burada söz konusu 16 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiş olan yöntemin, geçiş aşaması için de benimsendiği görülmektedir. 16 ncı madde için yapılan değerlendirmelerde, Sayıştay ve baroların aday belirleme yönteminin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin "demokratik hukuk devleti" ilkesine aykırı düştüğü sonucuna varıldığı için, bu yöntemlerin geçiş dönemi için de aynı aykırılıkla malul olacağının söylenmesi gerekmektedir. "Geçici Madde 18"in ikinci ve üçüncü fıkraları Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için, bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "demokratik hukuk devleti" niteliğinin, Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağa rağmen iptali anlamına gelmekte; bu nedenle de, Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırı olan "Geçici Madde 18"in ikinci ve üçüncü fıkralarının da iptali gerekmektedir.

- Geçici Madde 18'in dördüncü fıkrasında, Cumhurbaşkanının, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinde belirtilen Yükseköğretim Kurulunun göstereceği öğretim üyesi adaylar arasından Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkisinin, yeni Anayasa Mahkemesi yapısına geçiş aşamasında nasıl kullanılacağı belirtilmiştir.

Yukarıda söz konusu 16 ncı maddeye ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde, Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesine üye seçmesinin, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında gösterilen Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na ve "hukuk devleti"ne aykırı olduğu ifade edilmiştir. "Geçici Madde 18"in dördüncü fıkrası da Anayasaya aykırı bulunan bu yetkinin kullanımına ilişkin düzenlemeler yaptığı için, 16 ncı madde için söz konusu olan bu gerekçelerle, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

"Geçici Madde 18"in dördüncü fıkrası, bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinin, Cumhuriyetin "kuvvetler ayrılığı" ve "hukuk devleti" niteliklerinin Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirildiği anlamına gelmekte; bu nedenlerle, "Geçici Madde 18"in Anayasanın 2 nci ve 4 üncü maddelerine aykırı olan dördüncü fıkrasının da iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.6.b. 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği "Geçici Madde 19"a İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği "Geçici Madde 19"da, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu için ortaya koyduğu yeni yapılanma biçimine halen görevde bulunan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun uyumunu sağlamaya yönelik ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu bağlamda "Geçici Madde 19"un birinci fıkrasının, (a) bendinde; geçiş aşamasında Cumhurbaşkanının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna doğrudan üye seçme yetkisini nasıl kullanacağına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. (b) bendinde Yargıtay Genel Kurulunca, (c) bendinde Danıştay Genel Kurulunca, (ç) bendinde Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca, (d) ve (e) bentlerinde birinci sınıfa ayrılmış adli ve idari yargı hakim ve savcılarınca, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna seçilecek üyeler için, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde yapılacak işlemler ve 22 nci maddede öngörülen seçim sistemine uyularak yapılacak bu seçimlere ilişkin esaslar ortaya konulmuştur. Yani "Geçici Madde 19"un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d) ve (e) bentleri, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin, mevcut Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna uygulanması için gerekli düzenlemeleri yapmaktadır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanına tanınmış olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna doğrudan üye seçme yetkisi; Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi ile adli ve idari yargı yargıç ve savcılarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisi ve seçimlerde kullanılacak yöntemlerle ilgili olarak, 22 nci maddeye ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde yapılan bütün değerlendirmelerin ve ortaya konulan Anayasaya aykırılık gerekçelerinin, "Geçici Madde 19"un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d) ve (e) bentleri için de geçerlidir. Daha açık ifade etmek gerekirse:

- 22 nci madde ile ilgili değerlendirmelere bakıldığında; Cumhurbaşkanına ve Türkiye Adalet Akademisine tanınan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna üye seçme yetkisinin yargı bağımsızlığına, dolayısı ile "kuvvetler ayrılığı" ve "hukuk devleti"ne aykırı bulunduğu;

Yargıtay, Danıştay, adli ve idari yargı yargıç ve savcılarına tanınan üye seçme yetkisinin ise tanınan kontenjanlar ve seçim sistemi yönünden adalete ve dolayısı ile demokratik hukuk ilkesine aykırı olduğunun saptandığı görülmektedir. Buradan hareketle "Geçici Madde 19"un birinci fıkrasının birinci tümcesinin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen demokratik hukuk devleti ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı görülmüş bir yapıya geçişi öngördüğü için Anayasanın 2 nci maddesine; birinci fıkrasının (a) bendinin Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler bakımından Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin yargının bağımsızlığı ve yansızlığı gerekleri ile Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına; (b), (c), (ç), (d), (e) bentlerinin, Yargıtay ve Danıştaya ve adli yargı hakim - savcıları ile idari yargı hakim - savcılarına ayrılan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelik kontenjanlarının adil bir orantıyı yansıtmadığı için Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti niteliğine; kullanılan seçim sisteminin adil bir demokratik temsile imkan vermediği için Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen demokratik hukuk devleti niteliğine aykırı düştüğü ifade edilmelidir.

"Geçici Madde 19"un birinci fıkrası bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılıklar, Anayasanın 2 nci maddesindeki "demokratik hukuk devleti" ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığının Anayasanın 4 üncü maddesindeki yasağa aykırı olarak değiştirildiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, "Geçici Madde 19"un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d), (e) bentlerinin iptal edilmeleri gerekmektedir.

- "Geçici Madde 19"un ikinci fıkrasında, birinci fıkrasının (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca seçilen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun asıl üyelerinin göreve başlayacağı tarih belirlenmiştir. Ancak söz konusu (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılacak seçimlerin Anayasaya aykırılığı yukarıda belirtildiği için, ikinci fıkranın da aynı gerekçelerle, yani Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "demokratik hukuk devleti"ne aykırı olduğu söylenmelidir. İkinci fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "demokratik hukuk devleti" niteliğinin değiştirildiği anlamına gelmektedir. Böyle bir değişiklik Anayasanın 4 üncü maddesinde belirtilen değişmezlik yasağına aykırı düşeceği için, "Geçici Madde 19"un, ikinci fıkrası iptal edilmelidir.

- "Geçici Madde 19"un üçüncü fıkrasında, yine Anayasaya aykırı olduğu yukarıda açıklanan yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yapısına, görevdeki Kurulun uyumunun sağlanması bağlamında; (b) ve (c) bentlerinde belirtilen ve oy verenlerin iradelerini oylarına tam anlamıyla

yansıtmalarına imkan vermediği için Anayasanın 2 nci maddesinde yer verilen "demokratik"lik niteliğine aykırı bulunan yöntemlerle seçilen Danıştay ve Yargıtay üyelerinin ne zaman göreve başlayacakları düzenlenmiş; bu düzenleme yapılırken halen görevde bulunan üyelerin, seçildikleri sürenin sonuna kadar görevde kalacakları öngörülmüştür. Bu düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında belirtilen "demokratik hukuk devleti"ne ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı olduğu yukarıda 22 nci maddede belirtilen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu modeline, görevdeki Kurulun uyumunun sağlanması amacıyla yapıldığı için, 22 nci madde için ortaya konulan Anayasaya aykırılık gerekçeleri, söz konusu üçüncü fıkra için de geçerlidir. Ayrıca (b) ve (c) bendi uyarınca yapılan seçimlerin, kullanılan seçim yönteminin seçmenlerin iradelerinin tümüyle oya yansımasını önlemesi, seçim hakkını kısıtlaması bakımından demokratik bir nitelik taşımamasının da, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen "demokratiklik" niteliği ile bağdaşmayan bir başka aykırılık nedeni oluşturduğu dikkatten kaçırılmamalıdır.

Bu hususlardan hareket edildiğinde, "Geçici Madde 19"un üçüncü fıkrasının, birinci ve ikinci tümcelerinin birbiriyle yakın ilişkisi de göz önünde tutularak, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "demokratik hukuk devleti"ne aykırı düştüğü söylenmelidir. Söz konusu üçüncü fıkra bir Anayasa değişikliği niteliği taşıdığı için bu aykırılık, Anayasanın 2 nci maddesinin, "demokratik hukuk devleti" niteliği yönünden, Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı olarak değiştirilmesi anlamına gelmekte; bu bakımdan da söz konusu "Geçici Madde 19"un üçüncü fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

- "Geçici Madde 19"un dördüncü fıkrasında, birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri uyarınca seçilen üyelerden, üçüncü fıkra uyarınca göreve başlayanların görev süresinin biteceği süre düzenlenmiştir.

Dördüncü fıkranın da, yukarıda 22 nci maddeyle ilgili açıklamalarda Anayasaya aykırı olduğu belirtilen yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna, görevdeki Kurulun uyumunun sağlanmasına yönelik geçiş düzenlemelerini yapması bakımından, 22 nci madde için söz konusu olan gerekçelerle, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "demokratik hukuk devleti" ile Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı düştüğü söylenmelidir. Söz konusu dördüncü fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için, bu aykırılık sözü geçen nitelikler yönünden Anayasanın 2 nci maddesinin, dördüncü maddesindeki

yasağın gözardı edilerek değiştirildiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle söz konusu dördüncü fıkranın iptal edilmesi gerekmektedir.

- "Geçici Madde 19"un altıncı fıkrasının (b) bendinde; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ikinci fıkra uyarınca asıl üyelerinin göreve başladığı tarihten itibaren bir hafta içinde Adalet Bakanının Başkanlığında toplanıp bir geçici Başkanvekili seçeceği hükmüne yer verilmiştir. Kurulun bu şekilde Adalet Bakanının Başkanlığında bir seçim yapmasını öngören bir düzenlemenin, yürütmenin yargı üstünde üstünlük kurması ve yargının yürütmeye bağımlı hale gelmesine yol açacağı; bu nedenle de yargı bağımsızlığına ve kuvvetler ayrılığına dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşeceği ortadadır. Çünkü buradaki ifade Adalet Bakanının, Başkanlığının Kurul Başkanı olmaktan değil; Adalet Bakanı olmasından doğduğunu ortaya koymakta; eğer, böyle bir durum ifade edilmek istenmeseydi, Kurulun, Kurul Başkanının Başkanlığında toplanacağı doğrultusunda bir hükmün konulması gerekmektedir.

Altıncı fıkranın (c) bendinde ise kurulun en az 15 üye ile toplanacağı ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar vereceği belirtilmiştir. 22 kişiden oluşacak yeni Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yukarıda I.B.5 bölümünde açıklanan gerekçelerle anayasaya aykırı olduğu ve iptalinin gerektiği belirtildiğinden aynı gerekçelerle kurulun toplanma ve kararla ilgili düzenlemesinin de anayasaya aykırı olacağı açıktır.

Diğer yandan "Geçici Madde 19"un altıncı fıkrasının (ç) bendinde, ilgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar, sekretarya hizmetlerinin Adalet Bakanlığı tarafından yürütüleceği bildirilmiştir. İlgili kanunlardaki değişikliklerin ne kadar süre içinde veya hangi tarihe kadar tamamlanacağına ilişkin bir belirleme söz konusu altıncı fıkrada yer almadığı için bu hüküm, yasamanın eline, gerekli düzenlemeleri geciktirerek sekretarya bakımından yargıyı sürekli biçimde yürütmeye bağımlı kılmak imkanını vermektedir. Böylesi bir bağımlılık, yasama ve yürütmenin, yargı üzerinde üstünlük kurmasına da neden olacaktır. Böylesi durumların yargının bağımsızlığına dolayısı ile yargı bağımsızlığının olmazsa olmazı olan hukuk devletine ve kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırı düşeceği ortadadır.

Bu açıklamalardan hareketle, "Geçici Madde 19"un altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden hukuk devletine ve Başlangıç ilkelerinden kuvvetler ayrılığına aykırı düştüğü; söz konusu altıncı fıkra bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesinin sözü

edilen nitelikler yönünden Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı biçimde değiştirildiği anlamına geldiği ve bu nedenle altıncı fıkranın (b),(c) ve (ç) bentlerinin iptal edilmesi gerektiği söylenmelidir.

- "Geçici Madde 19"un yedinci fıkrasında; Kurul müfettişleri ile adalet müfettişleri atanıncaya kadar, mevcut adalet müfettişlerinin kurul müfettişi ve adalet müfettişi sıfatıyla görev yapacakları; sekizinci fıkrasında ise, gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar bu madde hükümlerinin uygulanacağı bildirilmiştir.

Bu düzenlemeler, yargıç ve savcılar hakkında Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılacak inceleme, araştırma ve soruşturmaların, Kurula bağlı müfettişler tarafından değil, adalet müfettişleri eliyle yaptırılması yönteminin, bugünkü yürütme ve yasama istediği sürece kalıcılık kazanmasını sağlamaktadır. Çünkü ilgili kanunlarda gerekli düzenlemelerin hangi süre içinde yapılmasının gerektiğini ve kurul müfettişlerinin hangi süre içinde atanacağını gösteren herhangi bir belirleme, yedinci ve sekizinci fıkralarda yapılmamıştır.

Bu, gerekli Kanunları çıkarma konusunda yasamayı, gerekli atamaları tamamlama konusunda yürütmeyi keyfi hareket etmekte özgür bırakacak ve hukuk düzeninde belirsizlik yaratacak bir durumdur. Böylesi durumlar hukuk devleti ile bağdaşmaz.

Diğer yandan böylesi bir hüküm, müfettişler ve yapacakları denetim yönünden belirsiz bir süre boyunca yargıyı yürütmeye bağımlı kılmakta; yürütmenin ve yasamanın yargı üzerinde üstünlük kurmasını sağlamaktadır. Bu da kuvvetler ayrılığı ile bağdaşmayacak bir durumdur.

Bu açıklamalardan hareketle, "Geçici Madde 19"un yedinci ve sekizinci fıkralarının da, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden "hukuk devleti" ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı düştüğü; söz konusu yedinci ve sekizinci fıkralar bir Anayasa değişikliği niteliğini taşıdığı için bu aykırılığın Anayasanın 2 nci maddesinin söz konusu nitelikler yönünden Anayasanın 4 üncü maddesine aykırı bir biçimde değiştirildiği anlamına geldiği söylenmeli; bu nedenle de "Geçici Madde 19"un yedinci ve sekizinci fıkraları iptal edilmelidir.

I.B.7. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 26'ncı Maddesine İlişkin Anayasaya Aykırılık Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde, bu Kanunun halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanacağı ifade edilmektedir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanununda, konu bakımından birbiri ile ilgisiz pek çok madde yer almaktadır. Bu birbirleriyle ilgisiz maddelerin tümünün birlikte oylamaya sunulması, halkoylamasına katılacak vatandaşların iradelerini tam anlamıyla oylarına yansıtmalarını engelleyecek bir durumdur. Çünkü böylesi bir birlikte oylama, oy kullanacak vatandaşlara beğenmedikleri hükümler için ayrı ayrı ret, beğendikleri hükümler için yine ayrı ayrı kabul oyu vermek imkanını tanımayacak; vatandaşlar beğendikleri hükümlerin yürürlüğe girmesi için, beğenmedikleri hükümlere de kabul oyu vermek veya beğenmedikleri hükümlerin yürürlüğe girmesini engellemek için beğendikleri hükümleri de reddetmek zorunda kalacaklardır.

Bu da "demokrasi" kavramına aykırı bir durumdur. Çünkü, oy veren vatandaşın irade serbestliğini ve seçme imkanını sınırlandırmakta ve bir dayatma meydana getirmektedir.

Demokrasilerde ancak birbirleriyle çok yakından ilgisi olan maddelerin birlikte halkoyuna sunulması halinde, böyle sakıncalı durumların ortaya çıkması engellenebilmektedir.

Bu konuda Venedik Komisyonunun da aynı çözümü önerdiği görülmektedir.

Venedik Komisyonunun, 2006 tarihli "Referandumlarda İyi Uygulamalar Kılavuzu"nun 30 uncu maddesinde şu hüküm yer almaktadır.

"İçerik birliği, özgür oy iradesinin daha da önemli bir gerekliliğidir. Seçmenler, arasında bir bağ olmayan farklı sorulara aynı anda oy vermek zorunda bırakılmamalıdır."

Venedik Komisyonu'nun 2010 tarihli "Referandumlara Dair İyi Uygulama Kodu"nda da, "Referandum metninin usul hukukunda geçerliliği" başlığı altında şu hükme yer verildiği görülmektedir:

Bir metnin (Anayasa, yasa) tümünün değiştirilmesi durumu hariç, seçmenlerin serbest oy hakkını garanti etmek için, oylamaya konan her sorunun çeşitli kısımları arasında öz itibariyle bağlantı olmalıdır ve seçmenlerden öz itibariyle bağlantı bulunmadan tüm hükümleri kabul veya reddetmeleri istenmemelidir." (Bkz. Nisan 2010, "Referandumlara Dair İyi Uygulama Kodu", Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Bu kaynak Ek 14 olarak dilekçenin ekinde sunulmuştur.)

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun gibi, birbirleriyle hiçbir ilgisi bulunmayan ve çoğu da son derece teknik düzenlemeler getiren maddelerin birlikte oylanması halinde ise, oy kullanan vatandaşın iradesini tam

anlamıyla aslına uygun biçimde yasama sürecine yansıtması söz konusu olamaz. Bu, aynı zamanda Venedik Komisyonunun "Referandumlara Dair İyi Uygulama Kodu" ile de bağdaşmaz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinde yapılan 1987 tarihli değişiklikle, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların hangi maddelerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı halkoylamasına sunulacağını belirlemek imkanının Türkiye Büyük Millet Meclisine bırakılmasının amacı da, böyle bir olumsuzluğun ortaya çıkmasının önlenmesidir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 175 inci maddesinde yapılan 1987 tarihli değişiklikte; 175 inci maddeye ilişkin değişiklik teklifinde yer almayıp, daha sonra Anayasa Komisyonunda eklenen bu imkan için, Komisyon raporunda ileri sürülen aşağıdaki gerekçe, bu hususu açıkça ifade etmektedir:

"Maddede yapılan diğer bir değişiklikle, Türkiye Büyük Millet Meclisinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, ileride halkoylamasına sunulması ihtimaline karşı, Anayasanın değiştirilen hükümlerinin birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı oylanacağı hususunun da kanuna ilave edilecek bir hükümle kararlaştırılması esası getirilmiştir. Halkoyuna sunulmasının Anayasanın her hükmü için ayrı ayrı yapılması kararlaştırıldığı takdirde, oylama sonunda bazı hükümlerin benimsenmesi, bazılarının ise reddi mümkün olabilecek, böylece halkoylamasının daha sağlıklı şekilde sonuçlanması ve bazı hükümler reddedilmiş olsa bile hiç olmazsa benimsenen değişikliklerin yürürlüğe girmesi sağlanmış olacaktır." (TBMM'nin 13.05.1987 tarihli 102. Birleşim Tutanağı sonuna ekli, S. Sayısı 564, s-6, TBMM TD, Dönem 17, c.40) (Ek 15)

Aynı değişikliğe ilişkin olarak, zamanın Adalet Bakanı Mahmut Oltan Sungurlu'nun 14.05.1987 tarihli 103. Birleşiminde, TBMM'nde yaptığı aşağıda yer verilen konuşma da, TBMM'ye tanınan imkanın amacını göstermektedir.

"Diyelim ki, yapılan değişiklikler farklı farklı hususlarda ise, vatandaşın hepsine birden oy vermek mecburiyeti tanımamak için; tercih imkanı kullanabilmesi için, yüce Meclis, bunları paket paket, kısım kısım oylamaya tabi tutmak imkanına sahiptir." (TBMM TD, Dönem 17, C.40, s.361) (Ek 16)

Bu açıklamalar, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde, bu Kanunun birbiriyle konu bakımından hiçbir ilgisi olmayan, bütünsel değişikliği temsil etmeyen maddelerinin, halkoyuna gidilmesi halinde, makul bir gerekçe olmadan tümüyle oylanacağına ilişkin bir hükme

yer verilmesinin, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin demokratiklik niteliğine aykırı düşeceğini ortaya koymaktadır.

26 ncı maddedeki "halkoylamasına sunulması halinde tümüyle" ibaresinin, Cumhuriyetin, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen demokratiklik niteliğine aykırı olması, 26 ncı madde bir Anayasa değişikliği yapan Kanunda yer aldığı için, bu aykırılık, söz konusu ibarenin Anayasanın 2 nci maddesinde, "demokratik"lik niteliğinde bir değişiklik yapıldığı anlamına gelmektedir. Anayasanın 4 üncü maddesi böyle bir değişikliğe imkan tanımadığı için, 26 ncı maddedeki "halkoyuna sunulması halinde tümüyle" ibaresinin iptal edilmesi gerekmektedir.

I.B.8. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 8'inci, 14'üncü, 16'ncı, 19'uncu, 22'nci Maddeleri İle 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği "Geçici Madde 18" ve "Geçici Madde 19" İle 26'ncı Maddesindeki Anayasaya Aykırılıkların, Anayasa Mahkemesinin Denetim Yetkisi Bakımından Konumu

Çağdaş Anayasaların genellikle temel felsefelerini ifade eden ilkelerini ve bu felsefeye dayalı olarak ortaya koydukları düzenin bütünlüğünü, yasama organının kendisine veya bir başka deyişle yasama organındaki çoğunluğun baskısına karşı güvence altına alacak hükümleri ve kuruluşları da birlikte getirme yoluna gittikleri görülmektedir.

Böyle bir sisteme geçiş Türkiye'de de, Cumhuriyetin dayandığı temel ilkeleri ve felsefeyi güvence altına alma gereksiniminin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Bu gereksinim 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 4 üncü 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.

4 üncü 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 ile 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. Bu sınır, aynı zamanda TBMM'nin Anayasayı değiştirme yetkisinin, 4 üncü ve 175 inci maddelerinin de sınırıdır. Yani, Anayasanın 1 inci, 2 nci 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 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 üncü 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 imkan tanımak anlamına gelecektir.

Bu husus Prof. Dr. Erdoğan Teziç tarafından da, Anayasanın laiklik ilkesini düzenleyen 2 nci 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) (Ek 18)

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 16.06.1970 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, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun iptali istenen yukarıda belirtilmiş hükümlerinin, 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, iptali istenen maddelerin Anayasaya aykırılık gerekçelerinde açıklanmış ve getirdikleri düzenlemelerin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerine aykırı düştüğü, bunları değiştirip başkalaştırdığı sonucuna varılmıştır.

Anayasanın 148 inci maddesinde Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından denetleyebileceği; 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 yapmayacağının 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 düzenlemelerin, Anayasanın 4 üncü maddesinde ifadesini bulan şekil kuralına aykırı olup olmadığının belirlenmesi ancak bu düzenlemelerin içeriğinin Anayasanın ilk üç maddesinde getirilen ilkelerle bağdaşmayacak, bu nedenle bu ilkeleri değiştirici bir nitelik taşıyıp taşımadıklarını bir ön denetimle belirlenmesi yoluyla mümkün olabilecektir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin yetkisizliği nedeniyle yasama yetkisini kullanamayacağı bir alanda yapılan iptali istenen hükümleri, böyle bir denetimi yapmaya yetkili olmadığı ve şekil denetiminin kapsamanın "teklif ve kabul yeter sayılarına 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 ve Türkiye Cumhuriyetinin, Anayasanın ilk üç maddesinde belirtilen niteliklerini güvencesiz bırakacaktır.

Halbuki Anayasamızın ilk 3 maddesinde belirtilen nitelikler, Türkiye Cumhuriyetinin temelidir. Bu nitelikler değiştirildiği takdirde 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 yeter sayısına 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, "Anayasada Türban Değişikliği", Cumhuriyet Gazetesi, 27.01.2008) (Prof. Dr. Erdoğan Teziç'in Fikret Bila'ya yaptığı açıklamalar "Yön", Milliyet Gazetesi, 25.01.2008 ve 09.02.2008.)

Anayasanın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin teklif 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 yeter sayılarını 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, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun yukarıda iptali istenen hükümlerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği ve bu hükümlerin Cumhuriyetin, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen nitelikleri değiştirdiğine karar vermesi halinde, bu hükümleri Anayasanın 4 üncü maddesindeki değiştirme yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğidir. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de, E.2008/16, K.2008/116 sayı ve 05.06.2008 tarihli kararında bu yolu yerinde görerek, 09.02.2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen açıdan Anayasaya uygunluk denetimini yapmış ve iptal etmiştir.

II. YÜRÜTMEYİ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

II.A. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanunun Tümünü İlgilendiren Yürütmeyi Durdurma İstemi Gerekçeleri

Bir kanunun kanunlaşma sürecinde Anayasanın ve İçtüzüğün belirlemiş olduğu yöntemlere uyulmaması, bu kanunun hukuk düzenindeki varlığı veya yokluğu ile ilgili bir sorundur.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Anayasa değişikliği yapan kanunların görüşülmesine ilişkin usul ilkelerini 175 inci maddesinde ortaya koymuş; 148 inci maddesinde ise, Anayasa Mahkemesine, Anayasa değişikliği yapan Kanunların yalnız şekil bakımından denetimini yapma yetkisini vermiş; bu şekil denetimini de teklif ve oylama çoğunluklarına ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutmuştur.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun, oylamalarında gizli oylama ilkesine uyulmaması ve 2 nci görüşmede kanunlar için geçerli görüşme yönteminin gereklerinin yerine getirilmemesi nedenleriyle Anayasanın 175

inci maddesine şekil açısından aykırı düştüğü yukarıda belirtilmiştir. Bu aykırılık kanunun yalnız belli maddelerini değil; tümünü ilgilendirmektedir.

Şekil bakımından bu kadar önemli bir sakatlıkla malul olan söz konusu Kanunun hukuk düzeninde yürürlüğünü sürdürmesi, Cumhuriyetimizin hukuk devleti niteliğinin bu yürürlüğün sürdüğü her an için tekrar tekrar darbe alması anlamına gelmektedir.

Diğer yandan teklifin veriliş biçimi, Komisyon görüşmeleri aşaması ve yöneldiği amaç bakımından da 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun Anayasaya aykırı bir nitelik taşıdığı görülmektedir.

Anayasanın ve hukukun üstünlüğü anlayışının gereği olarak hukuk düzeninin biran önce söz konusu Kanunun varlığından arındırılması ve bu yapılıncaya kadar da en azından etkisiz hale getirilmesi için tüm maddelerinin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm maddeleriyle yürürlüğünü sürdürmesi, öncelikle Anayasa Mahkemesi iptal kararını verip bu karar Resmi Gazetede yayımlanıncaya kadar halkoylaması yapılması halinde, halkoyuna sunulması sonucunu verecektir. Anayasa Mahkemesince tüm hükümlerinin iptal edilme olasılığı bulunan bir Kanun için halkoylaması sandıklarının kurulması ise, başlı başına sonradan giderilemeyecek bir zarardır.

Diğer taraftan belirtilen süre içinde gerçekleşebilecek bir halkoylamasında bu Kanunun kabulü halinde, Kanunda yer alan hükümler doğrultusunda örneğin; Anayasa Mahkemesinin ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeni yapısına uyumunun sağlanması, kamu denetçisinin göreve başlaması, gerekli yasaların çıkarılması için hukuk düzeni harekete geçirilecektir. Bu arada, karar yeter sayısı da Anayasa değişikliğinde yükseltilmiş olduğu için, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun bile belki iptali mümkün olmayabilecektir.

Bu süreç ilerlerken 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun iptali halinde ise, iptale kadar bu Kanuna dayalı olarak kazanılan statülerin, yetkilerin ve oluşturulan yapıların durumu ve ileriye yönelik konumu hukuki sorunlara yol açacak; iptal kararlarının geriye yürümezliği nedeniyle, verilebilecek iptal kararı bu durum karşısında etkisini yitirecek ve ortalığa tam bir karmaşa hakim olacaktır. Böyle bir durumda ortaya çıkacak zararların herhangi bir biçimde sonradan giderilebileceğinin düşünülmesi bile olanaksızdır.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da, söz konusu Kanunun tüm hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmaması halinde, Anayasa Mahkemesinin açılan iptal davasına ilişkin kararının Resmi Gazetede yayımına kadar geçecek süre içinde yapılabilecek halkoylamasında bu Kanun kabul edildiği takdirde, Anayasal düzenin karşı karşıya kalacağı tehlikedir.

Çünkü böyle bir durumda yürürlüğe girecek kimi hükümler, sadece yargı bağımsızlığını, kuvvetler ayrılığını ve Cumhuriyetin Anayasada belirtilen niteliklerinden "demokratik hukuk devleti"ni ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"nı zedelemekle kalmayacak; Cumhuriyetin diğer önemli temel niteliklerini de değiştirmeye ve Cumhuriyetin temel felsefesini dönüştürmeye yönelik yeni Anayasa değişikliklerine de imkan hazırlayacaktır. Bu değişiklikler gerçekleştikten sonra Anayasa Mahkemesinin vereceği bir iptal kararının, Cumhuriyetimizle ilgili dönüşümü tekrar eski haline getirebilmesi ise kesinlikle imkansızdır.

Yukarıda belirtilen ve sonradan giderilmesi olanaksız bu zararları önlemek için 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun tüm hükümlerinin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

II.B. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanunun İptali İstenen Bazı Hükümlerine İlişkin Özel Yürürlüğü Durdurma İstemi Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun Kamu Denetçiliği Kurumu, Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve yapılacak halkoylaması ile ilgili iptali istenen hükümlerinin yürürlüğünün sürdürülmesine olanak tanınması halinde, söz konusu Kanunun tümüyle ilgili sonradan giderilemeyecek zararların yanısıra, sadece bu hükümlerle ilgili başka zararlar da ortaya çıkacaktır. Bunlar aşağıda ayrıntılarıyla özetlenmeye çalışılmıştır.

II.B.1. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanunun 8'inci Maddesinin 7.11.1982 Tarihli ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74'üncü Maddesine Eklediğini İfade Ettiği Üçüncü, Dördüncü, Beşinci Ve Altıncı Fıkraların Yürürlüğünün Durdurulması İsteminin Gerekçesi

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklediğini ifade ettiği, madde başlığında yer alan "ve kamu denetçisine başvurma" ile üçüncü fıkrasındaki "ve kamu denetçisine başvurma" ibarelerinin ve dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının yürürlüğünün durdurulmaması halinde, bu fıkralar da, Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili vereceği karardan önce yapılacak bir

halkoylamasında halkoyuna sunulacak ve kabulü halinde, bu fıkralar doğrultusunda Kamu Denetçiliği Kurumu ile ilgili yasa düzenlemelerine girişilecek; seçim yapılacak ve kurum çalışmalarına başlayarak kararlar alıp, işlemler gerçekleştirecektir.

Bu sürece girildikten sonra Anayasa Mahkemesinin vereceği bir iptal kararı, bu işlemlerin Anayasal dayanağını ortadan kaldıracak; Kamu Denetçiliği Kurumunun hukuki meşruiyeti, konumu ve kararları tartışılır hale gelecek ve çözülmesi gereken pek çok hukuki sorun ortaya çıkacaktır.

İptal kararları geriye yürümediği için, Anayasa Mahkemesinin vereceği bir iptal kararı da bu sorunları çözmeye yeterli olamayacaktır.

Bu sonradan giderilmesi mümkün olamayacak durum ve zararların önüne geçilebilmesi için, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin, T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine eklediğini ifade ettiği dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralar ile, üçüncü fıkrasında ve madde başlığında yer alan "ve kamu denetçisine başvurma" ibaresinin yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

II.B. 2. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 14'üncü Maddesine İlişkin Yürürlüğü Durdurma İsteminin Gerekçesi

14 üncü maddenin (2709 sayılı kanunun değişen 144 üncü maddesi) yürürlüğünü sürdürmesi durumunda; bu madde de, yapılacak halkoylamasında halkoyuna sunulacaktır. Halkoylaması Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesinden ve bu kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından önce yapılacak ve söz konusu Kanun bu halkoylamasının sonucunda kabul edilecek olursa, 14 üncü maddenin gerektirdiği yasalar derhal çıkarılmaya başlanacak ve adalet hizmetlerinin denetimi adı altında, yargıç ve savcılar, Adalet Bakanlığının müfettişleri ve iç denetçileri tarafından araştırılıp, soruşturulabilecektir. Böylece yürütme yargı üzerinde üstünlük kurma fırsatı bulacak; yargının bağımsızlığı ve dolayısı ile Cumhuriyetin hukuk devleti niteliği zedelenecektir. 14 üncü maddenin iptal edilmesi halinde ise, çıkarılmış yasalar ve yapılmış olan işlemler Anayasal dayanaklarını kaybedecek; buna dayalı olarak da pek çok sorun yaşanacaktır. İptal kararlarının geriye yürümemesi, kararın etki gücünü azaltacak ve bu sorunların çözümünü daha da güçleştirecektir.

Böylesi sonradan düzeltilmesi ve yol açacağı zararların giderilmesi olanaksız durumların önüne geçilebilmesi için, söz konusu 14 üncü maddenin bütünüyle yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

II.B.3. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 16'ncı Maddesinin İkinci, Üçüncü, Dördüncü Ve Beşinci Fıkraları İle 19'uncu Maddesinin İkinci Fıkrasının Dördüncü Tümcesine Ve Dördüncü Fıkrasına İlişkin Yürürlüğü Durdurma İstemlerinin Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları ile 19 uncu maddesinin (2709 sayılı kanunun değişen 146 ıncı ve 149 uncu maddelerinin iptali istenen madde ve fıkraları) ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinde ve dördüncü fıkrasında Anayasa Mahkemesinin yeniden yapılanmasına ve bu yapı çerçevesindeki yeni çalışma düzenine ilişkin hükümler yer almaktadır. Bunların Anayasaya aykırılığı, belirtilen maddelerle ilgili Anayasaya aykırılık gerekçelerinde ayrıntılı biçimde açıklanmıştır. Bu hükümlerin yürürlüğü sürdürülecek olursa, Anayasa Mahkemesinin olası iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce yapılacak bir halkoylamasında, Anayasaya aykırı bu hükümlerin de halkoyuna sunulmaları gerekecek; Anayasa değişikliğinin halkoylamasında kabul edilmesi durumunda da, bu hükümler derhal uygulanmaya başlanacaktır.

Bunun sonucunda da:

Mevcut Anayasa Mahkemesinin 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun öngördüğü, bu Mahkemeyi yürütme ve yasamaya bağımlı kılacak; kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla hukuk devleti ilkelerine aykırı yapıya uyumunun sağlanması için gerekenler yapılacak; yeni üyelerin seçimine gidilecek; çalışmalar öngörülen yeni düzene göre yürütülecek; karar yeter sayıları yeni düzene göre uygulanacak; bu bağlamda salt çoğunluk konusundaki yukarıda belirtilen belirsizlik sorun yaratacak; Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini hatta gecikilirse bu Anayasa değişikliğini bile iptal etmesi güçleşecektir.

Bu değişim gerçekleşirken Anayasa Mahkemesinin söz konusu hükümleri iptal etmesi ise, uyum bağlamında yapılan tüm işlem ve düzenlemelerin Anayasal dayanağı ve hukuki geçerliliği konusunda sayısız problemin ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Ayrıca iptal kararlarının geriye yürümezliği nedeniyle, verilecek bir iptal kararı da etkisini büyük ölçüde kaybedecektir.

Bu durumun yaratacağı sakıncaların ve zararların giderilmesi ise hiçbir şekilde mümkün olamayacaktır.

Bu nedenle 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 16 ncı maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları ile 19 uncu maddesinin ikinci

fıkrasının dördüncü tümcesinin ve dördüncü fıkrasının yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi gerekmektedir.

II.B.4. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 22'nci Maddesinin Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü Ve Ondördüncü Fıkralarına İlişkin Yürürlüğü Durdurma İsteminin Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin (2709 sayılı kanunla değişen 159 uncu maddenin iptali istenen fıkralarının) yukarıda belirtilen fıkralarında yer alan düzenlemelerle, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu için yeni bir yapılanma ve çalışma modeli ortaya konulmuştur.

22 nci maddenin söz konusu fıkralarının yürürlüğünü sürdürmesi halinde, bu maddede Anayasa Mahkemesinin olayla ilgili kararı Resmi Gazetede yayımlanmadan önce yapılabilecek halkoylamasında, belirtilen fıkralarıyla halkoyuna sunulacaktır. Anayasa değişikliğinin kabul görmesi halinde ise, bu fıkralarda yer alan hükümler doğrultusunda, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yeniden yapılandırılmaya ve yeni çalışma düzeni çerçevesinde çalışmalarını yürütmeye başlayacak; yeni üyelerin seçimine ve görev bölümüne gidilecektir.

Yeni yapılanma modeli, Anayasada yer alan kuvvetler ayrılığı, yargının bağımsızlığı ve dolayısı ile hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu için, bu nitelikteki bir Kurulun yargı çatısı altında yer alması ve varlığını sürdürmesi, söz konusu ilkeler açısından Anayasanın üstünlüğünün zedelenmesine; yargıç ve savcıların yürütme karşısında güvencesiz ve korumasız bırakılmasına ve yargının yürütmenin etkisine girmesine yol açacaktır.

Anayasa Mahkemesinin bu sürece girildikten sonra vereceği bir iptal kararı da, iptal kararlarının geriye yürümezliği nedeniyle, ortaya çıkacak olumsuz durumları gidermeye, yürütmenin etkisinde oluşan yeni yargı yapılanmasını değiştirmeye yetmeyecektir.

Bu durumun ve doğuracağı sonradan giderilmesi olanaksız zararların önlenmesi için ise, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 ve 14 üncü fıkralarının yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

II.B.5. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 25'inci Maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına Eklediğini İfade Ettiği "Geçici Madde 18" Ve "Geçici Madde 19"a İlişkin Yürürlüğü Durdurma İstemlerinin Gerekçeleri

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği "Geçici Madde 18"in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında, görevde bulunan Anayasa Mahkemesinin söz konusu Kanunun 16 ncı maddesinde getirilen ve Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerinden demokratik "hukuk devleti"ne ve Başlangıç ilkelerinden "kuvvetler ayrılığı"na aykırı bulunmuş olan yeni Anayasa Mahkemesi modeline uyumunu sağlamak için yapılacak işlemler düzenlenmiştir. "Geçici Madde 18"in yürürlüğü sürdürüldüğü takdirde, Anayasa Mahkemesinin olayla ilgili kararı Resmi Gazetede yayımlanıncaya kadar yapılacak halkoylamasında, "Geçici Madde 18"de söz konusu fıkralarıyla halkoyuna sunulacak ve kabul edildiği takdirde, bu madde doğrultusunda, uyumu sağlamaya yönelik işlemler başlatılacaktır. Bunun sonucunda, Anayasaya aykırılığı yukarıda belirtilen modele uygun bir Anayasa Mahkemesi, hukuk düzeninde yerini alacak ve çalışmalarını sürdürecektir.

Bu değişim gerçekleşirken, Anayasa Mahkemesinin söz konusu "Geçici Madde 18"in söz konusu fıkralarını iptal etmesi halinde ise, uyum bağlamında yapılan tüm işlemlerin ve düzenlemelerin Anayasal dayanağı ortadan kalkacak; hukuki geçerlilikleri konusunda sayısız problem ortaya çıkacaktır. Ayrıca olası bir iptal kararı, geriye yürüyemeyeceği için, bu problemleri çözmeye ve olumsuzlukları gidermeye yetmeyecektir.

Sonradan giderilemeyecek bu olumsuz durumların ve zararların önlenebilmesi için, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği "Geçici Madde 18"in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının yürürlüğünün durdurulması gerekecektir.

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği "Geçici Madde 19"un birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasının (b),(c) ve (ç) bentlerinde ve yedinci ve sekizinci fıkralarında, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, bu Kanunun 22 nci maddesinde getirilen yeni yapılanma modeline geçişini sağlayacak düzenlemelere yer verilmiştir.

"Geçici Madde 19"un söz konusu fıkralarının yürürlüğü sürdürülecek olursa, bu fıkralar, Anayasa Mahkemesinin olayla ilgili kararı Resmi Gazetede yayımlanmadan önce halkoylaması yapıldığı takdirde, 5982 sayılı Kanundaki diğer hükümlerle birlikte halkoyuna sunulacak ve Kanunun kabulü halinde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeni modele uyumunun sağlanması için "Geçici Madde 19"da öngörülen bu

uygulamalara derhal başlanacaktır. Böylece bu Kanunun 22 nci maddesinin Anayasaya aykırılık gerekçesinde ayrıntılı biçimde açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırı olan ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu yürütmeye bağımlı kılan yapı, hukuk düzeninde somut bir varlık kazanacaktır. Bu kuşkusuz, Anayasanın üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayan bir yapımın hukuk düzeninde varlık kazanmasına ve varlığını sürdürmesine göz yummak anlamına gelecektir.

Diğer yandan bu sürece girildikten veya bu süreç tamamlandıktan sonra verilecek bir iptal kararı, uyum bağlamında yapılmış olan tüm işlemlerin ve düzenlemelerin Anayasal dayanağını ortadan kaldıracak ve bunların hukuki geçerliliği konusunda sayısız sorun yaşanacak; iptal kararları geriye yürümedikleri için söz konusu olumsuzlukları bütünüyle gidermeye yetmeyecek; yeni modele uyumu sağlanmış Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun hukuki statüsü sorun yaratacaktır.

Bu sonradan giderilemeyecek olumsuz durumların ve zararların önüne geçilebilmesi için, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına eklediğini ifade ettiği "Geçici Madde 19"un birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, yedinci ve sekizinci fıkraları ile altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bendlerinin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

II.B.6. 7.5.2010 Tarihli ve 5982 Sayılı Kanun'un 26'ncı Maddesine İlişkin Yürürlüğü Durdurma İsteminin Gerekçesi

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde, bu Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanacağı ifade edilmektedir. Yukarıda bu maddenin Anayasaya aykırılık gerekçeleri açıklanırken halkoylamasında tümüyle oylanmasının demokrasi anlayışıyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir.

26 ncı maddede yer alan "ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle"ibaresinin yürürlüğünün sürdürülmesi halinde, halkoylaması Anayasa Mahkemesinin bu olay hakkındaki kararının Resmi Gazetede ilanından önce yapılacak olursa, bu halkoylamasında söz konusu maddenin öngördüğü oylama biçimi geçerli olacaktır.

Bu da, bir dayatma metni üzerinde oy kullanılmasına ve vatandaşların yapılan düzenlemelerin her birisi için ayrı ayrı iradelerini ifade edemedikleri bir halkoylamasının gerçekleşmesine yol açacaktır.

Diğer yandan oylama tamamlandıktan sonra Anayasa Mahkemesinin bu maddeyi iptal etmesi halinde; halkoylamasının hukuki geçerliliği ve Anayasa değişikliğinin hukuki meşruiyeti tartışmalı hale gelecektir.

İfade edilen bu olumsuzluklar ve yol açacakları giderilmesi olanaksız zararlar demokratik yaşantımız ve onun hukuk devleti olma özelliği açısından asla küçümsenemez.

Bunları önlemenin yolu, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 26 ncı maddesinde yer alan "ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle" ibaresinin yürürlüğünün durdurulmasıdır.

III. SONUÇ VE İSTEM

7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun:

A) Kanun teklifinin getirilmesi, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, TBMM Genel Kurulunda görüşülüp oylanması, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 4 üncü, 87 inci ve 175 inci maddelerine aykırı olmaları nedeniyle tüm maddelerinin;

B) Ayrıca yukarıda kendileriyle ilgili Anayasaya aykırılık gerekçelerinde ortaya konulan özel Anayasaya aykırılık nedenleriyle de:

1. 8 inci maddesinin T.C. Anayasasının 74 üncü maddesine, üçüncü fıkrasını yürürlükten kaldırarak eklediğini ifade ettiği; madde başlığındaki "ve kamu denetçisine başvurma" ibaresinin ve üçüncü fıkradaki "ve kamu denetçisine başvurma" ibaresi ile dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraların,

2. 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının, (2709 sayılı kanunun değişen 144 üncü maddesinin),

3. 16 ncı maddesinin, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının (2709 sayılı kanunun değişen 146 ıncı maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının),

4. 19 uncu maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesi (2709 sayılı kanunun değişen 149 uncu maddesinin birinci fıkrasının "Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır." şeklindeki dördüncü tümcesinin),

5. 19 uncu maddesinin dördüncü fıkrasının (2709 sayılı kanunun değişen 149 uncu maddesinin üçüncü fıkrasının),

6. 22 nci maddesinin üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci, onikinci, onüçüncü ve ondördüncü

fıkralarının (2709 sayılı kanunun değişen 159 uncu maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci, onikinci, onüçüncü fıkralarının),

7. 25 inci maddesinin T.C. Anayasasına eklediğini ifade ettiği "Geçici Madde 18"in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının,

8. 25 inci maddesinin T.C. Anayasasına eklediğini ifade ettiği "Geçici Madde 19"un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d), (e) bendlerinin, ikinci fıkrasının, üçüncü fıkrasının, dördüncü fıkrasının, altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin, yedinci ve sekizinci fıkralarının,

9. 26 ncı maddesindeki "ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle" ibaresinin,

iptallerine ve dava ile ilgili Anayasa Mahkemesi Kararı Resmi Gazetede yayımlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa Kuralları

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenilen hükümleri şunlardır:

"MADDE 1– 7/11/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz." cümlesi ve maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

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

MADDE 2– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

MADDE 3– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 23 üncü maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir."

MADDE 4– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 41 inci maddesinin kenar başlığı "I. Ailenin korunması ve çocuk hakları" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

MADDE 5– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 51 inci maddesinin dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 6– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 53 üncü maddesinin kenar başlığı "A. Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı" olarak değiştirilmiş, üçüncü ve dördüncü fıkraları yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler.

Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir.

Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir."

MADDE 7– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 54 üncü maddesinin üçüncü ve yedinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 8– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 74 üncü maddesinin kenar başlığı "VII. Dilekçe, bilgi edinme **ve kamu denetçisine başvurma** hakkı" şeklinde değiştirilmiş, maddenin üçüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Herkes, bilgi edinme **ve kamu denetçisine başvurma** hakkına sahiptir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulan Kamu Denetçiliği Kurumu idarenin işleyişiyle ilgili şikâyetleri inceler.

Kamu Başdenetçisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından gizli oyla dört yıl için seçilir. İlk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki ve üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır. Üçüncü oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için dördüncü oylama yapılır; dördüncü oylamada en fazla oy alan aday seçilmiş olur.

Bu maddede sayılan hakların kullanılma biçimi, Kamu Denetçiliği Kurumunun kuruluşu, görevi, çalışması, inceleme sonucunda yapacağı işlemler ile KamuBaşdenetçisive kamu denetçilerinin nitelikleri, seçimi ve özlük haklarına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

MADDE 9– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 84 üncü maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 10– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 94 üncü maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"İlk seçilenlerin görev süresi iki yıldır, ikinci devre için seçilenlerin görev süresi ise o yasama döneminin sonuna kadar devam eder."

MADDE 11– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125 inci maddesinin ikinci fıkrasına "Ancak, Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır." şeklindeki cümle eklenmiş ve dördüncü fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz."

MADDE 12– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 128 inci maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır."

MADDE 13– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 129 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz."

MADDE 14– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 144 üncü maddesi kenar başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"G. Adalet hizmetlerinin denetimi

MADDE 144– Adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

MADDE 15– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 145 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 145– Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.

Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.

Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adlî yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.

Askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askerî hâkimlerin özlük işleri, askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

MADDE 16– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 146 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 146– Anayasa Mahkemesi onyedi üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yılraportörlükyapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.

Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için,kırkbeşyaşını doldurulmuş olması kaydıyla; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hâkim ve savcıların adaylıkdahilen az yirmi yıl çalışmış olması şarttır.

Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir Başkan ve iki başkanvekili seçilir. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Anayasa Mahkemesi üyeleri aslî görevleri dışında resmi veya özel hiçbir görev alamazlar."

MADDE 17– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 147 nci maddesinin kenar başlığı "2. Üyelerin görev süresi ve üyeliğin sona ermesi" şeklinde, birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Anayasa Mahkemesi üyelerionikiyıl için seçilirler. Bir kimse iki defa Anayasa Mahkemesi üyesi seçilemez. Anayasa Mahkemesi üyelerialtmışbeşyaşını doldurunca emekliye ayrılırlar. Zorunlu emeklilik yaşından önce görev süresi dolan üyelerin başka bir görevde çalışmaları ve özlük işleri kanunla düzenlenir."

MADDE 18– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 148 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin sonuna "ve bireysel başvuruları karara bağlar" ibaresi, üçüncü fıkrasındaki "Cumhurbaşkanını," sözcüğünden sonra gelmek üzere "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını," ibaresi eklenmiş, beşinci fıkrası "Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir." şeklinde değiştirilmiş, maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar ve üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere "Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar." şeklinde yeni bir fıkra eklenmiştir.

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir."

MADDE 19– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 149 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 149– Anayasa Mahkemesi, iki bölüm ve Genel Kurul halinde çalışır. Bölümler, başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanır. Genel Kurul, Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en azonikiüye ile toplanır. **Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır.** Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesi için komisyonlar oluşturulabilir.

Siyasî partilere ilişkin dava ve başvurulara, iptal ve itiraz davaları ile Yüce Divan sıfatıyla yürütülecek yargılamalara Genel Kurulca bakılır, bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.

Anayasa değişikliğinde iptale, siyasî partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır.

Şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, Genel Kurul ve bölümlerin yargılama usulleri, Başkan, başkanvekilleri ve üyelerin disiplin işleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları, bölüm ve komisyonların oluşumu ve işbölümü kendi yapacağı İçtüzükle düzenlenir.

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar dışında kalan işleri dosya üzerinde inceler. Ancak, bireysel başvurularda duruşma yapılmasına karar verilebilir. Mahkeme ayrıca, gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilir ve siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasî partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinler."

MADDE 20– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 156 ncı maddesinin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Askerî Yargıtayın kuruluşu, işleyişi, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

MADDE 21– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 157 nci maddesinin son fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, mensuplarının disiplin ve özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir."

MADDE 22– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 159 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 159– Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabiî üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi

üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcıları arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.

Kurul üyeliği seçimi, üyelerin görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde yapılır. Cumhurbaşkanı tarafından seçilen üyelerin görev süreleri dolmadan Kurul üyeliğinin boşalması durumunda, boşalmayı takip eden altmış gün içinde, yeni üyelerin seçimi yapılır. Diğer üyeliklerin boşalması halinde, asıl üyenin yedeği tarafından kalan süre tamamlanır.

Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının; ancak bir aday için oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir. Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır.

Kurulun, Adalet Bakanı ile Adalet Bakanlığı Müsteşarı dışındaki asıl üyeleri, görevlerinin devamı süresince; kanunda belirlenenler dışında başka bir görev alamazlar veya Kurul tarafından başka bir göreve atanamaz ve seçilemezler.

Kurulun yönetimi ve temsili Kurul Başkanına aittir. Kurul Başkanı dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını ve daire başkanlarından birini de başkanvekili olarak seçer. Başkan, yetkilerinden bir kısmını başkanvekiline devredebilir.

Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri

icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.

Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur. Genel Sekreter, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı tarafından atanır. Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcıları, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Kurula aittir.

Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir.

Kurul üyelerinin seçimi, dairelerin oluşumu ve işbölümü, Kurulun ve dairelerin görevleri, toplantı ve karar yeter sayıları, çalışma usul ve esasları, dairelerin karar ve işlemlerine karşı yapılacak itirazlar ve bunların incelenmesi usulü ile Genel Sekreterliğin kuruluş ve görevleri kanunla düzenlenir."

MADDE 23– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 166 ncı maddesinin kenar başlığı "I. Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında hükümeteistişarînitelikte görüş bildirmek amacıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulur. Ekonomik ve Sosyal Konseyin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir."

MADDE 24– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının geçici 15 inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 25– Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 18– Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Anayasa Mahkemesinin mevcut yedek üyeleri asıl üye sıfatını kazanır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi bir üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun ve bir üyeyi de baro başkanlarının gösterecekleri üçer aday içinden seçer.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin yapacağı üye seçimi için aday göstermek amacıyla;

a) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, Sayıştay Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren beş gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren beş gün içinde Sayıştay Genel Kurulunca seçim yapılır. Her Sayıştay üyesinin ancak bir aday için oy kullanabileceği bu seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

b) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde, Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren beş gün içinde adaylar Türkiye Barolar Birliği Başkanlığına başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren beş gün içinde Türkiye Barolar Birliği Başkanlığının ilanında gösterilen yer ve zamanda baro başkanları tarafından seçim yapılır. Her bir baro başkanının ancak bir aday için oy kullanabileceği bu seçimde, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

c) (a) ve (b) bentleri uyarınca yapılan seçimlerin sonucunda aday gösterilmiş sayılanların isimleri seçimin yapıldığı günü takip eden gün Sayıştay ve Türkiye Barolar Birliği başkanlıklarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bildirilir.

ç) (c) bendi uyarınca yapılan bildirimden itibaren on gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde seçim yapılır. Her boş üyelik için yapılacak seçimde, ilk oylamada üye tamsayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu aranır; ikinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı, birer üyeyi Yargıtay ve Danıştay kontenjanlarından olan ilk üyeliklerin boşalmasından sonra Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden seçer.

Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösteren kurumların halen mevcut üyeleri ile kendi kontenjanlarından seçilmiş yedek üyeler, tamamlama seçiminde göz önünde bulundurulur.

Anayasa Mahkemesinde halen belli görevlere seçilmiş olanların bu sıfatları seçilmiş oldukları sürenin sonuna kadar devam eder. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte üye olanlar yaş haddine kadar görevlerine devam ederler.

Bireysel başvuruya ilişkin gerekli düzenlemeler iki yıl içinde tamamlanır. Uygulama kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bireysel başvurular kabul edilir.

GEÇİCİ MADDE 19– **Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde aşağıda belirtilen esas ve usuller dahilinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeleri seçilir:**

a) Cumhurbaşkanı, hâkimlik mesleğine alınmasına engel bir hali olmayan; yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında en azonbeşyıldan beri görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile meslekte fiilenonbeşyılını doldurmuş avukatlar arasından dört üye seçer. Cumhurbaşkanı, üst kademe yöneticileri arasından seçeceği Kurul üyesini, bakanlık, müsteşarlık, müsteşar yardımcılığı, valilik, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, kamu kurum ve kuruluşlarında genel müdürlük veya teftiş kurulu başkanlığı görevlerini yapanlar arasından seçer.

b) Yargıtay Genel Kurulu, Yargıtay üyeleri arasından üç asıl ve üç yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Yargıtay Birinci Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Birinci Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibarenonbeşgün içinde Yargıtay Genel Kurulu seçim yapar. Her Yargıtay üyesinin sadece bir aday için oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

c) Danıştay Genel Kurulu, Danıştay üyeleri arasından iki asıl ve iki yedek üye seçer. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Danıştay Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibarenonbeşgün içinde Danıştay Genel Kurulu seçim yapar. Her Danıştay üyesinin sadece bir aday için oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

ç) Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu, kendi üyeleri arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna bir asıl ve bir yedek üye seçer. Bu

Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yedi gün içinde Türkiye Adalet Akademisi Başkanı adaylık başvurusunu ilan eder. İlan tarihinden itibaren yedi gün içinde adaylar Başkanlığa başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren onbeş gün içinde Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulu seçim yapar. Her üyenin sadece bir aday için oy kullanabileceği seçimde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur.

d) Yedi asıl ve dört yedek üye birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş olan adlî yargı hâkim ve savcıları arasından, adlî yargı hâkim ve savcıları tarafından Yüksek Seçim Kurulunun yönetim ve denetiminde seçilir. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş gün içinde Yüksek Seçim Kurulu adaylık başvurularını ilân eder. İlân tarihinden itibaren üç gün içinde adaylar Yüksek Seçim Kuruluna başvurur. Başvuru tarihinin sona erdiği günden itibaren iki gün içinde Yüksek Seçim Kurulu adayların başvurularını inceler ve aday listesini belirleyerek ilân eder. Takip eden iki gün içinde bu listeye karşı itiraz edilebilir. İtiraz süresinin sona erdiği günden itibaren iki gün içinde itirazlar incelenir, sonuçlandırılır ve kesin aday listesi ilân edilir. Yüksek Seçim Kurulunun kesin aday listesini ilân ettiği tarihten sonraki ikinci Pazar günü her ilde, il seçim kurulunun yönetim ve denetimi altında yapılacak seçimlerde, o ilde ve ilçelerinde görev yapan hâkim ve savcılar oy kullanır. İl seçim kurulları o ilde oy kullanacak hâkim ve savcıların sayısına göre sandık kurulları oluşturur. Sandık kurullarının işlem, tedbir ve kararlarına karşı yapılan şikâyet ve itirazlar il seçim kurulunca karara bağlanır. Adaylar propaganda yapamazlar; sadece, Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde özgeçmişlerini bu iş için tahsis edilmiş bir internet sitesinde yayımlayabilirler. Bu seçimlerde her seçmen sadece bir aday için oy kullanabilir. Seçimlerde en çok oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilmiş olur. Kullanılacak oy pusulalarıyla ilgili diğer hususlar Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir. Yüksek Seçim Kurulu, oy pusulalarını kendisi bastırabileceği gibi gerektiğinde uygun göreceği il seçim kurulları vasıtasıyla bastırmaya da yetkilidir. Yapılacak seçimlerde, 26/4/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun bu bende aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

e) Üç asıl ve iki yedek üye birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından, idarî yargı hâkim ve savcıları tarafından Yüksek Seçim Kurulunun yönetim ve denetiminde seçilir. Bölge idare mahkemelerinin bulunduğu

illerde, il seçim kurulunun yönetim ve denetimi altında yapılacak bu seçimlerde, o bölge idare mahkemesinde ve yargı çevresi içerisinde kalan yerlerde görev yapan idarî yargı hâkim ve savcıları oy kullanır. Bu seçimler hakkında da (d) bendi hükümleri uygulanır.

Birinci fıkranın (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca seçilen Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun asıl üyeleri bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonraki otuzuncu günü takip eden iş günü görevlerine başlarlar.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yargıtay ve Danıştaydan gelen asıl ve yedek üyelerinin görevleri, seçilmiş oldukları sürenin sonuna kadar devam eder. Bunlardan, Yargıtaydan gelen üyelerden görev süresini tamamlayanların yerine birinci fıkranın (b) bendi uyarınca seçilenler; Danıştaydan gelen üyelerden görev süresini tamamlayanların yerine birinci fıkranın (c) bendi uyarınca seçilenler, sırayla göreve başlarlar.

Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri uyarınca seçilen üyelerden, üçüncü fıkra uyarınca göreve başlayanların görev süresi, birinci fıkranın (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca seçilen diğer Kurul üyelerinin görev süresinin bittiği tarihte sona erer.

İlgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna seçilen asıl üyeler, Yargıtay daire başkanı için ilgili mevzuatında öngörülen tüm malî ve sosyal haklar ile emeklilik hakkından aynen yararlanırlar. Ayrıca, Kurulun Başkanı dışındaki asıl üyelerine, (30000) gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık ek tazminat ödenir.

İlgili kanunlarda düzenleme yapılıncaya kadar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu;

a) Anayasa hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, yürürlükteki kanun hükümlerine göre Kurul şeklinde çalışır.

b) İkinci fıkra uyarınca asıl üyelerinin göreve başladığı tarihten itibaren bir hafta içinde Adalet Bakanının başkanlığında toplanır ve bir geçici Başkanvekili seçer.

c) En azonbeşüye ile toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verir.

ç) Sekreterya hizmetleri Adalet Bakanlığı tarafından yürütülür.

Kurul müfettişleri ile adalet müfettişleri atanıncaya kadar, mevcut adalet müfettişleri, Kurul müfettişi ve adalet müfettişi sıfatıyla görev yaparlar.

Bu madde hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar uygulanır."

MADDE 26– Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer **ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle** oylanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 4., 87. ve 175. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun katılımlarıyla 8.6.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin şekil yönünden incelenmesine, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 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:

Dava dilekçesinde, 7.5.2010 günlü, 5982 Sayılı Kanun'un, Anayasa teklifi olarak veriliş biçimi, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda oylanması sırasında gizliliğin ihlal edilmesi, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından tüm maddelerinin; ayrıca, Anayasa'nın 4. maddesinde öngörülen Anayasa'nın ilk üç maddesini değiştirme ve değiştirilmesini teklif etme yasağına aykırı olarak Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin niteliklerini dolaylı olarak değiştirdiği ileri sürülerek Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin bazı hükümlerinin iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istenmiştir.

A- 7.5.2010 günlü, 5982 Sayılı Kanun'un Anayasa Teklifi Olarak Veriliş Biçimi ve Anayasa Komisyonundaki Görüşme Şekli Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesinde Anayasa değişiklik önerilerinin ancak teklif şeklinde yapılabileceği, tasarı yoluyla Anayasa değişikliği önerisi yapılmasının mümkün olmadığı, dava konusu 5982 sayılı Kanun'un teklif olarak sunulmadan önce geçirdiği süreçte tümüyle milletvekili iradesine dayalı bir öneri olarak ortaya çıkmadığı, aksine Başbakan'ın başkanlığında bir tasarı gibi hazırlandığı ve sadece Adalet ve Kalkınma Partisi Grubuna mensup milletvekillerinin imzalarının alınması yoluyla bir teklif görünümü kazandırıldığı, bu nedenle tasarı niteliği taşıyan teklifin Anayasa'nın 175. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe koşullarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olarak sadece şekil yönünden denetlenebileceği hükme bağlanmıştır. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenme olanağı yoktur.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'nın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Bakanlar Kuruluna Anayasa'nın 88. maddesiyle tanınmış olan kanun tasarısı sunma yetkisi 175. maddede yer almamaktadır. Bu nedenle Bakanlar Kurulunun bir Anayasa değişikliği teklif edebilmesi mümkün değildir.

TBMM İçtüzüğü'nün 73. maddesinde "*Hükümetçe hazırlanan kanun tasarıları bütün bakanlarca imzalanmış olarak ve gerekçesi ile birlikte Meclis Başkanlığına sunulur*." denilmektedir. Buna göre, bir tasarıdan söz edebilmek için milletvekili olsun ya da olmasın tüm Bakanlar ve Başbakan tarafından imzalanmış ve gerekçesi ile Meclis başkanlığına sunulmuş bir metnin bulunması gerekir. Bakanlar Kurulu üyeleri dışında hiç kimse bir kanun tasarısına imza atamaz. Oysa, İçtüzüğün 74. maddesine göre milletvekillerince verilen kanun tekliflerinde bir veya daha çok imza bulunabilir. Başbakan'ın ve milletvekili oldukları sürece bakanların tekliflere imza atması mümkündür. Başbakan ve bakanların milletvekili sıfatıyla herhangi bir kanun teklifine imza atmaları o teklifi tasarı haline getirmez.

"Teklif çoğunluğu" kapsamında Anayasa değişikliği teklifinde Anayasa'nın 175. maddesinde öngörülen Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte biri oranında milletvekilinin imzasının bulunup

bulunmadığının incelenebileceği gözetildiğinde yeterli imzanın bulunması hâlinde, bu imzaların hangi saikle atıldığının incelenmesi Anayasa Mahkemesinin yetkisi dışında kalır.

Dava dilekçesinde ayrıca, Teklifin, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu'nda daha önce Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Yozgat Milletvekili Bekir Bozdağ ve Samsun Milletvekili Suat Kılıç ile 214 milletvekili tarafından verilen ve Komisyon gündemine alınan, bazı milletvekillerinin imzalarını geri çekmesi nedeniyle Komisyon başkanı tarafından geçersiz hâle geldiği gerekçesiyle gündemden çekilen başka bir Teklifle birleştirilmesi gerektiği, ancak Komisyon Başkanı tarafından bu birleştirmenin yapılmadığı ve Anayasa'ya aykırılık oluştuğu ileri sürülmüştür.

Komisyon aşamalarındaki işlemler, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen denetlenebilir hususlardan olmadığı gibi, dava konusu Anayasa değişikliği Yasası ile ilgisi olmayan, başka bir teklife ilişkin Anayasa'ya aykırılık savlarının incelenmesi de Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi içinde değildir.

Bu nedenlerle 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Anayasa teklifi olarak veriliş biçimi ile Anayasa Komisyonundaki görüşme şekline ilişkin iptal isteminin, Anayasa Mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

B- 5982 Sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Oylanma Biçimi Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesinde, 5982 sayılı Kanun'un görüşülmesi ve oylanması sırasında çeşitli şekillerde oy gizliliğinin ihlal edildiği, bazı milletvekillerinin diğerlerinin oy pulunu gördüğü, oy zarfını denetlediği, oy kabinine birlikte girdiği belirtilerek oy gizliliğinin sağlanması için önlem alınması gerektiği muhalefet partilerinin milletvekilleri ve Grup Başkanvekillerince sıklıkla dile getirilmesine, bu konuda tartışmalar yapılmış olmasına rağmen TBMM Başkanlığınca herhangi bir önlem alınmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 175. maddesinin ihlal edildiği dile getirilmiş ve bu tür aykırılıkların birinci tur oylamalarda söz konusu olsa bile, Kanun'un tümünü geçersiz kılacağı ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır. Anayasa'nın 175. maddesinde Anayasa değişikliğine

ilişkin oylamaların gizli yapılması öngörülmüştür. Anayasa'ya uygun geçerli bir kabul çoğunluğu ancak Anayasa'ya uygun bir oylamayla oluşabilir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin oylama usulüne aykırı hareket edildiğine ve oylamanın geçersizliğine karar verebilmesi için oylama sonucunu etkileyen açık bir Anayasa'ya aykırılığın gerçekleşmiş olması gerekir. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususların oylamanın sonucunu etkileyecek nitelikte olduğunu ispatlayacak açık ve yeterli delil bulunmadığı gibi bu usulsüzlük iddialarının oylama çoğunluğunun sağlanıp sağlanmadığı konusunda dikkate alınması gereken ikinci tur oylamalarda gerçekleştiği de belirlenemediğinden oylamanın Anayasa'ya aykırı bir şekilde yapıldığı söylenemez. Bu nedenle iptal isteminin reddi gerekir.

C- 5982 Sayılı Kanun'un İvedilikle Görüşülememe Koşulu Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesinde, 5982 sayılı Kanun'un TBMM Genel Kurulunda ikinci görüşmeleri sırasında maddelerle ilgili olarak siyasî parti gruplarına ve milletvekillerine görüşlerini açıklama olanağı tanınmadığı ve sadece değişiklik önergelerinin görüşülerek maddelerin oylandığı, bu nedenle Anayasa'nın öngördüğü biçimde iki defa görüşme koşulunun gerçekleşmediği ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa değişikliklerinin şekil denetiminin "*teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı*" olduğu belirtilmektedir. Ancak, Anayasa'nın 175. maddesinde ivedilikle görüşme yasağından söz edilmemekte, "*Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür*" denilmektedir. Bu ilke, 1982 Anayasasının 175. maddesinin 1987 yılında değiştirilmeden önceki ilk hâlinde ve 1961 Anayasası'nda, "*Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez*" şeklinde ifade edilmiştir.

Anayasa ve İçtüzük'te ivedilikle görüşme kavramı tanımlanmamıştır. Ancak, 2 Mayıs 1927 tarihli eski Türkiye Büyük Millet Meclisi Dâhili Nizamnamesi'nin 99. ve 72. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden "ivedilik" teriminin, iki görüşme yerine tek görüşme anlamına geldiği anlaşılmaktadır. Sözkonusu İçtüzüğün 99. maddesi, kanun teklif ve tasarılarının iki defa görüşülmesi esasını düzenlerken, 72. maddesinde "*Müstaceliyetine karar verilen layiha veya teklifler yalnız bir defa müzakere olunur*" hükmü yer almıştır. "İvedilik" teriminin eski İçtüzükte yer alan Arapça "müstaceliyet" sözcüğü yerine kullanıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla ivedilik, bir kanun tasarısı veya teklifinin iki defa yerine bir defa

görüşülmesi anlamına gelmekte, ivedilikle görüşülememe yasağı da, iki defa görüşme zorunluluğunu ifade etmektedir. Bu nedenle 148. maddede belirtilen ivedilikle görüşme yasağının 175. maddede yer alan iki kez görüşme yükümlülüğü olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa değişikliği tekliflerinin iki defa görüşülmesinin nasıl olacağı Anayasa'da düzenlenmediğinden görüşmelerin İçtüzük hükümlerine göre yürütülmesi gerektiği açıktır.

Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi yöntemini düzenleyen İçtüzüğün 93. maddesinde, "*Anayasa değişiklik teklifleri, diğer kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesindeki usule tabidir. Ancak, bu teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür.*

İkinci görüşmeye, birinci görüşmenin bitiminden kırksekiz saat geçmeden başlanamaz.

İkinci görüşmede, yalnızca maddeler üzerinde verilmiş olan değişiklik önergeleri görüşülür, birinci görüşmede üzerinde değişiklik teklifi bulunmayan bir madde hakkında ikinci görüşmede önerge verilemez" hükmü yer almaktadır. Bu kural gereğince, diğer kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesindeki usule tâbi olan birinci görüşmede, İçtüzüğün 81. maddesi uyarınca, önce Anayasa değişikliği teklifinin tümünün görüşülerek maddelere geçilip geçilmeyeceği oylanacak ve maddelere geçilmesinin kabulü halinde, her maddenin tek tek görüşülerek oylanmasından sonra birinci görüşme tamamlanmış olacak, en az kırk sekiz saat geçtikten sonra başlanabilecek ikinci görüşmede, artık tekrar teklifin tamamı için görüşme açılamayacak, sadece maddeler üzerinde verilmiş olan değişiklik önergeleri görüşülerek oylanacaktır. Maddeler üzerindeki oylamaların tamamlanmasından sonra, teklifin tümü üzerinde yapılacak oylamayla Anayasa değişikliklerinin görüşülmesi tamamlanmış olacaktır.

Anayasa'nın 175. maddesinde Anayasa değişikliklerinin her iki görüşmesinin aynı şekilde yapılmasını zorunlu tutan bir hüküm bulunmamaktadır. Aksine Cumhuriyet tarihi boyunca yasaların ve Anayasaların iki kez görüşülmesini öngören İçtüzük hükümlerinde (1927 tarihli Dahili Nizamname'nin 107. maddesi "*ikinci müzakerede layiha ve teklifin heyeti umumiyesi hakkında müzakere cereyan etmez. Bu müzakerede ancak tadil teklifleri üzerinde müzakere cereyan eder.*", 1963 tarihli Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'nün 75. maddesi "*İkinci görüşmede tasarı ve tekliflerin tümü üzerinde konuşulamaz. Ancak, tadil teklifleri üzerinde görüşülebilir.*" ve 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 91. maddesi "*ikinci görüşmede yalnızca maddeler üzerinde*

verilmiş değişiklik önergeleri görüşülür") ikinci görüşmenin mevcut İçtüzüğün 93. maddesinde belirtilen usule göre düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 15.4.1975 tarihli ve E:1973/19, K: 1975/87 sayılı kararında "*Anayasanın 155. maddesinin ikinci fıkrasının 'Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, birinci fıkradaki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir.' hükmüne göre, aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan 'Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazı ile teklif edilebilir. Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğunun oyu ile mümkündür.' biçimindeki kuralların, özel bir değiştirme yöntemini saptayan ayrıklı kurallar*" olduğuna karar vermiş ve "*Anayasa, kanunların görüşülmesi için öngörülen genel yöntem ilkesini, Anayasa değişiklikleri için de benimsemiş olduğundan, 155. maddedeki biçim koşulları, Anayasa'nın 85. maddesindeki sözü geçen İçtüzük kurallarına göre de ayrıklı*" olduğundan bahisle "*Anayasa değişikliklerinde, Anayasa'nın 155. maddesindeki özel ve ayrıklı yönteme ters düşen içtüzük hükümlerinin uygulanamayacağı*"na hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında benimsediği yaklaşım 1982 Anayasası için de geçerlidir. 175. maddenin birinci fıkrasında yer alan, teklif çoğunluğu, iki kez görüşülme koşulu ve kabul çoğunluğu Anayasa değişikliklerini diğer kanunlardan ayıran şekli unsurlar olup, ikinci görüşmede kanunların görüşülmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. İki kez görüşülme koşulu bakımından uygulanacak hüküm kanunların görüşülmesine ilişkin genel hüküm niteliğindeki İçtüzüğün 81. maddesi değil, Anayasa değişikliklerine ilişkin özel hüküm olan İçtüzüğün 93. maddesidir.

Yasama belgelerinin incelenmesinden 5982 sayılı Kanun'un ikinci görüşmelerinin İçtüzüğün 93. maddesine uygun olarak gerçekleştiği anlaşıldığından ivedilikle görüşmeme yükümlülüğüne aykırılık görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir. Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

D- 5982 Sayılı Kanun'un Amacı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Dava dilekçesinde, 5982 sayılı Yasa'nın toplumun beklentileri doğrultusunda gerçekleştirilmiş bir reform olmadığı, İktidar Partisi tarafından, sivil toplum örgütlerinin, ilgili meslek kuruluşlarının, üniversitelerin, konuyla ilgili bilim insanlarının ve siyasi partilerin katkısı alınmadan, görüş ve önerileri de göz ardı edilerek ve bir uzlaşma arayışına

girilmeksizin hazırlandığı, bu süreçte anayasal kurumların görüşünün alınmadığı, bu nedenle değişikliğin bir dayatmaya, bir parti metnine dönüştüğü ileri sürülerek Yasa'nın amacının kamu yararı değil, parti güdümünde yargı organları yaratmak olduğu bu nedenle amacı bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa değişikliklerinin 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. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle iptal isteminin reddi gerekir.

E- 5982 Sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. Maddelerinin Anayasa'nın 4. Maddesinde Öngörülen Teklif Yasağı Kapsamında İncelenmesinin Anayasa Mahkemesinin Yetkisinde Olup Olmadığı Ön Sorunu

Dava dilekçesinde, 5982 Sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin, Anayasa'nın 4. maddesinde düzenlenen teklif edilemezlik kuralına aykırı olarak teklif edilmek suretiyle Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ve başlangıcında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkelerini ihlâl ettikleri iddiasıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istenmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesi Anayasa'yı değiştirme yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu, Meclisin bu yetkisini üye tamsayısının üçte bir çoğunluğunun yazılı teklifi ve en az beşte üç çoğunluğunun kabul oyuyla kullanabileceğini öngörmektedir.

Ulus egemenliğine dayalı bir anayasal düzende bütün devlet yetkilerinin kaynağı Anayasa olduğundan tali kurucu iktidarın Anayasa'yı değiştirme yetkisini Anayasa'ya aykırı bir şekilde kullanması mümkün değildir. Bu durum, Anayasa'nın 6. maddesinde yer alan "*hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz*" hükmüyle normatif geçerlilik kazanmıştır. Anayasa koyucu "hiçbir kimse ya da organ"dan söz ettiğine göre, kurulu bir organ olarak tali kurucu iktidarın da sistem dışı yetki kullanımının hukuksal açıdan geçerli olmayacağının kabulü gerekir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre Anayasa'yı değiştirme yetkisi TBMM'ne tanınmıştır. Bu yetkinin Anayasa'nın öngördüğü yöntemlerle ve Anayasa'ya 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 gerekir.

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 de yasama organının yetkisi kapsamında bulunmadığından hukuksal geçerlilik kazanamaz.

Anayasa değişikliklerinin yukarıda belirtilen Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasa'nın 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 geçerli kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira, kurulu iktidar olan yasama organının işlem ve eylemlerinin geçerliliği, aslî kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi 5.6.2008 tarihli ve E:2008/16, K:2008/116 sayılı kararında Anayasa'nın 148. maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif... şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hükmün, "geçerli teklif" koşulunun bulunup

bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içereceğine karar vermiştir.

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 gözardı edilemez.

Anayasa'nın 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. Anayasa değişikliklerinin içerik yönünden denetimi, değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez ilkelerin doğrudan ya da dolaylı olarak ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı veya içeriklerinin boşaltılarak anlamsız hâle getirilip getirilmediğine yönelik ve bununla sınırlı bir denetim olması gerekir.

Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesinin, 5982 sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddeleriyle Anayasa'da yapılan değişikliklerin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini değiştiren ya da etkisizleştirerek anlamsızlaştıran bir nitelik taşıyıp taşımadığını inceleyebileceğinin ve bu nitelikte olduğuna karar vermesi halinde bu hükümleri Anayasa'nın 4. maddesindeki teklif yasağına aykırılık nedeniyle iptal edebileceğinin kabulü gerekir.

Haşim KILIÇ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamışlardır. Serruh KALELİ yukarıdaki görüşe farklı gerekçeyle katılmamıştır.

F- 5982 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile Anayasa'nın 74. maddesinde değişiklik yapılarak, idarenin işleyişine ilişkin şikâyetleri incelemek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı Kamu Denetçiliği Kurumu oluşturulmakta ve Kamu Başdenetçisinin seçim usulü düzenlenmektedir.

Dava dilekçesinde şikâyetleri incelemekle görevli bir idari kurumun TBMM Başkanlığı'na bağlanmasının, yasamanın bu Kurumun işlevleri bakımından yürütme üzerinde üstünlük kazanması anlamına geleceği ve Anayasa'nın Başlangıcında belirtilen kuvvetler ayrılığı ilkesi ile bağdaşmayacağı, ayrıca Kamu Başdenetçisinin seçim yönteminin bu durumu daha da güçlendirdiği, kurumun yapısı ve işleyişine ilişkin diğer konuların düzenlenmesinin yasaya bırakılmış olması nedeniyle belirsizlik doğduğu ve bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasacılık düşüncesi ve sınırlı devlet ilkesinin bir unsuru olarak kuvvetler ayrılığı ilkesi genellikle hukuk devleti ilkesi ile ilişkilendirilmektedir. Esasen hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleri anayasacılık düşüncesinin iki farklı yüzüdür. Bu düşünce, devlet iktidarının temel hak ve özgürlükler lehine sınırlandırılması amacına ulaşmak için iki temel enstrüman öngörmüştür. Bunlardan birincisi devlet iktidarının farklı organlar arasında paylaştırılması yoluyla kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan kuvvetler ayrılığı, diğeri ise devlet yetkilerinin kullanılmasının hukuka bağlanması yoluyla yönetimde keyfiliğin sona erdirilmesini amaçlayan hukuk devleti ilkesidir.

Günümüzde kuvvetler ayrılığı bir taraftan hükümet sistemlerinin tanımlanmasının bir aracı olarak kullanılmakta, diğer taraftan ise farklı devlet organları arasında bir kontrol ve denge sistemi olarak görülmektedir. Yasama ve yürütme arasındaki ilişkilerin doğasına bakılarak hükümet sistemleri, sert kuvvetler ayrılığı (Başkanlık) sistemleri ve yumuşak kuvvetler ayrılığı (Parlamenter Hükümet) sistemleri şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Bir de her iki sistemin bazı özelliklerini içinde barındıran yarı başkanlık sisteminden söz edilmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin tek bir anlamı ve uygulama biçimi olmadığından her ülkenin özgün tarihsel ve siyasal koşullarına bağlı olarak farklı uygulamaların ortaya çıkması doğaldır. Bu farklı tercihlerden birisinin, diğerlerine göre üstün tutulması söz konusu değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi Anayasalarımızda farklı şekillerde düzenlenmiştir. 1924 Anayasası "kuvvetler birliği, fonksiyonlar ayrılığı" sistemini benimsemişken, 1961 Anayasası klasik parlamenter sistemi benimsemiş, 1982 Anayasası ise yürütmenin güçlendirilmesine dayalı rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemi benimsemiştir.

Anayasa'nın Başlangıcının dördüncü paragrafında kuvvetler ayrılığının "*… Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet*

yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu" ifade edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında kuvvetler ayrılığının "*devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasıyla sınırlı bir işbölümü ve işbirliği olduğu, üstünlüğün ancak Anayasa ve yasalarda bulunduğu*" (K.T. 20.5.1997, E: 1997/36, K: 1997/52; K.T. 12.12.1996, E:1996/64, K:1996/47; K.T. 4.7.1995, E: 1995/35, K: 1995/26) ve bu ilkenin "*sadece yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin ayrı organlara verilmesini değil, bazen tek bir kuvvetin çeşitli organlar arasında bölüşülebilmesini de içerebileceğine*" (K.T. 1.6.2005, E:2004/60, K:2005/33) karar vermiştir.

Bu nedenle demokratik sistemi ortadan kaldıran ve bütün yetkileri tek elde toplayan veya diğer organları bir organın kontrolü altına alan bir sistem öngörülmedikçe kuvvetler ayrılığı ilkesinin anlamsız hale getirildiği ya da ortadan kaldırıldığı söylenemez.

Hukuk devleti ilkesi, özünde yönetimin hukukla bağlılığı, yöneticilerin şahsi ve keyfi iradesinin değil, hukukun hâkim olması anlamına gelmektedir. Devlet adına yetki kullananların yetkilerini hukuktan almaları ve hukuka uygun olarak kullanmaları yoluyla tüm bireylerin aynı muameleye tâbi tutulması, keyfi farklı uygulamaların önüne geçilmesi ve böylece birey haklarının güvence altında olacağı düşüncesi hukuk devleti kavramını ortaya çıkarmıştır. Hukuk devletinden söz edebilmek için genel, soyut, önceden bilinebilir, anlaşılabilir ve istikrarlı kurallardan oluşan bir hukuk düzeni mevcut olmalı ve hukuk kuralları, yönetilenler kadar siyasi iktidarı kullanan devlet organlarını ve yöneticilerini de bağlamalıdır.

Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında hukuk devletini *"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 devlet"* şeklinde tanımlamıştır.

Hukuk devletinin somut uygulamasında farklı hukuk devleti anlayışları ve farklı devlet uygulamalarının ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bundan dolayı anayasa koyucunun hukuk devleti ilkesinin nasıl hayata geçirileceğini belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olması doğaldır. Bu nedenle hukuk devleti ilkesinin ortadan kaldırılmasından ya da anlamsız hale getirilmesinden söz edebilmek için, devlet organlarının hukuka bağlılığı ilkesini veya bunun kurumsal güvencelerini ortadan kaldıran bir değişikliğin yapılmış olması gerekir. Yoksa anayasa koyucunun

farklı hukuk devleti uygulama modellerinden herhangi birisine yönelik tercihinin yerindeliğine ilişkin yargısal denetim yetkisi bulunduğu söylenemez.

Bu çerçevede temel işlevi kamu yönetiminin şeffaflaşması ve bireylerin temel haklarına saygı göstermesine katkıda bulunmak suretiyle hukuk devletinin güçlenmesini sağlamak olan ombudsman ya da kamu denetçiliği kurumu, Avrupa demokrasilerinin temel kurumlarından birisi haline gelmiştir.

Kamu gücünü kullanan makamların işlemleriyle ilgili olarak vatandaşların şikâyetlerini incelemekle görevli bağımsız bir kurum olan kamu denetçiliğinin, kendine ulaşan şikâyetlerle ilgili olarak hukuka ve hakkaniyete uygunluk açısından inceleme yaparak ulaştığı sonuçları ilgili kurumlara bildirmesi ve gerekli tedbirlerin alınmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Böyle bir kurumun oluşturulmasının hukuk devletini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsızlaştırdığı söylenemez.

Diğer taraftan, parlamenter sistemlerde parlamentoların temel işlevlerinden birisi yürütme organını denetlemektir. Nitekim Anayasa'nın 98 ilâ 99. ve 100. maddelerinde bu denetim yöntemleri düzenlenmiştir. Yürütme organı yalnızca Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan oluşan siyasi yürütmeden ibaret olmayıp, idare geniş anlamda yürütmenin bir parçasıdır. Siyaset için zaten var olan denetim yetkisinin idareyi de kapsayacak şekilde genişletilerek idarenin işlemlerinin hukuka uygunluğunu sağlayacak yeni bir mekanizma oluşturulmasının kuvvetler ayrılığı ilkesini ortadan kaldırması ya da anlamsız hale getirmesi söz konusu olamaz.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, Anayasa'nın başlangıcında belirtildiği gibi, devlet organları arasında işbölümü ve medeni bir işbirliği anlamına gelip organların karşılıklı olarak birbirlerini dengelemeleri esasına dayanır. Yürütmenin yasama tarafından denetlenmesi de bu ilkenin somutlaştırılması anlamına gelir. O nedenle kamu denetçiliği kurumunun kurulması kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı değildir.

Öte yandan, dava dilekçesinde Kamu Başdenetçisinin seçimine ilişkin öngörülen usulün hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, farklı seçim usullerinden herhangi birisinin tercih edilmesi kurucu iktidarın takdir yetkisi içinde olduğundan, bu hükümde somutlaşan tercihin kuvvetler ayrılığı ilkesini ortadan kaldırdığı söylenemez.

Kurumun yapısı ve kamu denetçilerinin seçimi gibi hususların düzenlenmesinin kanuna bırakılmasında hukuk devleti ilkesini değiştiren bir yön bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle iptal isteminin reddi gerekir.

G- 5982 Sayılı Kanun'un 14. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 14. maddesi, Anayasa'nın 144. maddesinde değişiklik yaparak adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden denetiminin adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler tarafından denetleneceğini hükme bağlamaktadır.

Dava dilekçesinde, bu düzenlemenin savcıların denetimini Adalet Bakanlığına bağlı adalet müfettişleri ile iç denetçilere vermekle bu kişileri Adalet Bakanlığına bağımlı hâle getirdiği bunun ise hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür.

5982 sayılı Yasa'yla getirilen düzenlemeyle hâkim ve savcıların görevlerini mevzuata uygun olarak yapıp yapmadıklarının denetimi ile suç soruşturmalarının ya da disiplin incelemelerinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından atanacak ve Kurula bağlı olarak çalışacak olan Kurul müfettişleri tarafından yapılması öngörülmüştür. Bu maddede düzenlenen husus ise gerekçesinde de belirtildiği gibi yargısal nitelikteki işlemlerin dışında kalan ve Adalet Bakanlığının görevleri arasında yer alan cezaevleri, icra ve iflas daireleri, noterler veya mahkemelerin mali işleri gibi diğer konulardaki işlemlerin denetiminin Adalet Bakanlığına bağlı adalet müfettişlerince yerine getirilmesidir. Adalet Bakanlığının yetki alanına giren ve herhangi bir şekilde yargısal nitelik taşımayan konulara ilişkin denetim görevinin adalet müfettişleri ya da iç denetçiler tarafından yerine getirilmesinin kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerini ortadan kaldırdığı ya da anlamsız hâle getirdiği söylenemez. Bu nedenle iptal isteminin reddi gerekir.

H- 5982 Sayılı Kanun'un 16. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle Anayasa'nın 146. maddesi değiştirilerek Anayasa Mahkemesinin yapısı yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, Mahkemenin üye sayısı onyedi'ye çıkarılmış, yedek üyelik kaldırılmış, üyelerden üçünün Türkiye Büyük Millet Meclisince Sayıştay ve Baro Başkanları tarafından gösterilen adaylar arasından; on dört üyenin dördünün doğrudan, onunun da Yargıtay (üç üye), Danıştay (iki üye), Askeri Yargıtay (bir üye), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (bir üye) ve Yükseköğretim Kurulu (üç üye) tarafından gösterilecek adaylar arasından

Cumhurbaşkanınca seçilmesi öngörülmüştür. Ayrıca adayların kendi kurumlarındaki seçim usulü de, her üyenin tek adaya oy vermesi ilkesi çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir.

Dava dilekçesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanınca Anayasa Mahkemesine üye seçilmesinin, parlamenter sistemin özellikleri ve Cumhurbaşkanının seçim yöntemi dikkate alındığında, Mahkeme'nin yasama ve yürütmenin etkisi altına girmesi sonucunu doğurabileceği, bu nedenle Anayasa'nın başlangıcında yer alan kuvvetler ayrılığı ve 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca, kurumlardan aday gösterme sürecinde uygulanacak olan, her üyenin tek adaya oy vermesini öngören seçim usulünün demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek değiştirilen 146. maddenin ilk dört fıkrasının iptali istenmiştir.

1- Anayasanın Değiştirilen 146. Maddesinin İlk Üç Fıkrası Yönünden

5982 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin iptali istenilen ilk üç fıkrasında "*Anayasa Mahkemesi onyedi üyeden kurulur.*

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

*Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yılraportörlükyapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer."*denilmektedir.

Karşılaştırmalı hukuka ve ülkemizin tarihsel tecrübesine bakıldığında, temel hakların ve hukuk devletinin güvencesi olan anayasa mahkemelerinin yapıları, yetkileri, işleyişi, üye seçimi ve üyelerin niteliklerine ilişkin olarak çok farklı düzenlemelerin olduğu görülmektedir. 1961 Anayasasının 145.

maddesinde Anayasa Mahkemesinin onbeş üyesinden beşinin Türkiye Büyük Millet Meclisi (üç üye Millet Meclisi, iki üye Cumhuriyet Senatosu) tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, anayasa mahkemesi üyelerinin bazı ülkelerde tamamının, bazı ülkelerde ise büyük çoğunluğunun parlamentolar tarafından seçildiği görülmektedir. Anayasa mahkemesi üyelerinin seçimine parlamentoların ya da diğer seçilmiş organların katılmasının bu kurumun demokratik meşruiyeti açısından büyük önem taşıdığı kabul edilmektedir.

Bu çerçevede anayasa mahkemesi üyelerinin hangi organlar tarafından ve hangi esaslara göre seçileceğinin belirlenmesi önemli ölçüde ülkenin tarihsel ve siyasal koşullarına göre kurucu iktidarın takdirinde olan bir durumdur. Bu düzenlemede öngörülen Anayasa Mahkemesinin üye yapısı, üyelerin geldiği kaynaklar ve üyelerin atanması usulüne ilişkin düzenlemeler tali kurucu iktidarın takdir yetkisi içinde kaldığından ve hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerini anlamsızlaştıran ya da ortadan kaldıran değişiklikler olmadığından iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe maddenin birinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zehra Ayla PERKTAŞ, ikinci ve üçüncü fıkraları yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

2- Anayasanın Değiştirilen 146. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Birinci Tümcesinde Yer Alan "… bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; …" ve İkinci Tümcesinde Yer Alan "… de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve …" İbareleri Yönünden

5982 sayılı Yasa ile değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin dördüncü fıkrasında Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Sayıştay, Yüksek Öğretim Kurulu ve Baro Başkanları tarafından Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday seçiminde her üyenin ya da her Baro Başkanının yalnızca bir aday adayına oy vermesinin öngörülmesi, üç adayın belirleneceği seçimlerde her üyeye yalnızca bir aday adayına oy verme hakkı tanınması suretiyle diğer iki adayın seçiminde oy kullanılamaması sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir düzenleme seçilecek diğer adaylar açısından seçmenlerin oy kullanma hakkını ortadan kaldırmaktadır.

Buna göre, bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığında kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımasını sınırlayan böylece oy kullananların iradesini

olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel öğesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır.

Bu nedenle 5982 sayılı Yasa ile değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "… bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; …" ibaresi ile ikinci tümcesinde yer alan "… de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve …" ibaresi demokratik hukuk devleti ilkesini etkisiz hale getireceğinden iptali gerekir.

3- Anayasanın Değiştirilen 146. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Kalan Bölümü Yönünden

Yukarıda belirtilen ibarelerin iptalinden sonra dördüncü fıkranın kalan bölümü şöyledir:

"Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır."

Buna göre, fıkrada sayılan kurumlarca Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Cumhurbaşkanına gönderilecek üç adayın ne şekilde seçileceğinin yöntemi düzenlenmektedir. Bir üst bölümde, her üyenin sadece tek aday adayına oy vermesini öngören kısıtlama iptal edilerek ortadan kaldırıldığından, her üyenin ya da baro başkanının seçilecek aday sayısı kadar aday adayına oy vermeleri olanaklı hâle gelmektedir. Üç aday için tercih hakkı kullanılarak yapılacak seçimlerde salt çoğunluk da aranmayacağından en çok oy alan üç aday Cumhurbaşkanı ya da Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulacaktır.

Yukarıda belirtilen ibarelerin iptali ile seçimlerde iradeyi yansıtan oy hakkının tam olarak kullanılmasının önünde herhangi bir engel kalmadığından dördüncü fıkranın kalan bölümünün demokratik hukuk devleti ilkesini değiştirici nitelikte olduğu söylenemez. Anayasa'ya aykırı olmayan ve bu haliyle uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmayan kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

I- 5982 Sayılı Kanun'un 19. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 19. maddesi ile Anayasa'nın 149. maddesi değiştirilerek Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulü yeniden düzenlenmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesinin iki bölüm ve genel kurul halinde çalışması öngörülmektedir.

Dava dilekçesinde, 149. maddenin birinci fıkrasında yer alan *"Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır."* cümlesinde katılanların mı yoksa üye tamsayısının mı salt çoğunluğu gerektiği belirtilmediğinden düzenlemenin belirsiz olduğu, ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında yer alan *"Anayasa değişikliklerinde iptale, siyasi partilerin kapatılmasına ya da Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi için toplantıya katılan üyelerin üçte iki oy çokluğu şarttır."* hükmünün parti kapatılmasını ve Anayasa'nın değiştirilemez hükümlerine aykırı Anayasa değişikliklerinin iptalini zorlaştırması nedenleriyle düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5982 sayılı Yasa'nın 19. maddesi ile değiştirilen Anayasa'nın 149. maddesinin birinci fıkrasında bölümlerin Başkanvekili başkanlığında dört üyenin katılımıyla toplanması öngörülmüştür. Bölümler her zaman beş üye ile toplanacak ve bunların salt çoğunluğu ile karar verecektir. Genel Kurul ise Başkan ya da belirleyeceği Başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üyenin katılımıyla toplanacaktır. En az onüç veya üstü sayılarla yapılan toplantılarda olağan olarak karar yeter sayısının toplantıya katılanların salt çoğunluğu olacağı açıktır. Bu, üçüncü fıkrada yer alan nitelikli çoğunlukla alınacak kararlara ilişkin düzenlemeden de anlaşılmaktadır. Nitelikli çoğunluk gerektiren kararlarda bile toplantıya katılanlar dikkate alınacağına göre, diğer kararlar bakımından da toplantıya katılanların salt çoğunluğunun aranması doğal olduğundan herhangi bir belirsizlik sözkonusu değildir.

Bu nedenle 149. maddenin birinci fıkrasında yer alan "*Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır*." cümlesi hukuk devleti ilkesini ortadan kaldıran ya da anlamsızlaştıran bir değişiklik içermemektedir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin belli konularda nitelikli oy çokluğu ile karar vermesi tali kurucu iktidarın takdir yetkisi içindedir ve hukuk sistemimizde eskiden de bu nitelikte hükümler yer almıştır. Nitekim, 149. maddenin ilk hâlinde Anayasa değişikliklerinin iptali üçte iki nitelikli çoğunluğun oyu ile mümkünken, 2001 yılında yapılan değişiklikle siyasi parti kapatma kararları da nitelikli çoğunluğun oyuna tabi tutulmuş, fakat nitelikli çoğunluk üçte ikiden, beşte üçe indirilmiştir. Bazı kararların nitelikli

çoğunluğun oyu ile alınabilmesi anayasa koyucunun o konuya verdiği önemden kaynaklanmaktadır. Anayasa değişikliklerinin iptali ya da bir siyasi partinin kapatılmasının demokratik sistemin işleyişi açısından önemi ve istisnai olarak başvurulabilecek tedbirler olmaları nedeniyle bunların nasıl ve hangi koşullarda uygulanabileceğine ilişkin Anayasal düzenlemenin hukuk devletini ortadan kaldırdığı, ya da anlamsız hâle getirdiği söylenemez.

Bu nedenlerle iptal isteminin reddi gerekir.

İ- 5982 Sayılı Yasa'nın 22. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesi, Anayasa'nın 159. maddesini değiştirerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) yapısını yeniden düzenlemektedir. Buna göre, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulacağı ve görev yapacağı belirtilen Kurul'un, yirmi iki asıl ve on iki yedek üyeden oluşması ve üç daire halinde çalışması öngörülmüştür. Adalet Bakanının Kurulun Başkanı, Adalet Bakanlığı Müsteşarının ise Kurulun doğal üyesi olması benimsenmiştir. Cumhurbaşkanına dört asıl üyeyi yargıç olmayanlar arasından doğrudan seçme yetkisi tanınmmış, diğer üyelerin ise Yargıtay (üç asıl, üç yedek), Danıştay (iki asıl, iki yedek), Türkiye Adalet Akademisi (bir asıl, bir yedek), adli yargı hâkim ve savcıları (birinci sınıf adli yargı hâkim ve savcıları arasından yedi asıl, dört yedek) ve idari yargı hâkim ve savcıları (birinci sınıf idari yargı hâkim ve savcıları arasından üç asıl, iki yedek) tarafından doğrudan seçilmesi öngörülmüştür. Ayrıca Kurulun kendi sekreteryası kurulmakta ve Teftiş Kurulu, Kurula bağlanmaktadır.

Dava dilekçesinde;

- Adalet Bakanının Kurul Başkanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının kurulun doğal üyesi olmasının yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı olduğu, bunun Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu,

- 159. maddenin üçüncü fıkrasında Cumhurbaşkanına Kurula üye seçme yetkisi verilmesinin Cumhurbaşkanının seçim usulü de dikkate alındığında Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ve Başlangıçta yer alan kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olduğu belirtilerek Adalet Bakanı ve Müsteşarının yanı sıra Cumhurbaşkanının atadığı 4 üye ve Adalet Akademisinden seçilen üyelerin de yürütmenin etkisi altında olacağı bu nedenle hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu,

- 159. maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan Kurul üyelerinin seçim usulünün, özellikle seçimlerde her üyenin sadece bir adaya oy verebilmesi esasının adil olmadığı bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

- 159. maddenin altıncı fıkrasında Kurul'un asıl üyeleri için getirilen başka görev alma yasağının yedek üyeler için getirilmediği bu nedenle hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olduğu,

- 159. maddenin yedinci fıkrasında yer alan Kurul'un yönetimi ve temsilinin Kurul Başkanına ait olduğu, Kurul Başkanının dairelerin çalışmalarına katılamayacağı, başkanvekili seçimi ve Başkanın bazı yetkilerini Başkanvekiline devredebileceğine ilişkin düzenlenmelerin yargı bağımsızlığına dolayısıyla da hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

- 159. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan Kurulun görevlerine ilişkin düzenlemenin diğer fıkralara ilişkin Anayasaya aykırılık gerekçeleriyle Anayasa'ya aykırı olduğu,

- 159. maddenin dokuzuncu ve onuncu fıkralarında hâkim ve savcıların görevlerini hukuka uygun yapıp yapmadıkları ve görev sırasında suç işleyip işlemedikleri hakkında inceleme ve denetimin ilgili dairenin teklifi ve Kurul Başkanının izniyle Kurul müfettişlerince yapılmasını ve Kurul kararlarına karşı meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışında yargı yolunun kapatılmasını öngören kuralların kuvvetler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu,

- 159. maddenin onbirinci fıkrasında, Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulmasını öngören ve Genel Sekreterin seçim usulünü düzenleyen hükmün Kurulun yapısına ilişkin Anayasa'ya aykırılıklar nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu,

- 159. maddenin onikinci fıkrasında, Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri atama yetkisinin, muvafakatlerini alarak Adalet Bakanına ait olduğunu öngören düzenlenmenin yürütmeyi yargı karşısında daha da güçlendirdiği ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu,

- 159. maddenin onüçüncü fıkrasında, kanunla düzenlenecek hususlara ilişkin hükmün, Kurulun yapısına dair Anayasa'ya aykırılıklar nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu,

ileri sürülmüştür.

1- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin İkinci, Dördüncü, Altıncı, Yedinci, Sekizinci, Dokuzuncu, Onuncu, Onbirinci, Onikinci, Onüçüncü Fıkraları Yönünden

Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden birisi olan yargı bağımsızlığını sağlamak amacıyla yargıç ve savcıların özlük, tayin, terfi ve disiplin işlerini yürütmek üzere bağımsız idari kurullar (Yüksek Yargı Konseyleri) oluşturulması Güney Avrupa demokrasilerinin yerleşik geleneklerinden birisidir. Türkiye de 1961 Anayasası'ndan beri bu geleneğe dâhil olmuştur. Ancak Yüksek Yargı Konseylerinin oluşumuna bakıldığında her ülkede farklı modellerin benimsendiği görülmektedir. Bazı ülkelerde sadece yargıçların bu kurulların üyesi olduğu, bazı ülkelerde ise yargıç olmayan hatta hukukçu olmayan üyelerin bulunduğu, bazı ülkelerde yargı içinden ya da yürütmeden doğal üyelerin bulunduğu, üye seçimlerinde genellikle yargıçlara rol verildiği, ancak parlamentolara ya da devlet başkanlarına da üye seçme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Yargıç üyelerin genellikle tüm yargıçları temsil edecek şekilde ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve yüksek mahkemelerde çalışan yargıçlar arasından seçildiği anlaşılmaktadır.

Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin "Toplumun Hizmetinde Yargı Konseyleri" üzerine 2007 tarihli 10. No'lu görüşünde, bu kurulların yapısının her durumda yargı bağımsızlığını güvenceye alacak ve görevlerini etkin biçimde yerine getirmesine izin verecek bir şekilde olması, üyelerin tamamının ya da çoğunluğunun yargıçlardan oluşması, yargıç üyelerin kendi meslektaşları tarafından seçilmesi, kurulların karma yapılı olması halinde mesleki dayanışma ve kayırmacılığın önlenebileceği ve farklı toplumsal taleplerin temsiline imkân vereceği ancak bu durumda da yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde bir kurul yapılanmasından kaçınılması gerektiği vurgulanmıştır.

1961 Anayasası'nın 143. maddesinin ilk halinde Yüksek Hâkimler Kurulu'nun onsekiz asıl ve beş yedek üyeden oluşması öngörülmüş ve asıl üyelerden altısının Yargıtay, altısının birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce kendi aralarından ve üçer üyesinin de yüksek mahkemelerde hâkimlik etmiş ya da bunlara üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunca salt çoğunlukla seçilmesi öngörülmüştür. 1971 değişikliğinden sonra ise Yüksek Hâkimler Kurulu'nun üyelerinin tamamının Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından seçtiği onbir asıl ve üç yedek üyeden oluşması benimsenmiştir. 1982 Anayasası ise Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının doğal üye olduğu ve üç asıl üç yedek üyenin Yargıtay, iki asıl iki yedek üyenin ise Danıştay tarafından

gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçildiği yedi asıl üyeli mevcut yapıyı getirmiştir.

Buna göre hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkeleri belli somut bir kurul yapısını gerektirmemekte, Kurulun yargı bağımsızlığını ihlal etmediği sürece çok farklı modellerde tasarlanmasına olanak tanımaktadır. Bu farklı modellerden hangisinin benimseneceği tali kurucu iktidarın takdir yetkisi içindedir. Yasama organının tercihinin yerindeliğinin yargısal denetim konusu olması mümkün değildir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yapısıyla ilgili olarak 5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle yapılan yeni düzenlemeyle Kurulun üye sayısının artırıldığı, seçim tabanının genişletildiği, Kurul üyelerinin büyük çoğunluğunun yargıçlar tarafından doğrudan seçilmesinin kabul edildiği, Kurul'un kendi sekreteryasına kavuşturulduğu ve Teftiş Kurulunun Kurul'a bağlandığı böylece özerk yapısının güçlendirildiği görülmektedir. Cumhurbaşkanının Kurula üye atama yetkisinin sınırlandırıldığı, Adalet Bakanı'nın dairelerin çalışmasına katılmasının yasaklandığı, Bakan'ın Teftiş Kurulu üzerindeki mutlak kontrolünün kaldırıldığı, böylece yürütmenin Kurul üzerindeki etkisinin belli ölçüde azaltıldığı anlaşılmaktadır. Kurul'un kararlarının kısmen de olsa yargı denetimine açılmasının hukuk devletinin güçlendirilmesine yönelik bir adım olduğu görülmektedir.

Bu nedenle, sözkonusu hükümlerin yargı bağımsızlığını dolayısıyla hukuk devleti ilkesini ortadan kaldırdığı ya da içini boşaltarak anlamsız hale getirdiği söylenemez. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, değiştirilen, 159. maddenin;

- ikinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- dördüncü fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- altıncı fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- yedinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- sekizinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- dokuzuncu fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- onuncu fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- onbirinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- onikinci ve onüçüncü fıkraları yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, katılmamışlardır.

2- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Üçüncü Tümcesinde Yer Alan "…iktisat ve siyasal bilimler …" ve "… üst kademe yöneticileri …" İbareleri Yönünden

5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin üçüncü fıkrasında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumu düzenlenmektedir. Üçüncü fıkranın üçüncü tümcesinde Kurulun dört üyesinin yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca seçileceği hükme bağlanmıştır.

Hukukçu öğretim üyeleri ile Avukatların yargı ile doğrudan ilişkileri, yargının işleyişinden kaynaklanan sorunların belli ölçüde onları da etkilemesi ve yargının işleyişi konularındaki bilgi birikimleri nedeniyle Kurulun çalışmalarına katkı yapacağı düşünülebilir ise de yargının işleyişi ve yargı teşkilatı ile herhangi bir şekilde ilişkisi olmayan ve yargının işleyişi, yargının ve yargıçların sorunları ve yargısal görevlerin yerine getirilmesinde gözetilmesi gereken yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı gibi ilkeler hakkında yeterli ilgi, bilgi ve tecrübeye sahip olmayan iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticilerinin hâkim ve savcıların atama, tayin, terfi disiplin gibi özlük işlerinden sorumlu bir kurulda görev almaları yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkelerini ihlal edip, hukuk devleti ilkesini zedeler niteliktedir.

Bu nedenle Anayasa'nın değiştirilen 159. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan "…iktisat ve siyasal bilimler …" ve "… üst kademe yöneticileri …" ibarelerinin iptali gerekir.

3- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Kalan Bölümleri Yönünden

Yukarıda belirtilen ibarelerin iptalinden sonra üçüncü fıkranın kalan bölümü şöyledir:

"Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kuruluntabiîüyesidir.Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adlî yargı hâkim ve savcıları arasından adlî yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcıları arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir.Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir."

Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri ortadan kaldırılmadıkça Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı, üye sayısı, üyelerin seçileceği kaynaklar ve nitelikleri konusunda tali kurucu iktidar takdir alanına sahiptir ve bu tercihin yerindeliğinin denetlenmesi Anayasanın 148. maddesinde öngörülen denetlenebilir hususlardan değildir. Hukuk devletini zedeleyen unsurların iptalinden sonra Cumhurbaşkanı, bu hükme göre kendisine tanınan dört üyeyi seçme yetkisini yüksek öğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasından seçim yapmak suretiyle kullanabilecektir.

Anayasa'ya aykırı olmayan ve bu haliyle uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmayan kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

4- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin Beşinci Fıkrasının Birinci Tümcesinde Yer Alan "… ancak bir aday için …" İbaresi Yönünden

5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasında Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi ile birinci sınıf adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları tarafından Kurul üyelerinin doğrudan seçilmesi öngörülmektedir. Ancak bu seçimlerde her seçmenin ancak bir aday için oy kullanması esası getirilmiştir. Buna göre, Yargıtay Genel Kurulunca seçilecek üç asıl üç yedek olmak üzere toplam altı Kurul üyesi için her Yargıtay üyesi yalnızca bir adaya oy verebilecektir. Bu durumda her Yargıtay üyesi altı kurul üyesinden yalnızca birisi için oy kullanabilecek, diğerlerinin seçimine iradesi yansımayacaktır. Aynı durum, Danıştay tarafından seçilecek iki asıl, iki yedek; Türkiye Adalet

Akademisi tarafından seçilecek bir asıl, bir yedek; adli yargı hâkim ve savcıları tarafından seçilecek yedi asıl, dört yedek ve idari yargı hâkim ve savcıları tarafından seçilecek üç asıl, iki yedek üyenin seçimleri için de geçerlidir.

Buna göre, bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığında kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımasını sınırlayan böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel öğesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır.

Bu nedenle 5982 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 159. maddesinin beşinci fıkrasının, birinci tümcesinde yer alan " … ancak bir aday için …" ibaresinin iptali gerekir.

5- Anayasa'nın Değiştirilen 159. Maddesinin Beşinci Fıkrasının Kalan Bölümleri Yönünden

Yukarıda belirtilen ibarenin iptalinden sonra beşinci fıkranın kalan bölümü şöyledir:

"Yargıtay, Danıştay ve Türkiye Adalet Akademisi genel kurullarından seçilecek Kurul üyeliği için her üyenin, birinci sınıf adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları arasından seçilecek Kurul üyeliği için her hâkim ve savcının oy kullanacağı seçimlerde, en fazla oy alan adaylar sırasıyla asıl ve yedek üye seçilir.Bu seçimler her dönem için bir defada ve gizli oyla yapılır."

Yukarıda belirtilen ibarenin iptali ile her seçmenin sadece tek adaya oy vermesini öngören kısıtlama ortadan kalktığından, bu fıkra hükmüne göre her üyenin seçilecek üye sayısı kadar, adaya oy vermesi mümkün hale gelmiştir. Bu şekilde yapılacak oylamada Örneğin, Adli yargı hâkim ve savcıları yedi asıl dört yedek olmak üzere toplam onbir üye seçme hakkına sahip olduğundan her hâkim ve savcı bir turda tamamlanacak seçimde onbir aday için oy kullanabilecek, en çok oy alan onbir kişi sırasıyla asıl ve yedek üyeliklere seçilecektir. Böylelikle her seçmenin seçilecek üye sayısı kadar adaya oy vermesi suretiyle yapılacak seçimlerde seçmenlerin oy hakkına saygı gösterilmiş ve seçmenlerin yeterli onayını almış adayların Kurul üyeliğine seçilmesi sağlanmış, dolayısıyla temsildeki adaletsizlik giderilmiş olacaktır. Böyle bir seçim usulünün demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı açıktır. Anayasa'ya aykırı olmayan ve bu haliyle uygulanmasında herhangi bir sorun bulunmayan kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

J- 5982 sayılı Yasa'nın 25. maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 25. maddesi Anayasa'ya Geçici 18. ve 19. maddeler olmak üzere iki yeni geçici madde eklenmesini öngörmektedir. Bu maddelerde Anayasa Mahkemesinin ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeni yapısına geçişin nasıl olacağı düzenlenmiştir.

Dava dilekçesinde yukarıda Anayasa Mahkemesinin ve HSYK'nın yeni yapısını düzenleyen hükümlere ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiaları bu geçiş hükümleri yönünden de tekrarlanmıştır.

1- Yasa'nın 25. Maddesi İle Anayasa'ya Eklenen Geçici Madde 18 Yönünden

5982 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci ve ikinci tümcelerindeki ibarelere ilişkin iptal gerekçeleriyle 5982 sayılı Yasa'nın 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 18'in üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin, son tümcelerinde bulunan "… ancak bir aday için…" ibarelerinin iptali gerekir.

Geçici 18. maddenin birinci, ikinci, dördüncü ve beşinci fıkraları, üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin iptalden sonra kalan bölümleri ile (c) ve (ç) bentlerinde yer alan düzenlemelerin, 5982 sayılı Yasa'nın 16. maddesi için belirtilen gerekçelerle iptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 18'in;

- birinci ve ikinci fıkraları ile üçüncü fıkrasının, (a) ve (b) bentlerinin, birinci, ikinci ve üçüncü tümceleri yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- üçüncü fıkrasının, (a) ve (b) bentlerinin son tümcelerinin kalan bölümleri yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- üçüncü fıkrasının (c) bendi yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- üçüncü fıkrasının (ç) bendi yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- dördüncü fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- beşinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

katılmamışlardır.

2- Yasa'nın 25. Maddesi İle Anayasa'ya Eklenen Geçici Madde 19 Yönünden

Yasa'nın 22. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkralarında iptal edilen ibarelere ilişkin gerekçelerle Yasa'nın 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının, (a) bendinin, birinci tümcesinde yer alan "… iktisat ve siyasal bilimler…" ve "… üst kademe yöneticileri…" ibareleri ile ikinci tümcesi, ayrıca Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin son tümcelerinde yer alan "… sadece bir aday için…" ibareleri ve (d) bendinin, "Bu seçimlerde her seçmen sadece bir aday için oy kullanabilir." biçimindeki onbirinci tümcesinin iptali gerekir.

Geçici 19. Maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç) ve (d) bentlerinin iptalden sonra kalan bölümleri ve (e) bendi, ikinci, üçüncü, dördüncü fıkraları, altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentleri ile yedinci ve sekizinci fıkralarında yer alan düzenlemelere ilişkin iptal istemlerinin, Yasa'nın 22. maddesi için belirtilen gerekçeler çerçevesinde reddi gerekir.

Bu görüşlere, Yasa'nın 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un;

- birinci fıkrasının (a) bendinin birinci tümcesinin kalan bölümü yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- birinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin ilk dört tümceleri yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- birinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin son tümcelerinin kalan bölümleri yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ,

- birinci fıkrasının (d) bendinin kalan bölümleri ile (e) bendi yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

- ikinci, üçüncü, dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasının (b), (c), (ç) bendleri ve yedinci, sekizinci fıkraları yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

katılmamışlardır.

K- Yasa'nın 26. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 26. maddesi yürürlük hükmüdür ve Yasa'nın halkoylamasına sunulması hâlinde tümüyle oylanmasını hükme bağlamaktadır.

Dava dilekçesinde, 5982 sayılı Kanun'da konu bakımından birbiri ile ilgisiz pek çok madde yer aldığı ve bunların tümünün birlikte oylamaya sunulmasının, halkoylamasına katılacak vatandaşların iradelerini tam anlamıyla oylarına yansıtmalarını engelleyeceği, beğenmedikleri hükümler için ayrı ayrı ret, beğendikleri hükümler için yine ayrı ayrı kabul oyu vermek imkânını tanımayacağı bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokratik devlet ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Anayasanın 175. maddesinde Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında bu Kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden hangilerinin birlikte, hangilerinin ayrı ayrı oylanacağına karar verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine verildiğinden halkoyuna sunulma biçimini gösteren dava konusu kural Anayasa değişikliğine ilişkin 5982 sayılı Yasa'nın ayrılmaz bir parçasıdır. Anayasa'nın açıkça parlamentoya verdiği bir yetkinin somut kullanılış biçiminin yerinde olup olmadığının denetlenmesi Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesine tanınan yetkiler arasında bulunmamaktadır. Bu nedenle iptal isteminin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Bu görüşe Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Şevket APALAK katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istenen kimi hükümlerinin **YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE**, **OYBİRLİĞİYLE**

7.7.2010 gününde karar verildi.

VI- SONUÇ

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- Anayasa teklifi olarak veriliş biçimi ile Anayasa Komisyonu'ndaki görüşme şekline ilişkin iptal isteminin, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

B- Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabulüne ilişkin oylamalarda gizliliğin ihlal edildiğine ilişkin iddialar yönünden, Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

C- İvedilikle görüşülmeme koşuluna uyulmadığı iddiası yönünden Anayasa'ya aykırılık bulunmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

D- Amacı bakımından Anayasa'ya aykırılık iddialarının incelenmesi isteminin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

E- 8. maddesiyle, 7.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 74. maddesinin; değiştirilen kenar başlığında ve eklenen üçüncü fıkrasındaki "… ve kamu denetçisine başvurma …" ibareleri ile dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

F- 14. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 144. maddesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

G- 16. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 146. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

2- İkinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

3- Üçüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

4- Dördüncü fıkrasının;

a- Birinci tümcesinde yer alan "… bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; …" ibaresinin,

b- İkinci tümcesinde yer alan "… de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve …" ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

c- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

H- 19. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 149. maddesinin, birinci fıkrasının "Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır." biçimindeki dördüncü tümcesi ile üçüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

I- 22. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 159. maddesinin;

1- İkinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

2- Üçüncü fıkrasının;

a- Üçüncü tümcesinde yer alan "…iktisat ve siyasal bilimler …"ve "… üst kademe yöneticileri …" ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

3- Dördüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

4- Beşinci fıkrasının;

a- Birinci tümcesinde yer alan " … ancak bir aday için …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

b- Birinci tümcesinin kalan bölümü ile ikinci tümcesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

5- Altıncı fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

6- Yedinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

7- Sekizinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

8- Dokuzuncu fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

9- Onuncu fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

10- Onbirinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

11- Onikinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

12- Onüçüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

İ- 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 18'in;

1- Birinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

2- İkinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

3- Üçüncü fıkrasının,

a- (a) ve (b) bentlerinin,

aa- Birinci, ikinci ve üçüncü tümcelerinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

bb- Son tümcelerinde bulunan "… ancak bir aday için…" ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

cc- Son tümcelerinin kalan bölümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

b- (c) bendinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

c- (ç) bendinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

4- Dördüncü fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

5- Beşinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

J- 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un;

1- Birinci fıkrasının,

a- (a) bendinin,

aa- Birinci tümcesinde yer alan "… iktisat ve siyasal bilimler…" ve "… üst kademe yöneticileri…" ibareleri ile ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

bb- Birinci tümcesinin kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

b- (b), (c) ve (ç) bentlerinin,

aa- İlk dört tümcelerinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

bb- Son tümcelerinde yer alan "… sadece bir aday için…" ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

cc- Son tümcelerinin kalan bölümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

c- (d) bendinin,

aa- " Bu seçimlerde her seçmen sadece bir aday için oy kullanabilir." biçimindeki onbirinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve **İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

bb- Kalan bölümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

d- (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

2- İkinci, üçüncü, dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasının (b), (c), (ç) bentleri ve yedinci, sekizinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

K- 26. maddesinde yer alan "… ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle…" ibaresinin Anayasa'ya aykırılık savlarının incelenmesi isteminin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisizliği nedeniyle **REDDİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA**,

7.7.2010 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Şevket APALAK	Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Özet: Halkın oyuna sunulan bir Anayasa değişikliğinin esas denetimini ancak Millet yapar.

Çoğunluk görüşünde, Anayasa değişikliklerinde "teklif edilebilir nitelikte bir Anayasa teklifinin var olması" gerektiğini, bunun teklif çoğunluğundan önce aranan bir şart olduğunu, teklif edilebilir nitelikte olup olmadığının tesbitinin ise ancak işin esasına girilerek anlaşılabileceği belirtilmektedirler. 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.

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. Bu nedenle, Anayasa değişikliklerinin hangi yöntemle olursa olsun esastan denetim sonucunu doğuracak bir incelemeye tabi tutulması mümkün değildir.

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.

Mahkememiz 148. maddeye ek yaparak "yasak bir teklif"in olup olmadığı yönünden 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 denetim yetkisinin 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 getirmektedir.

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 bakımından 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 yer almaktadır.

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, halkın 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, Türkiye'deki halkın tercihinin daima demokrasinin geliştirilmesi ve özgürlük alanlarının genişletilmesi yönünde olduğu görülecektir. Bu da halkın 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 yasaların 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 ve uç örnekler 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 çizilmiştir. Anayasal değerleri koruma adına değişikliklerin esastan denetimine olanak tanınması Erk'ler arası dengenin bozulmasına ve bir vesayetin doğması sonucuna yol açması kaçınılmazdır. TBMM'nin Anayasa'yı değiştirme iradesi, mahkeme üyelerinin, sınırları belirsiz, sübjektif, her an değişebilir nitelikli iç dünyalarındaki değerlerin vesayetine bırakılamaz.

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 sübjektif 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 "geçerli teklif yönünden" veya "esasın biçim yönünden incelenmesi" tarzındaki usullerle ulaşmaya çalışılan sonucun, mantıken doğru kabul edilmesi mümkün değildir. 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.

Yaratılan "ÖNSORUN" çoğunluk oyu ile aşıldığından sonraki aşamalarda oy kullanılması zorunluluğu açıktır.

Başkan
Haşim KILIÇ

KARŞIOY YAZISI

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un iptali istemiyle 110 milletvekili tarafından açılan dava sonucunda Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca verilen karara aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum:

I- Kanun Teklifinin TBMM Genel Kurulunda Görüşülmesi Sırasında İvedilikle Görüşme Yasağına Uyulmaması Nedeniyle Tümünün İptali İstemi Yönünden:

İptal başvurusunda, Anayasa'nın 175. maddesinde Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin iki defa görüşüleceğinin öngörüldüğü, ancak uygulamada ikinci görüşmenin sadece maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergelerinin görüşülmesi suretiyle gerçekleştirildiği, bunun Anayasa'nın emrettiği anlamda iki kere görüşme demek olmadığı, ivedilikle görüşme yasağının ise iki kere görüşme anlamına geldiğinde duraksama bulunmadığı, bu nedenle Kanun'un tümüyle iptali gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa

görüşülür" denilmektedir. Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişiklikleri üzerinde yapacağı denetimin, " … ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı"nı da içerdiği öngörülmektedir. Anayasadaki "ivedilikle görüşülememe" ve "iki defa görüşülme" kavramlarının 1927 tarihli TBMM İçtüzüğünde ve 5 Mart 1973 tarihli, 584 sayılı Meclis kararı ile kabul edilen yürürlükteki İçtüzükte aynı anlamda kullanıldığı açıktır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı denetime ilişkin 148. maddede geçen ivedilikle görüşülememe yasağının, iki kere görüşme yapılıp yapılmadığının denetimi olduğunda herhangi bir duraksama yoktur.

5982 sayılı Yasa'nın ikinci görüşmesi, TBMM İçtüzüğü'nün 93. maddesine göre gerçekleştirilmiştir. Buna göre, ikinci görüşmede yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergeleri görüşülmüş, siyasi parti gruplarına maddeler üzerinde söz verilmemiştir.

Anayasalar, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen ve bunları güvence altına alan, Devlet organlarının görev ve yetkilerini düzenleyen, kalıcı nitelik taşıyan temel hukuk belgeleridir. Bu nedenle Anayasalar değiştirilirken mümkün olan en geniş tartışma ortamının sağlanması, yapılacak değişikliklerin yarar ve sakıncalarının etraflıca değerlendirilmesi, olası yanlışlıkların önlenmesi ve değişiklik yasalarının meşruiyet temelinin güçlendirilmesi amacıyla iki kez görüşülme ilkesi kabul edilmiştir. Anayasa'nın 175. maddesinde açık ve net biçimde, iki kez görüşme öngörülmüş, anayasa değişikliklerinin aynı maddedeki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabi olacağı belirtilmiştir. Buna göre her iki görüşmenin de İçtüzüğün 81. maddesindeki yöntemin tekrarlanması suretiyle yapılması gerekir. Bu usule göre önce tasarı veya teklifin tümü hakkında görüşme açılır, tasarı veya teklifin tümünün görüşülmesinden sonra soru-cevap işlemi yapılır, tasarı veya teklifin maddelerine geçilmesi oylanır ve nihayet tasarı veya teklifin tümü oylanır. 5982 sayılı Kanun'un görüşülmesi sırasında buna uyulmamıştır.

Anayasaların pozitif hukukta en üst norm olduğu, Parlamento İçtüzüğü'nün hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olamayacağı, Anayasa hükümlerin aksi yönde uygulama ve teamül yoluyla değiştirilemeyeceği ve ortadan kaldırılamayacağı gözetildiğinde, her ne kadar İçtüzüğün Anayasa değişikliklerine ilişkin hükümleri uygulanmış olsa da Anayasa'nın emrettiği anlamda iki kere görüşme sağlanmamış ise, bu şekilde çıkan yasanın Anayasa'nın öngördüğü şekil şartına uymadığının kabulü gerekir. Kaldı ki ikinci görüşmenin yalnızca değişiklik önergelerinin görüşülmesi suretiyle yapılması şeklinde bir parlamento teamülünün varlığından da söz edilemez.

1961 Anayasası ile iki meclisli bir sistem öngörüldüğü ve anayasa değişiklikleri her iki mecliste de ayrı ayrı görüşülerek kabul edildiği için, o dönemde yapılan anayasa değişikliklerinde iki defa görüşme ilkesi tam olarak uygulanmış bulunmaktaydı.

Diğer yandan, Anayasa'nın iki defa görüşülme ilkesini koyduğu, ancak ikinci görüşmenin ne şekilde yapılacağını Meclisin tercihine bıraktığı da ileri sürülemez. Birincisi ile aynı olmayan bir şeyin ikinci kez gerçekleştiğini söylemek mantığa aykırıdır. Bu nedenle Anayasa "iki defa" demişse, birincinin aynen tekrarı olan bir şeyden bahsediliyor olması gerekir. Aksi takdirde, Anayasa'nın hem bir kural koyup hem de buna uyulmasını ihtiyari hale getirdiğini yani abesle iştigal ettiğini kabul etmek gerekir ki, buna da olanak yoktur.

Anayasa'nın bu konudaki amacının saptanması bakımından Anayasa'nın Cumhurbaşkanına tanıdığı, kanunların "bir daha görüşülmek üzere" TBMM'ne geri gönderebilme yetkisine ilişkin 89. maddesinin de göz önünde tutulmasında yarar vardır. Parlamento çoğunluğunca kabul edilse bile toplumda genel kabul görmeyeceği anlaşılan, gerginlik ve kutuplaşmalara yol açma riski taşıyan veya kanun yapma tekniği bakımından hatalı olan kanunların Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi üzerine ikinci kez yapılan görüşmede, kanunun sadece bazı maddeleri geri gönderilmiş olsa bile Meclisin kanunun tümünü yeniden görüşebileceği, Anayasa'nın 89. maddesinden anlaşılmaktadır. Olağan yasalar dahi, Cumhurbaşkanınca geri gönderilmeleri halinde İçtüzüğün 81. maddesindeki usulle ikinci defa görüşülürken Anayasa değişikliklerinde Anayasa'nın 175. maddesinin öngördüğü ikinci görüşmenin kısaltılmış bir usulle yapılması İçtüzüğe uygun olsa bile Anayasa'ya uygun sayılamaz.

Daha önceki Anayasa değişikliklerinde de izlenen İçtüzüğün 93. maddesindeki yöntemin, Anayasa'nın 175. maddesinde açık ve yalın olarak emredilen iki kez görüşme gereğini ortadan kaldırmayacağı yukarıda açıklanmıştır. Önceki Anayasa değişiklikleri de her ne kadar Anayasa'da öngörülen şekil şartına uyulmadan yapılmışlarsa da bunlara ilişkin iptal iddiası bulunmaması ve şekle dayalı iptal davası açmak için Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen on günlük sürenin geçmesinden sonra iptal davası açılamayacağı ve defi yoluyla da ileri sürülemeyeceği kuralı gereğince, bu değişiklikler yine Anayasa'ya dayalı olarak geçerlilik kazanmışlardır. Yoksa, bunların geçerliliği İçtüzüğün 93. maddesinden veya parlamento teamülünden kaynaklanmamaktadır. 5982 sayılı Yasa'da durum önceki anayasa değişikliklerinden farklı olup, 10 günlük Anayasal süre içinde iptal davası açılmış ve iki kez görüşme gereğine uyulmaması

nedeniyle Yasa'nın tümünün iptali istenmiştir. Bu durumda iptal talebinin kabulü gerekirken reddi yolunda karar verilmesine katılmıyorum.

II- Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Değişikliklerin "Teklif Edilemezlik" İlkesi Karşısındaki Durumu Yönünden:

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan demokratik hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 4. maddesine göre değiştirilmesi teklif edilemeyecek hükümlerdendir. Kuşkusuz, bu teklif yasağı açıkça yapılan teklifleri olduğu kadar dolaylı ve karmaşık düzenlemelerle aynı sonucu doğurabilecek teklifleri de kapsamaktadır. Bu nedenle, yapılmış olan bir teklifin tüm madde ve fıkralarıyla birlikte değerlendirilmesi sonucunda değiştirilmez hükümlere aykırılığı saptandığında, teklif edilemeyecek nitelikte olması nedeniyle teklif çoğunluğunun oluşmadığına dayalı olarak, şekil yönünden iptali zorunludur.

Demokratik hukuk devletinin varlığını sürdürebilmesi, yasama, yürütme ve yargı erklerinin tek elde toplanmamasına, yani tüm çağdaş demokratik hukuk sistemlerinde geçerli olan kuvvetler ayrılığının korunmasına bağlıdır. Kuvvetlerden biri olan yargının yasama ve yürütmeden ayrılması ise ancak yargının bağımsızlığı ile sağlanabilir. Kaldı ki bağımsızlığı olmayan bir yargının tarafsızlığından da söz edilemeyeceğinden, yargı bağımsızlığı sağlanamadığı takdirde adil yargılanma hakkının varlığından da söz edilemez.

Aşağıda açıklanacak nedenlerle, 5982 sayılı Kanun'un iptal istemine konu Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili düzenlemelerinin bütünlük içinde değerlendirildiğinde yargı bağımsızlığı ile bağdaşmadığı, bu nedenle de Anayasa'nın değiştirilmez ilkelerinden hukuk devletine aykırı oldukları kanısındayım.

A) 5982 Sayılı Kanun'un 16. Maddesiyle Değiştirilen Anayasa'nın 146. Maddesine Ve 25. Maddesiyle Anayasa'ya Eklenen Geçici Madde 18'e İlişkin Sakıncalar Yönünden:

Çağdaş demokrasilerin gelişim çizgisi içinde zamanla temel kurumlardan biri haline gelen anayasa mahkemelerinin asli işlevi, yasama organının anayasal sınırlar içinde çalışmasını denetlemektir. Siyasi partilerin belli program hedefleri temelinde iktidara gelerek parlamento çoğunluğunu oluşturduğu parlamenter demokrasilerde yasama organının çalışmaları doğrudan doğruya parlamentoda çoğunluğu elinde tutan siyasi partinin

karar ve tercihlerine göre şekillenir. Bu nedenle siyasi iktidarın çıkartacağı yasaların yargısal denetimi ancak siyasal çoğunluktan bağımsız ve tarafsız bir organca yapılırsa anlam taşır. Bir anayasa mahkemesinden beklenen yararın sağlanması, mahkeme yargıçlarının siyasi iktidarla arasında siyasi görüş, düşünce veya ideoloji birlikteliği bulunmayan kişilerden oluşmasıyla mümkün olur.

Kuşkusuz, anayasa mahkemeleri bağımsız olduğu kadar tarafsız da olmalı ve siyasal iktidarın karşısında da tavır almamalıdır. Ancak bu bile anayasa mahkemesinin siyasi iktidarın kontrolünde olması kadar kötü değildir; zira siyasal iktidarın kontrolündeki bir anayasa mahkemesi, hak ve özgürlüklerin korunması noktasında kendisinden beklenen işlevi sağlayamamakla kalmaz, bu hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasının aracı haline gelebilir. Şöyle ki:

Anayasal hak ve özgürlükler yasalarla somutlaşır ve uygulanırlar. Anayasalarda geniş kapsamlı, güzel ifadelerle bezenmiş hak ve özgürlükler yer almasına rağmen bunlar doğrudan uygulanamazlar. Yasalar Anayasal hak ve özgürlüklerin içini boşaltacak, daraltacak tarzda çıkarılır ve bu yasaları çıkaran siyasal görüşün hakim olduğu bir anayasa mahkemesi de bunları anayasaya uygun bulursa, anayasa mahkemesinin kararı nihai ve herkes için bağlayıcı olacağından, bir daha bunları başka yargısal yollarla, örneğin mahkemelerce ihmal yoluyla veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre hüküm kurmak suretiyle düzeltmek olanağı da kalmaz. Siyasi haklar, fikir ve ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, adil yargılanma hakkı ve sosyal haklar büyük zarar görebilir ve özgürlükçü demokratik düzenin devamı olanaksız hale gelir.

Demokrasi, sıradan insanların yine sıradan insanların yönetimi altında onurlu ve özgür yaşamasının yöntemidir. Demokratik hukuk devleti, yöneticilerin ve yasakoyucuların ellerindeki yetkileri kötüye kullanmayacakları varsayımına ve temennisine değil, hak ve özgürlüklerin güvencesi olan hukuka dayanır. Bu nedenle demokratik hukuk devleti esaslarının, kuvvetler ayrılığının ayrılmaz unsuru olan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin güvencelerinin somut maddeler halinde Anayasa'da yer alması gerekir. Bu nedenledir ki anayasa mahkemelerinin bulunduğu çağdaş demokratik ülkelerde mahkemenin bağımsızlığını sağlayacak farklı sistemler öngörülmüş ve kiminde seçim tamamen parlamentoya, kiminde cumhurbaşkanına bırakılmış, kiminde karma sistemler oluşturulmuş olmasına rağmen hiçbirinde siyasal iktidar çoğunluğunun belirleyici konuma gelmesine izin verilmemiştir. Üyelerin tamamının parlamento tarafından seçildiği örneklerde üçte iki çoğunluk aranması, cumhurbaşkanı

tarafından seçildiği yerlerde adayların belirlenmesi safhasında tarafsızlığı sağlayacak şekilde aday gösterici kurulların ve bunların aday belirleme yöntemlerinin belli ilke ve esaslara bağlanması öngörülmüştür.

5982 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa değişikliğinden sonraki duruma gelince:

T.C. Anayasası'nın 146. maddesinde yapılacak değişiklikten sonra üye sayısı 17'ye çıkacak olan Anayasa Mahkemesi'nin 3 üyesi TBMM, 14 üyesi ise Cumhurbaşkanı tarafından seçilecektir.

TBMM tarafından seçilecek üyelerin ikisi Sayıştay, biri de serbest avukatlar arasından gösterilecek her boş yer için üçer aday arasından seçilecektir. Her ne kadar bu seçimlerde ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun aranacağı öngörülmüş ise de ikinci oylamada salt çoğunluk, bu da sağlanamazsa bu oylamada en çok oy alan iki aday arasında üçüncü oylama yapılarak en çok oy alanın seçilmiş sayılması benimsenmiştir. Daha açık bir ifadeyle son tahlilde, seçilecek aday, iktidar partisinin tercih ettiği adaydır.

Sayıştay üyelerinin seçimi hakkında Anayasa'nın 160. maddesinde bir düzenleme bulunmamakta, Sayıştay üyelerinin atanmalarının kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Sayıştay Kanunu'na göre ise Sayıştay üyeleri Meclisçe seçildiğinden, siyasi iktidarın Sayıştay çoğunluğunu da belirlemede etkin olduğunu, dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne Sayıştay'dan seçilecek üyeyi seçmekle kalmayıp aynı zamanda adayları da dolaylı olarak kendisinin belirlediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

TBMM'nin ayrıca baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday arasından bir üye seçmesi öngörülmüştür. Bunda da uzlaşı yerine üçüncü oylamada en fazla oy alanın seçilmesi ilkesi getirildiğinden, yukarıda belirttiğimiz sakıncalar avukat üye yönünden aynen geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi çoğunluğu, her bir baro başkanının ancak bir aday için oy kullanmasını demokratik hukuk devletine aykırı ve dolayısıyla teklif yasağı kapsamında görerek iptal etmiştir. Ancak burada demokratik hukuk devletine aykırılık sadece bir aday için oy kullanılmasından ibaret değildir. Üye sayısı yani temsil ettiği avukat sayısı bakımından birbiriyle kıyaslanamayacak büyüklükteki baroların hepsinin aynı oy hakkına sahip olması da demokratik hukuk devletinin gereği olan temsilde adalet ilkesinin en az iptal edilen kural kadar vahim bir ihlalidir. Bir baro başkanının sadece bir adaya oy vermesi kuralı hukuk devletini ortadan kaldırabilecek

vahamette görülürken on binlerce kişiyi temsil eden baro ile yüz üyesi bile bulunmayan baronun Anayasa Mahkemesi'ne üye seçiminde aynı söz hakkına sahip olmasında bir sakınca görülmemesinin gerekçesini anlamakta güçlük çekmekte ve çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Cumhurbaşkanının 4'ü doğrudan olmak üzere seçeceği 14 üyenin durumuna gelince, öncelikle 2007 yılında yapılan değişiklikten sonra Cumhurbaşkanının siyasi tarafsızlık noktasından anayasal konumunun incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa'ya göre Cumhurbaşkanı tarafsızdır. 2007 yılında Cumhurbaşkanı seçimi için toplantı yeter sayısının 367 olduğunu dair Anayasa Mahkemesi'nce verilen ve haksız eleştiri ve düzeysiz hakaretlerin hedefi olan kararda, Cumhurbaşkanının parlamento tarafından seçiminde uzlaşı aranması gerektiği vurgulanmaktaydı.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nce verilen bu karardan sonra parlamentoda Cumhurbaşkanı seçiminin olanaksız hale geldiği gerekçesiyle Anayasa değişikliğine gidilmiş ve Anayasa'nın 101. maddesinde 5678 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle yapılan değişiklikle, Cumhurbaşkanının beşer yıllık iki dönem için halk tarafından seçilmesi öngörülmüştür.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi sisteminin benimsenmesi ile uzlaşı sistemi terk edilmiş, rekabet ve siyasi mücadele sistemi benimsenmiştir. Diğer bir ifadeyle bundan böyle cumhurbaşkanı adayları, bir seçim kampanyası yürütecek ve diğer adaylara göre farklı siyasi görüş, tercih ve programlar temelinde kendilerini halka tanıtarak oy isteyecektir. Daha önceki sistemde de her ne kadar cumhurbaşkanı adaylarının seçilebilmesi için parlamentoda çoğunluğu oluşturan partinin veya partilerin desteğine ihtiyacı olduğu kuşkusuzsa da, bundan böyle cumhurbaşkanı adayları halktan oy isteyecek ve bu nedenle siyasi partilerin altyapı, teşkilat, propaganda ve maddi desteğine ihtiyaç duyacaktır. Cumhurbaşkanının tarafsız olacağı Anayasa'da ne kadar yazılı kalmaya devam etse de yukarıdaki nedenlerle tarafsızlığını koruyamayacağı, hele ikinci dönem seçilmesi de söz konusu olduğunda tarafsızlığından söz edilemeyeceği açıktır.

Anayasa'da Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ilkesinin korunması böylece güçleşir hatta olanaksız hale gelirken, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde siyasal bir konumu olan Cumhurbaşkanının tercih yapacağı alanın daraltılması, yani içlerinden üye seçeceği adayların tümünün mümkün mertebe tarafsız kişiler arasından belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme yapılması gerekirken, aday belirlemede de bunun tersi

yapılmıştır. Şimdiki Anayasa'nın 146. maddesinde adayların Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin genel kurullarınca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile her boş yer için üç aday göstermesi öngörülmektedir. Böylelikle üçüncü sıradaki aday da üyesi bulunduğu yüksek mahkemenin salt çoğunluğunun desteğine sahip olduğu için, ilgili yüksek mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'ne üye gönderdiklerinden söz etmek mümkündür. Ancak Anayasa'da yapılmak istenen değişiklikten sonra ilgili yüksek mahkemelerin genel kurullarının en azından salt çoğunluğunun tercihinin yansıtılması ilkesi de kaldırıldığından, Cumhurbaşkanının çok az oy almış ancak üçüncü sıraya girmeyi başarmış adayı Anayasa Mahkemesi'ne seçmesi mümkündür. Böyle bir durumda seçilen kişi, ilgili yüksek mahkemenin adayı olmaktan ziyade bireysel bir aday niteliğindedir. Bu nedenle, çağdaş demokratik ülkelerin anayasa mahkemelerinin oluşumunda gözetilmesi gereken, yüksek yargı organlarının da uygun bir ölçüde üye kompozisyonunda yer almaları ilkesi de çiğnenmekte, üye kompozisyonu Cumhurbaşkanının serbestçe seçeceği diğer 4 üye ile birlikte, Cumhurbaşkanının tam serbesti ile hareket edeceği bir alana terk edilmektedir. Her ne kadar Yüksek Mahkemelerin aday belirlerken üye tamsayılarının salt çoğunluğunun sağlanması gerekeceği kuralı 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 4. maddesinde yer almaya devam etse de, bu maddenin siyasal iktidarca yapılacak bir yasa değişikliği ile kolayca ortadan kaldırılabileceği açıktır.

Açıkça görülebilen bu sakıncalara karşın, Cumhurbaşkanı ile parlamentonun seçim dönemlerinin ve tarihlerinin farklı olduğu, bu nedenle parlamento çoğunluğu ile cumhurbaşkanının ayni parti veya siyasi görüşün mensupları olmamaları olasılığının da bulunduğu, bunun da tüm güçlerin tekelde toplanması tehlikesine karşı bir güvence oluşturduğu ileri sürülebilir. Parlamento ile cumhurbaşkanının birbirine paralel veya zıt siyaset takip etmesinin güçler birliğine veya aksi durumda rejimin kilitlenmesine yol açıp açmayacağının tartışması bir yana bırakılacak olsa da, halkoyu ile seçilen Cumhurbaşkanının ya iktidarla aynı taraf, ya da karşı taraf olacağı gözetildiğinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin üç kişi hariç tamamını belirleyebilmesinin yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Yargı bağımsızlığına ve tarafsızlığına ilişkin güvenceleri içermeyen, mevcut güvenceleri de ortadan kaldıran 146. madde değişiklikleri bir bütün halinde değerlendirildiğinde Anayasa'nın değişmez maddelerinden olan 2. madde belirtilen demokratik hukuk devletine aykırı niteliktedir. Bu şekilde

oluşturulacak Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin Geçici Madde 18'in yer aldığı, 5982 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'un iptal istemine konu fıkra ve bentleri de tümüyle Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı dahil, oluşum şekline ilişkin 146. madde değişikliklerinin iptal istemine konu tüm fıkralarının ve Geçici Madde 18'in, Anayasa'nın değişmez nitelikteki 2. maddesine aykırı oldukları kadar çağdaş ve evrensel hukuka da uygun olmamaları nedeniyle iptalleri gerektiği düşüncesindeyim.

B) 5982 Sayılı Kanunun 22. Maddesiyle Değiştirilen Anayasa'nın 159. Maddesine ve 25. Maddesiyle Anayasa'ya Eklenen Geçici Madde 19'a İlişkin Sakıncalar Yönünden:

Anayasa Mahkemelerinde olduğu gibi, hakim ve savcılara ilişkin yüksek kurulların nasıl oluşacağı ve üyelerinin kimler tarafından seçileceği hakkında evrensel bir kural yoktur. Yargı bağımsızlığını zedelemedikçe çeşitli şekillerde oluşturulması, çağdaş standartlarda kabul görmektedir.

Kurulun yargı bağımsızlığını koruyabilecek şekilde çalışması tek bir faktöre bağlı olmayıp, önemli olan, son tahlilde siyasal iktidarın etki, baskı ve telkinlerine doğrudan veya dolaylı olarak maruz kalıp kalmayacağıdır. Bu açıdan bakıldığında Adalet Bakanının kurulda onursal başkan olarak bulunması, yargının genel sorunları hakkında kurul çalışmalarında ortaya çıkan hususlarda parlamento ve hükümet ile bir köprü vazifesi görmesi yargı bağımsızlığına halel getirmeyebilecek; buna karşılık Adalet Bakanı veya müsteşarının yargıçlar ve onların mesleki kaderi üzerinde söz sahibi olması, yargı bağımsızlığını ortadan kaldıracaktır.

5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesi ile yapılan anayasa değişikliğine göre Adalet Bakanı kurulun başkanı olup, kurulun yönetimi ve temsili Adalet Bakanına aittir. Her ne kadar Başkanvekilini kurulun seçeceği öngörülmüş ise de Adalet Bakanlığı müsteşarı da kurul üyesi olduğundan, Başkanvekili seçilmesine ve Başkan sıfatıyla Bakanın kendisine devredeceği yetkileri yine Bakanın siyasi talimatları çerçevesinde kullanmasına bir engel bulunmamaktadır. Aynı şekilde müsteşarın, Dairelerden birinin başkanlığını yapmasına da engel yoktur. Hakim ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma işlemlerinin ilgili dairenin teklifi ve Adalet Bakanının oluru ile yine Bakan tarafından atanan Kurul müfettişlerince yapılacak olduğu gözetildiğinde, Adalet Bakanı eliyle siyasal iktidarın Kurul üzerinde ne denli büyük bir etki sahibi haline geldiği kolayca görülebilmektedir.

Kurulun Genel Sekreteri Adalet Bakanı tarafından atanacağından, Bakan, Genel Sekreterin hiyerarşik amiri konumundadır. Kurulun Genel Sekreterlikten olabilecek istek ve talepleri ile Bakanın istek ve talimatları çatıştığında, Genel Sekreterin Bakanın talimatlarına göre davranmak durumunda kalacağı açıktır.

Kurula Cumhurbaşkanınca seçilecek üyelere gelince, bu konuda Anayasa mahkemesine Cumhurbaşkanınca üye seçimine ilişkin yukarıda açıklanan sakıncalar HSYK için de aynen geçerlidir.

Birinci sınıf adli ve idari yargı hakim ve savcıları arasından yine adli ve idari yargı hakim ve savcılarınca seçilecek üyelere gelince: Bu üyeler Kurulda görevlerini tamamladıktan sonra, yüksek mahkemelere üye seçilmemişlerse, eski hakimlik ve savcılık görevlerine döneceklerdir. Kuruldaki görevleri sırasındaki karar ve icraatlarıyla Adalet Bakanı ile ters düşmeyi göze alarak yasaya ve vicdanına göre hareket eden hakim ve savcının daha sonra siyasal iktidarın bazı intikam operasyonlarına maruz kalmasını önleyecek herhangi bir güvence bulunmamaktadır. Zira her ne kadar Kurulun meslekten çıkarmaya ilişkin kararlarına karşı yargı yolu açılmışsa da diğer cezalara karşı yargı yolu kapalı tutulmaktadır. Bu durumda kurula seçilirken bağımsız ve tarafsız olan hakim ve savcıların dahi Kurul üyeliği sırasında tarafsızlıklarını korumaları güçleştirilmektedir. Kaldı ki Kurulda yer alacak yüksek mahkeme üyelerinin güvenceleri bile, ilgili yasalarında yapılacak değişikliklerle ve bu yasa değişiklikleri hakkında Anayasa Mahkemesi'nde açılabilecek iptal davasının da reddedilmesi halinde, ortadan kaldırılabilecektir. Bu tablo, yargı bağımsızlığı ilkesinden tam bir kopuşu ifade etmektedir.

Kurulda ayrıca Cumhurbaşkanınca seçilecek avukat üye de bulunacaktır. Anayasa Mahkemesi'nce 159. maddenin üçüncü fıkrasındaki "iktisat ve siyasal bilimler" ibaresinin teklif edilemez nitelikte görülerek iptal edilmesi nedeniyle Cumhurbaşkanınca bunlar yerine avukatlardan üye seçilmesi gerekecektir. Böylelikle Kurulda iki veya daha fazla avukat üye görev yapabilecektir. Avukat üyeler Kuruldaki görevleri sırasında mesleklerine ara verecek olsalar bile Kuruldaki görevleri sona erdiğinde avukatlık mesleğine geri döneceklerdir. Bu nedenle Kuruldaki görevlerinin icabı olarak hakim ve savcıların özlük hakları, disiplin ve ceza konuları, tayin ve terfileri konusunda karar verirken daha sonra mesleklerinin icrası sırasında bu hakim ve savcılarla ne tür bir ilişkileri olacağının gözetilmesi gerekir. Daha açık bir ifadeyle, Kurulda kendilerinden beklenen tarafsız kamusal görevle, Kurul üyeliğinin bitiminde geri dönecekleri avukatlık mesleğindeki kişisel çıkarları arasında çatışma olasılığı vardır. Kamusal

görev ile kişisel çıkarının çatıştığı ve tarafsızlık sorunu doğması muhtemel olan durumların elden geldiğince önlenmesi hukuk devletinin gereğidir. Bu nedenle avukatların, Kurulda sadece yargının genel sorunları ile ilgili olarak bulunmaları hukuk devletine her hangi bir aykırılık taşımazken, hakim ve savcıların özlük, disiplin, tayin ve terfileri hakkında söz sahibi olmaları, bu konulardaki kararlara katılıp oy kullanmaları yargı bağımsızlığı ile bağdaşmaz.

İçerdiği ilke, esas ve yöntemler birlikte değerlendirildiğinde yargının bağımsızlığını ortadan kaldırabilecek nitelikte olan ve bu nedenle bütünü itibarıyla teklif yasağı kapsamına giren 5982 sayılı Kanun'un 22. maddesi ve bunun uygulanmasını sağlayan, 25.maddesiyle Anayasa'ya eklenen Geçici Madde 19'a ilişkin tüm iptal istemlerinin kabul edilerek, bunlar yerine yargı bağımsızlığı ilkesine ve demokratik hukuk devleti gereklerine uygun, çağdaş bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

III- 5982 sayılı Kanunun 26. maddesinin Anayasaya aykırılığı yönünden:

5982 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" anayasanın çeşitli maddelerinde değişiklik yapmakta, bazı maddelerini yürürlükten kaldırmakta ve bazı geçici maddeler eklemektedir. Kanunun son maddesi olan 26. madde, Anayasanın herhangi bir maddesini değiştirmemekte, kaldırmamakta ve geçici bir madde eklememekte, sadece kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girmesini ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanmasını öngörmektedir.

İptal başvurusunda, maddenin " …ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle …" ibaresinin iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden, kanunları ise hem şekil hem de esas yönünden denetler. İptal istemi incelenirken, öncelikle 26. maddenin bir anayasa değişikliği mi yoksa olağan bir yasama tasarrufu mu olduğunun saptanması ve şekil yönünden olduğu kadar esas yönünden de denetlenip denetlenemeyeceğine karar verilmesi gerekmektedir. Maddenin esas yönünden denetlenebileceği sonucuna varıldığı takdirde Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunun incelenmesi gerekecektir.

Anayasa değişikliklerinin kendilerinin de birer kanun olduğunda kuşku ve duraksama yoktur. Ancak kanun metninin anayasa statüsünü kazanması

için ya Parlamentoda 367 oyla kabulü veya zorunlu olarak ya da Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna götürülerek oyların yarıdan fazlası ile kabul edilmesi gerekir. 26. madde 367 oyla kabul edilmediği gibi referandumun konusunu da teşkil etmemektedir. İptal istemine konu ibare, oy pusulasının tanzim şekline yani bir veya birden fazla oy kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir. Bu maddenin de Resmi Gazete'de yayınlanan 5982 sayılı Kanun'un bir maddesi olduğu, dolayısıyla paket referandumda kabul görürse geriye dönük olarak Anayasa hükmüne eşdeğer kuvvet kazanacağı öne sürülebilirse de, bu sav maddenin Anayasa Mahkemesi'nin esas denetiminin kapsamı dışında kalmasını açıklamaya yetmez. Paketteki Anayasa maddelerinden farklı olarak, 26. maddenin halkoyu ile kabul edilmesi beklenmeden uygulamasına geçilmiştir. Anayasa'nın herhangi bir maddesini değiştirmeyen, kaldırmayan veya yeni bir madde getirmeyen bir kanun maddesinin niteliği itibariyle Anayasa değişikliği olduğunu iddia etmek mantıki dayanaktan yoksundur. Aksi düşüncenin kabulü halinde Meclisin, Anayasa değişikliği yaparken aynı paketin içine koyacağı, olağan yasalara ilişkin değişikliklerin de Anayasa değişikliği hakkında kanun metni içinde yer almaları ve anayasa değişikliğine uygulanan yöntemle yasalaştırılmaları nedeniyle anayasa hükmünde olacaklarının ve bunlar hakkında esas incelemesi yapılamayacağının kabulü gerekir ki, böyle bir sonucun anlamsızlığı ortadadır.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında ve son olarak 2007/45 Esas, 2007/54 Karar sayılı kararında belirtildiği gibi, iptali istenilen bir yasama tasarrufunun Anayasal denetime bağlı tutulabilecek nitelikte olup olmadığı saptanırken sadece, onun bu tasarrufta bulunan organ tarafından nasıl nitelendiğine ve hangi ismin verildiğine veya bu işlemin nasıl bir yöntem izlenerek yapıldığına bakılması yeterli olmayıp, yapılış yöntemi ve adı ne olursa olsun hukuksal niteliği, etkisi ve doğurduğu sonuçlar da gözetilmelidir. Bu içtihat karşısında her türlü ölçüte ve yoruma göre 26. maddenin kendisi, bir anayasa değişikliği değildir. Bu nedenle 26. maddenin, Anayasa değişikliklerinin tabi olduğu denetim kurallarına bağlı olduğu ileri sürülemez; maddenin sadece şekil denetimi değil, esas denetimi de yapılabilir.

Konu Anayasa'nın 2. ve 175. maddelerine göre değerlendirildiğinde ise:

Demokrasilerde seçim ve halkoyu, belli bir konuda seçmen iradesini ortaya koymayı amaçlayan, genel, eşit, gizli oy, açık sayım esaslarına dayanan ve yargı denetimine tabi bir işlemdir. Buna göre, seçilecek kişi veya kabul edilecek konuların açık, net biçimde ortaya konması, bunlardan her biri hakkında seçmen kanaatinin serbestçe oluşmasını ve iradesini serbestçe açıklamasına

elverişli biçimde düzenlenmesi gerekir. Aksi halde örneğin mahalli seçimlerde birkaç ayrı oy verme işlemi yapılacak yerde sadece tek bir partiye oy verilir ve hem büyükşehir, hem belde belediye başkanları, hem belediye meclis üyeleri ve il genel meclis üyeleri tek bir oylamayla seçilebilirdi. Ancak kuşkusuz, böyle bir uygulama demokratik hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bir demokraside ve hukuk devletinde seçmenin serbestçe tercih yapacağı alan ne kadar genişletilirse demokrasi o kadar gelişir, tercih alanı ne kadar daraltılırsa demokrasiden o kadar uzaklaşılmış olur.

Demokrasi ilkesi açısından durum böyle olduğu gibi Anayasa'nın 175. maddesi de yasama organına bu konuda tam bir serbesti vermemiştir. Maddenin gerek lafzi gerek amaçsal yorumu ile farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Aksi halde 175. maddede yedinci fıkra hiç yer almaz veya "anayasanın değiştirilen hükümlerinin tümüyle oylanıp oylanmayacağını" şeklinde bir ifade kullanırdı. Halbuki maddede, "… Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını …" ifadesi kullanılmaktadır. Maddenin yazımından, Anayasa koyucunun, birbiriyle ilgisiz konuların tümüyle oylanmasını öngörmediği anlaşılmaktadır. Amaçsal olarak da konuya bakıldığında Anayasa'nın, anayasa değişikliğinde tali kurucu iktidar yetkisini kullanan parlamentonun yine tali iktidar iradesinin ikinci ve nihai aşamasını paylaşan halkı beğendiği ve beğenmediği değişiklikler arasında zor bir tercih karşısında bırakmasını demokratik bir kabul tarzı olarak benimsediği ileri sürülemez.

Anayasa değişikleri bağlamında gözetilebilecek Avrupa standartları bakımından da aynı sonuca varmak mümkündür. Venedik Komisyonunun CDL-AD(2007)008 sayılı belgesinde belirtilen ana kural, birbiriyle ilgisi olmayan konulardaki değişikliklerin ayrı ayrı oylanmasıdır.

5982 sayılı Kanun'la yapılan anayasa değişiklikleri arasında bazı olumlu yenilikler getiren maddelerin yanı sıra yukarıda açıklanan son derece sakıncalı maddeler de yer almaktadır. Özellikle yargısal alanda mevcut anayasal sistemi kökten değiştirebilecek maddelerin mutlaka ayrı oylanması ve şayet yargının siyasi iktidara bağlanmasına karar verilecekse buna ilişkin kader tercihinin halk tarafından açık ve net bir biçimde yapılması gerekir. Yasa'nın 26. maddesi buna olanak vermemektedir.

Bu nedenlerle 26. madde, esas yönünden Anayasa'nın 2. ve 175. maddelerine aykırıdır. İptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasa'nın 4. maddesinde, Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümlerinin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilmektedir. Buna göre, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanan niteliklerinin, Anayasa'nın değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez kuralları arasında bulunduğunda kuşku yoktur. Anayasa'nın korunmasına özel önem verdiği ilkelere dokunulmazlık güvencesi sağlamasındaki amacın belirtilen ilkelerin, sadece yer aldıkları maddelere değil tüm anayasaya egemen kılınması olduğu açıktır. Başka bir anlatımla asli kurucu iktidar, Türkiye Cumhuriyetini demokratik lâik sosyal bir hukuk devleti olarak öngörmüş ve öyle kalmasını istemiştir.

Anayasa'nın 175. maddesine göre, Anayasa'yı değiştirme yetkisi, TBMM'ne tanınmış ise de, bu yetkinin, asli kurucu iktidar tarafından izin verilen alanda ve Anayasa'da belirtilen usul ve esaslara uygun olarak kullanılması gerektiği açıktır. Bu nedenle tali kurucu iktidar, eylemli olarak ilk üç maddeyi değiştiremeyeceği gibi, onları etkisiz kılacak düzenlemelerden de kaçınma yükümlülüğü altındadır. Diğer maddelerde yapılacak değişikliklerle Cumhuriyetin temel değerlerini güvenceye alması nedeniyle dokunulamaz kabul edilen maddelerin, özelliklerini yitirmelerine izin verilemeyeceğinden böyle bir durumun değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez kuralları değiştirmekle eş değer olduğunun kabulü gerekir. Ancak, dokunulması istenilmeyen alan içinde kalan kurallarla her uyumsuzluğun, bu alanın ihlâli olarak değerlendirilemeyeceği de bir gerçektir. Burada, ağır bir ihlâl ve bunun sonucu olarak kanunlardan farklı biçimde sınırlı bir denetim söz konusudur. Bu çerçevede, Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerindeki şekil denetimini, teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutan kuralının uygulanabilmesi için öncelikle teklif edilmesini Anayasa'nın engellemediği bir alanda değişiklik yapılması gerekir. Bu nokta aşılmadan Anayasa'nın teklif ve oylama çoğunluğuna ilişkin kurallarına uygunluk denetimine geçilemez. Belirtilen hususların, yapılan düzenlemenin içeriğine bakılmadan saptanması ise olanaksız olup, bu durum, şekil yönünden yapılan Anayasa'ya uygunluk denetiminin, esas yönünden de yapıldığı anlamına gelmez.

I- Yasa'nın 16. Maddesiyle Yapılan Değişiklik Yönünden İnceleme

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 16. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın 146. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, bir üye ancak bir aday için oy kullanabilir; en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde de her bir baro başkanı ancak bir aday için oy kullanabilir ve en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır." denilmektedir. Bu fıkranın, bir üyenin ancak bir aday için oy kullanabileceği ve her bir baro başkanının da ancak bir aday için oy kullanabileceğine ilişkin ibareleri Anayasa'nın ikinci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Böylece, söz konusu Fıkra, yeni bir anlam ve içerik kazanmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinde, "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez" denilmekte, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinde ise, Anayasa Mahkemesi'nin taleple bağlı olduğuna işaret edilmektedir.

Bu durumda, iptal veya itiraz yoluyla yapılan başvurularda "istem" belirli sözcük, ibare veya tümcelerle sınırlandırılmamışsa inceleme konusu kuralların kimi bölümlerinin iptal edilerek, onların Anayasa'ya uygun hale getirilmesi, yasa koyucunun öngörmediği yeni bir düzenleme oluşturulması sonucunu doğurduğundan, Anayasa'ya aykırı bölümler içerdiği saptanan kuralın, istem doğrultusunda tümünün iptal edilmesi gerekir. Ayrıca, karar gerekçesinde yer alan; Fıkra'nın belirtilen ibarelerinin iptaliyle seçimlerde iradeyi yansıtan oy hakkının tam olarak kullanılmasının önünde herhangi bir engel kalıp kalmadığı ve bu haliyle uygulanmasında bir sorun bulunup, bulunmadığı hususlarının değerlendirilmesi, yasa koyucu ve uygulayıcılara ait olup, Anayasal denetim kapsamında değildir.

Öte yandan, Anayasa'nın 5982 sayılı Yasa ile değiştirilen 146. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan ve ancak bir aday için oy kullanılmasına olanak veren ibarelerin iptaliyle aday belirlenmesinde ortaya çıkan yeni düzenlemeye göre, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim

Kurulundan, Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösterilmesi için yapılacak seçimlerde, bir üye her boş üyelik için oy kullanabilecek; en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılacaktır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri adaylar için de aynı yöntem geçerli olacaktır. Böylece, aday adaylarının, aday olabilmeleri için aldıkları oyların belirli çoğunluğa ulaşması gibi bir koşul aranmayacak, en fazla oy alan üç kişi arasına girebilmeleri aday gösterilmeleri için yeterli olacaktır. Oysa, Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösterilecek kişilerin belirli çoğunluğun üzerinde oy almaları, mesleki birikim ve becerileri yanında, kişiliklerine duyulan güvenin de göstergesidir. Ayrıca, çağdaş demokrasiler çoğunluğa değil çoğulculuğa dayanan rejimlerdir. Bunun sağlanması ise, uzlaşma aranmasını gerektirir. Aday gösterilebilmek için salt çoğunluk veya nitelikli çoğunluğun aranması seçimlere belirli grup ve görüşlerin egemen olmasını engelleyeceği gibi, daha nitelikli adayların seçilmesine de olanak sağlar. Bu hususun, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasında önemli bir güvence oluşturacağı kuşkusuzdur. Sınırlı sayıdaki çoğunluk iradesinin belirleyici olmasına izin veren sistemlerin, seçime dayanmaları, onların demokratik sayılmaları için yeterli neden oluşturmaz. Seçimin yöntemi kadar ortaya çıkan sonucun da çoğulculuğa bu bağlamda demokrasiye hizmet etmesi gerekir.

Bu durumda, Fıkra'nın iptal edilen ibarelerinden sonra ortaya çıkan farklı seçim yönteminin, demokratik hukuk devletinin güvencesini oluşturan yargı bağımsızlığını ve tarafsızlığını gerçekleştiremeyeceği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu fıkranın tümünün iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

II- Yasa'nın 22. Maddesiyle Yapılan Değişiklik Yönünden İnceleme

Yasa'nın 22. maddesiyle Anayasa'nın 159. maddesi değiştirilerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kuruluşu ile görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 4. maddesinde, değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceği belirtilen "Cumhuriyetin niteliklerinin" düzenlendiği 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlanmıştır.

Çağdaş dünyada, hukuk devleti ilkesini yaşama geçiremeyen bir ülkenin saygınlığından söz edilebilmesi olanaksız hale gelmiş, bu bağlamda hukuk devleti tanımı da insan hak ve özgürlükleri temelinde yeni unsurların da

katılmasıyla daha kapsayıcı bir anlam ve içerik kazanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, bağımsız yargı denetimine açık olan devlettir biçiminde tanımlanmaktadır. Hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla etkili ve egemen kılınarak, temel hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesinin, ancak bağımsız yargı denetimi ile sağlanabileceği kuşkusuzdur. Yargı bağımsızlığının gerçekleştirilebilmesinin ön koşulu ise, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak yargının, yasamanın ve yürütmenin etkisinden uzak tutulmasıdır. Bu husus, hukuk devleti ilkesinin yargı bağımsızlığı ekseninde somutlaştırıldığı Anayasa'nın 138. maddesinde açıkça vurgulanarak, "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." denilmiş, 139. ve 140. maddelerinde de "Hâkimlik ve savcılık teminatı" ile "Hâkimlik ve savcılık mesleği"ne ilişkin esaslar aynı anlayış doğrultusunda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Hak arama özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi temel hak güvencelerinin sağlanmasının, yargının bağımsız kılınmasına bağlı olduğu gözetildiğinde, bunu gerçekleştiremeyen devletin hukuk devleti olma özelliğini yitireceğinde duraksamaya yer yoktur.

Yasa'nın 22. maddesiyle değiştirilen Anayasa'nın, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu düzenleyen 159. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği gibi, dört asıl üyenin Cumhurbaşkanınca doğrudan seçilmesi, Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı müsteşarının Kurul'un tabii üyesi olması, bu üyelerin, yüksek mahkeme üyeliği güvencesinden yoksun adli ve idari yargı hâkim ve savcıları üzerindeki olası etkileri, Kurul'un yönetim ve temsilinin Kurul Başkanı olan adalet bakanına ait olması, hâkim ve savcıların görevleriyle ilgili araştırma ve gerektiğinde haklarındaki inceleme ve soruşturma işlemlerinin, ilgili dairenin teklifi üzerine Kurul Başkanı sıfatıyla Bakan oluruna bağlanması, Genel Sekreterlik Kurul'a bağlandığı halde Genel Sekreter'i Kurul'ca teklif edilen üç aday arasından seçme

yetkisinin Bakan'a verilmesi hususları gözetildiğinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, yürütme erkinin etkisine açık, yargı bağımsızlığını sağlayamayacak bir konuma getirildiği sonucuna varılmaktadır.

Yargı bağımsızlığını sağlayamayan bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığından, yapılan değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin değiştirilemez nitelikleri arasında bulunan hukuk devleti, önemli ölçüde zedelenmiş temel işlevini yitirmiştir.

Öte yandan, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ilişkin hukuk devletini temelinden sarsan değişiklikler yanında, bu boyutlara ulaşmasa da Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda; TBMM tarafından seçilecek üyelerle diğerlerinin seçim yönteminde çoğulculuğun değil çoğunluk iradesinin esas alınması; kontenjanların belirlenmesinde, kurumlar arası dengenin ve yapılan hizmetin özelliklerinin gözetilmemesi; Cumhurbaşkanı'na çok geniş yetkiler tanınması suretiyle demokratik hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı kurallar içeren düzenlemelere yer verilmesi, bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde, hukuk devletinin ne denli büyük bir tehlike ile karşı karşıya bırakıldığı daha iyi anlaşılabilmektedir.

Açıklanan nedenlerle değiştirilen 159. maddenin üçüncü fıkrasının, iptal edilen ibareleri dışında kalan bölümleri ile yedinci, dokuzuncu, onbirinci fıkralarının Anayasa'nın 4. maddesiyle korunan alana açık bir müdahale oluşturmasına karşın teklif edilemezlik sınırları aşılarak yasalaştırıldığı anlaşıldığından, Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca şekil yönünden iptali gerekir. Madde'nin beşinci fıkrasının iptal edilen ibare dışında kalan bölümünün ise değiştirilen 146. maddenin dördüncü fıkrasına ilişkin gerekçe ile iptali gerekir.

III- Yasa'nın 25. Maddesiyle Yapılan Değişiklik Yönünden İnceleme

Yasa'nın 25. Maddesiyle Geçici Madde 18 ve 19. eklenmiştir. Bu maddelerde tümcelerin iptal edilen ibareleri dışında kalan bölümlerinin de değiştirilen 146. maddenin dördüncü fıkrasına ilişkin gerekçe ile iptali gerekir.

IV- Yasa'nın 26. Maddesi Yönünden İnceleme

5982 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde "Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır." denilmiş Madde'nin sadece "ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle" ibaresinin iptali istenmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesinin yedinci fıkrasında, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halk oylamasına sunulması halinde, Anayasa'nın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar." denilmektedir. Buna göre, TBMM'nin Anayasa değişikliğiyle ilgili işlemler tamamlandıktan sonra bunların, hangilerinin birlikte ya da ayrı ayrı oylanacağı konusunu karara bağlaması, bir Anayasa değişikliği niteliğinde olmadığından Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetim de, Anayasa'nın 148. maddesinde Anayasa değişiklikleri için öngörülen "teklif ve oylama çoğunluğu ile ivedilikle görüşülmeme koşullarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı bir şekil denetimi değildir. Bu durumda, TBMM'nin Anayasa'nın değiştirilen hükümlerinin birlikte veya ayrı ayrı oylanmasına ilişkin iradesini açıkladığı yasama tasarrufunun, diğer kanunlardan farkı bulunmadığından onlarla aynı biçimde denetime bağlı tutulması gerektiğinde kuşkuya yer yoktur. Bu tasarrufun, Anayasa değişikliğine ilişkin usul ve esaslara uyularak gerçekleştirilmesinin ise, onu Anayasa kuralı haline getiremeyeceği açıktır.

5982 sayılı Yasa ile Anayasa'da bazı temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeler yapılırken, bu konularla amaç ve içerik bakımından ilgisi olmayan Anayasal kurumların kuruluş ve işleyişiyle ilgili önemli değişiklikler getirilmiştir. Bunların, tümüyle oylanmasının karara bağlanması ile kişilerin seçme hakları ellerinden alınmış, farklı alanlardaki değişikliklerden birini tercih ederek, sadece buna evet, demek isteyenlerle diğerlerine hayır demek isteyenlerin iradelerini bu yönde kullanmaları olanaksız hale getirilmiştir. Oysa, demokratik hukuk devleti, bireylerin özgür iradeleri ile seçim yapmalarına olanak tanıyan bir sisteme dayanır. Seçmenin olumlu bulduğu bir değişiklik nedeniyle olumsuz bulduğuna da oy vermeye zorlanması, Devleti, 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 çalışmakla yükümlü tutan Anayasa'nın 5. maddesiyle de bağdaşmaz. Halkın özgür iradesinin belirleyici olamadığı yerde hukuk devletinden söz edilemez.

Öte yandan, tavsiye niteliğinde görüş oluşturan ancak, özellikle Avrupa'daki yeni anayasaların yapılmasında önemli katkıları bulunan Venedik Komisyonu'nun Referandum konusuyla ilgili olarak CDL-AD (2007)008 sayılı belgesinin 12. sayfasında yer alan İçerik Birliği başlıklı kısımda, "bir metnin (Anayasa, Kanun) tamamının değiştirilmesi hariç, seçmenlerin aralarında bağlantı olmayan hükümleri bir bütün olarak kabul

ya da reddetmeye zorlanmamaları ve özgür iradelerinin güvence altına alınması için oya sunulan her sorunun değişik bölümleri arasında içeriksel bir bağlantı bulunmalıdır; bir metnin farklı bölümlerinin aynı anda değiştirilmesi metnin tamamının değiştirilmesiyle aynıdır" denilerek bir metnin farklı bölümlerinde aynı anda değişiklik yapılması halinde birlikte oylanabileceği görüşü belirtilmekte ise de Açıklayıcı Rapor'un 30. paragrafında, özellikle anayasa gibi bir metnin tümden değiştirilmesinin, tabiidir ki sadece birbiriyle bağlantılı unsurlarla ilişkili olamayacağı, dolayısıyla bu durumda, içerik birliği gerekliliğinin geçerli olmayacağı, bir Anayasa metninin, birkaç bölümünü içeren önemli miktarda değişikliğin tümüyle değiştirmeye eş sayılabileceği, ama bunun, farklı bölümlerin ayrı ayrı halkoyuna sunulamayacağı anlamına gelmeyeceği ifade edilerek referandum oylamalarında esas alınması gereken hususun halkın özgür iradesi olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'da değişiklik öngören 5982 sayılı Yasa'nın, Anayasa'nın bütününü değiştiren yeni bir Anayasa niteliğinde olmadığı, ayrıca değiştirilen hükümlerden birbiriyle bağlantılı olanlarla olmayanların, ayrı oylanabilmesi olanağının bulunduğu gözetilerek, bu doğrultuda oylama yöntemi belirlenmesi gerekirken, halkın yapılan değişikliği bir bütün olarak kabul ya da reddetmeye zorlanmasının, Venedik Komisyonu ölçütleriyle de bağdaşmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılan dava konusu ibarenin, iptali gerekirken istemin, yetkisizlik nedeniyle reddi yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

I- Öncelikle; 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un, Yasama Organı'nda kabul edildiği sırada izlenen yöntemin, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulmadığından tümünün iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

İvedilikle görüşülmeme yasağının, anayasa değişikliklerinin iki defa görüşülmesini gerektiren kuralla ilgili bir düzenleme olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında "*Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez*" denilmiştir.

Anayasa'nın 175. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa'nın değiştirilmesine ilişkin tekliflerin Genel Kurulda iki defa görüşüleceği kurala bağlanmış ve ikinci fıkrasında da tekliflerin görüşülmesi ve kabulünün bu maddedeki kayıtlar dışında kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere bağlı olduğu açıklanmış, 88. maddesinde de kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisince görüşülme usul ve esaslarının İçtüzükle düzenleneceği öngörülmüştür.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 81. maddesi kanun tasarı ve tekliflerinin Genel Kurulda görüşülmesini düzenlemiş ve maddede kanun tasarı ve teklifinin tümü hakkında görüşme açılacağı, görüşülmesinden sonra soru cevap işlemi yapılacağı, maddelere geçilmesinin ve sonunda da tasarı ve teklifin tümünün oylanacağı belirtilmiştir. Aynı maddede anayasa değişiklikleri dışındaki oylamaya değinilmek suretiyle anayasa değişiklikleri için de bu madenin geçerli olduğu dolaylı olarak vurgulanmış olmaktadır.

Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa'nın 175. maddesinde anayasa değişiklik tekliflerinde kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlerin uygulanacağının, 88. maddesinde kanun tasarı ve tekliflerinin İçtüzükle belirlenecek usul ve esaslara göre görüşüleceğinin öngörülmesi ve İçtüzüğün 81. maddesinde de bu konu ayrıntılı olarak düzenlendiği halde, İçtüzüğün 93. maddesinde Anayasa değişiklerinin görüşülmesine ilişkin yöntem tekrar konu edilmiş ve maddenin üçüncü fıkrasında da ikinci görüşmede yalnızca maddeler üzerinde verilmiş değişiklik önergelerinin görüşüleceği, birinci görüşmede üzerinde değişiklik teklifi bulunmayan bir madde hakkında ikinci görüşmede önerge verilemeyeceği belirtilmiştir.

İptali istenen Yasa'nın Yasama Meclisi'nde kabulü sırasında ise Anayasa'nın, anayasa değişikleri için öngördüğü iki defa görüşme yapılması ve bu görüşmelerin kanunların görüşülmesine ilişkin usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiğine ilişkin emredici kuralı ve normlar hiyerarşisi göz ardı edilerek, 93. maddenin uygulanmasıyla İçtüzüğün Anayasa'nın önüne geçirilmesi sonucunun doğurulduğu

anlaşılmaktadır. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kimi kararlarında da vurgulandığı gibi, Anayasa İçtüzük çatışmasında Anayasa'nın öncelik alması ve öngördüğü yöntemin uygulamaya esas olması gerekmektedir.

Buna göre, Anayasa değişikliğiyle ilgili Anayasa'nın 175. maddesinin yaptığı öngörüye uygun yönteme bağlı kalınarak iki defa görüşme gereğine ilişkin esas yerine getirilmemiş ve böylece Anayasal kuralla örtüşme sağlanmamıştır.

II- Yukarıdaki azlık oyu gerekçesinin işlevselliği yanında, iptale konu Yasa'nın karşı oy kullandığımız diğer maddelerine yönelik olarak Üye Fulya KANTARCIOĞLU'nun Anayasa'nın temel ilkelerinden olan yargı bağımsızlığına, kuvvetler ayrılığına, demokratik hukuk devletine, Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumuna, Anayasa'nın 153. maddesinde öngörülen verilecek hükümle yeni bir uygulamaya yol açmama esasına ve Anayasa'da bir değişiklik yapmayıp referanduma sunulmayı öngören maddeye ilişkin Anayasa'ya aykırılıkla ilgili görüşlerine katılıyoruz.

Açıklanan nedenlerle davaya konu 5982 sayılı Kanun'un kabul ediliş şekli, Anayasa değişiklikleriyle ilgili yasaların ivedilikle görüşülemeyeceği koşuluna ve yollama yapılan maddeler ise Anayasa'nın 4. maddesindeki teklif edilmezlik ilkesine uygun olmadığından kararın karşı oy kullandığımız bölümlerine katılmıyoruz.

Üye	Üye
Mehmet ERTEN	Şevket APALAK

FARKLI GEREKÇE

Yapılan Anayasa değişikliklerinden iptaline gelinen düzenlemelerin Anayasa'nın 4. maddesinin atıf yaptığı değiştirilmesi teklif edilmez maddelerden Anayasa'nın 2 maddesinde yer alıp Cumhuriyetin niteliklerinden sayılan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, bu halin ise teklif edilemezlik yasağı içerdiği bu nedenle teklifin şeklen geçersiz sayılacağı ve denetlenerek iptal edilmesi gerektiği savı karşısında bu iddianın, Anayasa'nın 148 maddesinin gösterdiği Anayasa değişikliklerinde, mahkemenin görev ve yetki alanını belirleyen, denetlenecek şekle ilişkin tanımlaması ve sınırı karşısında, değiştirilmezliği teklif edilmez alan sınırları ile iptaline gelinmiş normların denetimsel şekli alan aykırılıklarının

birbirleri ile çakışıp, çakışmadığı bir diğerinin alan sınırına taşıp taşmadığına bakılması ve iddianın bu yönüyle karşılanması gerektiği sonucu çıkarılmıştır.

Anayasa yargıcı olarak 148 maddede sayılan, anayasa değişikliklerinin şeklen denetiminin sınırlı koşulları yanında, dava konusu iddia edilen aykırılığın tali kurucu iktidara verilen yetki yönünden yasaklı alan sınırı içinde mütalaa edilip edilmeyeceğinin tespiti için aykırılığın denetim organı mahkeme önüne hangi içerik ile geldiğine bakmak zorunluluğu ilk koşuldur.

Bu manada gelen düzenlemenin hukuksuz bir tasarrufla mı geldiği veya anayasal düzen temelinde meşru tabanı yok sayan bir yasama tasarrufuna mı ilişkin olduğu, bu halin mahkemenin görev ve yetki kapsamında kalıp kalmadığı, içeriğin İLK BAKIŞTA AĞIR BİR İHLAL YADA AÇIK BİR ANAYASAL AYKIRILIK taşıyıp taşımadığı ve dolayısıyla meşru anayasal temeli sarsıcı, sisteme karşı bir zarar olasılığı içerip içermediği unsurları yönünden bir ön değerlendirme yapmak ve iddiaları karşılamak gereği kaçınılmazdır.

Bahse konu alenen aykırılıklar kimi düzenlemelerde doğrudan anlaşılabilir olabilecekleri gibi, önümüze gelen dava dosyasındaki gibi düzenlemelerde, aykırılığın soyut bir kavram olan hukuk devleti ilkesine dayandırılması karşısında, bu konuda bir ön değerlendirme yapabilmek adına şekli inceleme sınırları ile çatışma alanı yaratabileceği düşünülen yetki alanı içeriğini belirlemek oldukça zorlaşmaktadır.

Bu nedenledir ki Anayasa'nın 148 maddesi ile belirlenmiş denetim sınır alanının ötesine geçmemek ama varsa muhtemel hukuksuzluğu da önlemek için aykırılığın dayandırıldığı hukuk devleti ilkesinin ne anlama geldiğini, dolayısıyla kuramın nitelemesinden ve geçirdiği fikri süreci ve içeriği anlamlandırarak değerlendirme yapmanın daha doğru olacağı ve denetim şeklinin sınırlarının da böylece belirlenmesinde yarar olduğu kanısına varılmıştır.

Hukuk devleti ilkesi; Anayasa'nın 2. maddesinin saymış bulunduğu soyut nitelikli bir kavramdır. Anayasal devlet teorisinin geliştiği tarihten bugüne tüm ilgililerin tartıştığı ve tanımlamaya çalıştığı kavram olmayı sürdürmektedir. Bu temel hukuk devleti ilkesinin nasıl başlayıp nasıl gelişmekte ve hangi değer yargıları altında kaldığı farklı ideolojilerde nasıl tanımlandığı demokrasi ile ilişkisi liberalizmdeki yeri ve küreselleşmiş dünyada bugün aldığı ifade, ilkeyi tanımak adına önemlidir.

Fikri bir gelişme ile ortaya çıkan bir davranışın norm düzeyine getirilmesi halinde bu eylem ya da işlemin hukuk devleti ilkesine uygunluğu ya da aykırılığının tespit edilebilmesi için her ne kadar Anayasa Mahkemesi yargısal bir tanımlama yapmış ise de, hukuk devletinin ne olup nasıl algılanması gerektiği konusunda gelişen dünya içerisinde var olmuş düşün sistemi çerçevesinde bir değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Çağdaş ülkelerde siyasal sistemlerin liberal-demokratik ilkeler üzerine inşa edildiği görülecektir. İlkeleri oluşturan siyasal fikir ve ideolojilerin işlevi toplumu yani sosyal grupları bir arada tutacak birleştirici inanç ve değerleri tatmin etmektir.

Soğuk savaş sonrası dünya düzeni büyük ölçüde değişmiş, katı olan her şeyin buharlaştığı, çöken feodalite ve yerine gelişen piyasa toplumu ve sanayileşmenin geliştirdiği özgürlük, hoşgörü ve farklılıklara vurgu yapan açık düşünce sisteminin yaygınlaştığı bir dönem başlamış, Süreç mutlak monarşiyi ortadan kaldırıp siyasal olarak anayasal ve demokratik yöntemlerin, aydınlanmacı, fikir ve görüşlerin gelişmesine, bilim, akıl, ilerleme ilkeleri ile temellenmesine, özgür-liberal fikirlerin oluşmasına sebep olmuştur.

Süreçle baskıya karşı çıkan siyaset, vatandaşlık haklarını koruyan, yetkinin rekabete seçimle açıldığı, iktidarı sınırlayan anayasal sistemler yani batı tarzı ideolojiler türetmiş, İktisadi ve kültürel hayata nüfuz etmiş batı uygarlığının parçası olmuştur.

Bu yaklaşım kişiyi ait olduğu sosyal sınıftan çıkarıp birey yapmış, dini teoriler yerini rasyonel ve bilimsel açıklamalara bırakmış bireyin kişisel ve ayırt edici özellikleri keşfedilmiştir.

Özgürlük, eşitlik, tutarlılık bunlara saygı, batıl inançlardan cehaletten kurtuluşu sağlayan akıl, ırk, din, inanç, cinsiyet ayrımcılığının, sosyal imtiyaz ve avantaj olmaması, hakların eşit dağılımı, hukuksal olduğu kadar siyasal eşitlik yani tek kişi, tek oy, tek değer fikirleri, demokrasiye yönelik liberal siyaset temelini oluşturmuş, fırsat eşitliği, her bireyin toplumda yükselişi sırasında eşitlik ve liyakat yöntemi, ahlaki, kültürel ve siyasi farklılığı, hoşgörü, demokratik sürecin gelişim nedenlerini oluşturmuşlardır.

Tabiî ki, dünyayı olduğu gibi değil, davranışlarına yol gösteren ve tutumlarını etkileyen siyasal inanç ve değer kümesi ardından bakıp, olması istediği gibi gören insanların yaşamanın nihai amaçları ile ilgili fikir ayrılığına düşmeleri zaruridir, ancak özgür insan özgür toplum karşılıklı hak ve saygıların bulunduğu hoşgörü ortamında doğabileceğine göre hukuk

olmayan yerde özgürlüklerde olmayacak siyasal düşünceler çatışıp gelişemeyecektir.

Sosyal çıkarları dışa vuran siyasi fikirler, yani soyut nitelikli idealler ve iddialar-ideolojiler, iyi, kötü, doğru, yanlış, açık, kapalı, özgürleştirici, baskıcı olabilecekleri gibi terside savunulabilecektir. O halde örneğin taktiri yasa koyucuya ait adalet teorisinin bir başkasına göre daha tercih edilebilirliğinin kanıtı yoktur.

Farklılıkların bir arada düzenli ve istikrarlı yaşama zorunluluğu, toplumsal sözleşme olgusunu yaratmış ve bunun özgürlüklerden bir kısmının fedası ile birlikte bir hukuk sistemi içinde yer alması konusu egemen devlet korumacılığında bir yöntem altında yaşamı idame etme arzusu ile siyasi otorite varlık kazanmış ve yöneten ve yönetilenlerin hukuku oluşmuştur.

Hukukla gelecek sınırlamalarda yönetimin iktidar boyutlarını, yetki ve işlevini belirleyip kullanımını sınırlamak, bireyin haklarını temellendirip sağlamlaştırmaktır. (Örnek 1789 İnsan Hakları Bildirgesi) Yönetsel yetkinin frenlenmesi (anayasal denetim) hukukun üstünlüğü ilkesinin öneminden doğar. Anayasa ile gelen içsel frenin kuvvetler ayrılığı olduğu, yönetimin yasama yürütme ve yargı iktidarı gibi üç bağımsız kurumca kullanılması ve siyasi açıdan tarafsızlığı beraberinde getirmelidir.

O halde demokratik hukuk devleti halkın kendini yönetirken özgürlüğünü, kişiliğini geliştiren, hoşgörü ortamında çatışan fikirlerin dengeli gelişmesine, toplumsal istikrara fırsat tanıyan, keyfi yönetimi sınırlayıp denetlemiş, çoğulcu, katılımcı, eşitlik ve adaleti ilke edinmiş bir yönetişim sistemi bir fikir bilim dalıdır. Tarihsel ve sosyal koşullarda ortaya çıkmış bir idealdir.

Baskıcı, keyfi, dayatmacı, çıkar çevresinde şekillenen, siyasal fikir ve erk kullanan, sınıfsal düşünceyle oluşan ideolojiyi güçle yaşatan, sivil özgürlük ve bireysel haklara ilgisiz, devlet güveni ve düzeninin etnik ve dini sadakatin öncelik arzettiği, feodal köklerin etkisinde kalmış, fikri sistemlerin gelişmesine, rasyonaliteye kapalı, batıl inanç ve cehalet bağlarından kurtulmayı düşünmemiş, muhafazakarlığın, sosyalistliğin, faşistliğin, anarşistliğin, dini fundementalizmin içinde yaşadığı alanın yönetim tarzının adı POLİS DEVLETİ VEYA KANUN DEVLETİ iken, bireyin özgür, özerk ve onurlu yaşam sürmesi ve bunun için devlet toplum ilişkisinden birey için devlet, toplum için devlet anlayışına kendini terk eden DEVLETİN HUKUKU sistemi her alanda hukuku üstün varsayan HUKUK DEVLETİ

nitelemesine dönmüş ve çağımız yönetim sisteminin TEMELİNİ oluşturmuştur.

Hukuk devleti kavramında mutlak mutabık kalınmış bir tanım olmasa da bulunması gerekli şekli gerçekler ve bazı temel ilkeler bulunduğu kabul edilmektedir.

Modern devletin hukuktan hareketle temellendirilmesi meşruluk ve sınırlarının kaynağını çoğunlukla, bir hatırlatma yapmak gerekirse;

Kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, hakim teminat, tabii hakim ilkesi, idarenin kanuniliği, idarenin yargısal denetimi, zararın giderimi, hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlanması, eşitlik, iyi niyet, ahde vefa, öngörülebilirlik, ölçülülük, belirlilik, şeffaflık, belgeye ulaşma hakkı, kusurlu sorumluluğu, suçsuzluk karinesi, suç ve cezaların kanuniliği, geçmişe yürümezlik, adil yargılanma, ceza sorumluluğunun şahsiliği, genel müsadere yasağı, cezada kıyas, kanunların genel soyut ve gayri şahsi oluşu, kazanılmış haklara saygı, hakkın kötüye kullanılmaması, kesin hüküm, zamanaşımı, mücbir sebep, özel kuralın genele üstünlüğü gibi ilkeler oluştururlar.

Maddi hukuk devleti ise salt pozitif hukuk kurallarının varlığıdır. Temel ilke ve bu kurallar şekli gereklilikler ile devletin keyfi hak ve hürriyetlere karşı tasarruflarını bertaraf etmek üzere düzenlenmesini haklı kılarlar. Hukuk devleti kanunların kendisine uygun olması için hangi niteliklere sahip olması gerektiğini ortaya koyan doktrindir ve anayasa ötesi SİYASİ BİR KAVRAMDIR.

Hukuk devleti, insan hakları korunması temel zeminine oturan ve devlet iktidarını bunlar lehine sınırlandırmasını amaçlar. Hukuk devletinde haklar, kullanılmasının karartılmasının önlenmesi için belirlilik içermeli öngörülebilir olmalı, insan haklarını tanıyan, vatandaşlar için hukuki güvenlik sağlayan, evrensel kanunilik ötesine geçmiş meşruluk taşıyan ilkeler içermelidir. Ortaya çıkacak düzensizliklerde kamu düzeni, kamu güvenliği, suçluluğun önlenmesi, gibi nedenler ile hürriyet ile otorite arasında denge kuran vasıfları bünyesinde bulundurup, ilişkiler adil, dengeli ölçülü olmalı, ölçülülükte sınır orantılılık unsurları ekseninde sınırlanabilmelidir.

Hukuk devletinin en ideal gerçekleşeceği ortamda bu koşullarda demokratik, çoğulcu, katılımcı, sınıf üstünlüğü tanımayan, sosyal çıkarcılıktan uzak demokratik sistemlerdir.

Demokrasiye anayasal ve liberal bir kimlik eklendiğinde ise çatışmalar azalacak ve hukuk devleti demokrasinin vazgeçilmezi haline gelecek çünkü sınırsız demokrasi yerini temel haklarla sınırlı demokrasi anlayışına bırakacaktır.

Aynı zamanda Hukuk devleti ile demokratik devletin sentezi olan anayasal devlet, temel hak ve hürriyetleri garanti eden ancak devlet iktidarının kapsamını ve kullanımını anayasacılık tekniği ile daraltan devlettir. Resmi ideolojiye uygun düşmeyen düşünceleri gayri meşru sayan, bireyi toplum ve devlet karşısında ikinci planda tutan, siyaseti dost düşman karşıtlığına dayanan etkinlik sayan, gerektiğinde bu görüştekileri cezalandırma hakkını kendinde gören ve bunun için anayasanın dışına çıkan militan demokrasi anlayışı ise hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılmamaktadır.

Anayasal gözle bakıldığında hukuk devleti çağdaş yaşamın nirengi noktasıdır. Yokluğunda devletin sınırlandırılması, hukuk devletinin gerçekleşmesi, temel hakların korunması gibi anayasacılığın temel unsurlarından biri yok olur ve hukuk devleti yok ise anayasal demokraside olmayacaktır.

Bu manada, hukuk devletinin neye karşı olduğu çoğunlukla bilinse de, ne için olduğu konusunda bir uzlaşı bulunmamaktadır. Tabi ki buda kavramın tanımlayıcı ve yönlendirici yani, olan ve olması gerekenleri içeriyor olmasından kaynaklanmaktadır. Olması gereken standartlardaki anlayış farklılıkları bu alanda güçlü uyuşmazlıkları beraberinde getirmektedir. Hukuk devletinin maddi (içeriksel) mi yoksa usulü (prosedüral) mü olması gerektiği ya da adaletten ziyade öngörülebilirlik mi olduğu konusunda açıklık yoktur ve bu manada hukuk devleti devletten yana bireye karşı gözükmekte, (adil bulunmayan yasaya uyma zorunluluğu gibi) anayasal hakların korunması açısından ise anayasa hukukunu harekete geçirdiği ölçüde bireyin yanında devlete karşı durmaktadır.

Her türlü anlayışta tüm öngörülebilir standart ve ölçülere rağmen hukuk devletinin içinde yaşadığı meşru demokratik alanda örneğin; pozitif ayrımcılık, kadın erkek eşitliği, cinsiyet ayrımı, din devlet ilişkilerinde getirilen düzenlemelerin hukuk devleti tanımı içinde kalacağı bir mutabakatın halen çok zor olduğu bir gerçektir.

Burada, "hukuk devleti" ilkesinin genelde, olağan ve kabul edilebilecek olan konu ile ilgili herkesin farklı amaçlar için makul bir uyumluluk içinde olduğunun belirlenmesi ötesinde bir şey olmadığını ve tüm

değerlendirmelerimizi buna göre yapmak gereğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bir yetkinin o yetkiye meşruluk kazandıran amaçlar dikkate alınmaksızın ya da amaçlara hizmet etmeyecek şekilde kullanılması keyfilik olarak tanımlanabilir. Toplumsal yaşam tasarımının meşruluk kaynağında hukuk bulunduğu sürece siyasal iktidar politik özelik taşıyan takdir hakkı yerine hukuki meşruluğa göre yönetimini icra etmesi gerekecek, ortaya koyduğu politikanın meşruluk sınırlarının ölçütü ise hukuk devleti ilkeleri olacaktır.

Ancak hukukun demokratik toplumlardaki insan ilişkilerinin tümüne sirayet etme eğilimi ile ulaştığı genişlik, hukuk devletinin sınırlarını tartışılır hale getirmekte, Hukuk devleti yakın geçmişten itibaren hak temelli bir yaklaşım biçimi olarak ifade edilmeye çalışılmaktadır. Hukukla iktidar arası ilişkinin doğasında artık günümüzde küresel sermaye, devlet ve hükümet dışı iktidar odakları vardır ve bunlarda bilinen klasik hukuk devleti içeriğinde sapmalar ve değişimler yaratmış, hukuk devleti algısı Avrupa birliği dinamikleri, çok uluslu kurum ve kuruluşlar da gözetildiğinde eksen değiştirmiştir ya da değiştirmektedirler.

Yürütmenin keyfi iktidarını sınırlandıran ulus devlet düzleminde sınırlı özgürlük alanında oturan hukuk devleti, 1990 sonrasında sonuçları ortaya çıkmaya başlayan küreselleşme ile dinamik değişim geçirmektedir. Ulus devlet modelindeki tutarlı kuvvetler ayrılığı ilişkisi, ulusalın alanına küreselin katılımı ile tutarlılığını yitirmektedir. Dünya Bankası ve gümrük tarifeleri genel anlaşması gibi iki taraflı 1700 ü aşan yatırım anlaşmaları ulus üstü olup yansıdığı ülkelerde hukuk güvenliği ilkesini zayıflatmış egemenlik, kuvvetler ayrılığındaki denge ülke dışı üstünlüklere ve kaygılara yerine terk etmeye başlamıştır. Bugün hukuk devleti adına sosyal sigorta, yargılama ve cezaların infazı gibi bizce kaçınılmaz kamusal alanları özelleştirme kapsamına alan batılı ülkeler vardır. Ülkeler kapital ağırlıklı dünya piyasasına eklemlenmiş olduğu sürece gelişmekte olan hukuk sistemi anlayışından geri durmak, gelişimi kabul etmemek ve benim doğrum, benim hukukum en iyisidir demek yaşanılan gerçekler karşısında hukuk devleti ilkesini tanımını daha da zorlaştırmaktadır. Milli irade, ulus aşımı zorunluluk hallerinde hukuk devleti ilkelerinden birilerine göre taviz vermekte birilerine göre de değişime, realizme ayak uydurmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin çağdaş, demokratik, kolektif gelişime ayak uydurmadığı sürece kişiye ve sisteme en iyi hukuku yaratacağı savunulan bir ütopya olarak kalacağını söylemek yaşanılan konjonktürel gelişmeler karşısında yanlış olmayacaktır.

Süreçte Anayasa Mahkemesi'ni Hukuk Devletine Bakışına gelince:

Mahkemenin 61 ve 82 Anayasası dönemlerine ilişkin çok sayıda kararı incelendiğinde, örneğin, sıkıyönetim mahkemelerinin kuruluşunun ihlal ettiği tabii hakim ilkesi, sırf programı yüzünden kapatılan siyasi partiler, ifade hürriyetinin önünde engel olan TCK 141, 142, 163 maddelerine ilişkin kararları ve 27 Mayıs askeri yönetim ve kurumlarının ima yoluyla eleştirilmesini men eden kanuni düzenlemelerde anayasal demokrasi zemininden kaymış hukuk devleti ilkeleri göz ardı edilebilmiş hatta hukuk devletini zedelemediği anayasaya uygun bulunduğu kararlarının verilebildiği görülmüştür.

AYM kararlarında genelde hukuk devleti gerekleri ilkeler şeklinde sayılmış, her tanımın başında insan haklarına saygılı adaletli hukuk düzeni kurmak mükellefiyetindeki devletin varlığına işaret edilmiştir.

Ölçü norm olarak kullanılmış ilkelerden herhangi birine aykırılık hali hukuk devletine aykırılık olarak görülmüş, anayasa dışında yer alan bazı ölçü normlarında varlığı bazen kabul edilip farklı bir denetim kapsamı yaratılmıştır. Mahkeme bazen hukuk devleti tanımında anayasanın ve yasa koyucunun da bozamayacağı yasa üstü temel HUKUK İLKELERİNİN varlığına işaret etmiş ise de bu değişmezlik nedenleri ve kuralların neler olduğu hakkında açıklayıcı bilgiler vermemiş, destek aldığı ölçü norm genel hukuk ilkelerine atıfta bulunmuştur.

Genelde insan haklarına saygılı, temel hakları koruyan, geliştiren, sürdüren adaletli hukuk düzenine sahip, eylem ve işlemlerde yargısal denetime açık, devlet organlarında hukukun egemen olduğu devlet hukuk devleti olarak nitelenmiş, toplumsal barış ve ulusal dayanışmanın amaçlanmadığı, anayasal öncelik ve bağlayıcılığın tanınmadığı, evrensel hukuk kurallarına uzak duran adil olmayan çağdaşlıktan uzak kuralların hukuk devleti ilkesini barındırmayacağı belirtilmiş, yine mahkemenin birçok kararında temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda toplumsal yarar kişisel yarar dengelemesi ekseni gözetilmiş, toplumsal yarar dikkate alınmadan kişi yararlı düzenlemeler adaletli hukuk düzeni kavramına aykırı ve ölçüsüz bulunabilmiştir.

Sonuç olarak:

Yukarıdaki tüm anlatımlar Hukuk devleti ilkesinin neticede bireyin insanca yaşamasına odaklı hak ve hukuk olarak ve de yönetenlerce karşı geliştirilecek sistemleri özgürlük ve denetim ekseninde sınırlayan, keyfiliği önlemeye yönelik, demokratik yaşam alanı yaratma amaçlı, katılımcı, siyasal

fikir ve akımların yaşama imkanı bulduğu, sınıf üstünlüğü tanımayan, eşitlik ilkesi temelli, dinamik değişimlere, aydınlanmacı fikir ve bilim alanlarına açık, çatışan fikirler arasında uyum ve denge gözeten öğeler kapsamında bir alanı tanımladığını söylemek mümkündür.

Bu açıklamalar karşısında yeniden anayasal değişikliklerin denetlenmesine ilişkin şekil şartlarının yorumlanması biçimine döndüğümüzde,

Anayasa'nın 148. maddesinin anayasa değişikliklerinin denetlenmesinin sadece şekil bakımından olduğu bunun ise, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uygunlukla sınırlı olduğu, 2949 sayılı Yasa'nın 21. maddesinin birinci fıkrasında da aynı hükmün tekrar edildiği görülmektedir.

Anayasa değiştirme yetkisinin 175. maddesinde öngörülen yöntem ve asli kurucu iktidarın belirlediği temel tercih alanı ve sınırını belirleyen teklif edilebilirlik yetki kapsamında olacağı açıktır.

Siyasal düzenin belirlendiği alanı işaret eden ilk üç maddenin, diğer anayasa maddeleri gibi Anayasa'nın 148. maddesinin öngördüğü ancak tüketilerek sayılan şartlara uygunluk yönünden denetimle sınırlı olduğu fikri Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirilmezliği teklif edilmezlik alanı ile sınırlandırılmıştır.

Getirilen düzenlemede kendisine yaslanılan aykırılık iddiasına esas hukuk devleti ilkesinin yukarıda anlatılan içerikte aldığı tanım ve kapsamı karşısında,

Öncelikle, davacının iddiasına dayanak yaptığı hukuk devleti ilkesinin normatif düzende şekillendirilmesinin tali kurucu iktidarın siyasal taktir alanı içinde olduğuna, dava'da iptali istenen kurallar yönünden Anayasal değişikliklere ilişkin düzenlemenin;

-Temel hukuk devleti ilke ya da düzenini açıkça ihlal eden veya yok sayan,

-Temel hak ve hürriyetlerin korunmasına sessiz kalmış,

-İnsan onurunu rencide eden hukuksuz bir kaynağı referans alan,

-Eşitsizlik yaratmaya yönelik,

-Asgari demokrasi tanımı kapsamı dışında denetimsiz bir alan yaratma amaçlı ya da hukuksuzluk odaklı bir düzenleme olduğu,

Hukuk devleti ilkesinden yukarıdaki anlatımlar ışığında uzaklaşıldığı veya değiştirilmesi teklif edilmezlik alanı içine taşıldığı böylece ANAYASANIN TEMEL ALDIĞI KORUNAN SİYASAL TERCİH ALANINA VE İLKELERİNE İLK BAKIŞTA GÖRÜLEBİLİR AÇIK BİR AYKIRILIK YADA TELAFİSİ İMKANSIZ BİR ZARAR GETİRDİĞİ, kanaatine ulaşılamaması ve de siyasi iktidarın kullandığı taktir hakkının yerindelik denetiminin de mahkememizin denetleme görev alanı kapsamı içinde kalmadığı, yapılan anayasal değişikliklerde sekil denetiminin verdiği ölçülerden teklif ve oylama çoğunluklarının bulunup ivedilikle görüşülmeyeceği şartlarına aykırı bir durumun da fiilen tespit edilememesi karşısında denetlemenin şekil yönünden bir aykırılık taşımadığı sonucuna varılmış ve bu gerekçelerle şekil denetimi dışında 5982 sayılı Kanun'un iptali istemine gelinen maddelerinin teklif yasağı kapsamında incelenmesinde mahkemenin yetkili olduğu sonucuna varılan oylamada karşı oy kullanılmıştır. Ancak ön sorun olarak görüşülen bu hususta mahkeme çoğunluğunun kararı esas alınıp konu denetimine katılınmıştır.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Asli kurucu iktidarın yarattığı Anayasa temel düzen normu haline geldiği andan itibaren tüm anayasal kurum ve kuruluşların meşruiyetlerinin dayanağı haline gelir. Dolayısıyla yasama, yürütme, yargı organları ile buların 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" denilmek suretiyle hiçbir istisna tanınmaksızın kabul edilmiştir.

Anayasa'nın değiştirilmesine ilişkin tekliflerin kanunlaşma süreci Anayasa'nın 175. maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne tanınan bu yetkinin her şeyden önce asli kurucu iktidar tarafından kullanılmasına izin verilen bir yetki olması gerekir.

Anayasa'nın 4. maddesinde, "Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirmesi teklif edilemez." denilmek suretiyle, 175. maddede belirlenen yetkinin sınırları çizilmiştir.

Buna göre Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleyen 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur.

Anayasa'nın 148. maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin "teklif… şartına uyulup uyulmadığı" hususlarıyla sınırlı olduğunu belirten hüküm yukarıdaki açıklamalar karşısında "geçerli teklif" koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak denetimi de içermektedir.

Yürürlükteki Anayasa'nın 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 olması itibariyle doğal olarak değiştirilemezlik özelliğine sahiptir.

Netice olarak, Anayasa'nın 4. maddesi dahil olmak üzere ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.

Bu açıklamalar karşısında; 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 16. maddesi ile Anayasa Mahkemesi, 22. maddesi ile Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu hakkında yapılan anayasa değişikliklerinin Anayasa'nın 4. maddesine göre **"değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."** olup olmadığının 148. madde uyarınca **"teklif"** edilebilir olma açısından incelenmesi gerekmiştir.

Anayasa'nın 4. maddesinde koruma altına alınan ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan **"Hukuk Devleti"** ilkesi Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere; "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan ve adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekte kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" şeklinde tanımlanmaktadır. Hukuk devleti, kısaca hukukla sınırlanmış devlet anlamına gelmekte, hukuk; devletin hem temelini ve meşruluk kaynağını, hem de sınırını oluşturmaktadır. Böylece devlet organlarının her türlü faaliyetlerinin hukuk

normlarına uygunluğunun sağlanması, devletin her türlü keyfiliğinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Bu anlamda hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde iki temel gereklilik önemlidir. Birincisi hukukun ve özellikle de Anayasa'nın üstünlüğü ile adaletin ve güvenliğin güvencesini zorunlu kılan bireylerin hak ve özgürlüklerinin sağlanması, ikincisi ise egemenliğin Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılmasıdır.

Bu husus, Anayasa'nın 6. maddesinde "hiçbir kimse ve organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamaz" hükmü ile açık bir şekilde ifade edilmiştir. Anayasa'nın başlangıç bölümünün 4. paragrafında ise; "kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediği, üstünlüğün ancak Anayasa ve Kanunlarda bulunduğu" belirtilmektedir.

"Kuvvetler ayrılığı"; devlet iktidarının farklı organlar arasında paylaştırılması suretiyle iktidarın kötüye kullanılmasını engelleyen ve yasama, yürütme ve yargı arasında bir kontrol ve denge sistemidir.

Yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkilerin niteliği uygulamada değişik derece ve şekillerde gerçekleşmekte ve buna göre çeşitli hükümet şekilleri ortaya çıkmaktadır. Ancak, yargı kuvvetinin her halde yürütme ve yasama organı karşısında tam bağımsızlığının sağlanması yargının adaletin ilk ve temel güvencesidir. Bu nedenle yargının bağımsızlığına ilişkin kurallar hukuk devleti açısından yaşamsal önem taşımaktadır.

"Yargı bağımsızlığı" ile yargının kendisine verilen görevleri yerine getirirken her türlü müdahale ve yönlendirmeden masun kılınması sağlanmaktadır. Böylece anayasal demokratik hukuk devleti anlayışı gerçekleştirebilir. Yargıçlar hangi yönden gelirse gelsin her türlü dış etki ve baskıya karşı korunmadıkları müddetçe adalet hizmetlerini hukuka uygun bir şekilde yerine getirebilmeleri mümkün değildir. Bu nedenledir ki, yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi **"yargıç güvencesi"** ile mümkündür.

Bu durum, yargı bağımsızlığının hukuk devleti açısından önemini açıkça ortaya koymaktadır. Buna göre eğer yürütme ve yasama işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyecek olan yargı, yürütme ve yasama organları karşısında tam bir bağımsızlığa sahip değil ise yargı denetiminden beklenen yarar sağlanamaz. Netice olarak yargı bağımsızlığının güvence altına alınmamış olduğu sistemlerde demokratik hukuk devletinden söz etmeye imkan yoktur.

Anayasa'nın 9. maddesinde; "Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı", 138. maddesinde "mahkemelerin bağımsızlığı", 139. maddesinde "hakimlik ve savcılık teminatı" düzenlenmek suretiyle hukuk devleti olmanın temel öğelerinden olan yargı bağımsızlığı ve hakim teminatı sağlanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında; 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1) Anayasa'nın 146. maddesini değiştiren 16. maddesinin incelenmesi;

Anayasa yargısının temeli Anayasa'nın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerine dayanır.

1961 ve 1982 Anayasaları sisteminde Anayasa Mahkemesi şüphesiz yargı organının bir parçası olmak ve bir yüksek mahkeme niteliği taşımakla beraber, fonksiyonunun mahiyeti ona yargı organı içinde özel ve öncelikli bir yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasa'ya uygunluk denetimi yanında, siyasi partilerin mali denetimi ve kapatılmaları istemiyle açılan davalarda parti tüzük ve programları ile eylemlerinin Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmakta olup, ayrıca Yüce Divan sıfatı ile yargılama yapma işlevleri vardır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin oluşumu yani Mahkeme üyelerinin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, anayasa yargılaması yapan yargı organının bağımsız ve tarafsızlığının sağlanması ve korunması amacıyla üye seçimlerinde her ülkenin kendi tarihi, siyasal koşulları ve gelişimlerine göre değişik yöntemler uygulandığı görülmektedir.

Yapılan düzenleme ile Anayasa Mahkemesi üye sayısı onyediye çıkarılmaktadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulu'nun her boş yer için gösterdiği üçer aday içinden, bir üyeyi ise Baro Başkanlarının avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylama ile seçeceği bu seçimde ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki, ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğunun aranacağı, salt çoğunluk sağlanamazsa "en çok oy alan iki aday arasından en fazla oy alan aday" seçilmiş olacağı belirtilmektedir.

Görüldüğü gibi bu düzenleme ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde uzlaşma gerektirecek nitelikte bir karar yeter sayısı seçim sonuçlanıncaya kadar aranmaması suretiyle yasama organında çoğunluğun seçeceği bir

adayın seçilmesi söz konusu olacaktır. Bu durum ise parlamentoda çoğunluğa sahip siyasi partinin, Anayasa Mahkemesi'ne üye seçmesi anlamını taşıyacaktır. Belirtilen nitelikteki bir seçim sonucunda seçilecek kişi ile ilgili toplumda oluşacak algı da, yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı bakımından tereddütler doğmasına yol açacak ve bu yönüyle hukuk devletine aykırı olacaktır.

Diğer taraftan Sayıştay ve Baro tarafından gösterilecek adayların belirlenmesindeki seçim usulü bu kurumların iradesini yansıtmayan şekilde "bir aday için oy kullanma" şeklinde düzenlenmiştir. Bu demokratik ve adil olmayan bir seçim usulüdür.

Netice olarak gerek Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki seçim sistemi, gerekse aday seçimindeki seçim usulü; Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedeleyecek niteliktedir.

Cumhurbaşkanı üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askeri Yargıtay, bir üyeyi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca boş yer için gösterecekleri üçer aday arasından; en az ikisi hukukçu olmak üzere, üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden, dört üyeyi de üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hakim ve savcılar ile en az 5 yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçeceği belirtilmektedir.

Buna göre, Cumhurbaşkanı dört üyeyi doğrudan, on üyeyi ise yargı organları ve Yükseköğretim Kurulu'nun göstereceği adaylar arasından seçmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan olarak yargılama fonksiyonunun bulunduğu da göz önünde tutulduğunda, mahkemenin oluşumunda üye sayısının onyedi olarak artırılmasına karşın, yargı organlarına ayrılan üye kontenjan sayısının düşürülmesi, Mahkemenin yaptığı görevin niteliği itibariyle hukuka uygun ve demokratik değildir.

Diğer taraftan, kurumlarca aday seçiminde bir üye "ancak bir aday için oy kullanır" şeklindeki düzenleme ile demokratik ve eşitliği sağlamayan bir seçim sistemi ile adaylar belirlenmektedir. Bunun sonucu Anayasa Mahkemesi üyeliği seçiminde aday gösterecek kurumların çoğunluk iradesini yansıtmayan şekilde demokratik olmayan bir sonuca ulaşılabilecektir.

Bu durumda, yasama faaliyetinin denetimi, siyasi partilerin mali denetimi ve kapatılmaları istemiyle açılan davalarda parti tüzük ve

programları ile eylemlerinin Anayasa'ya uygunluk denetimi ve Yüce Divan görevleri bulunan Anayasa Mahkemesi'nin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin basit çoğunluk ile seçeceği üç üye, Cumhurbaşkanı'nın dördü doğrudan, onu dolaylı şekilde ve demokratik olmayan usullerle seçilen adaylar arasından seçeceği üyeler ile oluşturulması, Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığını zedeleyecektir.

Netice olarak 5982 sayılı Yasa'nın 16. maddesi ile Anayasa'nın 146. maddesinde yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesi'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığını olumsuz etkilenmesine yol açacak şekilde sayısal zemin hazırladığı, bu haliyle kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti ilkesini zedelediği ve Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirme yasağı kapsamında olduğu açıktır**.**

2) Anayasanın 159. maddesini değiştiren 22. maddesinin incelenmesi;

Yapılan değişiklikle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asil ve oniki yedek üyeden oluşan, üç daire halinde çalışan bir yapı ortaya konulmuştur.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu hakim ve savcıların atama, yer değiştirme, yükseltilme, denetim ve disiplin gibi özlük işlerini yürüten bir kuruldur. Bu nedenle bu yetkileri kullanacak kurulda yürütme organına yer verilmesi halinde hakimlik teminatının değer ve etkinliğini büyük ölçüde yitireceği kuşkusuzdur.

Avrupa Birliği uzmanlarınca düzenlenen ilerleme raporları, istişari ziyaret raporları, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin kararları, Avrupa Yargıçları Konseyi'nin görüş ve önerilerinde ve ulusal düzeyde ilgili kurum ve kuruluşların raporlarında hakimler ve savcıların kariyer ve seçimleri konusunda karar veren kurulun hükümet ve idareden bağımsız olması, kurul üyelerinin yargıçlardan oluşması ve kendi emsalleri olan yargı tarafından seçilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Yapılan düzenleme ile Kurul'un Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı müsteşarı kurulun tabi üyesidir. Kurul'un yönetim ve temsili Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı tarafından yapılacağından Kurul çalışmalarının Adalet Bakanı tarafından yönlendirilmesi ve bu durumun kurul çalışmalarını etkileyeceği tabii bulunmaktadır.

Diğer taraftan yapılan değişiklikle hakimler ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma işlemleri ilgili dairenin teklifi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanı'nın oluru ile kurul müfettişlerine yaptırılacağı belirtilmekte olup, buna göre hakim ve savcılar hakkında

inceleme ve soruşturma ancak Bakan'ın oluru ile yapılabilecektir. Öte yandan Kurul'a bağlı olarak kurulan genel sekreterliğe atamanın Kurul'un belirlediği adaylar arasından Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı tarafından yapılacağı belirtilmektedir.

Netice olarak, Adalet Bakanı ve Bakanlık müsteşarının Kurul'a katılması ve Kurul Başkanı sıfatıyla Adalet Bakanı'na verilen yetkiler yargının yürütmeye bağımlı kılınmasına neden olacağından, hukuk devleti olmanın ön koşullarından biri olan yargı bağımsızlığını zedelediği açıktır.

Yapılan değişiklikle kurulun üye sayısı artırılarak kurul, yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşmaktadır.

Buna göre Kurul'un dört asil üyesinin nitelikleri kanunda belirtilen Yükseköğretim Kurumları'nın hukuk iktisat ve siyasal bilgiler dallarında görev yapan öğretim üyeleri üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçileceği belirtilmektedir. Böylece Cumhurbaşkanı'na Kurul'a doğrudan meslekten (hakim ve savcı) olmayan kişileri seçme yetkisi tanınmaktadır.

Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu adından da anlaşıldığı gibi hakim ve savcıların özlük işleri konusunda karar veren bir mesleki kurul olması itibariyle meslekten olmayan kişilerin kurula üye olması halinde bu kişilerin kurula nasıl bir katkı sağlayacakları anlaşılamadığı gibi bu kişileri bilgilendirmek amacıyla yapılan yönlendirmeler de düşünüldüğünde, bu düzenlemenin yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını etkileyeceği tabiidir.

Cumhurbaşkanınca üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıfa ayrılmış adli hakim ve savcılar arasından adli yargı hakim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıfa ayrılmış idari yargı hakim ve savcıları arasından idari yargı hakim ve savcılarınca seçileceği belirtilmektedir.

Düzenleme ile Kurul'un üye sayısı artırıldığı halde yapılandırılmasında Yargıtay ve Danıştay'a ayrılan üye kontenjanının orantısal olarak düşürülmesi kurulun yaptığı görevin niteliği itibariyle hukuka uygun ve demokratik değildir.

Cumhurbaşkanı tarafından seçilmek üzere kurumlardan gönderilen adayların bu kurumlar tarafından seçiminde "ancak bir aday için oy kullanılır" şeklindeki düzenleme; aday seçimlerinde kurumların çoğunluk

iradesini yansıtmayan şekilde, demokratik olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Adil olmayan bir seçim sisteminin hukuk devleti ile bağdaştırılması mümkün değildir.

Öte yandan bir asıl ve bir yedek üyenin Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından seçilmesi, Adalet Akademisinin Adalet Bakanlığı'na bağlı özerk olmayan bir kurum olduğu ve meslekten olmayan kişilerin de seçilebilmesine yol açabileceği gözetildiğinde, yargı bağımsızlığına dolayısıyla kuvvetler ayrılığı ve hukuk devletine aykırıdır.

Bu durumda 5982 sayılı Yasa'nın 22. maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 159. maddesinde yapılan değişiklik yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyecek şekilde Adalet Bakanı'nın Kurul başkanı, Bakanlık Müsteşarının kurulun tabii üyesi olarak katıldığı ve kurul üyelerinin sayısının artırılması suretiyle sayısal zemin hazırladığı bu haliyle kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti ilkesini zedelediği ve Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirme yasağı kapsamında olduğu açıktır.

Diğer taraftan; yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna ilişkin geçiş sürecini düzenleyen geçici madde 18'in üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin son tümcelerinin iptal edilen ibareler dışında kalan bölümleri ile aynı fıkranın (ç) bendi, aynı maddenin dördüncü fıkrasının;

Yüksek Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun oluşumuna ilişkin geçiş sürecini düzenleyen geçici madde 19'un birinci fıkrasının (a) bendinin birinci tümcesinin iptal edilen ibareler ve ikinci tümcesi dışında kalan bölümü ile (b), (c) ve (ç) bentlerinin son tümcesinde iptal edilen ibareler dışında kalan bölümlerinin de kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti ilkesini zedelediğinden Anayasa'nın 4. maddesinde belirtilen değiştirme yasağı kapsamındadır.

Netice olarak 5982 sayılı Yasa'nın 16.ve 22.maddeleri ile Anayasa'nın 148. ve 159.maddelerinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurul'unun yeniden oluşturulmasında yasama ve yürütmenin etkisine açık hale getirilmek suretiyle yargı bağımsızlığının zedelendiği açık olup, Anayasanın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin nitelikleri arasında gönderme yaptığı başlangıç kısmında belirtilen kuvvetler ayrılığı ve demokratik hukuk devleti ilkelerine aykırıdır.

Yargı bağımsızlığının olmadığı yerde demokratik hukuk devletinden söz edilemez.

Bu nedenle, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 16. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 146. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

2- 22. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 159. maddesinin ikinci, üçüncü, beşinci, yedinci, dokuzuncu, onbirinci fıkralarının;

3- Geçici Madde 18'in üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin son tümcelerinin iptal edilen ibareler dışında kalan bölümleri, aynı fıkranın (ç) bendi ve aynı maddenin dördüncü fıkrasının;

4- Geçici madde 19'un birinci fıkrasının (a) bendinin birinci tümcesinin iptal edilen ibareler ve ikinci tümcesi dışında kalan bölümü ile aynı fıkranın (b), (c) ve (ç) bentlerinin son tümcelerinde iptal edilen ibareler dışında kalan bölümlerinin;

Anayasa'nın 2., 4. ve 148. maddeleri gözetilerek değiştirilmezlik ilkesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle kısmen iptal yolundaki çoğunluk kararına bu yönlerden katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

MUHALEFET ŞERHİ

İlk İnceleme Yönünden;

Halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanunlarına ilişkin dava açma süresinin ne zaman başlayacağına ilişkin hukuki düzenlemelere bakıldığında, Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında "kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz" şeklinde, 2949 sayılı kanunun 22. maddesinde ise "anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılıklar, iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak on gün … sonra düşer" biçiminde düzenlenmiştir.

Halkoyuna sunulan anayasa değişikliği kanun ile ilgili olarak Anayasanın 175. maddesinin dördüncü fıkrasında "Meclisçe üye tam sayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkında kanun cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade

edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazete'de yayımlanır" hükmü yer almaktadır.

Bir kanunun hukuki geçerlilik kazanması ve yürürlüğe girebilmesi için teklif veya (sadece kanunlar için) tasarının mevcut olması, teklif veya tasarının TBMM'nde görüşülmesi ve kabul edilmesi, kabul edilen teklif veya tasarının Cumhurbaşkanınca yayımlanması gerekir. Ancak bu halde metin kanun olarak geçerlilik kazanır ve yürürlüğe girerek vatandaşlar için bağlayıcı hale gelir. Kanunlar aleyhine Anayasa Mahkemesinde dava açabilmek için de bu aşamaların tamamlanmış yani, kanunun Resmi Gazete'de yayımlanmış olması gerekmektedir. Anayasa değişikliklerinde ise yukarda belirtilenlere ilaveten bir aşama da "onay" aşamasıdır. Anayasanın 175. maddesinde öngörülen Anayasayı değiştirme usulüne bakıldığında TBMM'nin beşte üç çoğunlukla yani 330 milletvekilinin oyuyla bir anayasa değişikliğini kabul etmesi mümkündür, ancak böyle bir teklifin Cumhurbaşkanınca yayımlanarak yürürlüğe konulması olasılığı yoktur. Bu kanunun yürürlüğe girebilmesi için mutlaka halkoyuna sunulması ve halkoylamasında geçerli oylarının yarısından bir fazlasının alınması gerekmektedir. Aksi takdirde böyle bir düzenlemenin yürürlüğe girmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, halkoylamasının anayasa değişikliklerinin yasalaşması sürecindeki işlevinin "onay" olduğu görülmektedir. Anayasanın 175. maddesinde bu nitelikteki metinlere "kanun" denilmiş olması halkoylamasından önce bu metinlerin geçerlilik kazandığı anlamına gelmemektedir. Çünkü metin ancak halkoylamasında kabul edildikten sonra geçerlilik kazanmaktadır. Metnin halkoylamasında reddedilmesi halinde kanun iptal edilmiş olmaktadır. Halkoylamasına sunulan kanun hakkında Anayasa Mahkemesine dava açılması da aynı anda bir kanunun hem siyasal hem de yargısal denetimin yapıldığı anlamına gelir ki, böyle bir düşünceyi kabul etmek mümkün değildir.

Öte yandan, halkoylamasına sunulan anayasa değişiklikleri üzerinde denetim yapılabilmesi için Anayasa'da açık bir düzenlemenin bulunması ve denetime başvurulması halinde halk oylamasının denetim sonuna bırakılması ve Anayasa Mahkemesine inceleme için kesin bir süre verilmesi gerekir. Anayasada açıkça düzenleme olmadıkça içtihat yoluyla denetim sistemine başvurma mümkün değildir. Bu nedenle bir Anayasa değişikliği kanununun denetlenebilir hale gelmesi için, geçerlilik kazanması ve yürürlüğe girmek üzere yayımlanmış olması zorunludur.

TBMM'nde beşte üçten fazla fakat üçte ikiden az (330-366) oyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanununun zorunlu olarak halkoylamasına sunulması gerekir. Bu durumdaki anayasa değişikliği kanunlarının

Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yürürlüğe konulması mümkün olmadığı gibi TBMM'nin de bunları herhangi bir şekilde yürürlüğe koyma imkânı yoktur. Bu kanunlar ancak halkın olumlu kurucu iradesi ile geçerlilik kazanır ve bundan sonra yürürlüğe konulabilir. Dolayısıyla halkın iradesi bu tür yasaların tekâmülü açısından kurucu bir unsurdur. Sadece yürürlüğe giriş şartı değildir. Bu nedenle halkoylamasından önce bu kanunların denetlenmesi mümkün değildir.

Anayasanın 148. maddesinde dava açma süresinin başlangıcı olarak belirlenen Resmi Gazete'de yayımlama koşulu, Anayasa değişikliği kanunlarının halkoyuna sunulması amacıyla yayımını değil, halkoylamasında kabul oyu çıkması halinde, kabul edilen metnin yürürlüğe girmesi amacıyla sonuçların yayımıdır. Dava açma süresi bu yayın tarihinden itibaren başlamaktadır. Çünkü bu durumda metnin geçerlilik kazanıp kazanmadığı ancak halkoylaması sonuçlarına bakılarak anlaşılabilir. Halkoylaması sonucuna ilişkin kararın yayım tarihi, Anayasanın 148. maddesine göre dava açma süresinin başlangıcını teşkil edecektir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Anayasanın 148. ve 2949 sayılı yasanın 22. maddelerine göre dava açma süresi henüz başlamadığı düşüncesiyle, başvurunun REDDİNE karar verilmesi gerektiğinden çoğunluğun kararına katılmadım.

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin Anayasa'nın 4. maddesi kapsamında öngörülen teklif yasağı kapsamında incelenmesinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinde olup olmadığı bir ön sorun olarak görüşülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesine göre "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler." Buradan da anlaşılacağı üzere Anayasa değişikliklerinin sadece ve sadece şekil yönünden incelenebileceği gayet net bir şekilde vurgulanmaktadır. Asli kurucu iktidar bununla da yetinmeyerek bu şekil denetimin nasıl yapılacağını da aynı madde içinde göstermiştir. Buna göre "kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile

sınırlıdır." Anayasa metninde yer alan "sınırlıdır" ibaresi, bu denetimin başka hususları içermeyeceğinin bir kanıtıdır.

Anayasa Mahkemesi 2008 yılına kadar Anayasa değişikliklerini Anayasanın ilgili hükmü çerçevesinde incelemiş ve anayasa değişikliklerinin iptaline ilişkin üç başvuruyu, 148'inci maddede sayılan şekil bozuklukları ile ilişkili olmadıkları gerekçesiyle reddetmiştir.[1] Mahkeme, 2008'e kadar ve Mahkemenin 5.7.2007 tarihli kararında bu husus, açık olarak ifade edilmiştir: "Anayasa'nın 148'inci maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır."[2]

Mahkeme, 2008 yılında Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerindeki değişikliği iptal ettiği kararıyla "şekil" adı altında Anayasa'da yer verilmeyen esastan denetim yapmıştır.[3] Burada Mahkeme, Anayasa'nın 4. maddesinde yer alan ilk üç maddenin değiştirilmesi ya da değiştirilmesinin teklif edilmesinin yasaklanmasından hareketle söz konusu anayasa değişikliklerinin değiştirilemez madde niteliğinde olup, olmadığını incelemiştir. Böylece daha önceki içtihatlarıyla da çelişmiştir.

Anayasa'nın önemli bir bölümü 2. Maddede sayılan ilkelerin somutlaştırılmış düzenlemelerini içermektedir. Değiştirilemez olan 2. Maddede yer alan ifadelerdir. Bunların dışındaki maddelerde tali kurucu iktidar usulüne uygun olmak koşuluyla yeni düzenlemeler ve değişiklikler yapabilir. Değiştirilemez ilkeler diğer anayasa maddelerindeki değişiklikleri incelemede kullanılacaksa, katı bir yorumla her türlü anayasa değişikliği değiştirilemez maddelere aykırı olarak değerlendirilebilir. Mahkeme herhangi bir anayasa değişikliğini 4'ncü maddeye gönderme yaparak 1., 2., ve 3'ncü maddelere aykırılık olarak değerlendirilip kolayca iptal edilebilecektir. Bunun toplumsal hayatın dinamizmini yansıtması beklenen anayasayı adeta donduracağı, ona zaman-dışılık ve metafizik bir nitelik kazandıracağı söylenebilir.

Burada Anayasa Mahkemesi kurulu iktidarın bir parçası olmaktan çıkıp, kurucu iktidarın alanına girmektedir. Böyle bir durumda "anayasal devlet Anayasa Mahkemesi devleti halini almıştır…Anayasanın üstünlüğü…

---

1 E: 1987/9, K: 1987/15, K.T. 18.6.1987; E: 2007/72, K: 2007/68, K.T. 5.7.2007; E: 2007/99, K: 2007/86, K.T. 27.11.2007

2 E: 2007/72, K: 2007/68, K.T. 5.7.2009

3 E: 2008/16, K: 2008/116, K.T. 5.6.2008

anayasa yargıcının üstünlüğüne dönüşmüştür."[4] Anayasa'nın açık hükmüne aykırı yorum yoluna gidilerek olmayan bir yetki ihdas edilemez.

Kurulu iktidarın bir unsuru olan Anayasa Mahkemesi, kurucu iktidara ait alana girerek Anayasa'da değişiklik yapma hakkına sahip değildir. Böyle bir durum kuvvetler ayrılığına aykırıdır. Demokratik usullere uyularak Meclis tarafından kabul edilen anayasa değişikliği tekliflerini her defasında, değiştirilemez hükümleri Demokles'in kılıcı gibi kullanarak esastan incelemek, demokrasinin işlerliğine telafisi güç zararlar verecektir. Anayasa'nın değiştirilmez maddelerinden olan 2. Maddesi Cumhuriyet'in temel nitelikleri arasında demokratikliği de saymaktadır. Demokratikliğin olmazsa olmaz koşullarından biri de egemenliğin millete ait olmasıdır. Kurulu iktidarın bir parçası olan Anayasa Mahkemesi'nin kurucu iktidarın Anayasa değişikliklerini esastan denetlemesi onu kurucu iktidarın üstünde bir konuma getirmekte, bu da millet egemenliğinin denetlenmesi gibi bir sonuç doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin "şekil" adı altında esastan inceleme yapması Anayasa'nın 148. maddesindeki sınırlamaları bir bakıma işlevsiz hale getirmektedir. Asli kurucu iktidarın işlevsiz olan bir maddeyi Anayasa'ya dahil etmesi düşünülemeyeceğine göre, anayasal denetimin bu madde kapsamı ile sınırlı tutulması gerekmektedir. Anayasallık denetimi ideolojik bir denetim olmayıp, kaynağını pozitif hukuk normlarından almalıdır. Pozitif hukuksal temellerden uzaklaşılırsa normlar arasındaki olası üstünlük veya öncelik bireysel ideolojik bir değerlendirmeye denk düşebilir. Lâfzî, tarihsel ve amaçsal yorumlar bakımından da Anayasa Mahkemesi'ne esastan denetim yetkisi verilmemesine rağmen Anayasa metninin ötesinde yorum yapılması Mahkeme'nin yetkisini aşması anlamına gelmektedir.

Anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetiminden söz edilebilmesi için anayasa üstü normların varlığının kabulü veya anayasa normları arasında bir hiyerarşi bulunması ve sadece hiyerarşik kademede daha altta olan normun üstte olan norma uygunluğunun denetimi şeklinde gerçekleşmesi gerekecektir. Anayasa'yı oluşturan normlar arasında bir hiyerarşik üstünlük bulunmamaktadır. Bir normun denetimi ancak kendisine üstün olan başka bir norma uygunluk açısından olabilir. Anayasa değişikliği ile ortaya çıkan norm bir anayasa normu olduğuna göre her ikisi

---

[4] Anayurt, Ö. (2010), "Oldu Olacak Anayasayı Yüksek Mahkeme Yapsın", www.stargazete.com/.../oldu-olacak-anayasayi-yuksek-mahkeme-yapsin-haber-277587.htm, erişim tarihi 19.7.2010

de eşit değerde olan iki normun birbirine uygunluğun denetiminin nasıl olacağı ciddi bir kuramsal sorundur.

Anayasa üstü pozitif olmayan bir takım değerlerin var olduğu varsayılsa bile, bunların somutlaştırılması yargıçların değil, egemenliğin sahibi olan halkın ve onun adına kurucu yetki kullanan anayasa yapıcının yetkisindedir. Anayasa üstülük Anayasa'nın üstünde olan ama Anayasa tarafından ifade edilmeyen kurallar bulunduğu ve bu kuralların keşfedilmesinin ve uygulamaya konulmasının yüksek bir yargı organına ait olduğu varsayımına dayanır. Bu ise yargı organının kurucu iktidar yetkisini ele geçirmesi demektir.[5] Anayasamızın değiştirilemez hükümlerinin "normatif açıdan Anayasa'nın diğer hükümlerine göre üstün olduğunu söylemek mümkün değildir".[6]

Anayasa'nın 6. Maddesi'nin 2. fıkrası "Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır" demektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında da "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" ibaresi yer almaktadır. Anayasa'nın 153'üncü maddesinin 2. fıkrasına göre de "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." Anayasayı değiştirme iktidarı, üzerinde tartışmaya yer vermeyecek şekilde milli egemenliğin tecelli ettiği Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Usulüne uygun olarak TBMM tarafından gerçekleştirilen bir anayasa değişikliğinin çeşitli nedenlerle toplumun bazı kesimlerince eleştirilmesi, yetersiz ve/veya sakıncalı olduğunun iddia edilmesi, tali kurucu iktidarın Anayasa'yı değiştirme yetkisini kullanmasının sakıncalı olduğu anlamına gelmez. Kaldı ki zorunlu olarak halkoyuna sunulacak düzenlemelerin uygun olup olmadığının denetimini egemenliğin esas sahibi olan halk yapacaktır.

Hukuk devletinde, kamu organ ve makamları kendilerine açık olarak tanınan yetkiler dışında gerekçesi ne kadar yüce olursa olsun yetki yaratamazlar. Anayasa Mahkemesi varlık sebebini Anayasa'ya borçludur ve hukuki meşruiyeti ona dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kendisinin Anayasa'ya uymaması, "şekil" kapsamında esas denetimi gibi Anayasa'da olmayan bir yetki yaratarak, bunun kullanılması Mahkeme'nin hukuki meşruiyetinin yanı sıra toplumsal ve siyasi meşruiyetine de darbe

---

[5] Vedel'den aktaran Gözler, K. (1999) *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu,* Bursa: Ekin, ss: 113-152

[6] Gözler, K. (1999) *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu,* Bursa: Ekin, s: 170

vurmaktadır. Bu çerçevede ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Frankfurter'in, ABD Yüksek Mahkemesi'nin sahip olduğu "müthiş" yetkinin "azami ihtiyatla" kullanması gerektiği şeklindeki görüşü bize ışık tutmalıdır.[7] Anayasa Mahkemesi'nin sahip olduğu yetkileri ihtiyatla ve özenle kullanması gerekmektedir. Yargısal aktivizm yoluna girilerek, olmayan yetkilerin yaratılmaya çalışılması toplum nezdinde Mahkeme'nin meşruiyetinin sorgulanmasına neden olabilir.

Anayasa yargısı ve mahkemeleri yasamanın ve yürütmenin anayasal sınırlar içinde kalmasını sağlamak için kurulmuşlardır. Anayasa yargısının görevlerinden biri kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Kurucu iktidar yetkisi, anayasa yapma ve değiştirme hakkına sahip halk veya onun seçilmiş meşru temsilcilerine aittir. Anayasa Mahkemesi'nin Meclis'in gerçekleştirdiği anayasa değişikliklerini "şekil" adı altında esastan denetlemesi kurucu iktidarın Mahkeme'ye geçmesi sonucunu doğuracaktır. Bu sistemin adı çoğulcu demokrasi değil, jüristokrasi yani yargıçlar hükümeti olacaktır.

Tali kurucu iktidarın anayasa değişikliklerini mümkün olduğunca toplumun tüm kesimlerini kapsayıcı ve bunların katılımını kolaylaştırıcı şekilde gerçekleştirilmesi arzulanan bir durumdur. Son yıllarda dünyadaki anayasa yapımı ve değiştirilmesi süreçlerine bakıldığında böyle bir eğilimin yaygınlaştığı da görülmektedir.[8] Bu eğilimi, modern demokrasilerin karşı karşıya olduğu meşruiyet krizini aşma yönünde önemli bir adım olarak görmek mümkündür. Bilindiği üzere ünlü Alman düşünürü ve siyaset kuramcısı Habermas meşruiyet krizinin demokrasilerin kendilerini sadece hukukun üstünlüğü ilkesiyle sınırlamalarından kaynaklandığını iddia etmişti. O'na göre "demokratik yönetim bürokratik modern devletin yalnıza hukukun üstünlüğü ilkesi yoluyla denetlenmesi anlamına gelmemelidir. Aynı zamanda alttan denetimi sağlayan ve karar alma süreçlerine katılımı gerçekleştirecek kamusal iletişim mekânın varlığı da devlet-toplum arasında kurulacak demokratik yönetim için gereklidir."[9] Anayasal denetim devlet ile toplum arasında oluşturulacak demokratik yönetime katkı sağlamalıdır.

---

[7] Koopmans'dan aktaran Özbudun (2007) "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, sayı 62-3, s.258.

[8] Candaş, A. (2010), "Anayasanın 'Nasıl' Yapıldığı İçeriğini Etkiler mi? Anayasa Yazma Süreçlerinin Dünyadaki Örnekleriyle Son 25 Yılda Edindirdiği Bulgular", *http://www.anayasaplatformu.net/indir/Anayasanin_nasil_yazildigi_icerigini_etkiler_mi_Aysen_Candas_Bogazici_Universitesi.pdf*, erişim tarihi 19.7.2010.

[9] Keyman, F. (1998), "Kamusal alan ve 'cumhuriyetçi liberalism": Türkiye'de demokrasi sorunu" *Doğu Batı*, yıl 2, sayı 5, s. 59.

Sonuç olarak Anayasa'nın koruyucusu ve onu zamanın gereklerine göre değişimini sağlayıcı esas güç halkın kendisidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin Anayasa'nın 4. maddesi kapsamında öngörülen teklif yasağı kapsamında incelenmesinin Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Engin YILDIRIM

MUHALEFET ŞERHİ

1. İLK İNCELEME YÖNÜNDEN

Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrasında şekil bozukluklarına dayalı iptal davası açma süresine ilişkin olarak *"Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz"* hükmüne yer verilmiştir. Aynı konuya ilişkin olarak 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 22. maddesinde ise *"anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılıkları iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak on gün... sonra düşer"* hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemelerden şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açma süresinin kanun ya da Anayasa değişikliğinin Resmi Gazete'de yayımı ile başlayacağı ve on gün sonra düşeceği anlaşılmaktadır.

Anayasanın 175. maddesinin dördüncü fıkrasında ise "*Meclisçe üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkında kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmi Gazete'de yayımlanır"* hükmü yer almaktadır.

Zorunlu ya da ihtiyari olarak halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin dava açma süresi konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus yukarıdaki düzenlemelerin yorumlanması yoluyla ortaya konulmalıdır. Acaba Anayasa'nın 148. ve 2949 sayılı Yasa'nın 22. maddesinde belirtilen dava açma süresini başlatan Resmi

Gazete'de yayımlama, Anayasa'nın 175. maddesinde yer alan halkoyuna sunma amaçlı yayımlama mıdır? Yoksa halkoylaması sonucunda değişiklik teklifinin, sunuluş biçimine göre bir kısmının ya da tamamının kabul edilmesi halinde buna ilişkin sonucun yayımlanması mıdır?

Bu soruya cevap verebilmek için halkoyuna sunulan anayasa değişikliğinin hukuki niteliğini açıklığa kavuşturmak gerekir. Hukuk sistemimizde kanunların hukuki geçerlilik kazanarak yürürlüğe girebilmesi için teklif veya tasarının mevcut olması, teklif veya tasarının TBMM'de görüşülerek kabul edilmesi ve kabul edilen kanunun Cumhurbaşkanınca yayımlanması gerekir. Anayasa değişikliklerinin geçerlilik kazanabilmesi için ise kanunlardan farklı olarak ayrıca onaylanmış olması gerekir. Anayasa'nın 175. maddesinde "onay" terimine yer verilmemiş olmakla birlikte Türk Anayasa Hukuku öğretisi 1924 ve 1961 Anayasalarından farklı olarak 1982 Anayasası'nın, Anayasa değişikliklerinde bir onay aşaması öngördüğünü ittifakla kabul etmektedir. (Erdal Onar, **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu** (Ankara, 1993) 83 vd.; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku,** (Yetkin, Ankara, 2005)s. 154 vd.; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, (Ekin, Bursa, 2000), s. 994 vd.; İbrahim Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, (Legal, İstanbul, 2009) s. 29.; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, (YKY, İstanbul, 2000) s. 273.; Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, (Seçkin, Ankara, 2006) s.345; Yavuz Atar, **Türk Anayasa Hukuku** (Mimoza, Konya, 2005) s.372.)

Anayasa'nın metninde onay terimi kullanılmamış olmakla birlikte, anayasa değişikliğinin gerçekleştirilmesinde Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na ve halkoylamasına yüklediği işlevin doğasından bunun bir onay olduğu anlaşılmaktadır. Zira halkoyuna sunulan bir Anayasa değişikliği kanunu, halk tarafından reddedilerek geçerlilik kazanması engellenebilir. Bu nedenle, Anayasa'nın 175. maddesinde halka tanınan yetkinin bir veto yetkisi olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisinde beşte üçten fazla, fakat üçte ikiden az (330-366) oyla kabul edilen Anayasa değişikliği kanunları zorunlu olarak halkoylamasına sunulmak zorundadır. Bu durumdaki Anayasa değişikliği kanunlarının Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yürürlüğe konulması mümkün olmadığı gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin de bunları herhangi bir şekilde yürürlüğe koyma imkânı yoktur. Bu kanunlar, ancak halkın olumlu kurucu iradesi ile geçerlilik kazanırlar ve bundan sonra yürürlüğe konulabilirler. Dolayısıyla halkın iradesi bu tür yasaların tekemmülü açısından kurucu bir unsurdur.

Bu nedenle hukuk sistemimizde Anayasa değişikliklerinin *a priori* yargısal denetimi benimsenmediğinden halkoyuna sunulan Anayasa değişikliği kanunlarının halk oylamasından önce denetlenmesi mümkün değildir. Bir Anayasa değişikliği kanununun denetlenebilir hale gelmesi için, geçerlilik kazanması ve yürürlüğe girmek üzere yayımlanmış olması zorunludur. Bu, Anayasa değişikliği kanunlarının denetlenebilir hale gelmesi için yürürlüğe girmesi gerektiği anlamına gelmez. Anayasa değişikliği kanunun yürürlüğe girmesi için ileri bir tarih öngörülmüş olabilir. Fakat dava açma süresinin başlayabilmesi için Anayasa değişikliği kanununun geçerlilik kazanması için gerekli tüm irade açıklamaları tamamlanmış ve Resmi Gazete'de yayımlanmış olması gerekir. Gerekli irade açıklamaları tamamlanmadan hiç bir hukuksal işlem geçerlilik kazanamayacağından, halkoyuna sunmak üzere Resmi Gazete'de yayımlanan bir anayasa değişikliği kanununun halkı bilgilendirme amaçlı bu yayım ile geçerlilik kazandığı söylenemez. Böyle bir kanun ancak halkın olumlu iradesi ile geçerlilik kazanabilir.

Anayasa'nın 175. maddesinde kanun teklifinden değil de kanundan söz edilmiş olması halkoyuna sunulan metnin geçerlilik kazandığı ve denetlenebileceği anlamına gelmez. Nitekim kanunlar da Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edilmekle kanun niteliği kazanırlar, ancak bu aşamada geçerlilik kazandıkları ve denetlenebilecekleri söylenemez. Bu nitelikteki kanunlar Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere geri gönderilebilirler ya da 15 gün boyunca incelenebilirler. Bu sürede kanun adı taşısalar da Resmi Gazete'de yayımlanmadıkça bu metinler aleyhine dava açma süresi başlamaz ve dava açılamaz.

Bu nedenle, Anayasa'nın 148. maddesinde dava açma süresinin başlangıcı olarak öngörülen Resmi Gazete'de yayımlama koşulunun, Anayasa değişikliği kanunlarının halkoyuna sunulması amacıyla yayımı değil, halkoylamasında kabul oyu çıkması halinde, kabul edilen metnin yürürlüğe girmesi amacıyla sonuçların yayımı olduğunun kabulü gerekir.

Anayasa'nın 175. maddesinde "*Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir*" hükmüne yer verilmekte ancak kabul edilen metnin yeniden yayımlanmasından söz edilmemektedir.

23.5.1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunun 8. maddesine göre "*Yüksek Seçim Kurulu, İl Seçim Kurullarından gelen sonuçları birleştirerek ilan eder.*

Geçerli oyların yarısından çoğu 'Evet' ise, Anayasa değişikliği Türk Milleti tarafından kabul edilmiş olur."

Bu hükümde yer alan "sonuç" kavramını yalnızca halkoylamasında kullanılan oyların ne kadarının evet ne kadarının hayır oyu çıktığına ilişkin durum olarak değil, bu evet ve hayır oylarının doğurduğu hukuki netice yani Anayasa değişikliği kanunun kabul edilip edilmediği ya da hangi bölümlerinin kabul edildiği ve hukuki geçerlilik kazandığına ilişkin hukuki sonuç olarak değerlendirmek gerekir. Bu nedenle halkoylamasında kabul edilen metnin de halkoylamasında ortaya çıkan oy durumuyla birlikte yayımlanması gerekir. Çünkü kanunların yürürlüğe girebilmesi için Resmi Gazete'de yayımlanmaları zorunludur. Kanuna uymak zorunda olan vatandaşlar ve onu uygulamak durumunda olan görevlilerin hangi metnin yürürlüğe girdiğini bilmeleri gerekir.

Halkoyuna sunmak amacıyla yayımlanan metin her zaman yürürlüğe giren metin olmayabilir. Anayasa'nın 175. maddesinin sekizinci fıkrasına göre "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.*" Eğer TBMM halkoylamasının ayrı ayrı maddeler ya da gruplar halinde yapılmasını kararlaştırırsa, bazı hükümlerin kabul, bazılarının ise reddedilmesi muhtemeldir. Bu durumda hangi hükümlerin yürürlüğe girdiğinin anlaşılabilmesi için kabul edilen metnin yayımlanması gerekir.

Bununla birlikte metnin yayımlanmayıp sadece sonuçların yayımlanması halinde de dava açma süresinin bu yayım tarihinden itibaren başlayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumda, hangi hükümlerin kabul edilerek geçerlilik kazandığı ve hangilerinin reddedilerek geçerlilik kazanamadığı ancak halkoylaması sonuçlarına bakılarak anlaşılabilir. Bu durumda sonuçların yayımı, daha önce halkı bilgilendirmek amacıyla yayımlanan metnin tekrarlanmaması amacıyla o metne atıf anlamına gelir. Yüksek Seçim Kurulu, halkoylaması sonuçlarına ilişkin kararında kabul edilen metni tekrarlamayıp, sadece önceki metne atıf yapması halinde de önceki metnin yeniden yayımlanmasıyla aynı sonucu doğuracağı açıktır.

Dolayısıyla Yüksek Seçim Kurulunun, halkoylaması sonuçlarıyla birlikte kabul edilen metni yayımlaması, ya da metni yayımlamayıp sadece önce yayımlanan metne atıf yapması sonucu değiştirmeyecektir. Halkoylamasında kabul edilen Anayasa değişikliği kanununun yürürlüğe girmesini amaçlayan yayım, Yüksek Seçim Kurulunun halkoylaması

sonucuna ilişkin kararının yayımıdır. Anayasanın 148. maddesine göre dava açma süresi bu tarihten itibaren başlayacaktır.

Bu nedenle, dava açma süresi henüz başlamadığından süre yönünden davanın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle, şekil incelemesine geçilebileceğine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmadım.

2. ŞEKİL İNCELEMESİ YÖNÜNDEN

Mahkeme çoğunluğunun 5982 sayılı Kanun'un 8., 14., 16., 19., 22., 25. ve 26. maddelerinin bazı hükümlerinin Anayasanın 4. maddesinde öngörülen değiştirilemezlik yasağına aykırı olarak Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ve Başlangıcında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkelerini ihlal ettiği iddiasını, inceleme yetkisinin Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesinin denetleyebileceği şekil unsurları arasında bulunduğu yönündeki görüşüne aşağıdaki gerekçelerle katılmadım:

Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliği kanunlarının teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe koşullarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olarak sadece şekil yönünden denetlenebileceği hükme bağlanmıştır. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenme olanağı yoktur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan "*teklif çoğunluğu*" kavramı, Anayasa'nın 175. maddesinde belirtilen TBMM üye tamsayısının 1/3'üne denk gelen 184 sayısını göstermektedir ve "*teklif konusu*" ile herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Şekil denetiminin konusunu oluşturan "*teklif çoğunluğu*" "neyin teklif edildiği?" ile değil, "nasıl teklif edildiği?" sorusuyla ilgilidir. Neyin teklif edildiğine ilişkin denetim, şekille ilgili olmayıp içerikle ilgili bir denetimdir.

Anayasa'nın 4. maddesinde yer alan değiştirme ve değişiklik teklifinde bulunma yasağı, "neyin" değiştirilemez olduğuna ilişkin bir düzenleme olup, içeriksel bir sınırlama öngörmektedir. Yoksa "nasıl" değişikliğin yapılamayacağına ilişkin şekli bir sınırlama getirmemektedir. O nedenle Anayasa'nın 148. maddesinde düzenlenen şekil unsurları, Anayasada neyin değiştirilemeyeceğine ilişkin 4. madde ile ilgili değil, Anayasa'nın nasıl değiştirileceğini düzenleyen 175. madde ile ilgilidir.

Anayasanın 148. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil yönünden inceler ve denetler"* ibaresi, ikinci fıkradaki "Anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır"

hükmündeki "teklif" kelimesinin Anayasanın 4. maddesi ile ilişkilendirilmesine engeldir. Zira buradaki unsurlar içerikle değil, şekille ilgilidir. Anayasanın 4. maddesi tekliften söz etmekle birlikte, teklifin şekline, yani nasıl yapılacağına ilişkin değil, teklifin içeriğine, yani neyin teklif edilemeyeceğine ilişkin bir düzenlemedir.

Anayasa'nın 148. maddesinde geçen "teklif ve oylama çoğunluğu" ibaresinin "teklif" ve "oylama çoğunluğu" şeklinde ayrıştırılarak 148. maddenin "teklif çoğunluğu"ndan değil, "teklif" ten söz ettiği dolayısıyla teklifin, teklif yetkisini de içereceği söylenemez. Zira, ardışık isim tamlaması olan "teklif ve oylama çoğunluğu" ibaresi, anayasa koyucunun "teklif çoğunluğu ve oylama çoğunluğu" şeklindeki ardışık isim tamlamalarının akıcılığı sağlamak açısından dil kurallarına uygun olarak kısaltmış şeklidir. Bu nedenle "teklif çoğunluğu" kavramının "teklif yetkisi" şeklinde değiştirilmesi mümkün değildir.

Anayasa'nın 148. maddesinin değiştirilemez maddeler açısından bir denetim yapmaya imkân tanımadığı açıktır. Bu konu Anayasanın yapımı sırasında kurucu meclis tarafından tartışılmış ve Mahkemeye böyle bir yetki tanınmamıştır.

Danışma Meclisinde Anayasa Tasarısı üzerindeki görüşmeler sırasında Danışma Meclisi üyesi Kamer Genç, anayasa değişikliklerinin denetimine ilişkin hükmün, "*Anayasa değişikliklerini ise sadece devlet şeklinin değişmezliği ve şekil bakımından inceler ve denetler*" şeklinde değiştirilmesini isteyen bir önerge vermiş değiştirilemezlik hükmünün ancak bu şekilde yaptırıma kavuşacağını savunmuş ise de Danışma Meclisi Genel Kurulu bu önergeyi kabul etmemiştir. Kamer Genç'in önergesini savunmak için ileri sürdüğü *"... Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna dair değişmezlik ilkesi değiştirilirse, o zaman kim buna engel olacak*?" sorusuna Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Sözcüsü Şener Akyol,

"Sayın Genç arkadaşımız müsterih olsunlar, biz 45 milyon buna karşı koyarız" diyerek, bu konuda Anayasa Mahkemesinin bir yetkisi bulunmadığına işaret etmiştir (DMTD, C. 10, s. 192.)

1987 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sırasında da Anayasa'nın 175. maddesinde değişiklik yapan teklifin 3. maddesine ilişkin olarak, değiştirilemez maddelere aykırılığın Anayasa Mahkemesi tarafından istişari nitelikte bir öndenetim şeklinde denetlenmesini öngören bir önerge tartışılarak reddedilmiştir. (TBMMTD, Cilt 40, B. 103, s. 366-371)

Sonuç olarak, anayasa koyucu değiştirilemez hükümlerin yargı denetimi konusu yapılmasını bilinçli bir şekilde reddetmiş ve Anayasa metninde

denetimi sadece şekle özgüleyerek açık bir şekilde yasaklamıştır. Milli egemenlik ilkesini esas alan bir anayasal düzende bütün yetkilerin kaynağı Anayasa olduğundan, Anayasa Mahkemesinin, anayasa koyucunun tanımadığı, aksine 148. madde ile yasakladığı bir yetkiyi içtihat yoluyla türetmesinin mümkün olmaması gerekir.

Yasama organının yetkisini kötüye kullanarak temel ilkeleri ortadan kaldırmaya yönelik değişikliklere girişmesi halinde bunun yargısal denetiminin yapılması gerektiği savunulabilir. Ancak bunun için bir Anayasa değişikliği yapılarak Mahkemeye açık bir denetim yetkisi verilmiş olmalı ya da en azından 148. maddede öngörülen esas denetimi yasağı kaldırılmalıdır. Böyle bir değişiklik yapılmadığı sürece parlamentonun tali kurucu iktidar yetkisini kötüye kullanabileceğine yönelik bazı uç örneklerden hareketle Mahkemenin esas denetim yetkisinin bulunduğunun söylenmesi ve her türlü değişikliğin denetlenebileceğine yönelik bir karine türetilmesi mümkün değildir.

Yargıcın yorum yetkisinin bazı sınırları vardır. Bu sınırların başında da normun metni yer almaktadır. Zira metin, yorumunun başlangıcı ve sınırıdır. Yorum, bir metnin anlamlandırılması olduğuna göre, yorum yoluyla metnin söylemediği, ya da metnin söylediğinin tam aksine bir sonuca ulaşılması mümkün değildir. Hangi yorum yöntemi kullanılırsa kullanılsın yorum yoluyla ulaşılabilecek sonuç, yorum konusu metinden çıkarılabilir bir sonuç olmak durumundadır. Anayasa'yı yorumlayan yargıcın ulaştığı sonuçlar da Anayasa metninin açık anlamıyla çatışma halinde olamaz. Aksi takdirde yorum yetkisinin sınırlarının aşıldığı ve anayasa yapıcı organın yetki alanına girildiği anlamına gelir.

Anayasa koyucunun Anayasa'nın bazı ilke ve hükümlerini değiştirilemez olarak niteleyerek tali kurucu iktidarın yetkilerini içerik bakımından sınırlandırması, tali kurucu iktidar yetkisine sahip olan yasama organı açısından bağlayıcı olmakla birlikte, bu hususun zorunlu olarak yargı denetimi konusu olacağı anlamına gelmez. Anayasa koyucunun Anayasa'nın 4. maddesi ile tali kurucu iktidara getirdiği sınırlama ile Anayasa'nın 148. maddesiyle Anayasa Mahkemesine getirdiği sınırlama nitelik itibariyle aynıdır ve her ikisi de aynı derecede bağlayıcıdır. Her ikisinin aşılması da aynı derecede hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir.

Anayasa'nın değiştirilemez olarak nitelendirdiği hüküm ve ilkelerin doğrudan değiştirilmesine ilişkin olarak getirilen denetim yasağının aşılarak, hatta bunun ötesine geçerek diğer maddelerde yapılacak değişikliklerin de dolaylı bir şekilde değiştirilemez maddelerin içeriğini etkileyebileceği

gerekçesiyle denetlenmesi hiç bir şekilde mümkün değildir. Çünkü öncelikle, böyle bir denetim içerik incelemesi yapılmaksızın gerçekleştirilemez ve Anayasa'nın açıkça yasakladığı esas denetiminin yorum yoluyla türetilmesi Anayasa'nın yargı kararıyla değiştirilmesi anlamına gelir.

Diğer maddelerde yapılacak değişikliklerin de değiştirilmez maddeleri dolaylı bir şekilde değiştirdiği gerekçesiyle denetime açılması sınırsız ve ölçüsüz bir esas denetiminin önünün açılması anlamına gelir ki bu pek çok soruna yol açacaktır. Öncelikle böyle bir denetim değiştirilemez maddelerinin normlar hiyerarşisinde diğer Anayasa hükümlerinden daha üstte olduğunun kabulü anlamındadır. Böyle bir hiyerarşinin kabulü Anayasanın uygulamasında başka sorunlara yol açacaktır. Mesela değiştirilemez maddelere aykırı Anayasa hükümlerinin ihmal edilmesi ve uygulanmaması gerekliliği ilk akla gelebilecek sorunlardan birisidir.

Diğer taraftan böyle bir denetim tali kurucu iktidarın iradesine yönelik anayasal sınırlamanın 4. maddede öngörülmeyen diğer maddeleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi sonucunu doğurur ki, bu 4. maddenin tüm Anayasa'yı kapsayacak şekilde genişletilmesi dolayısıyla içinin boşaltılması anlamına gelir.

Zira, Anayasa'nın 4. maddesinde yasaklanan şey ilk üç maddeye aykırı değişiklikler değil, ilk üç maddenin değiştirilmesidir. Eğer 4. maddede yasaklanan değişiklikler sadece ilk üç maddeyi değiştiren değişiklikler değil de burada yer alan ilkelerin somutlaştığı maddeleri de kapsayan bir yasaksa, bu yasağın sınırlarını çizmek olanaksızdır. Çünkü Anayasa'da, Anayasa'nın 2. maddesindeki ilkelerin somutlaştırılması niteliğinde olmayan bir hüküm bulmak mümkün değildir. Eğer değiştirilemezlik ilkesi 2. maddede yer alan ilkelerin kendilerini aşıp, bu ilkelerin somut uygulamasını gösteren diğer maddeleri de kapsar şekilde yorumlanırsa, 4. maddede öngörülen yasak, olumlu ya da olumsuz olduğuna bakılmaksızın her türlü değişikliğe engel olduğundan Anayasa'da herhangi bir değişiklik yapılması mümkün olmayacaktır. Böyle bir yorumun doğru olmadığı açıktır. Zira, bu durumda bir taraftan Anayasanın 4. maddesiyle bazı hükümlerin değiştirilmesi yasaklanırken aslında Anayasanın tamamının değiştirilemez hale geldiği kabul edilmekte, diğer taraftan da Anayasanın 175. maddesinin anlamsız olduğu sonucu çıkmaktadır.

Ancak değiştirilemezlik ilkesi sadece olumsuz değişiklik yapılamayacağı şeklinde yorumlanıyorsa, o zaman da olumlu ya da olumsuzluk kavramlarının sübjektif niteliği dolayısıyla hangi değişikliğin yapılabileceğine ilişkin nihai karar verme yetkisinin, denetim yetkisine sahip olduğu varsayılan Anayasa

Mahkemesine ait olduğu kabul ediliyor demektir. Bu durumda kurucu iktidar yetkisi fiilen Anayasa Mahkemesine geçmektedir. Çünkü nihai olarak Anayasa'da hangi değişikliğin yapılacağına artık Anayasa Mahkemesi karar verecek demektir. Bu durumun kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olduğunu söylemek mümkün olmadığı gibi, Anayasa'nın sistematik incelemesinden böyle bir sonucun çıkarılamayacağı da açıktır.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin temelinde farklı devlet fonksiyonlarının farklı organlara verilmesi ve bu organların sahip olduğu yetkiler yoluyla birbirlerini dengelemesi ve kontrol etmesi fikri yatmaktadır. Bu "kontrol ve denge" mekanizmasının işlemesi ise sistem içinde hiçbir organın son sözü söyleme yetkisine sahip olmamasına bağlıdır. Eğer bir organ son sözü söyleme yetkisiyle donatılırsa, artık o organ diğerlerinden üstün hale geleceğinden kontrol ve dengeden söz etmek mümkün olmayacaktır, denge o organ lehine bozulacak ve kontrol o organın eline geçecektir. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından Anayasa Mahkemesince denetlenebileceğinin kabulü, Anayasa değişikliklerine ilişkin son sözü söyleme yetkisinin Anayasa Mahkemesine geçmesi anlamına gelir. Bu ise kuvvetlerin birbirini dengeleme imkânının ortadan kalktığının göstergesidir. Kuvvetler ayrılığına dayalı bir demokraside son sözü söyleme yetkisinin her zaman egemenliğin sahibi olan ulusa ait olduğu hatırda tutularak egemenlik yetkisini zedeleyici yorumlardan kaçınılmalıdır.

Özetlemek gerekirse, 148. maddede yer alan "teklif çoğunluğu" kavramının teklif yetkisini de içerdiği, bu nedenle 4. maddeye aykırı tekliflerin teklif yetkisi içinde sayılamayacağı görüşü kabul edilse bile, bu ancak 1., 2. ve 3. maddelerde doğrudan değişiklik yapan yasalar açısından geçerli olacaktır.

Bu yorum diğer maddelerde yapılan değişikliklerin dolaylı olarak ilk üç maddede değişiklik yaptığı iddialarının incelenmesine olanak vermez. Zira diğer maddeler değiştirilemezlik kapsamında değildir. İkinci olarak başka maddelerde yapılan değişikliklerin ilk üç maddenin içeriğini dolaylı olarak değiştirebileceği iddiası kabul edilse bile bir değişikliğin bu nitelikte olup olmadığı esas denetimi yapılmaksızın tespit edilemez. Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini "sadece şekil bakımından inceleme" ile sınırlandıran hükmü karşısında Anayasa Mahkemesinin esas denetimi yapması olanağı bulunmadığı düşüncesindeyim. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Nuri NECİPOĞLU

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 10.7.1953 günlü, 6136 sayılı **Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun**'un 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 156. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 36., 37. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/42, E: 2008/99)** 785

B

2. 24.5.2007 günlü, 5667 sayılı **Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun**'un; 1) 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 2) 6. maddesiyle, 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 124. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasında yer alan "…yıllık gider hesapları ile harcamalarının…" ibaresinin, 3) Geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü tümcesinin, 4) Geçici 2. maddesinin, Anayasa'nın 2., 11., 73. ve 160. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2010/50, E: 2007/77)** 893

3. 1) 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı **Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'**un 30. maddesinin ikinci fıkrasının; 2) 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 105. maddesinde yer alan *"21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi…"* ibaresinin; Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/45, E: 2010/18)** 851

4. 13.11.2008 günlü, 5811 sayılı **Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun**'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2010/85, E: 2008/116)** 1059

5. 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı **Belediye Kanunu**'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2010/29, E: 2008/27)** 711

6. 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı **Büyükşehir Belediyesi Kanunu**'nun 14. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2010/30, E: 2008/28)** 723

C

7. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/21, E: 2008/70)** 637

8. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 9., 10., 11., 36., 37. ve 152. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2010/39, E: 2008/38)** 759

9. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkranın Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/70, E: 2010/48)** 991

F

10. 5.12.1951 günlü, 5846 sayılı **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu**'nun 3.3.2004 günlü, 5101 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin onikinci fıkrasının "Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilirler." şeklindeki ilk tümcesinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/48, E: 2007/33)** ... 867

G

11. 31.12.1960 günlü, 193 sayılı **Gelir Vergisi Kanunu**'nun 73. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/55, E: 2008/110)** 939

İ

12. 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanunu**'nun 31.5.2005 günlü 5358 sayılı Yasanın 9. maddesiyle değiştirilen 338. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/54, E: 2008/91)** 933

13. 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı **"İdari Yargılama Usulü Kanunu"**nun 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"… vergi mahkemelerinde otuz gündür."* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2010/27, E: 2006/23)** 683

14. 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı **İdari Yargılama Usulü Kanunu**'na, 15.7.2003 günlü, 4928 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle eklenen Geçici Madde 5'in birinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/72, E: 2009/34)** 993

15. 15.5.2008 günlü, 5763 sayılı **İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un; 1) 2. maddesiyle değiştirilen 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci tümcesinin, 2) 19. maddesiyle 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'na eklenen Geçici 6. maddenin, 3) 32. maddesiyle 9.1.1985 günlü, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın "Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar" yönünden, Anayasa'nın 2., 10., 60. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2010/26, E: 2008/57)** 653

K

16. 25.5.2004 günlü, 5176 sayılı **Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/33, E: 2007/98)** 747

17. 26.1.2006 günlü, 5450 sayılı **Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Bağlı Okulların Millî Eğitim Bakanlığına Devredilmesi ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 5. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü tümcesinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/28, E: 2007/83)** 699

18. 23.6.1965 günlü, 634 sayılı **Kat Mülkiyeti Kanunu**'nun 24. maddesinin birinci fıkrasının "… dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır." bölümünün, Anayasa'nın Başlangıç Kısmının altıncı fıkrası ile 5., 10., 12., 17., 20., 35. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2010/47, E: 2006/159)** 857

19. 21.2.2007 günlü, 5582 sayılı **Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un; 1- 10. maddesiyle, 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (r) bendinin, 2- 15. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya 40/C maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 40/D maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin, 3- 20. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2010/49, E: 2007/50)** 879

20. 18.3.1924 günlü, 442 sayılı **Köy Kanunu**'nun Ek 3. maddesinin ikinci fıkrasının "Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şürasına müracaat edilemez." biçimindeki son tümcesinin Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2010/31, E: 2008/112)** 737

M

21. 22.6.2006 günlü, 5525 sayılı **Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun**'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…23.4.1999 tarihinden…" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2010/23, E: 2009/20)** 645

22. 26.12.2006 günlü, 5565 sayılı 2007 Yılı **Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu**'nun 24. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının üniversiteler yönünden, Anayasa'nın 130. ve 161. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/40, E: 2008/75)** 767

23. 27.12.2008 günlü, 5828 sayılı 2009 Yılı **Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu**'nun; A- 28. maddesinin, B- 29. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin, 2- (2) numaralı fıkrasının, 3- (4) numaralı fıkrasının, 4- (9) numaralı fıkrasının, 5- (10) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 11., 87., 88., 89., 127. ve 161. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2010/56, E: 2009/10)** 951

Ö

24. 8.2.2007 günlü, 5580 sayılı **Özel Öğretim Kurumları Kanunu**'nun 5. maddesinin (b) bendinin (1) ve (5) numaralı alt bentlerinin, Anayasanın Başlangıç'ı ile 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2010/76, E: 2007/38)** 1011

25. 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı **Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun**'a, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 29. maddesiyle eklenen Geçici Madde 22'nin birinci fıkrasının *"1.8.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca şahsa bağlı hakları 15.8.2003 tarihinden itibaren üç yıl süreyle saklı tutulan personelin şahsa bağlı hakları 14.8.2006 tarihinde sona erer."* biçimindeki ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/84, E: 2008/50)** 1051

P

26. 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı **Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu**'nun 24.11.2004 günlü, 5259 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 6. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemi **(K: 2010/66, E: 2009/29)**..... 979

S

27. 16.5.2006 günlü, 5502 sayılı **Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu**'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinde yer alan *"…ve disiplin cezaları…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/53, E: 2008/114)** 923

T

28. 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı **Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun**'un 75. maddesinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/79, E: 2009/69)** 1045

29. 4.12.1984 günlü, 3091 sayılı **Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun**'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2., 9., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/77, E: 2008/77)** 1023

30. 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı **Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1) 25. maddesi ile değiştirilen 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, 2) 29. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, 3) 167. maddesi ile değiştirilen 18.12.1953 günlü, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (A) fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, 4) 181. maddesi ile değiştirilen 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 6. maddesinin (a) fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, 5) 273. maddesi ile değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 87. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 6) 317. maddesi ile değiştirilen 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 7) 326. maddesi ile değiştirilen 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 8) 338. maddesi ile değiştirilen 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 9) 369. maddesi ile değiştirilen 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 33. maddesinin (f) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün,

10) 370. maddesi ile değiştirilen 2499 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 11) 384. maddesi ile değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 12) 387. maddesi ile değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 56. maddesinin (4) numaralı bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 13) 430. maddesi ile değiştirilen 14.10.1983 günlü, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından,..." bölümünün, 14) 440. maddesi ile değiştirilen 7.6.1985 günlü, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 15) 485. maddesi ile değiştirilen 28.3.2001 günlü, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'nun 8. maddesinin dördüncü fıkrasının (g) bendinin (3) numaralı alt bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 16) 538. maddesi ile değiştirilen 18.5.2004 günlü, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 74. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 17) 545. maddesi ile değiştirilen 10.6.2004 günlü, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin "...kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 49., 70. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2010/44, E: 2008/17)** 805

31. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 105. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/41, E: 2008/55)** 777

32. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 142. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkranın "Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli…" bölümünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/51, E: 2008/14)** 911

33. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde yer alan "...gönüllü olmak koşuluyla..." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/65, E: 2009/18)** 971

34. 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı **"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"**un; A) Kanun teklifinin getirilmesi, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, TBMM Genel Kurulunda görüşülüp oylanması, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından tüm maddelerinin; B) Ayrıca özel Anayasaya aykırılık nedenleriyle de: 1- 8. maddesiyle 7.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 74. maddesine, üçüncü fıkrasını yürürlükten kaldırılarak eklendiği ifade edilen; madde başlığında yer alan "… ve kamu denetçisine başvurma…" ibaresinin ve üçüncü fıkrada yer alan "… ve kamu denetçisine başvurma… " ibaresi ile dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının, 2- 14. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 144. maddesinin, 3- 16. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 146. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 4- 19. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 149. maddesinin a- Birinci fıkrasının "Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır." Biçimindeki dördüncü tümcesinin, b- Üçüncü fıkrasının, 5- 22. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 159. maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci, onikinci, onüçüncü fıkralarının, 6- 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen; a- Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının, b- Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d), (e) bendlerinin, ikinci fıkrasının, üçüncü fıkrasının, dördüncü fıkrasının, altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin, yedinci ve sekizinci fıkralarının, 7- 26. maddesinde yer alan "…ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle… " ibaresinin, Anayasa'nın 2., 4., 87. ve 175. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2010/87, E: 2010/49)** 1069

35. 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu**'na 13.11.1981 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Ek Geçici Madde 16'nın, Anayasa'nın 2., 7., 12., 13., 49. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/78, E: 2009/33)** 1037

V

36. 4.1.1961 günlü, 213 sayılı **Vergi Usul Kanunu**'nun 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle değiştirilen 339. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemi **(K: 2010/73, E: 2009/51)** 1003

Y

37. 5.5.2007 günlü, 5652 sayılı, **Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanun**'un; 1- 2. maddesiyle değiştirilen 24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin 4367 sayılı Yasa ile değiştirilen üçüncü fıkrasının birinci tümcesinin, 2- 3. maddesiyle 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığı ile birlikte değiştirilen 21. maddesinin, birinci fıkrasında yer alan "… tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi …" ibaresi ile altıncı ve dokuzuncu fıkralarının, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2010/43, E: 2007/65)** 791

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
193	Gelir Vergisi Kanunu'nun 73. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/55	2008/110	İTZ	939
213	Vergi Usul Kanunu'nun 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle değiştirilen 339. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemi	2010/73	2009/51	İTZ	1003
442	Köy Kanunu'nun Ek 3. maddesinin ikinci fıkrasının "Bunların verecekleri kararlar kat'i olup aleyhine Devlet Şürasına müracaat edilemez." biçimindeki son tümcesinin Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi	2010/31	2008/112	İTZ	737
634	Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 24. maddesinin birinci fıkrasının "… dispanser, klinik, poliklinik niteliğinde olmayan muayenehaneler bu hükmün dışındadır." bölümünün, Anayasa'nın Başlangıç Kısmının altıncı fıkrası ile 5., 10., 12., 17., 20., 35. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi	2010/47	2006/159	İTZ	857
1219	Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/79	2009/69	İTZ	1045
2004	İcra ve İflas Kanunu'nun 31.5.2005 günlü 5358 sayılı Yasanın 9. maddesiyle değiştirilen 338. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/54	2008/91	İTZ	933
2559	Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 24.11.2004 günlü, 5259 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 6. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemi	2010/66	2009/29	İTZ	979
2577	"İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 7. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"… vergi mahkemelerinde otuz gündür."* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2010/27	2006/23	İTZ	683
2577	İdari Yargılama Usulü Kanunu'na, 15.7.2003 günlü, 4928 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle eklenen Geçici Madde 5'in birinci cümlesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/72	2009/34	İTZ	993
3091	Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2., 9., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/77	2008/77	İTZ	1023

4046	Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 29. maddesiyle eklenen Geçici Madde 22'nin birinci fıkrasının *"1.8.2003 tarihli ve 4971 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca şahsa bağlı hakları 15.8.2003 tarihinden itibaren üç yıl süreyle saklı tutulan personelin şahsa bağlı hakları 14.8.2006 tarihinde sona erer."* biçimindeki ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/84	2008/50	İTZ	1051
5176	Kamu Görevlileri Etik Kurulu Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/33	2007/98	İTZ	747
5216	Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi	2010/30	2008/28	İTZ	723
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/41	2008/55	İTZ	777
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 142. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle eklenen (4) numaralı fıkranın "Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli…" bölümünün Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/51	2008/14	İTZ	911
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde yer alan "...gönüllü olmak koşuluyla..." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/65	2009/18	İTZ	971
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…üst sınırı üç yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 19. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/21	2008/70	İTZ	637
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 142. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 9., 10., 11., 36., 37. ve 152. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi	2010/39	2008/38	İTZ	759
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkranın Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/70	2010/48	İTZ	991

5335	1) Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasının; 2) 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 105. maddesinde yer alan *"21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi…"* ibaresinin; Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/45	2010/18	İTZ	851
5393	Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi	2010/29	2008/27	İTZ	711
5434	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'na 13.11.1981 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Ek Geçici Madde 16'nın, Anayasa'nın 2., 7., 12., 13., 49. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/78	2009/33	İTZ	1037
5450	Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Bağlı Okulların Millî Eğitim Bakanlığına Devredilmesi ile Bazı Kanunlarda ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü tümcesinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/28	2007/83	İTZ	699
5502	Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesinde yer alan *"…ve disiplin cezaları…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/53	2008/114	İTZ	923
5525	Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…23.4.1999 tarihinden…" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2010/23	2009/20	İTZ	645
5565	2007 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu'nun 24. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının üniversiteler yönünden, Anayasa'nın 130. ve 161. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/40	2008/75	İTZ	767
5580	Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 5. maddesinin (b) bendinin (1) ve (5) numaralı alt bentlerinin, Anayasanın Başlangıç'ı ile 2. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2010/76	2007/38	İPT	1011

5582	Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; 1- 10. maddesiyle, 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (r) bendinin, 2- 15. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya 40/C maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 40/D maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin, 3- 20. maddesiyle, 2499 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2010/49	2007/50	İPT	879
5652	Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanun'un; 1- 2. maddesiyle değiştirilen 24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin 4367 sayılı Yasa ile değiştirilen üçüncü fıkrasının birinci tümcesinin, 2- 3. maddesiyle 552 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığı ile birlikte değiştirilen 21. maddesinin, birinci fıkrasında yer alan "… tahsis yoluyla işletebilecekleri gibi …" ibaresi ile altıncı ve dokuzuncu fıkralarının, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2010/43	2007/65	İPT	791
5667	Bankacılık İşlemleri Yapma ve Mevduat Kabul Etme İzni Kaldırılan Türkiye İmar Bankası Türk Anonim Şirketince Devlet İç Borçlanma Senedi Satışı Adı Altında Toplanan Tutarların Ödenmesi Hakkında Kanun'un; 1) 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 2) 6. maddesiyle, 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 124. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasında yer alan "…yıllık gider hesapları ile harcamalarının…" ibaresinin, 3) Geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü tümcesinin, 4) Geçici 2. maddesinin, Anayasa'nın 2., 11., 73. ve 160. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2010/50	2007/77	İPT	893

5728	Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1) 25. maddesi ile değiştirilen 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, 2) 29. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, 3) 167. maddesi ile değiştirilen 18.12.1953 günlü, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 4. maddesinin (A) fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, 4) 181. maddesi ile değiştirilen 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 6. maddesinin (a) fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlar,..." bölümünün, 5) 273. maddesi ile değiştirilen 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 87. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 6) 317. maddesi ile değiştirilen 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) numaralı alt bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 7) 326. maddesi ile değiştirilen 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 8) 338. maddesi ile değiştirilen 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 56. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 9) 369. maddesi ile değiştirilen 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 33. maddesinin (f) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 10) 370. maddesi ile değiştirilen 2499 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin "...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,..." bölümünün, 11) 384. maddesi ile değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının "...milli	2010/44	2008/17	İPT	805

	savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,...” bölümünün, 12) 387. maddesi ile değiştirilen 5.5.1983 günlü, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu’nun 56. maddesinin (4) numaralı bendinin “...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,...” bölümünün, 13) 430. maddesi ile değiştirilen 14.10.1983 günlü, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu’nun 18. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin “...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar veya casusluk suçlarından,...” bölümünün, 14) 440. maddesi ile değiştirilen 7.6.1985 günlü, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu’nun 33. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin “...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,...” bölümünün, 15) 485. maddesi ile değiştirilen 28.3.2001 günlü, 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu’nun 8. maddesinin dördüncü fıkrasının (g) bendinin (3) numaralı alt bendinin “...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,...” bölümünün, 16) 538. maddesi ile değiştirilen 18.5.2004 günlü, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu’nun 74. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin “...milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk,...” bölümünün, 17) 545. maddesi ile değiştirilen 10.6.2004 günlü, 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun’un 10. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin “...kamunun sağlığına karşı suçlar,...” bölümünün, Anayasa’nın 2., 5., 10., 13., 49., 70. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi				
5763	İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un; 1) 2. maddesiyle değiştirilen 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 30. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci tümcesinin, 2) 19. maddesiyle 25.8.1999 günlü, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu’na eklenen Geçici 6. maddenin, 3) 32. maddesiyle 9.1.1985 günlü, 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’un 29. maddesine eklenen fıkranın “Genel müdür ve eşdeğer ve/veya daha üst görevde bulunanlar” yönünden, Anayasa’nın 2., 10., 60. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2010/26	2008/57	İPT	653

5811	Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2010/85	2008/116	İPT	1059
5828	2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun; A- 28. maddesinin, B- 29. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin, 2- (2) numaralı fıkrasının, 3- (4) numaralı fıkrasının, 4- (9) numaralı fıkrasının, 5- (10) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 11., 87., 88., 89., 127. ve 161. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2010/56	2009/10	İPT	951
5846	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 3.3.2004 günlü, 5101 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin onikinci fıkrasının "Mahallerde kullanılan ve/veya iletimi yapılan eser, icra, fonogram, yapım ve yayınlar üzerinde hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişiler, bunların kullanımına ve/veya iletimine ilişkin ödemelerin yapılmasını ancak yetki verdikleri meslek birlikleri aracılığıyla talep edebilirler." şeklindeki ilk tümcesinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/48	2007/33	İTZ	867
5982	"Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un; A) Kanun teklifinin getirilmesi, Anayasa Komisyonunda görüşülmesi, TBMM Genel Kurulunda görüşülüp oylanması, ivedilikle görüşülme yasağı ve yöneldiği amaç bakımından tüm maddelerinin; B) Ayrıca özel Anayasaya aykırılık nedenleriyle de: 1- 8. maddesiyle 7.11.1982 günlü, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 74. maddesine, üçüncü fıkrasını yürürlükten kaldırılarak eklendiği ifade edilen; madde başlığında yer alan "… ve kamu denetçisine başvurma…" ibaresinin ve üçüncü fıkrada yer alan "… ve kamu denetçisine başvurma… " ibaresi ile dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının, 2- 14. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 144. maddesinin, 3- 16. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 146. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 4- 19. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 149. maddesinin a- Birinci fıkrasının "Bölümler ve Genel Kurul, kararlarını salt çoğunlukla alır." Biçimindeki dördüncü tümcesinin, b- Üçüncü fıkrasının, 5- 22. maddesiyle değiştirilen, Anayasa'nın 159. maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci, altıncı, yedinci, sekizinci, dokuzuncu, onuncu, onbirinci, onikinci, onüçüncü fıkralarının, 6- 25. maddesiyle Anayasa'ya eklenen; a- Geçici Madde 18'in birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının, b- Geçici Madde 19'un birinci fıkrasının (a), (b), (c), (ç), (d),	2010/87	2010/49	İPT	1069

	(e) bendlerinin, ikinci fıkrasının, üçüncü fıkrasının, dördüncü fıkrasının, altıncı fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinin, yedinci ve sekizinci fıkralarının, 7- 26. maddesinde yer alan "…ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle… " ibaresinin, Anayasa'nın 2., 4., 87. ve 175. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi				
6136	Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 156. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 36., 37. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/42	2008/99	İTZ	785

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2010/21	2008/70	İİD	637
2010/23	2009/20	İİD	645
2010/26	2008/57	İİD	653
2010/27	2006/23	İİD	683
2010/28	2007/83	İİD	699
2010/29	2008/27	İİD	711
2010/30	2008/28	İİD	723
2010/31	2008/112	İİD	737
2010/33	2007/98	İİD	747
2010/39	2008/38	İİD	759
2010/40	2008/75	İİD	767
2010/41	2008/55	İİD	777
2010/42	2008/99	İİD	785
2010/43	2007/65	İİD	791
2010/44	2008/17	İİD	805
2010/45	2010/18	İİD	851
2010/47	2006/159	İİD	857
2010/48	2007/33	İİD	867
2010/49	2007/50	İİD	879
2010/50	2007/77	İİD	893
2010/51	2008/14	İİD	911
2010/53	2008/114	İİD	923
2010/54	2008/91	İİD	933
2010/55	2008/110	İİD	939
2010/56	2009/10	İİD	951

* **İİD:** İptal ve İtiraz Davası

2010/65	2009/18	İİD	971
2010/66	2009/29	İİD	979
2010/70	2010/48	İİD	991
2010/72	2009/34	İİD	993
2010/73	2009/51	İİD	1003
2010/76	2007/38	İİD	1011
2010/77	2008/77	İİD	1023
2010/78	2009/33	İİD	1037
2010/79	2009/69	İİD	1045
2010/84	2008/50	İİD	1051
2010/85	2008/116	İİD	1059
2010/87	2010/49	İİD	1069

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2006/23	2010/27	İİD	683
2006/159	2010/47	İİD	857
2007/33	2010/48	İİD	867
2007/38	2010/76	İİD	1011
2007/50	2010/49	İİD	879
2007/65	2010/43	İİD	791
2007/77	2010/50	İİD	893
2007/83	2010/28	İİD	699
2007/98	2010/33	İİD	747
2008/14	2010/51	İİD	911
2008/17	2010/44	İİD	805
2008/27	2010/29	İİD	711
2008/28	2010/30	İİD	723
2008/38	2010/39	İİD	759
2008/50	2010/84	İİD	1051
2008/55	2010/41	İİD	777
2008/57	2010/26	İİD	653
2008/70	2010/21	İİD	637
2008/75	2010/40	İİD	767
2008/77	2010/77	İİD	1023
2008/91	2010/54	İİD	933
2008/99	2010/42	İİD	785
2008/110	2010/55	İİD	939
2008/112	2010/31	İİD	737
2008/114	2010/53	İİD	923
2008/116	2010/85	İİD	1059
2009/10	2010/56	İİD	951
2009/18	2010/65	İİD	971
2009/20	2010/23	İİD	645

2009/29	2010/66	İİD	979
2009/33	2010/78	İİD	1037
2009/34	2010/72	İİD	993
2009/51	2010/73	İİD	1003
2009/69	2010/79	İİD	1045
2010/18	2010/45	İİD	851
2010/48	2010/70	İİD	991
2010/49	2010/87	İİD	1069

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
28.04.2010	27565	2008/70	2010/21	İİD	637
28.04.2010	27565	2008/112	2010/31	İİD	737
28.04.2010	27565	2008/75	2010/40	İİD	767
18.05.2010	27585	2007/98	2010/33	İİD	747
18.05.2010	27585	2008/38	2010/39	İİD	759
18.05.2010	27585	2008/99	2010/42	İİD	785
18.05.2010	27585	2006/159	2010/47	İİD	757
18.05.2010	27585	2007/77	2010/50	İİD	893
22.06.2010	27619	2009/20	2010/23	İİD	645
22.06.2010	27619	2008/27	2010/29	İİD	711
22.06.2010	27619	2008/28	2010/30	İİD	723
22.06.2010	27619	2008/55	2010/41	İİD	777
22.06.2010	27619	2007/65	2010/43	İİD	791
22.06.2010	27619	2010/18	2010/45	İİD	851
22.06.2010	27619	2007/33	2010/48	İİD	867
22.06.2010	27619	2008/14	2010/51	İİD	911
22.06.2010	27619	2008/91	2010/54	İİD	933
22.06.2010	27619	2008/110	2010/55	İİD	939
22.06.2010	27619	2009/10	2010/56	İİD	951
06.07.2010	27633	2008/114	2010/53	İİD	923
07.07.2010	27634	2009/18	2010/65	İİD	971
07.07.2010	27634	2010/48	2010/70	İİD	991
01.08.2010	27659 (Mük.)	2010/49	2010/87	İİD	1069
22.10.2010	27737	2008/57	2010/26	İİD	653
22.10.2010	27737	2009/29	2010/66	İİD	979
22.10.2010	27737	2009/69	2010/79	İİD	1045
22.10.2010	27737	2008/50	2010/84	İİD	1051
23.10.2010	27738	2009/33	2010/78	İİD	1037
30.10.2010	27744	2007/83	2010/28	İİD	699
30.10.2010	27744	2007/38	2010/76	İİD	1011
30.10.2010	27744	2008/77	2010/77	İİD	1023
30.11.2010	27771	2008/116	2010/85	İİD	1059

01.12.2010	27772	2008/17	2010/44	İİD 805
02.12.2010	27773	2006/23	2010/27	İİD 683
02.12.2010	27773	2009/51	2010/73	İİD 1003
30.12.2010	27801	2007/50	2010/49	İİD 879
30.12.2010	27801	2009/34	2010/72	İİD 993

4- Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
28.01.2010	2008/70	2010/21	İİD	637
28.01.2010	2009/20	2010/23	İİD	645
04.02.2010	2008/57	2010/26	İİD	653
04.02.2010	2006/23	2010/27	İİD	683
04.02.2010	2007/83	2010/28	İİD	699
04.02.2010	2008/27	2010/29	İİD	711
04.02.2010	2008/28	2010/30	İİD	723
04.02.2010	2008/112	2010/31	İİD	737
04.02.2010	2007/98	2010/33	İİD	747
25.02.2010	2008/38	2010/39	İİD	759
25.02.2010	2008/75	2010/40	İİD	767
25.02.2010	2008/55	2010/41	İİD	777
25.02.2010	2008/99	2010/42	İİD	785
25.02.2010	2007/65	2010/43	İİD	791
25.02.2010	2008/17	2010/44	İİD	805
24.03.2010	2010/18	2010/45	İİD	851
24.03.2010	2006/159	2010/47	İİD	857
24.03.2010	2007/33	2010/48	İİD	867
24.03.2010	2007/50	2010/49	İİD	879
24.03.2010	2007/77	2010/50	İİD	893
24.03.2010	2008/14	2010/51	İİD	911
01.04.2010	2008/114	2010/53	İİD	923
01.04.2010	2008/91	2010/54	İİD	933
01.04.2010	2008/110	2010/55	İİD	939
01.04.2010	2009/10	2010/56	İİD	951
13.05.2010	2009/18	2010/65	İİD	971
13.05.2010	2009/29	2010/66	İİD	979
20.05.2010	2010/48	2010/70	İİD	991
20.05.2010	2009/34	2010/72	İİD	993
20.05.2010	2009/51	2010/73	İİD	1003
03.06.2010	2007/38	2010/76	İİD	1011

03.06.2010	2008/77	2010/77	İİD	1023
03.06.2010	2009/33	2010/78	İİD	1037
03.06.2010	2009/69	2010/79	İİD	1045
24.06.2010	2008/50	2010/84	İİD	1051
24.06.2010	2008/116	2010/85	İİD	1059
07.07.2010	2010/49	2010/87	İİD	1069

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 865, 1018, 1156, 1158, 1160, 1221

m. 1: 1154, 1155, 1197, 1214, 1215, 1225, 1237

m. 2: 643, 644, 651, 666, 667, 668, 670, 672, 673, 674, 680, 682, 691, 692, 694, 697, 707, 708, 710, 755, 758, 763, 765, 782, 783, 788, 789, 800, 801, 802, 841, 842, 843, 850, 887, 888, 890, 905, 906, 908, 909, 927, 929, 930, 931, 932, 936, 937, 946, 949, 976, 977, 984, 985, 986, 988, 989, 999, 1000, 1001, 1007, 1009, 1018, 1019, 1028, 1031, 1035, 1036, 1043, 1044, 1049, 1050, 1055, 1056, 1057, 1064, 1066, 1147, 1153, 1154, 1155, 1160, 1163, 1164, 1173, 1181, 1183, 1187, 1191, 1192, 1195, 1196, 1197, 1199, 1205, 1206, 1214, 1215, 1221, 1222, 1225, 1226, 1233, 1236, 1237

m. 3: 1154, 1155, 1214, 1215, 1225, 1237

m. 4: 1147, 1153, 1154, 1155, 1182, 1187, 1197, 1199, 1201, 1205, 1213, 1214, 1215, 1219, 1221, 1222, 1224, 1225, 1229, 1233, 1234, 1235, 1236, 1237

m. 5: 691, 692, 694, 841, 843, 865, 930, 946, 949, 1000, 1055, 1057, 1202

m. 6: 801, 802, 887, 888, 890, 1153, 1179, 1214, 1216, 1227

m. 7: 801, 802, 887, 888, 890, 1035, 1043, 1044

m. 8: 801, 802, 887, 888, 890

m. 9: 763, 765, 1028, 1031, 1217

m. 10: 643, 651, 666, 669, 674, 675, 678, 680, 691, 692, 694, 697, 763, 765, 788, 789, 841, 843, 864, 865, 936, 937, 946, 947, 949, 976, 977, 984, 986, 999, 1000, 1001, 1225

m. 11: 763, 765, 800, 801, 802, 887, 888, 890, 905, 906, 908, 909, 1018, 1179, 1182

m. 12: 865, 1035, 1043, 1044

m. 13: 841, 843, 875, 876, 1028, 1031, 1043, 1044

m. 17: 755, 756, 758, 865

m. 19: 643, 644, 936, 937

m. 20: 865

m. 31: 1035

---

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir

m. 35: 865
m. 36: 691, 693, 694, 696, 697, 743, 744, 763, 764, 765, 788, 789, 875, 876, 999, 1000, 1001, 1028, 1031, 1034, 1036, 1047, 1048, 1050
m. 37: 763, 765, 788, 789
m. 38: 643, 644, 755, 756, 757, 782, 783, 788, 789, 920, 921, 1007, 1009
m. 40: 1035
m. 41: 865
m. 42: 1019, 1225
m. 48: 800, 801, 989
m. 49: 841, 843, 1043, 1044
m. 60: 670, 672, 673, 682
m. 70: 841, 843
m. 73: 908, 946, 947, 949, 1064, 1065, 1066
m. 74: 1155, 1174
m. 85: 1152
m. 87: 651, 772, 775, 963, 965, 966, 967
m. 88: 772, 773, 775, 964, 965, 966, 967, 1148, 1204
m. 89: 772, 773, 775, 964, 965, 966, 967, 1186
m. 90: 670, 674, 841, 843
m. 93: 1204
m. 96: 1181
m. 98: 1158
m. 99: 1158
m. 100: 1158
m. 101: 1190
m. 114: 1035
m. 123: 715, 717, 718, 721, 722, 727, 729, 730, 735
m. 125: 691, 693, 694, 743, 744, 1028, 1029, 1030, 1031, 1032, 1033, 1034, 1035, 1036
m. 127: 716, 717, 718, 720, 721, 722, 728, 729, 730, 733, 735
m. 128: 1043, 1044
m. 130: 772, 775
m. 132: 1035
m. 135: 888, 889, 890
m. 138: 936, 937, 1028, 1031, 1032, 1033, 1048, 1049, 1050, 1200, 1217
m. 139: 1200, 1217
m. 140: 1200
m. 142: 692, 693, 694, 763, 765, 1033
m. 143: 1166

m. 144: 1159, 1174
m. 145: 1160
m. 146: 1159, 1160, 1161, 1162, 1174, 1187, 1189, 1191, 1192, 1198, 1201, 1217, 1219, 1222
m. 148: 1148, 1149, 1150, 1153, 1154, 1169, 1173, 1178, 1179, 1182, 1185, 1186, 1197, 1201, 1202, 1203, 1204, 1205, 1206, 1213, 1215, 1221, 1222, 1224, 1226, 1229, 1231, 1233, 1234, 1235, 1237
m. 149: 1163, 1175
m. 152: 763, 765, 853, 854, 992
m. 153: 675, 676, 678, 718, 719, 731, 732, 845, 847, 1198, 1205, 1227
m. 155: 695, 1034, 1152
m. 159: 1164, 1165, 1166, 1167, 1168, 1169, 1170, 1175, 1192, 1193, 1199, 1200, 1201, 1219, 1221, 1222
m. 160: 906, 907, 908, 909, 1189
m. 161: 772, 773, 774, 775, 776, 964, 965, 966, 967
m. 162: 773, 964
m. 163: 773, 964
m. 175: 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1173, 1180, 1184, 1185, 1186, 1195, 1196, 1197, 1202, 1204, 1205, 1213, 1214, 1215, 1222, 1223, 1229, 1230, 1231, 1232, 1233, 1234, 1236
Geçici 18. m: 1171, 1176, 1187, 1192, 1201, 1222
Geçici 19. m: 1171, 1172, 1177, 1192, 1194, 1201, 1222