ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 48
1. Cilt

2011

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-38-4

2011 yılında Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararlarının özgün şekliyle yer aldığı bu dergide, sınıflandırma "karar numarasına" göre yapılmıştır.

Yayın Kurulu
Alparslan ALTAN (Başkanvekili)
Engin YILDIRIM (Üye)
Nuri NECİPOĞLU (Üye)

Kitabı Yayıma Hazırlayan
Aydın SARIKAYA Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

İletişim ve İstem Adresi
Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Yolu Serpmeleri No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 74 59-68
Faks : (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

Tayfun Medya Tanıtım
Matbaa Yayıncılık Ltd. Şti.
Telefon : (312) 285 14 10
Faks : (312) 285 14 12
www.tayfunmedya.com.tr

Baskı Tarihi
Mayıs 2012

Dizinler

I- Alfabetik İndeks 645
II- Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 653
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 659
IV- Anayasa Maddeleri Dizini 665

Esas Sayısı : 2004/85

Karar Sayısı : 2009/8 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 2.6.2009

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Haluk KOÇ ve Orhan ERASLAN ile birlikte 118 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 14.7.2004 günlü, 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "… ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya …" ibaresinin, Anayasa'nın 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu ile ekleri, iptali istenilen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

14.7.2004 günlü, 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "… ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya …" ibaresi;

1- "Sağlık Bakanlığı kullanımında bulunan diğer taşınmazlar" yönünden, 2.6.2009 günlü, E. 2004/85, K. 2009/69 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal

kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- "Sağlık Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar" yönünden, 2.6.2009 günlü, E. 2004/85, K. 2009/69 sayılı kararla reddedildiğinden, YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

2.6.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/85

Karar Sayısı : 2009/69

Karar Günü : 2.6.2009

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Haluk KOÇ ve Orhan ERASLAN ile birlikte 120 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 14.7.2004 günlü, 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 2'nin birinci fıkrasında yer alan "ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya" ibaresinin Anayasa'nın 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

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

"14.7.2004 tarih ve 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun birinci maddesi ile 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek Madde 2'nin birinci fıkrasındaki "ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya" ibaresine madde metninde yer verilmesinin Anayasaya Aykırılığı

2.7.2004 tarih ve 92 K. No.lu TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporunda da, "Taşınmazların satışının 1050 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinden istisna tutulmasının uygun bir düzenleme olmadığı" belirtilmiş olmasına karşın Anayasanın 35 inci maddesine aykırı olarak söz konusu ibareye Ek Madde 2'de yer verilmiştir.

Anayasa'nın 35 inci maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

hükmü yer almaktadır. Anayasanın bu maddesi, mülkiyet hakkını Anayasal bir kurum olarak düzenlemekte ve Anayasal güvenceye bağlamaktadır. Bu maddeye göre, herkes mülkiyet hakkına sahiptir; bu hak kamu yararı amacıyla yasa ile sınırlanabilir ve bu hakkın kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Hazine taşınmazlarının satılması, kamu mülkiyeti konusunda sınırlama getirmektedir. Bu satışa ilişkin usul ve esasların yasa ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 35 inci maddesinin gereğidir. Anayasa'nın 35 inci maddesinin kişiler için öngördüğü güvenceden malik sıfatıyla devletin ve diğer kamu kuruluşlarının yararlanması doğaldır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 27.11.1997 tarihli ve E. 1997/37, K. 1997/69 sayılı Kararında,

"Anayasa'nın mülkiyet hakkını güvenceye alan 35. maddesine göre, herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Bu hak, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir ve kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Mülkiyet hakkı başkasına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, kişinin, bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanma biçimini değiştirme, harcama ve tüketme yetkilerini kapsar. Özel mülkiyet gibi, kamu mülkiyeti de Anayasa'nın 35. maddesinin güvencesi altındadır. Zira, özel mülkiyeti güvenceye alan Anayasa'nın, kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. 35. maddeye göre, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlanabilir."

denilmiştir. Görüldüğü üzere özel mülkiyet için Anayasanın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz. Bu nedenle, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, Anayasanın 35 inci maddesinin getirdiği bir zorunluluktur. Bu zorunluluk Devlete ait taşınmazlar yönünden, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesi ile yerine getirilmiştir.

1050 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi Hazineye ait taşınmazların satışında genel bir kural getirmiştir. Bu kurala göre değeri belli tutarların

üzerinde olan Hazine taşınmazları, ancak Bakanlar Kurulu Kararı veya yasa ile satılabilir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile de 1.1.2005 tarihinden itibaren yeni bir sistemin yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, söz konusu Ek Madde 2 hükmü ile bu madde kapsamındaki Hazine taşınmazlarının satışında, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesinin devre dışı bırakılması Anayasanın 35 inci maddesinin getirdiği kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi zorunluluğuna uyulmaması demektir ki, bu da Anayasanın mezkur maddesine açıkça aykırılık teşkil edecektir.

Diğer taraftan bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 3.6.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 14.7.2004 tarih ve 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun birinci maddesi ile 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek Madde 2'nin birinci fıkrasında "ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya" ibaresine yer verilmesi Anayasanın 11 inci ve 35 inci maddelerine aykırı olduğundan bu ibarenin iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

14.7.2004 tarih ve 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun birinci maddesi ile 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek Madde 2'nin birinci fıkrasında; madde kapsamındaki Hazine taşınmazlarının satışı konusunda, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın Maliye Bakanı yetkili kılınmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında, kamu varlıklarının satışı konusunda "yasa ile yetkilendirme"nin, "yasa ile düzenleme" anlamına gelmediğinin belirtilmiş olmasına karşın, Anayasaya aykırı bir şekilde Maliye Bakanına sınırsız yetki verilmiş; hangi nitelikleri taşıyan taşınmazların hangi hallerde satılabileceği konusunda bir belirleme yapılmadığı gibi, ölçüt de konulmamıştır. Söz konusu hükmün iptali istenen ibareyi de kapsayacak şekilde uygulanması halinde giderilmesi

güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğabileceğinden iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğün durdurulması isteminde bulunulmuştur.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

14.7.2004 tarih ve 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun birinci maddesi ile 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek Madde 2'nin birinci fıkrasında "ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya" ibaresine yer verilmesi, Anayasanın 11 inci ve 35 inci maddelerine aykırı olduğu için söz konusu ibarenin iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralı

5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1. maddesi ile 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen ve iptali istenen ibareleri de içeren Ek Madde 2 şöyledir:

"Sağlık Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar ile Sağlık Bakanlığı kullanımında bulunan diğer taşınmazlardan gerekli görülenlerin mülkiyetinin Hazineye bedelsiz devrinden sonra, Sağlık Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsisleri kaldırmaya ***ve 1050 sayılı Muhasebeyi Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya*** Maliye Bakanı yetkilidir.

Satış bedelleri bütçeye gelir kaydedilir. Sağlık kurum ve kuruluşlarının yapımı, onarımı ve donatımı ile tıbbi araç ve gereçlerin alımında kullanılmak üzere Sağlık Bakanlığı bütçesine gerekli ödenek öngörülür.

Bakanlığın kullanımı için şartlı bağış yapan kişilerin taşınmazları amacına yönelik kullanılmaması halinde kişilere iade edilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 11. ve 35. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 2. ve 7.maddeleri ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 15.9.2004 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 istenen yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

Dava konusu kural, hazineye ait kamu taşınmazlarından Sağlık Bakanlığına tahsisli olanların ve Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunanların satışı konusundaki şartları düzenlemektedir.

Kamu malları, kamu idare ve kurumlarının gerek kamunun doğrudan kullanımına ayrılmış, gerekse nitelikleri gereği veya hizmetin amacına uygun düzenlenmiş olmak kaydıyla kamu hizmetine tahsis edilmiş (özgülenmiş) malların tümü olarak tanımlanabilir. Kamu mallarına ilişkin düzenlemeler, farklı işlevleri olan birçok mal türünü kapsamak zorunda olduğu için, farklı mal türleri bakımından çok sayıda istisna hükmü de içermektedir.

Öğretide kamu malları; hizmet malları, orta malları ve sahipsiz mallar olarak sınıflandırılmaktadır. Kamu hizmetlerine hizmetin parçasını oluşturacak şekilde tahsis edilmiş mallar hizmet mallarıdır. Üniversiteler, okullar, hastaneler, askerî koruganlar, haller, adliye binaları, belediye binaları, kütüphaneler, ceza evleri, hükümet konakları,

köy odaları bu anlamda hizmet malları olarak kabul edilmektedir. Ortak ve genel bir yararlanmaya tabi olan malların ise orta mallarını oluşturmaktadır. Sahipsiz mallar ise hukuki rejim bakımından birçok farklılıklar içeren, taşıdıkları farklı önemler nedeniyle, kamu malı statüsüne sokulmuş birbirleriyle ortak noktaları az olan mal kategorileridir.

Uygulamada ve mevzuatta ise kamu malları teriminin daha çok taşınmaz mallar için kullanılması nedeniyle, kamu taşınmazları Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan veya Hazineye tahsisli taşınmaz mallar ile devletin hüküm ve tasarrufunda bulunan yerleri ifade etmektedir.

Tahsis, 26.5.1927 tarih ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 23. maddesi ile mevzuatımıza girmiştir. Maddede devlete ait tüm taşınmaz malların tapu idaresince hazine adına tescil ve Maliye ve Gümrük Bakanlığınca yönetileceği belirtildikten sonra, bunlardan bir daireye özgülenmesi gerekenlerin o daireye kullanıldıkları sürece ücretsiz verilebileceği öngörülmektedir. 1050 sayılı Kanunun 23. maddesinde belirtildiği üzere Hazine adına tescilli taşınmaz malların tahsisi işlemi için Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Tahsis işlemi ancak konulurken kullanılan yönteme bağlı olarak kaldırılabilir.

İptali istenilen kuralın kapsamına, Sağlık Bakanlığı'na tahsisli bulunan Hazine adına kayıtlı taşınmazlar ve Bakanlığın kullanımında bulunan taşınmazlar girmektedir. Kuralla, Maliye Bakanı 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 24. maddesine bağlı olmaksızın anılan taşınmazları satışa yetkili kılınmaktadır.

1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 23., 24. ve 25. maddelerinde, kamuya ait taşınmaz malların yönetimine ve satışına ilişkin temel düzenlemeler getirilmiştir. Adı geçen Kanun'un 23. maddesine göre, genel bütçe kapsamındaki kamu kurumlarının taşınmazları hazine adına tescil edildiğinden, özel kanunlarla verilen yetkiler dışında, Hazine malları konusunda genel yetkili kuruluş Maliye Bakanlığıdır. 1050 sayılı Kanun, 24.12.2003 günlü ve 25326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 10.12.2003 günlü, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 81. maddesi gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. 5018 sayılı Kanun'un Geçici 9. maddesine göre diğer

kanunlarla 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununa yapılan atıflar, 5018 sayılı Kanun'a yapılmış sayılmaktadır.

5018 sayılı Kanun'un 44. maddesine göre, genel yönetim kapsamındaki tüm kamu idareleri, yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre taşınır - taşınmaz mal edinebilirler ve tasarrufta bulunabilirler. Aynı maddede bunlar üzerindeki her türlü yönetim, değerlendirme, tasarruf ve elden çıkarma işlemlerinin de ilgili kanunlarında düzenleneceği belirtilmiştir. Yasa'nın 45. maddesinde ise, yine genel yönetim kapsamında yer alan kamu idarelerinin her türlü taşınmaz ve taşınır malı elde edebilecekleri veya bedelsiz başka kamu kurumlarına tahsis edebilecekleri hükme bağlanmıştır. Ancak, özel bir düzenleme niteliğinde olan Yasa'nın 46. maddesinde, değeri bütçeyle belirlenen bir limitin altında kalan genel bütçe kapsamında yer alan kamu kurumlarının mülkiyetindeki malların satış yetkisi Maliye Bakanlığına, diğer kamu kurumlarının taşınır-taşınmaz mallarını elden çıkarma yetkisi ise özel kanunlarında belirlenmiş yetkili organlara bırakılmıştır. Ayrıca ister genel bütçe, ister katma bütçe kapsamındaki kamu kurumlarının, bütçe kanunda belirlenen sınırlar üstünde kalan taşınmaz mallarının satış yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru dilekçesinde, Anayasa'nın 35. maddesinin kişiler için öngördüğü güvenceden malik sıfatıyla devletin ve diğer kamu kuruluşlarının yararlanmasının doğal olduğu, özel mülkiyet için Anayasa'nın getirdiği koruma ve güvencenin kamu mülkiyeti için de geçerli olduğu, kamu mülkiyetinin sona erdirilmesine ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi zorunluluğunun, Devlete ait taşınmazlar yönünden, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 24. maddesi ile yerine getirildiği, bu nedenle Hazine taşınmazlarının satışında, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 24. maddesinin devre dışı bırakılmasına olanak veren kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasa'nın 11. maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracağı ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, Sağlık Bakanlığına tahsisli olan veya kullanımında bulunan taşınmazların satışı konusundaki şartları düzenlemekte, hazine taşınmazlarının satışına hâkim olan 1050 sayılı

Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 24. maddesine bir istisna teşkil etmektedir.

Kamu mallarının elde edilmesi, tasarrufu, korunması ve elden çıkarılmasında gerek Anayasa'da ve yasalarda gerekse uygulamada özel ilkeler benimsenmiştir. İstisnaları olmakla birlikte, kamu mallarının zamanaşımı ile kazanılamayacağı, kamu malı statüsünü kaybetmedikçe özel mülkiyete konu olamayacağı, devredilemeyeceği, kamu mallarının haczedilemeyeceği ilkeleri ve kamu mallarının bazı hallerde özel bir korumaya tâbi tutulması, kamu mallarına hâkim olan ve özel mülkiyetin korunmasından kimi noktalarda ayrılan bir koruma rejiminin olduğunu göstermektedir.

Dava konusu kuralı içeren 5220 sayılı Yasa'nın metni ve gerekçesi incelendiğinde, Hazineye ait ancak Sağlık Bakanlığına tahsisli taşınmazlar ve Sağlık Bakanlığı'nın kullanımındaki taşınmazlar olmak üzere satılması öngörülen iki tür taşınmazdan söz edildiği görülmektedir:

1- "Sağlık Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar" yönünden

Anayasa'da Hazineye ait veya kamu kurumlarına tahsisli kamu mallarının satışına ilişkin ilkelere açıkça yer verilmemiştir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesince, Anayasal sınırlar çerçevesinde kamu taşınmazlarının satışına ilişkin yasal düzenleme yapılmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Yasakoyucu, kimi zaman hukuki ve fiili eşitliği sağlamak kimi zaman da kamu yararını korumak veya kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak amacıyla temel yasalardaki prensiplere istisna teşkil eden düzenlemeler yapabilir. Ülkede uygulama birliğinin ve mâli disiplinin sağlanması açısından, temel yasalarda yer alan hükümlerle çatışmayan yasal düzenlemelerin yapılması ise yasakoyucunun takdirinde kalan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

2- "Sağlık Bakanlığı kullanımında bulunan diğer taşınmazlar" yönünden

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 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, 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 verdiğini bilmelidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 7. maddesinde "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık

durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Kural kapsamına giren Hazine'ye ait taşınmazlar hangi kuruma tahsis edilmişse, bunlar üzerindeki tahsisin usulünce kaldırılmasında veya Anayasa ve yasalardaki sınırlar içinde bu taşınmazların satılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır. Ancak kural "Sağlık Bakanlığı'nın kullanımındaki taşınmazlar" yönünden incelendiğinde, satışı hukuken mümkün olsun olmasın her türlü taşınmazı kapsaması nedeniyle belirsiz olduğu ortaya çıkmaktadır. Zira, tahsisle sadece devletin özel mülkiyetindeki mallar değil, aynı zamanda özel mülkiyete konu olamayacak kamu mallarının da kamu tüzel kişilerinin kullanımına verilmesi mümkündür. Kuralda herhangi bir ayırım yapılmadığından, satışı mümkün olsun olmasın Sağlık Bakanlığı'nın kullanımındaki her türlü taşınmazın satışının mümkün hale geldiği sonucu çıkmaktadır. Satılması öngörülen taşınmazlardan Sağlık Bakanlığı'nın kullanımındaki taşınmazların hukuki konumu, tabi olacağı hukuki koruma ve kurallar belirsiz olup bunların Yasa'da açıkça gösterilmesi gerekir.

Belirtilen nedenlerle, kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 11. ve 35. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "… ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya …" ibaresi;

1- "Sağlık Bakanlığı kullanımında bulunan diğer taşınmazlar" yönünden, 2.6.2009 günlü, E. 2004/85, K. 2009/69 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarenin uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- "Sağlık Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar" yönünden, 2.6.2009 günlü, E. 2004/85, K. 2009/69 sayılı kararla reddedildiğinden, YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

2.6.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

14.7.2004 günlü, 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "… ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya …" ibaresinin;

1- "Sağlık Bakanlığı kullanımında bulunan diğer taşınmazlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- "Sağlık Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, A. Necmi ÖZLER ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2.6.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

14.7.2004 günlü, 5220 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "… ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya …" ibaresi; "Sağlık Bakanlığı kullanımında bulunan diğer taşınmazlar" yönünden Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez" denilmektedir. Buna göre, yasa ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesi olanaklı değildir.

Ancak bu kural, ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu dikkate alındığında, yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılmasına engel değildir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir.

Yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi gereği yasa koyucu "genel ve soyut" nitelikli düzenlemelerini, yasa uygulamalarını içerecek düzeyde veya yönetmelikleri gereksiz kılacak somutlukta gerçekleştirebilir.

Ancak, bu husus yasamanın takdirinde olup, anayasal bir zorunluluk değildir. Gittikçe gelişen ve farklılaşan toplumsal yaşam, gittikçe artan oranda hızlı karar mekanizmalarına gereksinim doğurmaktadır.

Bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı yönünün bulunmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmadık.

Başkan	Üye
Haşim KILIÇ	Sacit ADALI

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu ibarenin kapsamının belirlenmesi, maddenin birinci fıkrasının tamamının değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu bağlamda anılan fıkra incelendiğinde, 5220 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen ve iptali istenilen ibarenin de yer aldığı Ek 2. maddede iptal kararına konu olan taşınmazlar dışındaki Sağlık Bakanlığı'na tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlar hususunda da Maliye Bakanı'na tanınan yetkinin sınırsız olduğu, tüm kamu taşınmazlarının satışı bakımından gerekli olan 1050 sayılı Yasa'nın 24. maddesinin (daha sonra yapılan yasal düzenlemeyle onun yerini alan 5018 sayılı Yasa'nın 46. maddesi) dikkate alınmayacağı anlaşılmaktadır.

Satışına gerek görülen taşımazlarla ilgili daha somut ve objektif kriterlere yer verilmesi hukuk devleti ilkesinin tabii bir gereği olmalıdır. Bu nedenle, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşen kuralın anılan taşınmazlar yönünden de iptali gerektiği değerlendirildiğinden, ret yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadık.

Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY

Sağlık Bakanlığı'na tahsisli Hazine mülkiyetli taşınmaz ile Sağlık Bakanlığı kullanımındaki diğer taşınmazların satışında Maliye Bakanlığı'na 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu'nun 24. maddesine bağlı olmaksızın, yetki veren yasa kuralının gayrimenkullerin nitelik ve satış hallerine ölçüt getirmediği için belirsizlik içerip keyfi yetki kullanımına olanak verdiği ve de 1050 sayılı Yasa'nın 24. maddesinin kamu mülkiyetinin sona ermesinde getirdiği koruma ve güven ilkelerini ortadan kaldırılmış olduğu nedeniyle Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilmiştir.

A) Usül Yönünden:

İptali istenilen yasa hükmünde yer alan 1050 sayılı Yasa 1.1.2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır.

Öncelikle Anayasa Mahkemesi hükümleri geriye yürümeyeceği için dava dosyasının görüldüğü 2.6.2005 tarihinde yürürlükte bulunmayan bir mevzuata (1050/24) atıfta bulunarak getirilen kural (5520 sayılı Kanun ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na ek 2 madde) yönünden karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir idi.

B) Esas Yönünden:

Çoğunluğun esasın incelenmesi gerektiği kararı nedeniyle yapılan esas incelemesi sonucunda ise "Sağlık Bakanlığı kullanımında bulunan diğer taşınmazlar" yönünden kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu görüşüne aşağıdaki gerekçeler ile katılınmamıştır.

Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkı koruma ve güvence altına alınmış, ancak hakkın kamu yararı amacı ile yasa ile sınırlanabileceği söylenmiştir.

İptali istenilen kuralda ise, 1050 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde yer alan hükme bağlı olmama yetkisi bir sınırlamayı ortadan kaldıran bir düzenleme gibi görülmüş, 1050 sayılı Yasa'nın 24. maddesine anayasal bir değer atfedilmiş ve kuralın bu madde yönünden denetlenmesinin istendiği görülmüştür.

1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu anayasal norm olmadığı ve de iptali istenen yasa kuralını Yasa ile denetlemeyeceğimizden, dayanak alınmayan 1050/24 madde hükmünün mutlak değerine anayasal norm gücü vermek mümkün değildir. Mülkiyet hakkını korumaya alıp güvence veren madde Anayasa'nın 35. maddesi olup, 1050/24 madde ile getirilen kuralın bizatihi kendisinin bile değiştirilebileceği ve de bu kurala aykırı düzenleme yapılamayacağı söylenemeyeceğinden iptali istenen kuralda bu yönüyle Anayasa'ya aykırılık yoktur.

Ayrıca 1050 sayılı Yasa davadan sonra 1.1.2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış bulunduğundan kamu taşınmazlarının satışı esasları bu tarihten itibaren 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu konulmuş ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu disiplinleri kontrolüne geçmiştir.

3359 sayılı Kanunu'nun Ek 2. maddesinin çıkarılış amacının insan sağlığının öncelikli her türlü mülahaza üstü yeri ve önemi nedeniyle sağlık hizmetlerinde yaşanılan finans zorluklarının da aşılması, hizmetin tek elden planlanıp verilmesi ve etkili ve verimli şekilde yürütülmesini temin amacıyla, sağlık hizmetlerine tahsisli ve kullanımındaki taşınmazlarda fonksiyonelliğini yitirmiş olanların; gerek tahsisinin kaldırmasına gerekse de satışına gerekli yetkinin alınmasına ilişkin bir düzenleme olduğu kuralın genel gerekçesinde ve plan ve bütçe komisyon raporundan anlaşılmaktadır.

Madde de yer alan "Sağlık Bakanlığı kullanımındaki diğer taşınmazlar" ibaresi hazine mülkiyetindeki Sağlık Bakanlığına tahsisi taşınmazlar ibaresine nazaran, bir an için iddia gibi bir mülkiyet kavramı tartışması ve bu yönüyle hakka vaki yasal güvenceleri aşan bir müdahale ve satışı yönünden belirsizlik hali içeriyor kuşkusu vermektedir. Bu hal ise mülkiyet hukuku ve içinde kamu mallarının kategorisinin nitelikli açıklamasını gerekli kılmaktadır.

Hazine'ye ait bir taşınmazın kime tahsisli olursa olsun anayasal ve yasal sınırlar içinde tahsisinin kaldırılması ve satılmasında anayasal bir aykırılık bulunmadığına göre ibarede tahsisli kelimesinden ayrık olarak yer alan "kullanımında"ki kelimesi mülkiyet üzerinde sınırsız bir müdahale hakkı mı vermektedir?

Burada Anayasa'nın 35. maddesinin mutlak güvenceleri ortaya çıkmakta ve mülkiyet hak sahibini istisnai kamulaştırma ve devletleştirme hükümleri hariç koruyacağı bir üstün hak kuralı olarak durmaktadır.

İptali istenilen düzenleme, Sağlık Bakanlığı kullanımındaki taşınmazlar demekle, Sağlık Bakanlığı'nın hangi nitelikli mallarının satış kapsamına alındığını nesnel olarak belirlemekte, Yasa'nın amaçsal yorumuna baktığımızda da fonksiyonelliğini yitirmişler diyerek de objektif ölçüt getirdiği görülmektedir. Bu halde satılacak mal kapsamı yönünden bir belirsizlik ve ölçütsüzlük yoktur.

Kuralda, Sağlık Bakanlığı kullanımındakiler demeyle gayrimenkul mülkiyetinin Hazine'ye kayıtlı olanlar dışında özel hukuk kişilerine ait mallarının ya da İl Özel İdaresi, vakıf, dernek, belediye v.b. mülkiyet hak sahiplerine ait iken Sağlık Bakanlığı'nca kullanılanların iptali istenilen düzenleme ile satışının gerçekleşebileceğini düşünmek de Anayasa'nın 35. maddesinin mutlak korumasını yok saymaktadır.

Bir kamu kurumunca kullanılan malın ve yararlanma sebebinin hukuki niteliği ve akdi ilişkiyi yok sayan bir görüşle sadece "kullanımında" denildiği için gayrimenkul satışına izin verildiğinin sanılması hukuk devletinde olası değildir. O halde belirsizlik var denilemeyeceği için Anayasa'ya aykırılıkta yoktur. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2006/106

Karar Sayısı : 2009/124

Karar Günü : 1.10.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Marmaris 2. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU:

1- 3.7.2005 günlü, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesinin;

a) (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin,

b) (4) numaralı fıkrasının,

2- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrasının,

3- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

a) 253. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının,

b) 255. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 61., 73. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davada, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ve uzlaşmaya ilişkin itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa Aykırı Olduğu Düşülen Metinler ve Gerekçeleri:

A) 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunun 23. Maddesi

2. Fıkra (d) bendinde "Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi. Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi hâlinde, mahkemece takdir edilecek bir miktarda paranın bir defada Maliye veznesine yatırılması. Ancak bu koşul, çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması hâlinde aranmayabilir."

4. Fıkrasında "İkinci fıkranın (d) bendinde belirtilen koşulun yerine getirilememesi hâlinde; denetimli serbestlik süresince sanığa aşağıdaki yükümlülüklerden biri yüklenerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir:

a) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı, zararın, aylık taksitler hâlinde ödenerek tamamen giderilmesi.

b) Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi hâlinde, mahkemece takdir edilecek miktarda paranın aylık taksitler hâlinde Maliye veznesine yatırılması." hükümleri getirilmiştir.

Söz konusu metinlerin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmüştür. Şöyle ki;

1) Her suçta zarar doğma hali olmadığından, yine de zarar doğmuş gibi hareket edip tazmini yoluna gitmenin hukuka uygun düşmeyeceği; 18 yaşından küçüklerin velayet vesayet altında oldukları düşünüldüğünde, zararın giderilmesi halinin suça sürüklenen çocuğa değil, onun bakımını üstlenen veli veya vasinin insiyatifine bırakılmasına neden olacağından belirtilen maddelerin Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 36/1 maddesindeki adil yargılama ilkesine, 38/6 maddesindeki ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine, 61/4 maddesindeki korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması ilkesine aykırı olduğu,

2) Suça konu zararın giderilmesi için hukuk mahkemelerine dava açılması ve cebri icra yoluna gidilmesi halinde gerekli harç ve benzerlerinin alınması icap ettiği halde, ceza mahkemesi aracılığıyla tazmin halinde harç ve benzerleri alınmayıp devletin vergi zıyaı olacağından, belirtilen maddelerin Anayasanın 10. maddesindeki, kanun

önünde eşitlik ilkesine, 73. maddesindeki herkesin gücü ölçüsünde vergi vermesi ilkesine aykırı olduğu,

3) Ceza hukukuna ilişkin asıl mesele çözüldüğü halde sırf zarara ve tazminat miktarına ilişkin olarak gerekli tespit yapılması için yargılamaya devam edilip, özel hukuk alanına giren bir mesele nedeniyle ceza yargılamasının uzamasına sebebiyet verilebileceği, aylık taksitlendirme halinde herhangi bir kriter öngörülmediğinden, mahkemece örneğin 1000 eşit taksitte alınması gibi hüküm kurulabileceği, bu halde davanın gereksiz yere sürüncemede kalması sonucu ortaya çıkabileceğinden, belirtilen maddelerin Anayasanın 141/son maddesindeki yargılamanın en az giderle hızlı bir şekilde sonuçlandırılması ilkesine aykırı olduğu,

B) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 73/8 maddesinde;

"(8) Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir". hükmü getirilmiştir.

Söz konusu metinlerin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmüştür. Şöyle ki;

1) Uzlaşmanın failin suçu kabullenmesi şartına bağlı olmasının sanığın savunma hakkını kullanmasına engel olabileceği, sanığın suçlamayı kabul etmeyip ancak suçtan doğacak zararı gidermeyi kabul edeceği haller olabileceği; başlangıçta suçu kabul edip uzlaşma yoluna giden ve daha sonra uzlaşamayan sanığın bu psikolojik baskı altında savunmada bulunması halinde savunmanın gerçeği yansıtmayabileceği; sanığın 18 yaşından küçük olduğu da düşünüldüğünde psikolojik etkilenmesinin daha fazla olabileceğinden, belirtilen maddelerin Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. Maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine, 36/1 maddesindeki adil yargılama ilkesine, 38/5 maddesindeki hiç kimsenin kendisini suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaz ilkesine aykırı olduğu,

2) Suça konu zararın giderilmesi için hukuk mahkemelerine dava açılması ve cebri icra yoluna gidilmesi halinde gerekli harç ve

benzerlerinin alınması icap ettiği halde, ceza mahkemesi aracılığıyla tazmin halinde harç ve benzerleri alınmayıp devletin vergi zıyaı olacağından, belirtilen maddelerin Anayasanın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine, 73. maddesindeki herkesin gücü ölçüsünde vergi vermesi ilkesine aykırı olduğu,

C) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 253. maddesi 2 ve 3. fıkralarında:

(2) Fail, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddî ve manevî zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanunî temsilcisine bildirilir.

(3) Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez. hükümleri getirilmiştir.

Söz konusu metinlerin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmüştür. Şöyle ki;

1) Uzlaşmanın failin suçu kabullenmesi şartına bağlı olmasının sanığın savunma hakkını kullanmasına engel olabileceği, sanığın suçlamayı kabul etmeyip ancak suçtan doğacak zararı gidermeyi kabul edeceği haller olabileceği; başlangıçta suçu kabul edip uzlaşma yoluna giden ve daha sonra uzlaşamayan sanığın bu psikolojik baskı altında savunmada bulunması halinde savunmanın gerçeği yansıtmayabileceği; sanığın 18 yaşından küçük olduğu da düşünüldüğünde psikolojik etkilenmesinin daha fazla olabileceğinden, belirtilen maddelerin Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. Maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine, 36/1 maddesindeki adil yargılama ilkesine, 38/5 maddesindeki hiç kimsenin kendisini suçlayan beyanda bulunmaya zorlanamaz ilkesine aykırı olduğu,

2) Suça konu zararın giderilmesi için hukuk mahkemelerine dava açılması ve cebri icra yoluna gidilmesi halinde gerekli harç ve benzerlerinin alınması icap ettiği halde, ceza mahkemesi aracılığıyla tazmin halinde harç ve benzerleri alınmayıp devletin/vergi zıyaı olacağından, belirtilen maddelerin Anayasanın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine, 73. maddesindeki herkesin gücü ölçüsünde vergi vermesi ilkesine aykırı olduğu,

D) 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 255. Maddesi 1. fıkrasında,

"(1) Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır." hükmü getirilmiştir.

Söz konusu metinlerin Anayasaya aykırı olduğu düşünülmüştür. Şöyle ki;

1) Maddede sanıklardan birisinin tüm zararı ödemesi halinde bu sanığın uzlaşmadan yararlanacağı diğer sanığın yararlanamayacağı belirtildiği, sanıklardan birisinin uzlaşmasından sonra diğer sanığında uzlaşmayı kabul ettiğinde bu sanık tarafından giderilecek zarar kalmayacağı için, sanık hakkında uzlaşma hükümlerinin uygulanmasında sorun çıkabileceği, bu sanık tarafından da zarar giderildiğinde müştekinin aynı konuda birden fazla tazminat alıp haksız ve sebepsiz yere zenginleşmesi olabileceğinden, belirtilen maddelerin Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünülmüştür.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, belirtilen maddelerin Anayasaya aykırılıkları yönünden Anayasanın 152. maddesi uyarınca gerekli incelemenin Anayasa Mahkemesince yapılması saygıyla arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren 23. maddesi şöyledir:

"(1) Çocuğa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza, en çok üç yıla kadar (üç yıl dahil) hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

(2) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için gerekli koşullar şunlardır:

a) Çocuğun daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış bulunması.

b) Çocuğun yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaat gelmiş olması.

c) Çocuk hakkında, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları itibarıyla bir cezaya hükmedilmesine gerek görülmemesi.

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi. Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi halinde, mahkemece takdir edilecek bir miktarda paranın bir defada Maliye veznesine yatırılması. Ancak bu koşul, çocuğun ailesinin veya kendisinin ekonomik durumunun elverişli olmaması halinde aranmayabilir.

(3) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde, çocuk, beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulur. Bu süre içinde çocuğun bir eğitim kurumuna devam etmesine, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(4) İkinci fıkranın (d) bendinde belirtilen koşulun yerine getirilememesi halinde; denetimli serbestlik süresince sanığa aşağıdaki yükümlülüklerden biri yüklenerek, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir:

a) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesi.

b) Suçun işlenmesiyle kamunun uğradığı zarar miktarının belirlenememesi halinde, mahkemece takdir edilecek miktarda paranın aylık taksitler halinde Maliye veznesine yatırılması.

(5) Denetimli serbestlik süresi içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olmadığı ve yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, davanın düşmesine karar verilir.

(6) Çocuğun denetimli serbestlik süresi içinde işlediği hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeniyle mahkum olması veya yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklar. Ancak mahkeme, yükümlülüklerin yerine getirilme

durumunu göz önünde bulundurarak, çocuk hakkında belirlenen cezada yarı oranına kadar indirim yapabilir.

(7) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."

2. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrası aşağıdaki şekildedir:

«**Suçtan zarar göreni gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi ve doğmuş olan zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleri ile uzlaştıklarında ve bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir.**»

3. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren 253. ve 255. maddeleri aşağıdaki gibidir:

"**MADDE 253**.- (1) Cumhuriyet savcısı, yapılan soruşturmanın durumuna göre, kanunun uzlaşma yapılabilmesi olanağını verdiği hallerde, faili bu Kanunun öngördüğü usullere göre davet ederek suçtan dolayı sorumluluğunu kabul edip etmediğini sorar.

(2) Fail, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddi ve manevi zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanuni temsilcisine bildirilir.

(3) Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.

(4) Cumhuriyet Savcısı, fail ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarını sağlamak üzere, fail ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşamadıkları

takdirde, bir veya birden fazla avukatın uzlaştırıcı olarak görevlendirilmesini barodan ister.

(5) Uzlaştırıcı, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir. Uzlaştırma süresince zamanaşımı durur.

(6) Uzlaşma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması halinde uzlaştırma sırasında failin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılmaz.

(7) Uzlaştırıcı, yaptığı işlemleri ve uzlaşmayı sağlayıcı müdahalelerini belirten bir raporu on gün içinde ilgili Cumhuriyet savcısına sunar.

(8) Zarar, uzlaşmaya uygun olarak giderildiğinde ve uzlaştırma işleminin giderleri, fail tarafından ödendiğinde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. ”

“MADDE 255.- (1) Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa’nın 2., 10., 36., 38., 61., 73. ve 141. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün katılımlarıyla 17.7.2006 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Eldeki işle ilgili ilk inceleme kararından sonra, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun itiraz konusu kuralları içeren 23. maddesi, 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5560 sayılı Kanun'un 40. maddesi ile esaslı şekilde değiştirilmiş ve itiraz konusu kurallar yürürlükten kaldırılmıştır. Aynı şekilde, 5560 sayılı Kanun'un 45. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin itiraz konusu (8) numaralı fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu nedenle, Anayasa'nın 38., 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesi ve yerleşik yüksek mahkeme kararları dikkate alındığında itiraz konusu kurallarla yeni kurallardan hangisinin lehe olan yasa kuralı olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

5560 sayılı Kanun ile 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan değişikliklerle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ceza muhakemesinde herkesin yararlanabileceği genel bir kurum haline getirilmiş olmakla birlikte, uygulama alanı daraltılmış ve suça sürüklenen çocuklar yararına itiraz konusu kurallarda düzenlenen hükümlerin çoğu kaldırılmıştır. Zira, anılan bu düzenleme ile hükmün açıklanmasının ertelenmesi kurumunun sadece şikâyete tâbi suçlar açısından uygulanacağı öngörülmüş ve açıklanması ertelenecek hükümle verilecek hapis cezası miktarı 1 yılla sınırlandırılmıştır.

Aynı şekilde, uzlaşma kurumunun ilk kez ceza hukukumuza 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin itiraz konusu (8) numaralı fıkrası ile girmesi ve 5560 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılması karşısında, kuralın yürürlükten kaldırılmadan önceki halinin uzlaşmayı mümkün kılması nedeniyle sanık lehine olduğu ortaya çıkmaktadır.

Bu itibarla, itiraz konusu kuralların 5560 sayılı Yasa ile değişmeden önceki hallerinin sanık lehine olduğu ve bakılmakta olan davada

uygulanacak kural olduğu sonucuna varılarak, esasın incelenmesine geçilmiştir.

A- 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (d) Bendi ile (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, her suçtan zarar doğmadığı halde tazmin şartının öngörülmesine, zararın giderilmesi sorumluluğunun çocuğun velisinin veya vasisinin inisiyatifine bırakılmasına, suçtan doğan zararın tazminine ilişkin yargılamanın ceza mahkemelerince yerine getirilmesi nedeniyle vergi ve harç kaybının oluşmasına, zararın tazmini özel hukuka ilişkin bir mesele olduğu halde, ceza yargılamasında ele alınarak davanın gereksiz yere uzamasına olanak veren itiraz konusu kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 61. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kurallarla, ceza hukukunda suça sürüklenen çocuklar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin şartlar ve yöntem düzenlenmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonucunda mahkemede sanığın suçluluğu yönünde bir kanaat oluşmakla birlikte, ileriye yönelik bazı şartların sanık tarafından yerine getirilmesi halinde mahkûmiyet kararının açıklanmaması anlamını taşımaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu günümüzde Batı Avrupa ülkelerinin çoğunun ceza mevzuatında yer alan bir kurumdur. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avrupası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, önce Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Tabi tutulduğu denetim süresi içinde davranışları olumlu bulunduğu takdirde sanık için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan birey, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır. Sanığın toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve suça sürüklenen çocukların topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarındandır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ceza hukuku sistemimize ilk olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun itiraz konusu kuralları içeren 23. maddesi ile girmiştir. Bu düzenlemeye göre, çocuklara yüklenen suçlardan dolayı yapılan yargılama sonucunda verilen ceza 3 yıla kadar hapis veya adli para cezası ise hükümlerin açıklanmasının geri bırakılması mümkündür. Burada dikkati çeken husus, bu düzenlemenin sadece çocuklar için uygulanabilmesiydi. Daha sonra, 5560 sayılı Yasa ile itiraz konusu kurallar yürürlükten kaldırırken, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesine eklenen fıkralarla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir.

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 38. maddesinde suç ve ceza hukukuna hâkim olacak genel ilkeler belirlenmiştir. Anılan maddenin yedinci fıkrasında ise, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 61. maddesinin dördüncü fıkrasında Devletin korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alacağı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrasında ise, adil yargılanmanın da unsurları olan davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkelerini düzenlemiştir.

Her suçtan mutlaka bir zararın doğup doğmadığı ceza hukuku öğretisinde tartışmalı bir konu olsa da, suçtan önceki durumun mümkün olduğunca sağlanması *(restitutio in integrum)*, bu mümkün değilse suçtan doğan zararın tazmini evrensel bir hukuk ilkesidir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için itiraz konusu kurallarla öngörülen şartlardan birisi de "suçtan doğan zararın giderilmesi"dir. Ancak bu şart mutlak bir şart olmayıp, suça sürüklenen çocuğun ve ailesinin maddi ve ekonomik durumu elverdiği takdirde uygulanacak bir kuraldır. Çocuğun veya ailesinin maddi ve

ekonomik durumu elverişli olmadığı takdirde zararın giderilmesi ve tazmin yükümlülüğünün yerine getirilmesi şartı aranmayacaktır.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu itibarla, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, eylemlerin hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi suçların hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında kalacağı, suçtan doğan zararın tespitinin hangi yargı organınca yapılacağı, suça konu zararın nasıl ortadan kaldırılacağı konularında ve suça sürüklenen çocuklar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının şartlarını ve yöntemlerini belirleme hususunda takdir yetkisine sahiptir. İtiraz konusu kurallarda öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin koşulların, yargılamanın kısa sürede bitirilmesi, suça sürüklenen çocuklara bir fırsat verilerek topluma kazandırılmalarının sağlanması, kamu düzeni açısından göreceli olarak önemsiz bazı suçların veya uyuşmazlıkların yargı organlarını gereğinden fazla meşgul etmesinin önlenmesi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 38., 61. ve 141. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 10. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, uzlaşma yapılmasını failin suçu kabullenmesi şartına bağlayarak sanığın savunma hakkına engel olan, sanığın kendi kendini suçlamasına ve psikolojik baskı altında kalmasına olanak veren, suça konu zararın hukuk mahkemelerinde ve icra dairelerinde değil de ceza mahkemelerinde tespit edilip tahsilini öngören itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36., 38. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural, ceza hukukunda uzlaşma kurumunu düzenlemektedir. Yargının işleyişinin etkinleştirilmesi amacıyla başvurulan

yollardan birisi de, uyuşmazlıkların yargılama aşamasından önce alternatif çözüm yollarının denenmesidir. Alternatif çözüm yollarının, uyuşmazlıkların daha kısa sürede ve daha az masrafla sonuçlandırılması, gizliliğin korunması ve mahkemelerdeki iş yükünün hafifletilmesi gibi birçok fayda sağladığı bilinmektedir. Bu çözüm yollarının; uzlaşma, tahkim, dostane çözüm ve arabuluculuk gibi birçok çeşidi bulunmaktadır. Yakın zamanda ceza hukukumuza giren uzlaşma da bunlardan biridir.

Ceza hukukunda uzlaşma, işlendiği konusunda yeterli şüphe bulunan bir suçtan dolayı, mağdurun tatmin edilmesi suretiyle fail ve mağdur arasındaki uyuşmazlığın giderilmesini amaçlayan, mağdurun ve failin uzlaşmaları halinde soruşturma veya kovuşturmanın kaldırılmasını sağlayan bir kurumdur. Ceza hukukunda uzlaşma kurumu ilk defa itiraz konusu kuralla, uzlaştırma işlemlerinin nasıl yerine getirileceği ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253., 254. ve 255. maddelerinde düzenlenmiştir.

Hukuk devletinde, Anayasa'da belirtilen ilkelere ve ceza hukukunun genel kurallarına aykırı olmadıkça yasakoyucu cezalandırma yetkisini kullanırken, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunların hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağını, hangi suçların uzlaşmaya tâbi olacağını, uzlaşma yöntemini ve şartlarını belirleme, öngörülen uzlaşma kurallarının çocuk suçluluğuna ve suça sürüklenen çocukların ıslahına etkisini değerlendirme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu itibarla, takip edilen suç ve ceza politikasının gereği olarak, yapılan yasal düzenlemelerin sosyal düzene ve toplumsal barışa etkisini, suç ve suçlulukla mücadelede verdiği veya vereceği sonuçları değerlendirerek gerekli önlemleri almak yasakoyucunun görev alanına girmektedir.

Uzlaşmada suçtan doğan sorumluluğun kabul edilmesi, kişinin kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması olarak kabul edilemez. Uzlaşma kelime yapısının da ifade ettiği gibi, iki taraflı bir kurumdur. Suçtan zarar görenin zararının giderilmesi halinde uzlaşmayı kabul etmesi bir tarafını, failin suçtan doğan sorumluluğu kabul etmesi diğer tarafını oluşturmaktadır. Aynı şekilde, uzlaşma kurumunun hareket noktası olan "onarıcı adalet anlayışı"nda failin suçtan doğan sorumluluğunu kabul etmesi esastır. Failin fiilden dolayı hiçbir sorumluluk duymaması halinde, uzlaşmanın toplumsal barışa hizmet eden ve faili uslandırıcı yönü eksik kalmış olacaktır.

İtiraz konusu kural uygulanırken uzlaşmada şüpheli veya sanığın suçu kabulü, ikrar olarak değil uzlaşmak için suçtan doğan sorumluluğun kabulü olarak anlaşılmalıdır. Şüpheli ve sanığın beyanı ikrar niteliğinde olsa bile, "gizlilik ilkesi" gereği yargılamada sanık veya şüpheli aleyhine delil olarak kullanılamaz (CMK m. 253).

Diğer taraftan soruşturma aşamasında, Cumhuriyet savcısı tüm delilleri toplayıp kamu davası açabilecek bir aşamaya gelmiş ve şüphelinin mevcut delil durumuna göre suçun faili olduğu söylenebilecekse, şüpheli hakkında uzlaşma yöntemine başvurabilecektir. Bu koşul ile masum insanlar hakkında olası bir soruşturma halinde, yalnızca mahkemelerde daha fazla uğraşmamak için veya değişik nedenlerle suçu üstüne alma amacında olanlar engellenmektedir. Mahkeme aşamasında ise, gerçekleştirilecek uzlaşmada bu sakıncaların varlığı daha aza indirgenmiş olacaktır.

Uzlaşma kurumunun tamamen tarafların özgür iradelerine dayanması nedeniyle, fail veya mağdur uzlaşma yoluna hiç başvurmayabilecekleri gibi, uzlaşma için tanınan süre zarfında uzlaşmaktan vazgeçebilirler. Şüpheli veya sanık uzlaşmadan vazgeçtiği takdirde, "gizlilik ilkesi" gereği uzlaşma sürecindeki beyanları delil olarak kullanılamayacak, şüpheli veya sanık hakkında olağan soruşturma ve kovuşturma sürecindeki delillere göre bir karar verilecektir. Ayrıca, tüm uzlaşma görüşmelerinin küçüğün velisi veya vasisi ile avukatının gözetiminde yapılması esas olduğu için, suça sürüklenen çocukların uzlaşma sürecinde ağır psikolojik baskı altında kalacağı savı da yerinde görülmemiştir. Bu nedenle, kural Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasındaki kimsenin kendisini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesine aykırı değildir.

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

Kuralın Anayasa'nın 10., 36. ve 73. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

C- 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. Maddesinin (2) ve (3) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin itiraz konusu (2) ve (3) numaralı fıkraları, Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Hukukun genel ilkeleri uyarınca

yargılama usulüne ilişkin kuralların derhal uygulanmaları zorunlu olup, usule ilişkin itiraz konusu kuralların davada uygulanma olanağı bulunmadığından, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

D- 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 255. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, suça konu zararın sanıkların birden fazla olması ve birisi tarafından giderilmesi halinde diğer sanıklar tarafından giderilecek bir zarar kalmayacağı, uzlaşma hükümlerinin uygulanmasında sorun çıkabileceği, suçtan zarar görenin birden fazla tazminat alıp haksız şekilde zenginleşeceği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural çok failli suçlarda uzlaşmaya ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlendiği iddia edilen suçlarda ancak uzlaşan şüpheli veya sanık uzlaşma kurumundan faydalanacaktır. Birden çok sanık veya şüpheli varsa her sanık için ayrı ayrı uzlaşma önerisi yapılacaktır. Ancak sanıklardan birinin uzlaşmadan faydalanması diğer sanıkları etkilemeyecek, yani sirayet etmeyecektir.

Uzlaşmanın, her iki tarafın özgür iradelerine ve kabullerine dayanması nedeniyle, her sanık-mağdur uzlaşmasının ayrı şekilde yürütülmesi işin doğası gereğidir. Zira, sanıklardan birisinin mağdur ile uzlaşması halinde, bu sonucun diğer sanık veya şüphelilere teşmil edilmesi ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır. Yasakoyucu uzlaşmada şikâyetin bölünmezliği veya sirayet ilkesinden farklı bir tercihte bulunmuştur. Bilindiği üzere, şikâyet ederken de şikâyetten vazgeçerken de mağdur, sanıklar veya şüpheliler arasında seçim yapamaz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (5) numaralı fıkrasında şikâyetin bölünmezliği ilkesine yer verilmiştir. Yasakoyucu şikâyetin bölünmezliği ilkesini uzlaşma kurumu açısından kabul etmemiştir. Ancak şikâyetin bölünmezliği veya sirayeti anayasal bir zorunluluk olmadığı gibi, yasakoyucunun bu ilkeyi her ceza kurumu açısından uygulamasını zorunlu kılan bir ilke de bulunmamaktadır. Önceki bölümlerde açıklandığı gibi, yasakoyucu bu konuda takdir yetkisini kullanmıştır.

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

VI- SONUÇ

1- 3.7.2005 günlü, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesinin;

a- (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin,

b- (4) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

2- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

3- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

a- 253. maddesi, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 24. maddesiyle değiştirildiğinden, maddenin (2) ve (3) numaralı fıkralarına ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

b- 255. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

1.10.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/111

Karar Sayısı : 2010/22

Karar Günü : 28.1.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bursa 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin "Toplu müracaat veya şikâyet etmek" biçimindeki (h) alt bendinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 74. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, arkadaşlarıyla toplu şikâyet dilekçesi vermesi üzerine hakkında öngörülen aylıktan kesme cezasının iptali için açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Bursa İli, Gemlik İlçesi Mesleki Eğitim Merkezinde Motor Öğretmeni olarak görev yapan davacının, İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'ne hitaben yazılan iki ayrı şikâyet dilekçesini aynı kurumda görevli üç öğretmenle birlikte topluca imzaladığından bahisle 1/30 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada uygulanacak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 125/C-h maddesi Anayasaya uygunluk yönünden incelenerek gereği görüşüldü:

Dava konusu uyuşmazlıkta uygulanacak olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/C-h bendinde; "Toplu müracaat veya şikayette bulunmak" aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve hallerden biri olarak gösterilmiştir.

T.C. Anayasasının 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 Devleti 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Öte yandan, "Dilekçe Hakkı" Anayasanın 74. maddesinde temel haklar arasında sayılmış ve vatandaşlar ile karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancıların, kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahip oldukları, bu hakkın kullanılma biçiminin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

657 sayılı Kanunun anılan maddesi bu ilkeler açısından değerlendirildiğinde;

1- Anayasanın 2. maddesi yönünden; hukuk devleti, temel hak ve hürriyetlere saygılı ve bu hakları koruyucu, işlem ve eyleminde adaleti, özgürlüğü ve hakkaniyeti gözeten devlettir. Hukuk devletinde kanunlar ve kurallar insan içindir. İnsanların temel hak ve özgürlüklerini sınırlayan düzenlemeler mutlaka toplumun ve bireylerin yararına uygun olarak belli bir amaca hizmet etmeli ve dayanmalıdır.

Bu bağlamda 657 sayılı Yasa'nın 125/C-h maddesi, söz konusu düzenlemeyle elde edilmek istenilen amacın, kamu düzeninin bozulmasının ve kamu görevlilerinin birlikte hareket ederek gruplaşmalarının önüne geçmek olduğu düşünülebilir. Ancak, olayımızda olduğu gibi birkaç memurun aynı dilekçe ile yaptığı şikayetin toplum düzenini nasıl veya ne yönde bozacağı meçhuldür. Bu durumda devlet memurlarının toplu müracaat veya şikayette bulunamayacakları yolundaki madde hükmü demokratik hukuk devletiyle bağdaşmamaktadır.

2- Anayasanın 13. maddesi yönünden; Anayasanın 13. maddesinde; temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Buna göre sınırlamanın, Anayasanın ilgili

maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olması, sözüne, ruhuna ve demokratik toplum düzenine aykırı düşmemesi gerekmektedir.

Anayasanın temel hak ve ödevlerin sayıldığı bazı maddelerinde bir temel hakkın ne şekilde ve hangi durumlarda sınırlanabileceği yönünde çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu maddelerden genel olarak; milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabileceği anlaşılmaktadır.

Anayasanın dilekçe hakkını düzenleyen 74. maddesinde ise bu hakkın ne şekilde sınırlandırılabileceği belirtilmemiş, sadece kullanılış biçiminin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'da ise birden fazla kişinin aynı dilekçe ile başvuruda bulunamayacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

657 sayılı Yasa'nın 125/C-h maddesinin, hakkın özüne dokunmadığı, kullanılış biçimine ilişkin olduğu, sadece devlet memurlarını ilgilendirdiği, kamu düzeninin ve güvenliğinin bozulmasını önlemeyi amaçladığı düşünülebilir. Ancak temel hak ve özgürlüklerin genişlediği, toplu gösteri ve yürüyüşlerin yapılabildiği, devlet memurlarının sendikalara üye olabildiği ve sendikal faaliyetlere katılabildiği günümüz koşullarında bu maddenin, söz konusu amaçlara uygun bir etkisinin bulunduğunu kabul etmek olanaksızdır.

Diğer taraftan bu madde, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmekten uzak olduğu gibi memurun, hakkaniyete ve adalete aykırı bir biçimde cezalandırılmasını da mümkün kılmaktadır. Zira, toplu şikayetin varlığından söz edebilmek için dilekçeyi en az kaç kişinin imzalaması gerektiği Kanunda gösterilmemiş ve böylece suçun tanımında belirsizlik yaratılmıştır. Ayrıca, çalıştığı kurumun herhangi bir ihtiyacının giderilmesini isteyen üç memurun, aynı içerikli dilekçeyi ayrı ayrı imzalayıp vermeleri suç oluşturmayacak, tek dilekçeyi birlikte imzalamaları suç olacaktır. Bu da söz konusu madde hükmünün ilgili bendinin Anayasanın 13. madde hükmüne aykırı olması gibi uygulamada da adalet anlayışı ile bağdaşmayacak sonuçlar doğurabilecektir.

Sonuç olarak; yukarıda açıklanan nedenlerle 657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin "toplu müracaat ve şikayet etmek" biçimindeki (h) alt bendinin Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle re'sen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan dava ve savunma dilekçeleri ile eklerinin onaylı örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, anılan Mahkemece bir karar verilinceye kadar veya dosyanın anılan Mahkemeye gidişinden itibaren beş aylık sürenin dolmasına kadar davanın bekletilmesine 07/10/2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve halleri düzenleyen 125. maddesinin itiraz konusu (h) alt bendini de içeren (C) bendi şöyledir:

"C- Aylıktan kesme: Memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılmasıdır.

Aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a) Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak,

b) Özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek,

c) Devlete ait resmi belge, araç, gereç ve benzerlerini özel menfaat sağlamak için kullanmak,

d) Görevle ilgili konularda yükümlü olduğu kişilere yalan ve yanlış beyanda bulunmak,

e) Görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek,

f) Görev yeri sınırları içerisinde her hangi bir yerin toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz olarak kullanılmasına yardımcı olmak,

g) İkamet ettiği ilin hudutlarını izinsiz terketmek,

h) Toplu müracaat veya şikâyet etmek,

ı) Hizmet içinde Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak,

j) Yasaklanmış her türlü yayını görev mahallinde bulundurmak."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 13. ve 74. 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 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında itiraz konusu kuralın, kamu düzeninin bozulmasının ve kamu görevlilerinin birlikte hareket ederek gruplaşmalarının önüne geçmek amacıyla getirildiği düşünülebilirse de, temel hak ve özgürlüklerin genişlediği, toplu gösteri ve yürüyüşlerin yapılabildiği, Devlet memurlarının sendikalara üye olabildiği ve sendikal faaliyetlere katılabildiği günümüz koşullarında amaca uygun bir etkisinin kalmadığı, Anayasa'nın dilekçe hakkını düzenleyen 74. maddesinde bu hakkın sınırının belirtilmeyip sadece kullanılış biçiminin kanunla düzenleneceğinin öngörüldüğü, olayda olduğu gibi birkaç memurun aynı dilekçe ile yaptığı şikâyetin toplum düzenini nasıl veya ne yönde bozacağının meçhul olduğu, zira, toplu şikâyetin varlığından söz edebilmek için dilekçeyi en az kaç kişinin imzalaması gerektiğinin Yasa'da gösterilmediği ve böylece suçun tanımında belirsizlik yaratıldığı, aynı içerikli dilekçenin ayrı ayrı imzalanıp verilmesi suç

oluşturmazken, tek dilekçenin birlikte imzalanmasının suç olarak kabul edilip memurun, hakkaniyete ve adalete aykırı bir biçimde cezalandırılmasının demokratik hukuk devletiyle bağdaşmaması nedeniyle Anayasa'nın 2., 13. ve 74. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, memurların toplu müracaat veya şikâyette bulunmaları, aylıktan kesme cezası uygulanacak eylemler arasında sayılmıştır.

Anayasa'nın 74. maddesinde *"Vatandaşlar ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkına sahiptir. Kendileriyle ilgili başvurmaların sonucu gecikmeksizin dilekçe sahiplerine yazılı olarak bildirilir. Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir."* denilmektedir.

Yönetime karşı dilekçe ve şikâyetlerin bireysel veya toplu olarak bildirilmesinin, demokratik bir toplumda bazı sorunların çözümü için etkili bir yol olduğu, bu nedenle dilekçe hakkının, bir siyasal hak olarak tanınıp Anayasal güvenceye kavuşturulduğu kuşkusuzdur. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın 74. maddesinde ise bu hakkın kullanılması bakımından bir ayırım yapılmayarak yabancılarla ilgili özel düzenleme saklı kalmak koşuluyla vatandaşlar için farklı kurallara yer verilmemiştir. Buna göre kamu görevlileri de dahil, herkes bu hakkı kullanabilecektir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural ile memurların toplu müracaat veya şikâyette bulunmalarının disiplin cezası yaptırımına bağlanması Anayasa'nın 2., 13. ve 74. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin "Toplu müracaat veya şikâyet etmek," biçimindeki (h) alt bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

Haşim KILIÇ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.1.2010 gününde 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

KARŞIOY GEREKÇESİ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin "Toplu müracaat veya şikâyet etmek" biçimindeki (h) alt bendi Anayasa'nın 2., 13. ve 74. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Ülkemizde dilekçe hakkının pozitif hukukumuza girişi 1876 Anayasası ile gerçekleşmiş ve bu Anayasa'da vatandaşların tek başlarına veya topluca dilekçe verme haklarının bulunduğu Anayasa'nın 14. maddesinde belirtilmiştir.

1924 Anayasası'nda da 1876 Anayasası'na benzer şekilde 82. maddede, Türklerin, gerek şahıslarına gerekse kamuya ilişkin olarak kavanin (yasalar) ve nizamata (kurallar) aykırı gördükleri konularda yetkili mercilere ve TBMM'ne tek başlarına veya toplu olarak ihbar ve şikâyette bulunabilecekleri belirtilmiş, bu başvuruların sonucunun dilekçiye yazılı olarak bildirilme zorunluluğu getirilmiştir.

1982 Anayasası Taslağında dilekçe hakkı ile ilgili 82. madde 1961 Anayasası'nda olduğu şekilde yukarıda belirtilen üçüncü fıkradaki "*Bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir*" ilâvesiyle aynen Danışma Meclisinde kabul edilmesine karşın Milli Güvenlik Konseyi Anayasa

Komisyonu tarafından redaksiyona tâbi tutularak 74. madde olarak yeniden düzenlenmiştir. Bu kez Danışma Meclisince kabul edilen metinde yer alan *"…,tek başlarına veya topluca,…"* ibaresi çıkartılmıştır. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun görüşmeleri sırasında; "vatandaşlar dilekçe ile başvurma hakkına sahiptir ve bu hakkın kullanılma biçimi de kanunla düzenlenir" dedikten sonra başvuru tek mi olur yoksa toplu mu olur şeklindeki ibarenin gerekli olmadığı belirtilmiştir.

Devlet memurlarının hizmet şartlarını, niteliklerini, atanma ve yetiştirilmelerini, ilerleme ve yükselmelerini, ödev, hak, yüküm ve sorumluluklarını, aylıklarını ve ödeneklerini ve diğer özlük işlerini düzenleyen Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi "disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller"le ilgili kurallar içermektedir. Madde Anayasa'nın 74. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*bu hakkın kullanılma biçimi kanunla düzenlenir*" hükmünün gereğinin yerine getirmek üzere kaleme alınmıştır. Maddenin gerekçesinde; son on yıllık uygulamada disiplin kurullarının iyi işletilmediği ve suçla ceza arasında bulunması gereken adalet prensibinin gerçekleştirilemediği, toplumdaki huzursuzlukların çoğunun disiplinsizlikten ileri geldiği, 125. maddenin eski tecrübelerin ve karşılaşılan güçlüklerin ışığı altında yeniden düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu durumda özel maddesinde bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olan temel hak ve özgürlükler yönünden konuya salt pozitivist açıdan yaklaşıldığında, anayasa koyucunun, özel maddesinde sınırlama nedeni öngörmediği temel haklar ve özgürlükleri sınırlayamayacağını kabul etmek gerekecektir. Ancak günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışı terkedilmiştir. Çağdaş gelişmelere uygun olarak, Anayasamızda da sınırsız ve içeriksiz özgürlük anlayışından uzaklaşılarak bir yandan siyasi iktidarı sınırlandıran bir yandan da toplumsal içeriğe ve konuma sahip olan pozitif bir özgürlük anlayışı benimsenmiştir. İlgili maddelerinde hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirilmemiş olsa bile, bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının bünyelerinde mündemiç bulunduğu kuşkusuzdur.

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.

Memurlar da vatandaş olmaları nedeniyle dilekçe hakkını kullanabileceklerdir. Ancak memur sıfatını taşıyan bu vatandaşların içinde bulundukları statü gereğince dilekçe haklarını kullanmalarının sınırlamalara tabi tutulabileceği de gözardı edilmemelidir. İtiraz konusu düzenlemenin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

İtiraz konusu Yasa hükmü ile memurların toplu müracaat veya şikâyette bulunmaları "memuriyete uygun olmayan bir davranış" niteliğinde görülmüş ve aylıktan kesme cezasını gerektiren bir eylem olarak belirlenmiştir. Böylece 1982 Anayasası'ndan daha önceki dönemlerde yasak olmayan hatta anayasal bir hak olarak belirtilen toplu dilekçe verme veya şikâyet etme hakkı memurlar açısından bu yasal düzenlemeyle disiplin cezasını gerektiren bir eylem haline dönüşmüştür.

İtiraz konusu kuralda düzenlenen "toplu müracaat ve şikayet"le ilgili Anayasalarımızda yer verilen düzenlemeler tarihsel yorum yöntemiyle değerlendirildiğinde anayasa koyucunun dilekçe hakkının düzenlendiği maddeden "toplu müracaat ve şikayet hakkı"nı bilinçli olarak çıkarttığı görülmektedir. Bu durumda anayasa koyucunun amacına göre yapılan yorumda itiraz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 74. maddelerine aykırı yönünün bulunmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Başkan
Haşim KILIÇ

Esas Sayısı : 2007/97

Karar Sayısı : 2010/32

Karar Günü : 4.2.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Beşinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.7.1993 günlü, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 9.2.2006 günlü, 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen geçici 10. maddenin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Gümrük ve Muhafaza Başmüdürü olarak görev yapan davacının, Müsteşarlık Müşavirliğine atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"T.C. Anayasası'nın "Başlangıç" bölümünde kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu, 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu, 36. maddesinin birinci fıkrasında ise herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmuş, bunu geliştirerek sürdürmekle kendini yükümlü sayan, hukuku

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

Olayda davacı, 485 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye 5456 sayılı Kanunla eklenen Geçici 10. madde uyarınca Gümrük Müşavirliği görevine atanmıştır.

485 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin geçici 10. maddesi, daha önce Gümrükler Başmüdürlüğü veya Gümrükler Muhafaza Başmüdürlüğü görevini yapmış, Bakanlar Kurulu Kararı ile kadroları değiştirilmiş bulunanların kişisel durumlarını, mesleki kazanımlarını gözetmeksizin doğrudan Gümrük Müşavirliklerine atanmalarını öngörmektedir.

İdari görevlere atanma ve dolayısıyla görevlerin sona erdirilmesi işlemleri idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan idari makamlarca tesis edilmesi gereken tasarruflardır. 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ise yeni bir göreve atanma işlemini yasa ile tesis etmiş olup, bu durum Anayasa'nın yukarıda anılan maddelerine aykırı olduğu gibi, yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması ilkesine de uymamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 6.4.2006 günlü, E:2003/112, K:2006/49 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, "Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan ... kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır."

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmüne karşın, Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Gümrük Başmüdürü ve Gümrük Muhafaza Başmüdürlerinden halen görevde bulunanların Müşavirlik görevine yasa ile atanması, ilgililerin

bu yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini de engellemektedir.

Açıklanan nedenlerle, 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin 1. fıkrası gereğince, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye, 15.2.2006 tarihli 26081 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5456 sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklenen Geçici 10. maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dosyada bulunan ilgili belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 25.6.2007 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2.7.1993 günlü, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 9.2.2006 günlü, 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen geçici 10. madde şöyledir:

"Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Gümrük Müsteşarlığına ait bölümüne eklenmiştir.

22/7/2003 tarihli ve 2003/5932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırılan Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlükleri kadrolarında bulunan ve kadroları 1/9/2003 tarihli ve 2003/6121 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Gümrük Başmüdürü ve Gümrük Muhafaza Başmüdürlerinden halen memuriyet görevi devam edenler, bu maddeyle ihdas edilen ekli (1) sayılı listede yer alan Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmış sayılırlar. Bu kadrolar, herhangi bir nedenle boşalmaları halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Söz konusu personelin atandıkları yeni kadrolarının aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî hakları toplamının net tutarı; Müşavirlik kadrolarına atanmadan önce en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî hakları toplamı net tutarından az olması halinde aradaki fark, farklılık giderilinceye kadar, atandıkları kadrolarda

kaldıkları sürece herhangi bir kesintiye tâbi tutulmaksızın tazminat olarak kendilerine ödenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın Başlangıcı ile 2. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

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 katılmalarıyla 6.11.2007 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle davada 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 Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz başvurusunda bulunan Mahkemede bakılmakta olan dava, Gümrük ve Muhafaza Başmüdürü olarak görev yapan davacının, Müsteşarlık Müşavirliğine atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açıldığından, bu işlemin dayanağını oluşturan itiraz konusu maddenin ikinci fıkrasının birinci tümcesi dışında kalan, Müsteşarlık Müşavirliği kadrosu ihdasına ilişkin birinci fıkra ile müsteşarlık müşavirliği kadrosunu şahsa bağlı kadro olarak niteleyen ve atama sonucu oluşacak parasal hak farklarının tazminat olarak ödenmesini öngören ikinci

fıkranın ikinci ve üçüncü tümceleri, bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliği taşımamaktadır.

Bu nedenle, 2.7.1993 günlü, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 9.2.2006 günlü, 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen geçici 10. maddenin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ikinci ve üçüncü tümcelerinin, bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkra ve tümcelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

Dosyada eksiklik bulunmadığından, 2.7.1993 günlü, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 9.2.2006 günlü, 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen geçici 10. maddenin ikinci fıkrasının birinci tümcesinin esasının incelenmesine, sınırlama sorununun esas inceleme evresinde ele alınmasına,

6.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, Gümrükler Başmüdürlüğü veya Gümrükler Muhafaza Başmüdürlüğü görevini yapmakta iken Bakanlar Kurulu kararı ile kadroları değiştirilmiş bulunan başmüdürlerin kişisel durumları, mesleki kazanımları gözetilmeksizin itiraz konusu kural ile doğrudan Müsteşarlık Müşavirliğine atanmalarının öngörüldüğü, idari görevlere atanma ve bu görevlerden alınma işlemlerinin idare fonksiyonu ile ilgili olması nedeniyle idari makamlarca tesis edilmesi gereken tasarruflar olduğu, itiraz konusu kuralda ise atama işleminin yasa ile tesis edilmiş olduğu, bu durumun ise kuvvetler ayrımının Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmediğini, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğunu ve üstünlüğün ancak Anayasada ve kanunlarda olduğunu belirten Anayasanın Başlangıcına ve 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu,

yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması gerektiği, Müsteşarlık Müşavirliği kadrosuna yasa ile atama yapıldığı, ilgililerin bu yasama işlemine karşı dava açma haklarının bulunmamasının hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırdığı ve yargı denetimini engellediği, belirtilen nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın Başlangıcı ile 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

485 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 10. maddesinin itiraz konusu tümcesinde, 22.7.2003 tarihli ve 2003/5932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırılan Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlükleri kadrolarında bulunan ve kadroları 1.9.2003 tarihli ve 2003/6121 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Gümrük Başmüdürü ve Gümrük Muhafaza Başmüdürlerinden halen memuriyet görevi devam edenlerin, bu maddeyle ihdas edilen ekli (1) sayılı listede yer alan Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmış sayılacakları belirtilmiştir.

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

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan 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.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* denilmektedir.

22.7.2003 günlü, 2003/5932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Gümrük Müsteşarlığı taşra teşkilatında yer alan Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlüklerinin kaldırılması ve bunların yerine Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüklerinin kurulması

kararlaştırılmıştır. 1.9.2003 günlü, 2003/6121 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de Gümrük Müsteşarlığının taşra teşkilatında yer alan kadroların sınıf, unvan ve derecelerinde değişiklik yapılmış ve mevcut onsekiz adet Gümrükler Başmüdürü ve onsekiz adet Gümrükler Muhafaza Başmüdürü kadrosu iptal edilerek, onsekiz adet Gümrük ve Muhafaza Başmüdürü kadrosu ihdas edilmiştir.

İtiraz konusu kuralla Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılan Başmüdürlüklerde başmüdür olarak görev yapan ve halen memuriyet görevleri devam eden kişilerin Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmış sayılacakları belirtilmektedir. Bu amaçla, belirtilen konumda bulunan kişiler gözetilerek itiraz konusu kuralın yer aldığı maddeye ekli listede ondokuz adet Müsteşarlık Müşaviri unvanlı kadro ihdas edilmiştir.

Mevcut Başmüdürlüklerin kaldırılmasından sonra, bu Başmüdürlüklerin yerine yeni Başmüdürlükler kurulmasına karşın, kaldırılan Başmüdürlüklerde başmüdür olarak görev yapanların durumlarının kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilip değerlendirilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması gerekirken, yeni kurulan Başmüdürlüklere başmüdür olarak atanabilmelerini ya da yeni ihdas edilen başmüdür kadrosuna atananların da bu görevlerini sürdürmelerini önleyecek şekilde Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmalarının, Yasa'nın zorunlu bir sonucunu oluşturması ve yasa kuralına karşı ilgililerin dava açma haklarının bulunmaması, hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesine engel oluşturmakta ve kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmektedir.

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

Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamıştır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden Anayasa'nın Başlangıcı yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

2.7.1993 günlü, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 9.2.2006 günlü, 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Geçici 10. maddenin ikinci

fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 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

2.7.1993 günlü, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin, 9.2.2006 günlü, 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Geçici 10. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

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

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle

güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

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

Gümrük Müsteşarlığı, gümrük ve gümrük muhafaza hizmetlerini düzenlemek ve yürütmek, kaçakçılık fiil ve teşebbüsleri ile mücadele etmek üzere Başbakanlığa bağlı olarak kurulmuştur. 2.7.1993 günlü, 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Gümrük Müsteşarlığının kurulmasına, teşkilat ve görevlerine ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

5456 sayılı Yasada yer alan itiraz konusu kural, kadroları Bakanlar Kurulu kararıyla iptal edilen Gümrük Başmüdürleri ile Gümrük Muhafaza Başmüdürlerinin Müsteşarlık Müşavirliğine atanmış sayılacaklarını belirtmektedir.

Bakanlıkların birleştirilmesine ilişkin anılan düzenlemeler, sözü edilen hukuki ve fiili imkansızlığın bir sonucu olup, idarenin yapacağı atamalarda öncelikle kişilerin önceki kadro durumlarını gözeteceği ve buraya atanmalarının mümkün olmaması halinde "durumuna uygun" bir başka kadroya atanması gerekmektedir.

Bu düzenlemeler, sözü edilen hukuki ve fiili imkansızlığın bir sonucu olup, idarenin yapacağı atamalarda öncelikle kişilerin önceki kadro durumlarının gözetileceği ve bu kadrolara atanmalarının mümkün olmaması halinde "durumuna uygun" bir başka kadroya atanması gerektiği kabul edilmektedir.

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 5456 sayılı Yasa ile "Müsteşarlık Müşaviri" kadrosuna atanması öngörülen Başmüdürlerin kadrolarının

iptal edilme nedeni ise iki başmüdürlüğün birleştirilerek Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüğünün kurulmasıdır.

Bakanlar Kurulu Kararı ile Gümrük Müsteşarlığı'nın taşra teşkilatında yer alan Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlüklerinin kaldırılması ve bunların yerine Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlükleri kurulması "kamu yararı" kavramı ile ilgilidir. Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bilindiği üzere, bütün kamusal işlemlerin yönelmek zorunda oldukları nihai hedef kamu yararının gerçekleştirilmesidir. Kanunun amaç öğesi bakımından anayasaya uygun sayılabilmesi için kamu yararı dışında bir amaç gözetilmeden çıkarılmış olması gerekir. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Anayasada belirtilen amacı, ya da kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla, yasa koyucunun belli bir sonuca ulaşmak için değişik yolların seçiminde siyasi takdir yetkisine sahip olduğu açıktır.

Buna göre, Gümrük Müsteşarlığı'nın taşra teşkilatında yer alan Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlüklerinin kaldırılması ve bunların yerine Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlükleri kurulması nedeniyle, Başmüdürlük kadrolarının iptal edilerek, bu görevde bulunanların "Müsteşarlık Müşaviri" kadrosuna atanmasının öngörülmesi hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelmez.

İtiraz konusu kuralda, hak aramayı engelleyecek ve hak kaybına neden olacak bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Başmüdür olarak görev yapmakta iken kadroları iptal edilerek Müsteşarlık Müşaviri olarak atamaları yapılan kimselerin, koşulları taşıması halinde yeni kurulan Gümrük ve Muhafaza Başmüdürlüklerine olarak atanmasına bir engel bulunmamaktadır.

Bir kamu kurumunun, buna bağlı olarak bu kurumun gördüğü kamu hizmetinin niteliğinin değiştirilmesine, 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.

Ayrıca, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar engellenmemiş; idari bir işlem niteliğinde olan kamu alacağı ile ilgili ödeme emrine karşı yargı yolu kapatılmamış; mahkemeler, bu işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmamıştır. Bu nedenle kuralın hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı yönünün bulunmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Başkan
Haşim KILIÇ

Esas Sayısı : 2009/15

Karar Sayısı : 2010/64

Karar Günü : 13.5.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Kırşehir 1. Asliye Ceza Mahkemesi (E. 2009/15)

2- Tekirdağ 2. Sulh Ceza Mahkemesi (E. 2009/81)

İTİRAZIN KONUSU: 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen (9) numaralı fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAYLAR

- Mala zarar verme suçundan verilen 1 ay 20 gün karşılığı 1000 TL. adli para cezasının yapılan tebligata rağmen ödenmemesi üzerine 50 gün hapse çevrilmesi sonucunda infaza başlanmış ve bu sürenin üçte ikisinin iyi halli çekilmesiyle mahkumun koşullu salıverilmesine karar verilmiştir. Ancak, adli para cezasından çevrilen hapis cezaları bakımından şartla tahliyenin mümkün olmadığının fark edilmesi üzerine Cumhuriyet savcısı koşullu salıverme kararının kaldırılmasını mahkemeden talep etmiş, bu talebin incelenmesi sırasında adli para cezasından çevrilen hapis cezası ile doğrudan verilen hapis cezasını şartla tahliye açısından karşılaştıran Kırşehir 1. Asliye Ceza Mahkemesi, itiraz konusu kuralın iptali için başvurmuştur.

- Tehdit suçundan hükmedilen 6 ay hapis cezası karşılığı 3600 TL. adli para cezası, yapılan tebligata rağmen süresinde ödenmediğinden 180 gün hapse çevrilmiştir. Bunun infazı sırasında Cumhuriyet savcısı, itiraz konusu ibare nedeniyle mahkûmun koşullu salıverilmeden yararlanamamasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle söz konusu cezanın 2/3'ünü aşan kısmının infazının durdurulması için 5275

sayılı Kanun'un 98. maddesi uyarınca ek karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Bu talebin incelenmesi sırasında Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Tekirdağ 2. Sulh Ceza Mahkemesi, kuralın iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- Kırşehir 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin itirazının gerekçe bölümü şöyledir:

"Kırıkkale 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 17.07.2008 gün 2007/377 E.,2008/484 K. sayılı ilamı ile mala zarar vermek suçundan TCK.nun 151/1. maddesi gereğince doğrudan verilme 1 Ay 20 Gün (50 gün) karşılığı 1000 TL. Adli para cezası ile hükümlü Ramazan Akkoç'un cezasının infazı sırasında adli para cezasının ödenmemesi nedeni ile 50 gün hapse çevrilerek 08.01.2009 tarihinde infazına başlanmış;

Kırşehir C. Başsavcılığının 09.02.2009 gün 2009/218 ilam sayılı yazıları ile talep üzerine mahkememiz 10.02.2009 gün 2009/32 D.İş sayılı kararı ile 10.02.2009 tarihinden itibaren koşullu salıverilmesine karar verilmiş;

Kırşehir C. Başsavcılığının 11.02.2009 gün aynı sayılı itiraz yazıları ile hükümlünün doğrudan verilen adli para cezasının infazında koşullu salıvermeden yararlanamayacağından bahisle verilen şartla tahliye kararının kaldırılması talep edilmiştir.

5739 sayılı Kanun ile değişik 5275 sayılı Kanunun 106/9. 1. cümle maddesi gereğince adli para cezasından çevrilme hapis cezalarının infazında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanamayacağı hükme bağlandığından hükümlü hakkında verilen koşullu salıverilme kararına vaki itirazın kabul edilerek koşullu salıverilme kararının kaldırılması gerektiği;

Mevcut düzenleme ile ister TCK. 50/1-a maddesine göre hapis cezasından çevrilmiş olsun ister hapis veya adli para cezasının seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü durumlarda adli para cezası verilmiş olsun adli para cezalarının infazında koşullu salıverme hükümlerinin uygulanamayacağı; anlaşılmıştır.

Adli para cezasının niteliği ve hukuki sonuçları gözetildiğinde hürriyeti bağlayıcı cezaya göre daha hafif olduğu, özellikle hapis

cezasından çevrilirken ve somut dava dosyasında olduğu gibi seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü halde hapis cezası yerine adli para cezası seçilirken suçun işlenmesindeki suçlu lehine belirlenen olgular, tehlikeli kişiliğinin bulunmaması, pişmanlık duygusu, suç ve suçtan doğan kötülüğü hürriyeti bağlanmadan dahi anlayabileceği ve topluma uyum ile bir daha suça eğilim göstermeme hususunda adli para cezasının etkili ve yeterli olacağına dair kanaat esas alınarak cezanın şahsileştirildiği;

Suçluya seçenek yaptırımlardan adli para cezası yerine hapis cezası verilmesi veya hapis cezasının adli para cezasına çevrilmemesi durumunda yukarda sayılan olguların suçlu aleyhine değerlendirilmiş olacağı;

Sonuçta kanun, adalet ve mahkeme nezdinde hakkaniyet ve nasafet yönünden hakkında adli para cezası verilen suçlunun hapis cezası verilen suçluya nazaran daha ziyade atıfete mazhar bir durumda olduğu;

Ne var ki iş verilen adli para cezasının infazına gelince uygulanması gereken 5275 sayılı Kanunun 106/9. 1. cümle maddesi gereğince durumun tamamen tersine döndüğü, bu suçlu bir şekilde veya bir sebeple adli para cezasını ödeyemeyince hükmedilen süreyi tamamen infaz kurumunda geçirmek sureti ile çekerken diğer suçlunun koşullu salıvermeden yararlandırılarak infazın yapıldığı;

Bilfarz TCK.nun 151/1 maddesine temas eden mala zarar verme suçunu karşılıklı işleyen iki failden birisine yukarda açıklanan olgulara dayalı olarak yüzyirmi gün adli para cezası verilip diğerine dört ay hapis cezası verilmiş olması halinde adli para cezasını ödeyemeyen ve daha ziyade atıfete mazhar olan hükümlünün cezası iyi halli olsa dahi dört ay süre ile hürriyeti bağlanarak infaz edilirken aleyhe değerlendirme yapılan hükümlünün cezasının iyi halli olması halinde iki ay yirmi iki gün (somut olayda sırasıyla 50 gün-33 gün) hürriyeti bağlanarak infaz edileceği;

Kanun önünde eşitliğin mutlak eşitlik olmayıp aynı hukuki durumda olan kişilerin aynı kurallara tabi olmasını gerektirdiği, somut olayda denkleştirici adalet/eşitlik ilkesi de gözetildiğinde adli para cezası verilen hükümlü lehine eşitliği sağlayacak infaz rejimi öngörülmesi yerine aksine mevcut düzenleme ile eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı gibi

kanun ve adalet önündeki durumları dikkate alındığında eşitsizlikte teraküme yol açıldığı;

İtiraza konu hükmün son cümlesi gereğince hak yoksunlukları bakımından esas alınacak ceza adli para cezası olsa da en ağır yaptırım hürriyetin bağlanması olup hak yoksunlukları da infazın tabii sonucu olduğundan yani velayet - vesayet/seçme-seçilme hakları dışında diğer hakların infaz süresince kullanılması mümkün olmadığından hukuki durumun değişmeyeceği;

Neticede somut davada uygulanması gereken 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 106/9.1. cümlesinin Anayasanın eşitlik ilkesini öngören 10. maddesi ile ceza sorumluluğunun şahsiliğinin öngören 38/6 maddesine aykırı olduğu anlaşıldığından iptali için Yüksek Mahkemenize başvurulmasına karar verilmiştir."

B- Tekirdağ 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin itirazının gerekçe bölümü şöyledir:

"5237 Sayılı TCK.nun 50/1-a maddesinde kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırımlardan biri olarak adli para cezası öngörülmüştür. Maddedeki koşulların varlığı halinde hakim kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak adli para cezasına hükmedilebilecektir. Bu durumda TCK.nun 50/5. maddesi hükmüne göre uygulamada asıl mahkumiyetin adli para cezası olarak kabulü gerekecektir.

01/03/2008 tarih 26803 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5739 sayılı Yasanın 4. maddesi ile 5237 Sayılı TCK.nun 50/6 maddesinde yer alan 'yaptırımın' ibaresi, 'tedbirin' olarak değiştirilmiştir. Böylece 5237 sayılı TCK.nun 50. maddesinde yer alan kısa süreli hapis cezası yerine hükmedilen adli para cezası tedbir iken bu kapsamdan çıkarılmış, TCK.nun 45. maddesi kapsamında 'yaptırım' niteliğine bürünmüştür. Hal böyle olunca Cumhuriyet Savcılığınca yapılacak tebligata rağmen öngörülen süre içinde tedbirlerin gerekleri yerine getirilmediği takdirde hükmü veren mahkemeden kısa süreli hapis cezasının infazı yönünde karar talep edilirken adli para cezası yaptırım olarak nitelendiğinden infazı yapan Cumhuriyet Savcılığınca res'en hapis cezasına çevrilerek infaz edilir hale gelmiştir. Ayrıca hükümlüye infaz aşamasında ödeme imkanı da getirilmiştir. Böylece TCK.nun 50/6 maddesinde düzenlenen

5. fıkra hükmünün uygulanmayacağı düzenlemesi devre dışı bırakılmıştır. Böylece hapse çevrilerek infaz edilse dahi TCK.nun 50/5 maddesi uyarınca uygulamada asıl mahkumiyet adli para cezası sayılacaktır.

Öte yandan yine 5739 sayılı Yasa ile 5275 sayılı Yasanın 106/9. maddesinde yapılan değişiklikle maddede yer alan "TCK.nun 50/1-a bendi saklı salmak üzere" ibaresi yasa metninden çıkarılmış, hapis cezasından çevrilen adli para cezalarının ödenmemesi halinde koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

Bu durumda doğrudan hapis cezası verilerek infaz edilen bir mahkumiyette hükümlü şartları oluştuğu takdirde koşullu salıverilme imkanından yararlandırıldığı halde, hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi halinde infaz edilen hapis cezasında (uygulamada asıl mahkumiyet adli para cezası sayıldığından) hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlandırılmaması Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen Kanun Önünde Eşitlik ilkesine aykırılık yaratmakta olup, 5275 sayılı Yasanın 106/9. maddesinde yer olan "...ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz..." ibaresinin iptali gerekmektedir.

Bunlara ilaveten koşullu salıverilmenin infaz rejiminde hükümlü için bir ödül mahiyetinde olduğu, bu yolla hükümlünün öncelikle infazın yapıldığı kurumun disiplin mevzuatına uygun hareket etmesinin teşvik edildiği ve sonucunda da hükümlünün ıslah edilmesinin amaçlandığı, benzer durumda hapis cezasını infaz eden hükümlüye koşulları oluştuğu takdirde koşullu salıvermeden yararlandırılarak nihayetinde infazın ıslah amacının gerçekleşmesine yönelik imkanlar tanınırken, temelde hapis cezası yerine adli para cezası ile hükümlünün, adli para cezasını ödememesi halinde hapis cezası infaz edilirken koşullu salıverilmeden yararlandırılmayarak eşitsizlik yaratılması da Anayasanın 10. maddesine aykırıdır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı

Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu tümceyi de içeren (9) numaralı fıkrası şöyledir:

"**Adlî para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.** Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adlî para cezasıdır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, E. 2009/15 sayılı dosyayla ilgili olarak 12.3.2009, E. 2009/81 sayılı dosyayla ilgili olarak ise 8.10.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen (9) numaralı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "… ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz." ibaresinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/15 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/15 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, hukuki nitelik ve sonuçları itibariyle adli para cezasının hapis cezasına oranla daha hafif olduğu, özellikle hapis cezasından çevrilirken ya da seçenek yaptırım olarak uygulandığı

durumlarda cezanın şahsileştirilmesi açısından sanığın lehine değerlendirildiği, hakkaniyet ve nesafet açısından adli para cezası mahkûmunun hapis cezası mahkûmuna oranla daha ziyade atıfete mazhar görüldüğü, buna rağmen infaz sırasında itiraz konusu kural gereğince durumun tamamen tersine çevrildiği, doğrudan hapis cezası hükümlüsü hakkında koşullu salıverilme olanağı mevcutken adli para cezasını ödeyemeyen mahkûmun şartla salıvermeden yararlandırılmadığı ve mahkûmiyet süresini bihakkın infaz kurumunda geçirmek zorunda bırakıldığı, ayrıca koşullu salıvermenin infaz kurumunun disiplin mevzuatına uymayı teşvik ve böylece hükümlünün ıslahını amaç edinmesi nedeniyle, koşulları oluştuğu halde adli para cezası hapse çevrilen hükümlüye bu olanağın tanınmamasının eşitlik ilkesi yanında ceza sorumluluğunun şahsiliğini öngören Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasına da aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5275 sayılı Yasa'nın 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre adlî para cezasının infazı, Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. Bu miktar "…beş günden az ve Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle" hesaplanarak belirlenmektedir. Bu tür infazın usulüne dair maddenin devamı fıkralarında yer alan hükümlere göre, Cumhuriyet savcısı tarafından otuz gün içinde adlî para cezasının ödenmesi için hükümlüye bir ödeme emri tebliğ edilmesi ve hükümlünün de bu miktarı süresinde belirlenen usulde ödemesi gerekmektedir. Aksi takdirde Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hükümlü hapsedilir. İtiraz konusu tümce gereğince bu tür hapsin infazı ertelenemez ve koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

Şartla salıverilme, mahkûm edildiği hürriyeti bağlayıcı cezalardan, kanunun gösterdiği bir kısmını iyi hâlli geçirmiş bulunan hükümlünün, konulmuş olan şartlara riayet etmediği takdirde geri alınması koşuluyla, hükümlülük süresini tamamıyla bitirmeden, merciince alınacak bir kararla salıverilmesini ve böylece serbest hayata dönmesini ya da bu hayata geçişin kolaylaştırılmasını sağlayan bir kurumdur.

5375 sayılı Yasa'nın 17. maddesine göre, üç yıl ve daha az süreli hapis cezalarının derhal infazının hükümlü veya ailesi için

mahkûmiyetin amacı dışında ağır bir zarara neden olacağı anlaşılırsa, hükümlünün istemi üzerine Cumhuriyet Başsavcılığınca infaz altı ayı geçmeyecek şekilde ertelenebilir. Erteleme isteminin kabulü, güvence gösterilmesine veya diğer bir koşula bağlanabilir.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesiyle eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumunda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişi 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.

Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında ceza sorumluluğunun şahsî olduğu belirtilmektedir.

Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleriyle bunların infazına ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Buna göre, hangi fiilin suç sayılacağı, cezanın türü ve miktarı ile infaza ilişkin yasal düzenlemeler temelde devletin suç ve ceza politikasına bağlı bir konudur.

5275 sayılı Yasa'da cezaların infazı, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı, hapis cezasının infazı, kamuya yararlı bir işte çalıştırma ve adli para cezasının infazı gibi farklı rejimler biçiminde düzenlenmiştir. Buna göre infazın şekli, mahkûmiyet konusu cezanın tür ve ağırlığıyla yakından ilgilidir. Mahkûmun mükerrir olması, hakkında hükmedilecek cezanın türünü belirlemede etken olduğu gibi, cezanın tür ve ağırlığına bağlı olarak infazın şekli de değişebilmektedir. Saptanan ceza siyasetine bağlı olarak farklı infaz şekilleri için farklı kurallar konulması bu ayrımın doğası gereğidir. Başvuru konusu kuralda olduğu gibi, erteleme ve şartla salıverilme imkânını hiç tanımayan düzenlemeler yanında, şartla tahliye imkânını tanımakla birlikte bunun için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreleri artıran veya adli kontrolü uzatan düzenlemeler de bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralla adli para cezasından çevrilen hapsin infazının ertelenemeyeceği ve bunun infazında koşullu salıverme hükümlerinin uygulanamayacağı öngörülmüştür. Ancak bu infaz şeklinde hükümlü, hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır. Adli para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı, birden fazla hükümle adli para cezalarına mahkûmiyet halinde ise bu süre beş yılı geçemez. Ayrıca, hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan da adli para cezasıdır. Dolayısıyla, haklarında doğrudan hapis cezası verilenlerle adli para cezası hapse çevrilenler aynı konumda bulunmadıklarından, bunların infaz sistemlerinde eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

VII- SONUÇ

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen (9) numaralı fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 13.5.2010 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

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 5739 sayılı Yasa ile değiştirilen (9) numaralı fıkrasının itiraz konusu ilk cümlesinde, "Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz" denilmektedir. Buna göre, hapis cezasından çevrilen veya hapis ve adli para cezasının seçenek yaptırım olarak öngörüldüğü durumlarda verilen para cezasının ödenmemesi nedeniyle çevrilen hapsin infazı ertelenemeyecek ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamayacaktır.

Adli para cezası, nitelik ve korunan hukuki yarar gözetildiğinde hapis cezasından daha hafif bir yaptırım olduğundan, hapis cezasından çevrilirken veya seçenek yaptırım olarak uygulanırken, suçlunun, kişiliği, pişmanlığı, suça eğilimi, özgürlüğü engellenmeden topluma uyum sağlayıp sağlayamayacağı gibi özelliklerinin değerlendirileceği kuşkusuzdur. Bu durumun dikkate alınması ise, para cezası verilen suçluya, hapis cezası uygulanmayarak bir atıfette bulunulduğunu göstermektedir. Ancak, adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle hapse çevrilmesinde, itiraz konusu kural uyarınca erteleme ve koşullu salıverilme hükümlülerinin uygulanamaması, cezanın infazında doğrudan hapis cezası alanlar lehine bir farklılık yaratmaktadır. Aynı suçu işleyenler arasında doğrudan hapis cezası alanlarla para cezasının ödenmemesi nedeniyle haklarında hapis cezası uygulananlar, özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları yönünden aynı hukuksal konumda olduklarından, bunlar arasında ayırım yapılması eşitlik ilkesinin açık bir ihlâlidir. Para cezalarının tahsilini sağlamak ya da para cezasından çevrilen hapis cezalarının infazı sırasında kalan günlerin karşılığı ödenerek bu cezaların sonlandırılması gibi yasal olanaklar eşitlik ilkesinin ihlâlinin haklı gerekçeleri olamaz.

Hukuk devletinde yasa koyucu, cezalar ve bunların infazı konusunda takdirini kullanırken eşitlik ilkesini ve adaleti gözetmek zorundadır.

Öte yandan, mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin yasalarda, adalet ve eşitlik ilkesi esas alınmadıkça, Anayasa'nın 19. maddesinde belirtilen kişi özgürlüğü ve güvenliği de sağlanamaz.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 19. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

AZLIK OYU

İtiraza konu kural 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hakkında Kanun'un 106. maddesinin değişik (9) nolu fıkrasının "Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz." şeklindeki birinci tümcesidir.

Aynı Yasa'nın 107. maddesinde koşullu salıverme düzenlenmiş ve mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi halli geçirmesi ilke alınmıştır. Ayrıca hapis cezalarının derhal infazının hükümlü ve ailesi için mahkumiyetin amacı dışında ağır zarara neden olacağının anlaşılması durumunda ise infazın ertelenmesi söz konusu olacaktır.

İtiraza konu olan kuralda da hapis cezası söz konusudur. Hapis cezasının adli para cezasından çevrilmiş olması, uygulanacak olan hapsedilme olgusunda bireysel ve toplumsal yansımaları ve sonuçları yönünden bir fark oluşturduğu söylenemez. Cezanın çekildiği ortam, çekiliş biçimi aynıdır. Belirlenen bu aynılığın, para cezalarının ödenmesinin sağlanması ve ödeme halinde cezanın sonuçlanması yönündeki amaçlarla değişmeyeceği açıktır. Burada önemli olan hapis cezasının tüm etkileriyle yaşanmasıdır.

Bu olgu ve Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik kuralı karşısında, hapis cezası çekenlerin aynı konumda oldukları ve aynı kuralların geçerli olması gerektiğine açıklıkla ulaşılmaktadır. Başka bir aktarımla, adli para cezasından çevrilen hapis cezalarının da, diğer hapis cezalarıyla aynı kurala bağlı olması anayasal eşitlik ilkesinin bir gereği olduğunda kuşku yoktur.

Bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olan kuralın iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY

Mahkememiz kararını oluşturan çoğunluk görüşü;

Yasa koyucunun takdiri kapsamında ülke gerçekleri göz önüne alınarak saptanan ceza siyasetine bağlı farklı ceza ve infaz şekilleri için farklı kurallar konulabileceği, adli para cezasının hukuki niteliğinin farklı olduğu, doğrudan hükmedilen hapis cezasının infazı hükümleri ve seçenek yaptırım ile adli para cezası hükmünün infazı rejimlerinin eşitlik karşılaştırmasının yapılmaması gerektiği bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerektiğinde birleşmiştir.

Anlatılan nedenler ile bu görüşe katılınmamıştır.

Ülke gerçekleri karşısında ceza siyaseti belirlenirken, suçun mahiyeti, korunmak istenen yarar, temel ceza unsurları yasa koyucunun takdirinde olması genel ilke olmakla birlikte "cezaların infazı kurumunun"da öngörülen temel ceza kadar ceza hükümlüsü insan unsurundan ayrık düşünülmesi mümkün değildir.

Cezaların infazında amaç toplumu suça karşı korurken hükümlünün sosyalleşmesini temin etmek, kanun ve nizamlara kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan birey olmasını kolaylaştırmaktır.

Hükmedilen bir ceza karşısında cezaevine girmekle ortaya çıkan olgu "hürriyetlerden yoksun kalma"dır.

İnfaz sürecinin hükümlünün iyileştirilmesi, kanunlarla düzenlenmiş haklardan yararlanmasının temin edilmesi yönünde olması gerektiği kaçınılmazdır. Bu husus devletin Anayasa ile verilen temel amaç ve görevleri arasındadır.

İnfaz sürecinde kendisinden beklenen tutum, davranış ve eylemleri ile kamu düzenine uyan hükümlünün temel alınan iyileştirme süreci gayesine katkısı, iyiniyeti, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmesi ve toplumla bütünleşmeye hazır olduğu gözlemi karşısında ceza infaz siyasetinin temel amacı ve insan onuru ve toplumsal gereksinim adına, bu ülkede hükümlülük ve infazda geçen süreyi kısaltan KOŞULLU SALIVERİLME müessesesi getirilmiştir.

İtiraz konusu 5275 sayılı Kanun'un 106. maddesinin değiştirilen 9 no'lu fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "adlİ para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverme

hükümleri uygulanmaz." ifadesi; hakkında adli para (bir kısım paranın devlet hazinesine ödenmesi) cezası verilen hükümlünün, benzeri suçtan doğrudan hapis cezası almış ve infaz sürecinde şartlı tahliyeden yararlanabilecek bir hükümlüye kıyasla, bu para cezasını ödememe halinde bu olumsuz edime adeta bir yaptırım daha yükleyerek bu konumda koşullu salıverilmeden yararlandırılmayacağına hükmettiği görülmektedir.

Ceza doğrudan hapis yerine, paradan hapse dönünce yasa koyucunun, infaz süreci için öngördüğü temel amaç ve ilkelerden uzaklaşıldığı, değerlendirmeye alınmadığı, salt hazine alacağı karşısında yok sayıldığı anlaşılmaktadır.

Kural bu hali ile ceza infaz siyasetine ilişkin pozitif hukuktan sapma niteliğindedir.

Elbette ceza siyaseti farklı infaz usullerini suçun hukuki mahiyeti, yasanın korumak istediği yarar ölçütü ile getirilebilirse de toplumu koruma temel amaçlı ceza siyaseti suça itileni ve hüküm altına alınanı da korumak, eşit hallerde eşit koşullardan yararlandırmak zorundadır.

Aynı eylem karşısında doğrudan hapis cezası infaz edilenin yararlanabileceği şartlı tahliye hakkının -hakimin takdiri karşısında- adli para cezasına çarptırılan ancak ödeyemediği için hapis cezasına çevrilen hükümlüye tanınmaması, hak yoksunluğu ile karşılaşması, adil görülecek bir farklılık olmayıp, ceza adalet sistemine olan saygının yitirilmesi nedeni olabilecektir.

Herhalde hapishanede yaşama zarureti hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı ile aynı nitelikte ve içeriktedir. Hürriyeti bağlayıcı cezanın infaz sürecinin, hükümlü üzerinde işinin kaybedilmesi, bozulması, ailevi sorunlar, vs. sayısız hak ve yükümlülükten uzak kalmak ve getireceği olası maddi ve manevi kayıplar gibi kalıcı sonuçlar yaratacağı da bir vakıadır.

Bu olumsuzlukları azaltmak, ortadan kaldırmak yerine, infaz sürecini uzatmak sonucu yaratan koşullu salıvermeden yararlandırmamak infazda ceza adaletinin temel amacı hükümlünün ıslahı ve sosyalleşmesi amacına uyumlu olduğu söylenemez.

İnfazda şartlı tahliye hakkından yararlandırmama sonucunu yaratan adli para cezasının niteliğine bakıldığında ise, bu cezanın düzenlendiği

Türk Ceza Kanunu'nun 52. maddesinin genel gerekçesinde; suç işleyen kişinin ekonomik durumunu dikkate almadan hükmolunan para cezasının eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurduğu, ödeme gücü olan kişi üzerinde etkisi olmadığı, ödeme gücü olmayanın da sonuçta infaz kurumuna gönderildiği, bu nedenle gün para cezası sistemine geçildiği, cezanın kişinin ödeme gücüne göre belirlenerek zengin fakir arası eşitsizliğin giderildiği söylenmektedir.

Görülen odur ki amaç, suçlunun ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde tutularak cezayı para olarak tayin edip cezadan beklenen amacı gerçekleştirmektir. Bunun için gereğinde taksitlendirmek ve ödenmeyen para cezasının hapse çevrileceğini belirtilmektedir.

Ancak çevrilecek cezanın infazı sürecinde infaz usulünün değiştirileceği hususu genel gerekçede yer almadığı görülmektedir.

Ceza tayini sırasında ödeme gücü var sayılarak takdir edilecek para cezasının ödenmemesi halinde şartlı tahliye hak yoksunluğu ile hükümlüyü yeniden cezalandırmak bir gaye olmasa gerektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3., 5. ve 6. maddeleri de dikkate alındığında, mahkeme kararlarının sanıkları kısmen bireysel özellikler dikkate alınarak verilmesi gerekliliğine işaret etmekle birlikte, bu ilkeye uygun hareketle tayin edilen cezanın adının "ADLİ PARA" olması halinde sanığın hakimin taktiri ötesinde, gelişen reel durumu ve haklı nedenleri de olabileceği düşünüldüğünde hapsin infazında farklı usulle karşılaşması ve uygulamanın ek bir cezaya dönüşmesi düşüncesi, sözleşme ilkelerine ve Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu düşünülmektedir.

Avrupa konseyi bakanlar komitesi hürriyetten yoksunluğun sosyal ve ailevi etkileri karşısında ceza siyasetine rehber olacak tavsiye kararları aldığı ve bunların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilkesel bazda yansıdığı anlaşılmaktadır.

Buna göre özellikle hürriyeti bağlayıcı cezaya alternatif toplumsal hizmet yaptırımlarının uygulanması teşvik edilmekte, kapalı ortamının hükümlü üzerinde egemen olacak negatif öğelerini ortadan kaldırmaya yönelik çabalar tavsiye edilmektedir.

Ceza adalet sisteminin koğuşturma, infaz ve sonrası birlikte bir işletme bütünü olduğu ve yarar temeli üzerine varlık ve meşruluk

kazandığı ortadadır. Adalet, eşitlik ve Anayasaca maddi ve manevi varlığı geliştirilmek zorunda olunan insan ölçütleri olmadan ceza sisteminde yer alan infaz usullerinin sadece yasa koyucunun ülke gerçeği, ceza hukukunun ana ilkeleri ve ekonomik hayat gereksinmeleri denilerek takdiren realize edilebileceğini söyleyen eksik anlayışa katılmak mümkün değildir.

Cezaların hükmedilmesi ve infazında adillik, eşitlik ve merhamet ilkelerini göz ardı eden, pozitif hukuktan sapma niteliğindeki kural anlatılan nedenler ile Anayasa'nın eşitlik ve yarattığı adaletsizlik ile hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Engin YILDIRIM

Esas Sayısı : 2008/8

Karar Sayısı : 2010/71

Karar Günü : 20.5.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onikinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 29.3.1984 günlü, 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a 12.5.1988 günlü 3446 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile eklenen Ek Madde 1'in üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav Mülakat ve Atama Yönetmeliği'nin 12.6.2007 günlü 26550 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle değiştirilen bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa aykırı olduğu kanısına varan mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Yargıçlar ve Savcılar Birliği tarafından; Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliğinin 12.6.2007 günlü 26550 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle değiştirilen 7. maddesinin birinci fıkrasındaki "gerekli şartlarının" ve ikinci fıkrasındaki "ile şartları taşımadığı tespit edilenlerin" ibarelerinin, 11. maddesinin birinci fıkrasındaki "katılanların öğrenim konularına" ve ikinci fıkrasındaki "puanlama ve değerlendirme" ile "kazananların belirlenmesi" ibarelerinin, 21. maddesinin "yazılı sınavda yüz tam puan üzerinden

asgari yetmiş puanın altına düşülmemek kaydıyla en yüksek puan alandan başlamak üzere, sınav ilanında belirtilen kadro sayısının % 50 fazlası mülakata çağrılır." şeklindeki ilk cümlesinin, 27. ve 28. maddelerinin tamamının, 33. maddesindeki "ile Adalet Bakanlığı hesabına burs verilmek suretiyle yükseköğrenimlerini tamamlayanlar" ibaresinin, 28. maddesine dayanılarak Yönetmeliğe eklenen Ek-3 nolu formun ve bu formun Yönetmeliğe eklenmesini öngören değişiklik yapan Yönetmeliğin 12. maddesindeki "ve aynı Yönetmeliğe Ek-3 eklenmiştir" ibaresinin iptali ve öncelikle yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davaya ait dosya incelendi:

Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliğinin 12.6.2007 günlü, 26550 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelikle değiştirilen ve "Yazılı Sınava Tabi Olmayanların Mülakata Çağrılması" başlıklı 33. maddesinde, Adalet Bakanlığı hesabına burs verilmek suretiyle yükseköğrenimlerini tamamlayanların sadece ilan edilen boş kadrolara başvurabileceği öngörülmüştür.

Anılan Yönetmeliğin 33. maddesinin dayanağı olan 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanuna 12.5.1988 tarih ve 3446 sayılı Kanunun 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 1. de; "Adalet Bakanlığı hesabına, hakim ve savcı ihtiyacını karşılamak üzere, burs verilmek suretiyle, yükseköğrenim yaptırılabilir.

Burs verilmek suretiyle yükseköğrenim yapacak öğrencilerin sayısı Adalet Bakanlığı'nca belirlenir. Burs verilecek öğrencilerde bulunması gereken nitelikler ile bunların seçimlerine dair esas ve usuller, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.

Bu öğrencilere, emsallerine ödenen bursun iki katı oranında burs verilir. Burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanlar staj için yazılı sınava tabi tutulmazlar.

Adalet Bakanlığı hesabına burs almak suretiyle yükseköğrenim yapmış olanlar mecburi hizmetle yükümlüdürler. Bu hususta, Devlet Memurları Kanunu Hükümleri uygulanır. Mecburi hizmet süresi, hakimlik ve savcılık görevine başlama tarihinden itibaren hesap edilir.

Adalet Bakanlığı, yükseköğrenim öğrenci yurtları ile üniversite yurtlarında kalan burslu öğrencilerinin hakimlik ve savcılık görevlerine hazırlanması bakımından eğitimlerine, Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu ve üniversitelerle yapacağı protokol esasları dahilinde yardımcı olur" hükümleri yer almaktadır.

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8. maddesinde adaylığa atanacaklarda aranacak koşullar düzenlenmiş, bu maddenin (I), bendinde yazılı yarışma sınavı ve mülakatta başarı göstermenin şart olduğu hükme bağlanmıştır.(…)

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirttiği gibi, hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlettir. Adil bir hukuk düzeninin kurulması ise, yargının bağımsızlığı, hakim bağımsızlığı ve teminatının sağlanması ile mümkündür.

Anayasanın 138. maddesinde, "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" denilerek hakimlerin bağımsızlığı ilkesi kabul edilmiştir. Anayasa'da ayrıca bu ilkeyle yetinilmeyerek 139. maddede "hakimlik ve savcılık teminatı" kabul edilmiştir. Öte yandan Anayasa'nın 140. maddesinde; hakim ve savcıların nitelikleri ve atanmalarının mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda hakimlerin mesleğe ne şekilde kabul edildikleri doğrudan bağımsızlıkları ile ilgili olduğundan, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esasları gereğince hakimlerin seçilmelerinin tarafsız, nesnel ve sadece liyakati ölçmeyi amaçlayan sınavla yapılması gerekmektedir.

Nitekim yargı bağımsızlığının temel ilkesini 15.12.1985 günlü, 46/146 sayılı kararı ile onaylayan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu "Hakimlik mesleğine, yeterli hukuk eğitimi görmüş, yetenekli ve kişilikli bireyler seçilecektir. Seçim yönteminde, amaca aykırı düşüncelerin rol oynamasını engelleyecek tedbirler alınmalıdır. Hakimlerin seçiminde, bir kişiye karşı ırk, renk, cinsiyet, din siyasi veya diğer fikirler, milli veya sosyal menşei ve malvarlığı gibi düşüncelerle hiçbir ayırım

yapılmayacak; ancak hakim adayının ülke vatandaşı olması şartı, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir." ilkesini kabul etmiştir.

Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Hakimlerin Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı konusunda 13.10.1994 günlü, 518 inci toplantısında aldığı kararda da "Hakimlerin mesleki kariyerlerine ilişkin tüm kararlar objektif kriterlere dayanmalı, hakimlerin seçimi ve kariyerleri; eğitimsel özelliklerini, dürüstlük, yetenek ve etkinliklerini de gözeten liyakat esasına göre olmalıdır." ifadesine yer vermiştir.

Bu durumda, yukarıda anılan 2992 Sayılı Yasa'nın Ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanların staj için yazılı sınava tabi tutulmayacakları hükmü, bu hükümde belirtilenler ayrıcalıklı kılınmak ve liyakatin ölçüldüğü yazılı yarışma sınavına alınmamak suretiyle Hakimlik ve Savcılık mesleğine, objektif kriterlere ve liyakat esasına dayanarak atanmalarını engellemekte ve burslu öğrencilerin seçimini yapan yürütme organına karşı bağımsızlıklarını korumaları konusunda şüphelere neden olabilmektedir.

Diğer yandan; anılan hüküm, kadro ve ihtiyaç durumuna göre 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 8. ve 9. maddelerine dayanılarak yapılacak yazılı yarışma sınavı ve mülakatta başarı gösterenlerin başarı derecesine göre tespit edilecek adaylar ile Adalet Bakanlığı'ndan burs verilmek suretiyle yüksek öğrenimini tamamlayanlar arasında eşitsizliğe yol açacağı gibi sübjektif değerlendirmelere neden olacağı da açıktır.

Belirtilen nedenlerle; Anayasanın 2., 10. ve Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı ile hakimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen 138., 139., 140. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılan 2992 sayılı Kanunun Ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin iptali ile bu hükmün uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptali istenilen madde hükmünün yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine 11.12.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

29.3.1984 günlü, 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanuna eklenen Ek Madde 1 şöyledir:

"Ek Madde 1- (Ek: 12/5/1988 - 3446/1. md.)

Adalet Bakanlığı hesabına, hakim ve savcı ihtiyacını karşılamak üzere, burs verilmek suretiyle, yükseköğrenim yaptırılabilir.

Burs verilmek suretiyle yükseköğrenim yapacak öğrencilerin sayısı Adalet Bakanlığınca belirlenir. Burs verilecek öğrencilerde bulunması gereken nitelikler ile bunların seçilmelerine dair esas ve usuller, Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.

Bu öğrencilere, emsallerine ödenen bursun iki katı oranında burs verilir. **Burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanlar staj için yazılı sınava tabi tutulmazlar.**

Adalet Bakanlığı hesabına burs almak suretiyle yükseköğrenim yapmış olanlar mecburi hizmetle yükümlüdürler. Bu hususta, Devlet Memurları Kanunu hükümleri uygulanır. Mecburi hizmet süresi, hâkimlik ve savcılık görevine başlama tarihinden itibaren hesap edilir.

Adalet Bakanlığı, yükseköğrenim öğrenci yurtları ile üniversite yurtlarında kalan burslu öğrencilerinin hâkimlik ve savcılık görevlerine hazırlanmaları bakımından eğitimlerine, Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu ve üniversitelerle yapacağı protokol esasları dahilinde yardımcı olur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 138., 139. ve 140. maddelerine dayanmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, 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

yapmış olduğu ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA, yürürlüğünün durdurulması isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE; 7.2.2008 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında itiraz konusu kuralın yazılı yarışma sınavı ve mülakatta başarı gösteren adaylar ile Adalet Bakanlığı hesabına burs verilmek suretiyle yüksek öğrenimini tamamlayanların yazılı sınava alınmaksızın doğrudan mülakata alınan adaylar arasında eşitsizliğe yol açacağı, ayrıca burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanların liyakatin ölçüldüğü yazılı yarışma sınavına alınmamak suretiyle objektif kriterlere dayanarak hâkimlik ve savcılık mesleğine atanmalarını engellediği belirtilerek Anayasa'nın 2., 10., 138., 139. ve 140. 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, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilkenin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Hukuk devleti ile eşitlik birbirleri ile yakın ilişkili kavramlar olup, eşitlik kavramı, hukuk devleti ilkesinin temelinde yatan değerlerden birisidir. Bu ilkeden faydalananlar açısından eşitlik ilkesi, hak sahibine eşit işlem görme, farklı muameleye tabi tutulmama, ayrım gözetilmemesini isteme hakkı verir.

Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye, 3446 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 1, yargıdaki hâkim ve savcı açığını kapatmak ve bu mesleğe olan ilgiyi artırmak amacıyla burs verilmek suretiyle Adalet Bakanlığı hesabına hukuk fakültelerinde yüksek öğrenim yapacak öğrencilerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen bir kuraldır.

Bu kuralda Adalet Bakanlığı hesabına, burs verilmek suretiyle, yükseköğrenim yaptırılacak öğrencilere, emsallerine ödenenin iki katı oranında burs verileceği, burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanların mecburi hizmetle yükümlü oldukları ve bu hususta Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. İtiraz konusu cümlede ise burs alarak öğrenimini tamamlayan mezunların hâkim ve savcı adaylığı stajı için yazılı sınava tabi tutulmayacakları kurala bağlanmıştır.

Maddede her ne kadar mecburi hizmetle ilgili olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş ise de adı geçen Yasa'ya 4160 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle eklenen Ek Madde 35 ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre yurt içinde okutulacak öğrencilerin mecburi hizmet yükümlülüğü kaldırılmıştır. Bu yükümlülük kaldırıldıktan sonra Adalet Bakanlığı hesabına burslu olarak yüksek öğrenim yapmış olanların diğer mezunlardan farkı kalmamıştır. Aynı durumda olan bu mezunların farklı kurallara bağlı tutulmaları Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

İtiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

29.3.1984 günlü, 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a, 12.5.1988 günlü, 3446 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 1'in üçüncü fıkrasının "Burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanlar staj için yazılı sınava tabi tutulmazlar." biçimindeki ikinci cümlesine ilişkin yürürlüğünün

durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 20.5.2010 OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

29.3.1984 günlü, 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a, 12.5.1988 günlü, 3446 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 1'in üçüncü fıkrasının "Burs alarak öğrenimlerini tamamlamış olanlar staj için yazılı sınava tabi tutulmazlar." biçimindeki ikinci cümlesinin 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	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Danıştay 12. Dairesi'nin itiraz yoluyla iptali isteminde bulunduğu kuralın temas ettiği ve Danıştay da dava konusu yapılan Adli ve İdari Yargıda Hakim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülâkat ve Atama Yönetmeliği 12.1.2008 tarih ve 26754 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan yönetmelikte yürürlükten kaldırılmış olup, artık anılan Yönetmelik Danıştay'daki dava yönünden uygulanacak kural olmaktan çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik uygulamasına göre de, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve Mahkeme'nin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak kural olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları ise davanın değişik

evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır. Davanın somutunda, söz konusu Yönetmelik değişikliğiyle iptali istenen düzenleyici tasarruf artık Danıştay önündeki davaya konu teşkil edebilme özelliğini yitirdiğinden; bu yönetmeliğin dayanak aldığı yasa kuralının, söz konusu davanın çözümünde olumlu ya da olumsuz etki yapabilme durumu söz konusu olamayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, başvurunun başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerektiği kanısına ulaştığımızdan, çoğunluğun davanın esasına geçilmesi yolundaki kararına katılmıyoruz.

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

KARŞIOY YAZISI

9.9.1991 günlü ve 20986 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliği'nin, 12.6.2007 günlü, 26550 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yönetmelik ile değiştirilen 33. maddesinin dayanağı olan 2992 sayılı Yasa'nın Ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin itiraz yoluyla iptali istenilmektedir.

İtiraz başvurusundan sonra, 9.9.1991 günlü ve 20986 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan dava konusu Yönetmelik, 12.1.2008 günlü ve 26754 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Adli ve İdari Yargıda Hâkim ve Savcı Adaylığı Yazılı Sınav, Mülakat ve Atama Yönetmeliğinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik ile 4.12.2007 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasal denetimin temel amacı, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen yasa kurallarını, soyut veya somut norm denetimi yoluyla inceleyip, aykırılığını saptadığı yasa kurallarını iptal ederek uygulanmalarını önlemektir.

Yasa'ya aykırılığı ileri sürülen yönetmeliğin iptali istemi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen Yasa'nın iptali istemi gibidir. Yasa'ya aykırılığı saptanan yönetmeliğin de iptal edilerek uygulamadan kaldırılması gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.

İtiraz başvurusunun amacı, Yönetmeliğin dayanağını oluşturan Yasa'daki kuralın iptalini sağlayarak yönetmelikle ilgili iptal istemini karara bağlamaktır. Oysa, iptali istenilen yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla itiraz başvurusunda bulunan Danıştay 12. Dairesi'nin görmekte olduğu davada iptali istenilen yönetmelik yürürlükten kaldırılarak uygulanamaz hale getirilmiş, böylece davacının arzuladığı sonuç elde edilmiş ve çözümü gereken uyuşmazlığın konusu da kalmamıştır. Bu durumda, iptali istenilen kural hakkında anayasal denetimin sürdürülmesi sonucu verilecek kararın hukuksal yararının varlığından söz edilemeyeceği gibi, hukuk âleminde düzenleyici bir etkisinin de olmayacağı açıktır.

Belirtilen nedenlerle konusu kalmayan itiraz hakkında, karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekir.

Bu nedenle aksi yönde oluşan çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

Esas Sayısı : 2008/22

Karar Sayısı : 2010/82

Karar Günü : 17.6.2010

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun;

1) 5. maddesinin üçüncü fıkrasının,

2) 6. maddesinin üçüncü fıkrasının,

3) 11. maddesinin son cümlesinin,

4) 12. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

5) 14. maddesinin,

6) 25. maddesinin,

7) 26. maddesinin,

8) 41. maddesinin ikinci fıkrasının,

9) 68. maddesinde yer alan "…Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla,…" ibaresinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 8., 10., 14., 33., 90., 104., 105., 125., 128., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

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

"III. GEREKÇE

1) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 5 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5737 sayılı Vakıflar Kanunun 5 inci maddesinin iptali istenen üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde, yeni vakıfların, vakıf senedinde yazılı amaçlarını gerçekleştirmek üzere, Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bildirimde bulunmak koşuluyla şube ve temsilcilik açabilmesi öngörülmüştür.

4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 101 inci maddesinde "Vakıflar, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere vakıflar, sosyal ve siyasal yaşam içinde bir sivil toplum örgütü olarak öngörülmüştür.

Yalnızca hayır için topluma hizmet etme kurumları olan vakıfların; ekonomik örgütler (şirketler ve üst kuruluşları) gerek siyasal ve sosyal bir örgütlenme modelleri olan demokratik kitle örgütü ya da sivil toplum örgütü olarak nitelendirilmesine olanak bulunmadığından bu örgüt ve modellerin yapılandırılmaları içindeki şube ve temsilciliklerin vakıflara da "vakıf" niteliği ile bağdaşmayacağı açıktır.

Diğer taraftan Vakıflar Kanununun yine "Tanımlar" başlıklı 2 nci maddesinde de, vakıf senedi "Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, malvarlığını ve vakıf şartlarını içeren belge..." olarak tanımlanmıştır.

Bu tanıma göre de, vakfiye ya da vakıf senedi, vakfın kurucu belgesidir. Bu belge, vakfın konusuna, amacına ve organlarına ilişkin vakfedenin tüm istek ve istencini yansıtan düzenlemeler içerir. Vakfiye ya da vakıf senedinin düzenlemeleri birer hukuk kuralı etki, değer ve gücündedir.

Vakıf kurma işlemi tamamlandıktan sonra bu kurallar, vakfedeni, vakfı yönetenleri, vakıftan yararlanacakları, üçüncü kişileri ve Devlet'i bağlar. Bu nedenle, kurucu istenci yansıtan vakfiye ya da vakıf senetlerini Devlet organları dahil kimse değiştiremez.

Bir özel hukuk işlemi olan vakıf kurma istencinin yasayla belirlenen yönteme uygun olarak açıklanması sonrasında, özel hukuk tüzelkişiliği

kazanan mal topluluğunun, mülkiyetine geçen mal ve haklar üzerindeki tasarruf yetkisi, kuşkusuz Anayasanın mülkiyet hakkına, tüzelkişiliğin varlığını sürdürmesi de, örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kurallarının güvencesi altındadır.

Dolayısıyla, vakıf özel hukuk tüzelkişiliğine ilişkin yasa kurallarının, vakıf kurumunun bu asli niteliğine uygun olması ve bu kurallar ile vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçimine ve etkinlik alanına, Anayasanın mülkiyet hakkı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kurallarında öngörülenler dışında, karışılmaması gerekmektedir.

Kurucu istence bağlı kalmaksızın, vakfedenin çizdiği yapılanmanın dışına çıkılmasına olanak tanınması durumunda ortaya çıkan yapının, hukukun tanımladığı biçimiyle vakfın özel hukuk tüzelkişiliği olarak nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. 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.

İptali istenen kural, vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçiminde şube ve temsilcilik açılması suretiyle değişiklik yapılmasını öngördüğünden hukuki güvenlik ilkesinden yoksun olup, bu nedenle de Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasanın "Dernek kurma başlıklı" 33 üncü maddesinin son fıkrasında, bu madde hükümlerinin vakıflarla ilgili olarak da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle gönüllü bir toplumsal kuruluş olan vakıflar da kuruluşu, serbestçe varlık kazanma ve örgütlenme ilkeleri ile faaliyet güvencesi öğelerini kapsar. Anayasanın 33 üncü maddesinde yer alan <<dernek kurma hürriyeti>>, anılan öğelerin bir arada bulunmasıyla sağlanabilir.

Bu nedenle örgütlenme ilkesiyle bağdaşmayan iptali istenen düzenleme Anayasanın 33 üncü maddesine aykırıdır.

Öte yandan böyle bir düzenleme, örgütlenme özgürlüğünü de zedelemektedir. AİHS'nin 11 inci maddesi örgütlenme özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre "Herkes, asayişi bozmayan toplantılar yapmak, dernek/örgüt kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve sendikalara katılmak hakkına sahiptir."

Maddede yer alan dernek/örgüt kavramının ise yalnızca dar anlamda dernekleri ifade etmediği geniş anlamda örgütlenmeleri içerdiği Sözleşme organlarının içtihadıyla zaman içinde belirlenmiştir. Sözleşmede yer alan kavramlar otonom kavramlardır ve kavramların içeriklerini, ulusal hukuklardan bağımsız olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tespit etmektedir. Bu bağlamda Sözleşme içtihadı uyarınca, herhangi bir örgütün 11 inci madde bağlamında kabul edilmesi için kişilerin ortak bir amaç için gönüllülük esasına dayalı olarak bir araya gelmeleri, bunun için de asgari şekilde örgütlenmeleri gerekmektedir. (Bu konudaki kararlar bkz. Kom. K., Association X. v. Sweden, 06.07.1977, no: 6094/73, D.R. 9, s.5 (7); Kom. K., I. M. Young and N. H. James / İngiltere, 11.07.1977 no: 7601/76, D.R. 9, s.126).

Bu durumda vakıflar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11 inci maddesi kapsamında bir örgüt olduğundan iptali istenen kural, vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçiminde değişiklik yapılmasını öngördüğünden AİHS'nin 11 inci maddesine de aykırıdır.

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 oluşturduğundan iptali istenen kural, Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırı düşmektedir.

5 inci maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin iptali halinde bu fıkranın ikinci cümlesinin de uygulanma olanağı kalmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 5 inci maddesinin üçüncü fıkrası, Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 6 ncı Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kurala ile cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarınca kendi aralarından seçileceği, seçimin usûl ve esaslarının da yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

Lozan Antlaşması'nda Azınlıklar ile ilgili hükümler, Yunanistan ile karşılıklı olma/mütekabiliyet şartıyla kabul edilmiştir. Diğer bir anlatımla, Yunanistan'daki Türk azınlığa verilmeyen hiçbir hak, Türkiye'deki gayrimüslim azınlığa verilemez (md. 45).

1913 tarihli Atina Anlaşmasının 11 inci maddesi, kurulmuş ve kurulacak olan vakıflar kurumunun özerkliğine, hiyerarşik yapısına ve mülklerinin yönetimine dokunulmayacağını hükme bağlamış. Aynı anlaşmanın 12 nci maddesi vakıfların bulundukları bölgedeki İslam cemaati tarafından yönetileceğini belirtmiştir.

Yine 2345 Sayılı, 1920 tarihli Yasanın 12 nci maddesi de aynı şekilde, cemaat yöneticilerinin azınlık mensubu Batı Trakya Müslüman Türkleri tarafından seçileceğini hükme bağlamıştır. Buna rağmen, seçimle ilgili hükümler 1949 yılında ilan edilen Kral İradesiyle ancak otuz altı yıl sonra uygulamaya konabilmiş ve bu, 1950 yılına kadar tayinle vakıfların idare edildiğini göstermektedir. Sadece 1950 – 1967 yılları arasında cemaat vakıfları kendi yöneticilerini seçebilmişler ve yöneticiler seçimle iş başına gelmişlerdir.

1967 yılında, askerî darbe sonucu, Yunanistan'da bütün bu tür sivil toplum örgütlerinin yönetimleri lağvedilmiş ve yine o zaman da vakıf idarelerine atama yapılmıştır. Tabii, bu atamalar da idarenin kendine yakın olan kişiler olmuşlardır.

Yunanistan'ın, ülkesindeki Türk Cemaate ait vakıflara ilişkin yaptığı düzenleme olan 1980 tarih ve 1091 sayılı Yasa'da da Türk Cemaate ait vakıflara kendi yöneticilerini seçme hakkı verilmemiştir. Yani, hâlâ bugün Avrupa Birliği üyesi Yunanistan'daki Müslüman Türklere ait vakıf yöneticileri seçimle işbaşına gelememektedirler, yani kendi yöneticilerini seçememektedirler.

Bu nedenle, Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığı ile karşılıklılık – mütekabiliyet esasına ters düşen 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrası Lozan Antlaşması'na ve

dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 11 inci Maddesinin Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5737 sayılı Yasa'nın "İdari para cezası" başlıklı 11 inci maddesinde, Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılan tebligata rağmen, bu Kanun uyarınca istenen beyanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen, organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan vakıf yönetimine Genel Müdürlükçe her bir eylem için beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilmesi öngörülmekte ve iptali istenen son cümlesinde ise, verilen idari para cezasına karşı başvuru yolu olarak da 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine yollamada bulunulmaktadır.

Maddeyle gönderme yapılan 5326 sayılı Kabahatler Yasası'nın 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 3 üncü maddesi, itiraz yoluyla açılan dava sonunda, Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2006 günlü, E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde,

"Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usul ve esasların değiştirilmesi, Anayasanın 125 inci ve 155 inci maddelerine aykırıdır.",

denilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 5560 sayılı Kanunun 31 inci maddesiyle değiştirilen 3 üncü maddesi de şöyledir:

"MADDE 3 – (1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır."

5326 sayılı Kabahatler Kanununun idari para cezalarına karşı başvurulacak kanun yolu ise, Yasa'nın 27 nci maddesinde gösterilmiştir. "Başvuru yolu" başlıklı bu madde aynen şöyle denilmiştir:

"İdarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idarî yaptırım kararı kesinleşir."

Bu hükme göre, 5737 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen tüm fiillerden dolayı verilecek idari para cezasına karşı idari yargıya değil, adli yargıya (sulh ceza mahkemesine) başvurulması gerekmektedir. Görüldüğü üzere iptali istenen düzenlemede de, Anayasa Mahkemesi'nin yukarda açıklanan kararında belirtildiği üzere yalnızca yaptırımın türünden hareket edilmiş ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmemiştir. Bu bağlamda, vakıf organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren vakıf yönetimine idari para cezası verilmesi öngörülmüştür. Ancak, vakıf organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanıp toplanmadığının tespitinin idari yargının denetimine tabi bir alan olduğu çok açıktır.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin 01.03.2006 günlü, E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararı dikkate alınmadan yapılan bir düzenleme olan 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 11 inci maddesinin son cümlesi, Anayasanın 125 inci, 153 üncü ve 155 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 12 nci Maddesinin Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

5737 sayılı Yasa'nın 3 üncü maddesinde, bu Yasa'da geçen "vakıflar" sözcüğünün, mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfların tümünü kapsadığı belirtilmiştir.

Bu durumda, 12 nci maddenin iptali istenen birinci fıkrası hükmüyle cemaat vakıfları da dahil tüm vakıflara, dini, hayri, sosyal, eğitsel, sağlık ve kültürel alanlardaki gereksinimleriyle sınırlı olmaksızın ve herhangi bir merciden izin almaksızın mal edinme ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkı tanınmıştır.

Böyle bir düzenleme öncelikle "vakıf" niteliği ile bağdaşmamaktadır. Şöyle ki;

Yeni Vakıflar Türk Medeni Kanunu'na göre kurulurlar.

Türk Medeni Kanunu'nun birinci kitabının birinci kısım üçüncü bölümünde vakıfların kuruluş ve işleyişi ile ilgili hükümler yer almıştır.

Türk Medeni Yasası'nın,

– 101 inci maddesinde, vakıfların, gerçek ya da tüzelkişilerin yeterli mal ve hakları belli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan, tüzelkişiliğe sahip mal toplulukları olduğu,

Cumhuriyet'in Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, ulusal birliğe, ulusal çıkarlara aykırı ya da belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamayacağı,

– 102 nci maddesinde, vakıf kurma istencinin resmi senetle ya da ölüme bağlı işlemle açıklanacağı; vakfın, yerleşim yeri mahkemesinde tutulan sicile tescil ile tüzelkişilik kazanacağı,

– 105 inci maddesinde, özgülenen malların mülkiyeti ile hakların, tüzelkişiliğin kazanılmasıyla vakfa geçeceği,

– 106 ncı maddesinde, vakfın adının, amacının, bu amaca özgülenen mal ve hakların, vakfın örgütlenme ve yönetim biçimi ile yerleşim yerinin vakıf senedinde gösterileceği,

belirtilmiştir.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere,

"Mal", vakfın ortaya çıkması için gerekli ilk ögedir. İkinci öge, vakıf kurucusu veya kurucularının anlaşılabilir açıklıkta, sürekli ve gerçekleştirilmesi olanaklı ve Yasa'ya uygun olarak belirledikleri "amaç" tır. Üçüncüsü, belirlenen bu amaca hizmet edecek nitelikte ve yeterlilikte olan malını, bir tüzelkişilik oluşturmak amacıyla ayırması, yani bu malı belirlediği amaca "özgülemeli" dir. Son olarak da, kişinin vakıf tüzelkişiliğini kurma istencini resmi senetle ya da ölüme bağlı işlemle açıklanmalı ve vakfın, yerleşim yeri mahkemesinde tutulan sicile tescil ettirmelidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar hakkında tüzüğün 4 üncü maddesine göre de, vakıf senedinde; vakfın adı, gayesi, faaliyetleri, bu gayeye tahsis edilmiş olan mallar ve haklar, vakfın teşkilatı (organları), ikametgâh adresi mutlaka gösterilmelidir.

Vakfın gayesi, yapmak istediği hayır hizmetleri olup, 4721 Sayılı Kanunun 101 inci madde son fıkrası gereğince; Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlaka, milli birliğe ve milli menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz.

Görüldüğü üzere, gerek vakfın gayesinin gerek vakfın bu gayeye ulaşmak için özgülediği malların vakıf senedinde tereddütlere mahal vermeyecek şekilde açıkça belirtilmesi zorunludur.

Vakfın mal varlığı, vakfa gayesini gerçekleştirmesi için kurucu veya kurucular tarafından tahsis edilen mallar ve haklardır.

Vakfın mal varlığı ile gayesi arasında sıkı bir bağ vardır. Vakfa tahsis edilen mal, gayesini gerçekleştirmeye yeterli olmalıdır. Bu itibarla vakfa tahsis edilen mal varlığının, vakfın gayesini gerçekleştirecek ölçüde olması gerekmektedir. Dolayısıyla, vakıf özel hukuk tüzelkişiliğine ilişkin yasa kurallarının, vakıf kurumunun açıklanan bu asli niteliğine uygun olması "hukuk devleti" olmanın bir gereğidir.

Bu nedenle gerek vakfın yeni mal edinmesi gerek vakfa tahsis edilen mal ve hakların yenileriyle değiştirilmesi vakıf kurumunun yukarıda açıklanan asli niteliği ile bağdaşmadığından, Vakıflar Yasası'nın 12 nci

maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları ile yapılan düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan iptali istenen kurallar ile Türkiye'deki Müslüman olmayan Türk uyruklu cemaatlere ait vakıflara (cemaat vakıflarına), sınırsız mal edinme ve herhangi bir merciden izin almaksızın sonradan edindikleri mallar üzerinde tasarrufta bulunma hakkının tanınması Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesine bağımsız bir devlet olarak kabulünün uluslararası belgesi Lozan Barış Andlaşması'na aykırıdır.

Lozan Antlaşmasında sadece gayrimüslim azınlıklar kabul edilmiştir; Türkiye'de Müslüman azınlık yoktur (md. 39/1) Azınlıklar ile ilgili hükümler, Yunanistan ile karşılıklı olma/mütekabiliyet şartıyla kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, Yunanistan'daki Türk azınlığa verilmeyen hiçbir hak, Türkiye'deki gayrimüslim azınlığa verilemez (md. 45).

5737 sayılı Yasa'daki tanımıyla cemaat vakıfları, "Vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince tüzel kişilik kazanmış, mensupları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflar..." dır.

Yasa'nın 12 nci maddesinin son fıkrasında "Kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların, taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi uygulanır." denilmiştir. Bu hükmün konumuz itibariyle taşıdığı anlam "karşılıklı olma/mütekabiliyet" ilkesinin kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıflar için geçerli olduğudur. Ancak yukarda değinilen yasal tanımlamadan da anlaşılacağı üzere cemaat vakıfları Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Türkiye'deki gayrimüslim cemaatlere ait vakıflardır.

Bu durumda, cemaat vakıflarının mal edinmelerinde dikkate alınacak kural, Lozan Antlaşması'nın 45 inci maddesindeki karşılıklı olma/mütekabiliyet şartıdır. Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Lozan Antlaşması'ndaki "karşılıklı olma" ilkesini, "anayasal değerde" kabul ederek "anayasallık blokuna" katmış ve denetiminde ölçü norm olarak kullanmıştır.

02.01.2003 tarihli ve 25003 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Cemaat Vakıflarının Taşınmaz Mal Edinmeleri, Bunlar Üzerinde

Tasarrufta Bulunmaları ve Tasarrufları Altında Bulunan Taşınmaz Malların Bu Vakıflar Adına Tescil Edilmesi Hakkında Yönetmelik" in eki" Faaliyette Bulunan Cemaat Vakıfları" nın listesine göre bu vakıfların sayısı 160'dır (Ek 2).

Bu vakıfların 77 si Rum, 52 si Ermeni, 19 u Musevi, 10 u Süryani, 1 i Bulgar, 2 si Gürcü, 3 ü Keldani, 1 i de esnafa aittir.

Konuyu mütekabiliyet açısından değerlendirdiğimizde;

Ermeni azınlığa ait vakıfların (kilise vakıfları) karşılığında Ermenistan'la veya başka bir devletle nasıl bir karşılıklılık ilişkisi kurulabilecektir. Bu şu haliyle mümkün olmadığı gibi özellikle Ermenilerin sürekli dünya gündemine taşıdıkları "Sözde soykırım iddiaları"nı yoğun olarak yaşadığımız günümüzde bir de bu vakıflara gayrimenkul edinme hakkı tanınması verilebilecek en büyük taviz niteliğini taşımaktadır. Ayrıca Kurtuluş Savaşıyla yırtılıp atılan Sevr Anlaşmasında dayatılan Büyük Ermenistan'ın kurulmasına zemin hazırlayıcı niteliktedir. Ermeniler ülkemizden toprak taleplerini hiçbir zaman gizlememişler ve bu konuyu tazminat talepleriyle birlikte hala dünya gündeminde tutmaya devam etmektedirler. Ermeni Diasporası'nın lobiler aracılığıyla Asala'nın Terör yoluyla yapmaya, elde etmeye çalıştığı sonuçların adeta tam bir teslimiyet içerisinde sunulmasından başka bir şey değildir.

Yunanistan'ın, ülkesindeki Türk Cemaate ait vakıflara ilişkin yaptığı düzenleme, 1980 tarih ve 1091 sayılı yasadır. Bu yasa ise, bizim eski vakıfları ve bu arada Cemaat vakıflarını da düzenleyen 1935 tarih ve 2762 sayılı yasanın dahi çok gerisinde bir sistem öngörmektedir. İlişikte bu Yasa'nın, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu ile karşılaştırılmalı bir değerlendirmesi sunulmuştur (Ek 3). Yapılan bu değerlendirmeden de, 5737 sayılı Yasa'nın iptalini istediğimiz kurallarında, "Karşılıklı olma/mütekabiliyet" ilkesine uyulmadığı kolaylıkla görülebilecektir.

Yunanistan'da bulunan Batı Trakya Türk azınlığına ait Vakıfların mal varlıklarının sistemli bir şekilde kamulaştırma yoluyla yok edilmeye çalışıldığı, kendi idarecilerini seçmelerine izin verilmediği gibi seçmiş oldukları müftünün kabul edilmeyerek Yunan Hükümetince atama yoluyla müftü tayini yoluna gittiği bilinmektedir. Keza Batı Trakya Türk Azınlığını "Türk" azınlık olarak dahi görmeye tahammül edemeyen Yunanistan bunları "Müslüman Azınlık" olarak görmekte ve dünya

kamuoyunu da bu şekilde lanse etmektedir. Son olarak da Yunanistan ve bir kısım ayrılıkçı unsunlar tarafından "Pontus Rum" idealinin canlandırılmaya çalışıldığı bilinmektedir.

Sevr toplantıları sırasında Yunan Hükümeti, 12 maddelik bir talep listesi göndermiştir. Tamamı bugün AB'nin taleplerine benzeyen listenin en dikkat çekici maddesi 7 nci maddedir ve bu maddede şöyle denilmektedir:

"Tüzel kişilikleri olmadığı ve 1917'ye kadar Osmanlı yasalarının taşınmaz bir malı tüzel kişi adına tapuya geçirmek hakkını tanımadığı için, dinsel toplulukların, kiliselerin, manastırların, okulların, hayır kurumlarının ve derneklerin Türkiye'de sahip oldukları malların mülkiyeti ve yönetiminde ortaya çıkan zorluklar, bizi bunların ortadan kaldırılmasını istemeye yöneltmektedir. Türkiye bu çeşitli kurumların tüzel kişiliklerini tanımak ve bunların mülkiyetinde olan malların adlarına tapuya geçirilmek için gerekli yasal tedbirleri almayı üstlenmelidir. Antlaşmaya şöyle bir hüküm konulabilir: Tamiratlar ve aidatlar ve haksız olarak el konulan ya da satılan malların manastırlara ve keşişevlerine geri verilmesi gözetim altında tutulacaktır. Osmanlı Hükümeti yasal bir hükümle azınlıkların dinsen toplulukları, kilise, manastır, okul, hayır kurumu ve derneklerinin tüzel kişiliklerini tanımayı üstlenir. Bu tüzel kişilerin mal edinmek ve ellerinde olan ve kendilerince ya da adlarına yöneltilen malları, adlarına tapuya yazdırmak hakları olacaktır."

Komite, bu madde hariç Yunan taleplerinin tamamını oy birliğiyle kabul etmiş ve Sevr'e koymuştur. Fakat 7 nci madde "Osmanlı yasalarına karışma anlamına geleceğinden ve Osmanlı iç işlerinde büyük sorunlar çıkaracağından" uygun görülmemiştir diye reddedilmiştir.

Sevr'de kabul edilmeyen söz konusu isteklerle içerik bakımından örtüşen isteklerin önünü açan ve Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığı ile karşılıklılık – mütekabiliyet esasına ters düşen Yasa'nın 12 nci maddesinin birici ve üçüncü fıkraları, Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırıdır.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1 inci maddesine 4771 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesinin (A) fıkrasıyla eklenen "Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını

karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler." kuralının da iptali isteği içeren iptal davasında, Anayasa Mahkemesi 27.12.2002 günlü, E.2002/146, K.2002/201 sayılı kararı ile bu kuralın Anayasaya aykırı olmadığına karar verirken;

"Kuruluşlarındaki farklılık ve vakfiyelerinin bulunmaması gibi nedenlerle, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmeleri ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri konusundaki yargı kararları farklı hukuki durumlar ortaya çıkarmış, 2762 sayılı Yasa kapsamındaki diğer vakıflar, Yasa'nın öngördüğü şekilde taşınmaz mal edinme hakkına sahip olurken cemaat vakıfları bu haktan yoksun bırakılmışlardır. Dava konusu düzenleme ile bu gelişmelerden olumsuz yönde etkilenen cemaat vakıflarının, kuruluş amaçlarına uygun olarak ve dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinme ve taşınmaz mallar üzerinde tasarrufta bulunabilmeleri olanağı getirilerek mülkiyet haklarının korunması sağlanmıştır."

gerekçesini açıklamıştır.

Gerek dava konusu yapılan kural, gerek Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan gerekçesi incelendiğinde cemaat vakıflarının Anayasaya aykırı bulunmayan taşınmaz mal edinme ve bu malları üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi sınırsız olmayıp, Bakanlar Kurulundan izin alınması ve ayrıca edinilecek malların vakfın amacına uygun olarak ve dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılama şartları aranmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra 02.01.2003 tarih ve 4778 sayılı Kanunla değiştirilen 05.06.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1 inci maddesinin altıncı fıkrasında da,

"Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Vakıflar Genel Müdürlüğünün izniyle dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler."

hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere bu hüküm ile de, cemaat vakıflarının Vakıflar Genel Müdürlüğünün izniyle ve ancak dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilecekleri ve taşınmaz malları üzerinde

tasarrufta bulunabilecekleri kurala bağlanmış, yani bu konuda cemaat vakıflarına izin alınmadan sınırsız bir hak tanınmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.06.1985 tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararında da,

"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. 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."

denilmiştir. Hal böyle iken, Devlet için bir nefsi müdafaa olduğu Yüce Mahkemece vurgulanan "ölçülü adil bir sınırlama" öngörmeksizin cemaat vakıflarına, sınırsız mal edinme ve yeni edindiği mallar üzerinde hiçbir makamdan izin alınmaksızın tasarrufta bulunma hakkı tanıyan iptali istenen kurallar, Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararları da dikkate alınmadan yapılan düzenlemeler olduğu kuşkusuz olduğu gibi Devlet'in nefsi müdafaa tedbirinden vazgeçtiğinin de açık bir göstergesidir. Anayasanın 2 nci maddesinde "hukuk devleti"nden, 6 ncı maddesinde "hiçbir kimse ya da organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı"ndan, 11 inci maddesinde "Anayasa kurallarının, yasama, yürütme ve yargı organlarıyla yönetim makamlarını, öbür kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları" olduğundan, 138 inci maddesinde "mahkeme kararlarına uymak, bunları değiştirmeden ve geciktirmeden yerine getirmek" zorunluluğundan, 153 üncü maddesinde de açıkça "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından" sözedilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyle karşılanamaz. Bu nedenle iptali istenen kurallar, Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırı düşmektedir.

Türkiye Devleti, Lozan anlaşmasıyla cemaat vakıflarını tanımayı bu vakıfların o günkü haliyle üstlenmiştir. Bu vakıflar tarafından sadece orada sayılan hususlarda ihtiyaç duyulan yeni mallar edinilmesi de mümkün olabilir ve bunun da ancak devletin yetkili uzman organının izniyle gerçekleşmesi gerekir. Getirilen düzenlemede ise, hiçbir sınır bulunmamaktadır ve hiçbir kamu otoritesinden izin alınması vs. de gerekmemektedir. Bu vakıfların sınırsız mal edinme ehliyetine sahip olmalarını Devlet anlaşmayla üstlenmemiştir. Devletin Lozan'da üstlenmediği bir hakkın yasayla verilmesi, gayrımüslüm cemaatler lehine ayrımcılık yapılmış olduğu anlamını taşıdığı, bunun da Anayasanın 10 uncu maddesinde öngörülen "kanun önünde eşitlik ilkesi" ne aykırı olacağı açıktır.

Diğer taraftan konu, her ne kadar azınlık vakıflarının yeni taşınmaz mal edinmesi gibi ortaya konmuş olsa da, iptali istenen kurallar ile dinî, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel tesisler kurulabilmesi için yeni mallar edinilmesine, yani bir anlamda bu tesislerin azınlık kimliği ile yenilerinin kurulmasına izin verilmesine olanak tanıdığından yabancılaşmayı artıracak, ulusal birliği zedeleyecektir.

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. Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2 nci maddesinde ise Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir.

Başlangıç'ın 2 nci paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyetinin Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu ilkesiyle, de devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır.

Başlangıç'ın 3 üncü paragrafında belirtilen Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmağa yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla

belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı ilkesi ile tüm kuruluş ve kişilerin bu hukuk düzeni dışına çıkması engellenmiştir.

Başlangıç'ın 5 inci paragrafında ise "Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin karşısında korunma göremeyeceği ilkesi" ile de Anayasanın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.

Avrupa Birliği'nin Türkiye İlerleme Raporları'nda verilen bilgilerden açıkça görüleceği üzere, Vakıflar Kanunu'nun yenilenmesi AB isteğiyle gerçekleşmiştir. Sadece cemaat Vakıfları konusunda Avrupa Birliği ilerleme raporlarında ve özellikle de 2005 yılına ilişkin olanında bazı tenkitler yer almış bulunmaktadır. Ancak, Avrupa Birliği ilerleme raporunda yer alan bu tenkitlerin hukuksal değil siyasal nitelikli ve haksız tenkitler olduğu açıktır. Çünkü: Avrupa Birliği'nin ortaya koyduğu ölçüte göre, "siyasal ölçütlere ilişkin konular, Avrupa Birliği ülkelerinden hangisinde en üst düzeyde gerçekleştirilmekteyse, aday ülkeden de o düzeyde bir düzenleme istenecektir". Avrupa Birliğinin ilerleme raporlarında ortaya koyduğu bu temel ölçüt esas alınsa bile, ülkemizden bu şekilde bir yasa yapılması istenemez: Bir defa, Avrupa Birliği ülkelerinde zaten Cemaat Vakfı bulunmamaktadır ki, bu konuda bir ölçüt oluşturulabilsin. Cemaat Vakfı bulunan yegâne Avrupa Birliği ülkesi, bizimle ortak mazi ve benzer uluslararası yükümlülüklere sahip bulunan Yunanistan'dır. O halde, Avrupa Birliği açısından Cemaat Vakıfları bakımından en iyi uygulama olarak bir ölçüt aranacaksa, bu ölçüt Yunanistan'ın bu konudaki düzenlemesi olabilir. Yukarıda da değinildiği üzere, Yunanistan'ın, ülkesindeki Türk Cemaate ait vakıflara ilişkin düzenlemeyi içeren 1980/1091 sayılı yasanın, bizim eski vakıfları ve bu arada Cemaat vakıflarını da düzenleyen 1935/2762 sayılı yasanın çok gerisinde bir sistem öngördüğü açık bulunduğuna göre, Avrupa Birliğinin ülkemize Cemaat Vakıfları konusunda tenkitler yöneltmesinin hukuksal bir dayanağı da bulunmamaktadır.

O halde, Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana benimsenen bu konudaki esasın terkinin, Başlangıç/5 inci paragrafın açık hükmü karşısında yasakoyucunun takdir hakkı çerçevesinde değerlendirilebilmesi imkânı da bulunmamaktadır.

Bu nedenle iptali istenen kurallar Anayasanın Başlangıç'ına ve aynı prensibi teyit eden 3 üncü ve 5 inci maddelerine de aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasanın 2 nci maddesinde; "Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanak, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmektedir. Yasaların kamu yararına dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin önde gelen unsurlarından birisini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 22.06.1972 günlü, E.1972/14, K.1972/34 sayılı kararında, "Hukuk Devleti İlkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesinin de var olduğu" açıklanmıştır. Bu karara göre, "Anayasanın 2 nci maddesinde tanımlandığı üzere Devletimiz bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi alınmaksızın başka bir deyimle yalnızca belli kişilerin yararına alarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre kamu yararını içermeyen bir yasa kuralı, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olur ve dava açıldığında iptali gerekir."

Eskiden kurulmuş cemaat vakıflarına, bu niteliklerini değiştirmemelerine karşın ekonomik ve siyasal güç elde edecekleri biçimde yeni haklar ve ayrıcalıklar tanınmasını (ölçülü adil bir sınırlama öngörmeksizin cemaat vakıflarına, sınırsız mal edinme ve yeni edindiği mallar üzerinde hiçbir makamdan izin alınmaksızın tasarrufta bulunma hakkı tanınmasını) kamu yararıyla bağdaştırmak mümkün bulunmadığından iptali istenen kurallar Anayasanın 2 nci maddesine de aykırıdır.

Yasa'nın 12 nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının iptal edilmesi halinde dördüncü fıkranın da uygulanma olanağı kalmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 12 nci maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları, Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci, 10 uncu ve 153 üncü maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 14 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun iptali istenen "Amaç ve işlev değişikliği" başlıklı 14 üncü maddesi ile; Vakıfların, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Vakıflar Meclis yetkili kılınmıştır.

Yukarıda (4) numaralı başlık altında etraflıca açıklandığı üzere, vakfın ortaya çıkması için gerekli ikinci öge, vakıf kurucusu veya kurucularının anlaşılabilir açıklıkta, sürekli ve gerçekleştirilmesi olanaklı ve Yasa'ya uygun olarak belirledikleri "amaç" tır ve bu amacın vakfiyelerinde gösterilmesi zorunludur. İptali istenen kural ile vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde hem bu şartların değiştirilmesi öngörülmekte hem de, vakfedenin iradesine aykırı olmaması şart koşulmaktadır. Bu tür bir ikilem'in mantıken izahının mümkün olamayacağı açıktır.

Bu nedenle, iptali istenen kural, vakfı kuranın istencine değişiklik yapılmasını öngördüğünden yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle hukuki güvenlikten yoksun olduğundan Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan yapılan bu düzenleme tüm vakıfları ve dolayısıyla cemaat vakıflarını da kapsamaktadır. Ancak, Türkiye Devleti, Lozan anlaşmasıyla cemaat vakıflarını tanımayı bu vakıfların o günkü haliyle üstlenmiştir.

Cemaat vakıflarının vakfiyeleri bulunmadığından, bunların vermiş olduğu 1936 tarihli beyannameler vakfiye yerine kaim olmuştur. İptali istenen kural, cemaat vakıflarının bu niteliklerine karşın, amaç ve işlev değişikliği yoluyla sosyal yaşama katılmalarını sağlayan ayrıcalıklı bir düzenleme olduğundan yukarıda (4) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, Lozan Antlaşması'yla Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş ilkelerinin ortaya konulduğu anayasal ilkelerle, mevcut hukuk sistemiyle, Anayasanın ayrıcalıkları yasaklayan 10 uncu maddesiyle ve

ayrıca ulusal çıkarlarla ve kamu yararıyla bağdaştırmak mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 14 üncü maddesi, Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci, 10 uncu ve 153 üncü maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 25 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen "Uluslararası faaliyet" başlıklı 25 inci maddede;

«Vakıflar; vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla, amaç veya faaliyetleri doğrultusunda, uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında şube ve temsilcilik açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve yurt dışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilirler.

Vakıflar; yurt içi ve yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan ayni ve nakdi bağış ve yardım alabilirler, yurt içi ve yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere ayni ve nakdi bağış ve yardımda bulunabilirler. Nakdi yardımların yurt dışından alınması veya yurt dışına yapılması banka aracılığı ile olur ve sonuç Genel Müdürlüğe bildirilir. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikle düzenlenir».

denilmektedir.

Bu düzenleme ile vakıfların yurt dışı örgütlenme ve faaliyetlerine, mutlak ve sınırsız bir serbesti getirilmektedir. Halbuki Medeni Kanunun getirdiği sitemde, uluslararası faaliyet konusunda dernekler kanunu hükümleri kıyasen uygulanacaktır (madde 117). Bu madde ile Medeni Kanunun 117 nci maddesi hükmü de «uluslararası faaliyetlere ilişkin yaptığı yollama bakımından» yürürlükten kaldırılmış olmaktadır.

Yurt dışında şube ve temsilcilik açabilecek olanlar «vakıflar» olduğuna göre, buna cemaat vakıfları da dahildir. Yani, Türkiye'de kurulu olan cemaat vakıfları, o cemaatin tüm dünyadaki mensuplarını vakıf tüzel kişiliği çerçevesinde örgütleyebilecektir. Türkiye'de kurulu cemaat vakfının, böylesi bir örgütlenme gücüne erişmesi, Türkiye açısından hiç de olumlu sonuçlar doğurmayacaktır. Cemaat esasına dayalı bu tip bir örgütlenme, sınırsız bağış ve yardım alabilme

imkânlarıyla birlikte, Türkiye'nin Milli Güvenliği ve sair ulusal çıkarları açısından büyük tehlikedir.

Gerçi, yurt dışında örgütlenme bakımından «senetlerinde yer alma» şartı getirilmekte ve cemaat vakıflarının senetlerinde de böyle bir hüküm olmaması sebebiyle bu vakıfların anılan düzenlemenin kapsamına girmemekte olduğu yönünde bir düşünce akla gelebilirse de, bu sınırlamanın anlamlı ve uygulanabilir bir sınırlama olmaması karşısında, bu düşünce geçersizdir. Çünkü cemaat vakıflarının zaten büyük çoğunluğunun senedi yoktur. Kaldı ki, senedinde böyle hüküm olmayan vakıflar nasıl ki senet değişikliğiyle bu hükmü de senetlerine koydurabilirlerse, cemaat vakıflarının da bu imkândan yoksun bırakılması eşitlik ilkesine aykırı sayılacak ve bu düzenlemenin cemaat vakıflarını kapsaması da sonunda sağlanabilecektir.

İptali istenen kural ile yurt dışı ayni ve nakdi bağış ve yardım alma, benzer amaçlı vakıf ve derneklere ayni ve nakdi yardımda bulunma konusunda ise, herhangi bir ayrım ve kısıtlamaya yer verilmeyerek ne vakfın türü ne de kurucuları yahut yöneticileri bakımından da bir ayrım yapılmaksızın, tüm vakıflar yurt dışından sınırsız bağış alabilme imkânına sahip olmaktadırlar. Nakdi bağış ve yardımların yurt dışından alınması veya yurt dışına yapılmasının banka aracılığı ile olması ve sonuçtan Vakıflar Genel Müdürlüğüne bilgi verilmesinin hiçbir şekilde yeterli bir sınırlama olmadığı açıktır. Çünkü iptali istenen hükümde, yapılacak veya alınacak bağış ve yardımın miktarı, bağış yapan kuruluşun yılda toplam yapacağı bağış miktarı, belli miktarı aşan bağışlar için bir kamu otoritesinin uygun görüşünün aranması gibi süzgeç düzenlemelere yer verilmemiştir.

Diaspora ve lobiler aracılığıyla cemaat vakıflarının, Soros tipi fonlar aracılığıyla da diğer vakıfların büyük güçler elde ederek, Türkiye'nin ulusal güvenliği için büyük tehditler oluşturması mümkündür. Diğer bir ifadeyle, hiçbir sınır olmaksızın ve hiçbir kamu makamının iznine dayanmaksızın sınırsız bağış alınabilmesi, Türkiye'yi Soros tipi fonların ve Türk düşmanı lobi ve diaspora faaliyetlerinin rahatlıkla faaliyet gösterebileceği uygun hukuksal alan haline getirerek, Ulusal Güvenliğin sürekli riske atılmasına yol açar.

Açıklanan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 25 inci maddesi "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez" bir

bütün olduğunu belirten Anayasanın Başlangıç Kısmına, aynı prensibi içeren Anayasanın 3 üncü, 5 inci ve 14 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 26 ncı Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenilen 26 ncı maddenin birinci fıkrasında, «Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadî işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler».

denilmektedir.

Görüldüğü üzere İlk fıkra «vakıflar» diyerek başlamaktadır. Bu düzenleme şekli, iki bakımdan uygun değildir. Birincisi, eski vakıfların istisnailik niteliğinin ortadan kaldırılıp, onların olağan vakıflarla aynı hak ve yetkilere sahip kılınmaları, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin çağdaş ve laik hukuki yapısıyla bağdaşmaz. Bir defa, mülhak vakıflar, aile fertlerine nesilden nesile gelir dağıtılması amacına yönelik olarak kurulmuşlardır ki, batı hukukunda «aile fideikomisi» olarak adlandırılan ortaçağ kökenli bu sistem, miras hukuku anlayışla uyuşmayan yapısı sebebiyle çağdaş hukuk düzenlerince benimsenmemiş ve yasaklanmıştır. Aslında bu sistemin, bu vakıfların kurulduğu dönemdeki hukuk düzeni ile de bağdaşmadığı bilinmektedir. Hal böyle iken, tamamen istisnai nitelik taşıyan bu vakıflara ve bu vakıfların bir türü olan ve yine Yunanistan dışındaki batı dünyasında örneği bulunmayan cemaat vakıflarına sürekli gelişme, büyüme ve sanki hukuk düzenine uygun kurumlarmış gibi her türlü hak ve fiil ehliyetine sahip olma olanağı verdiği için, en azından Cumhuriyetin laik niteliği ile bağdaşır değildir. Öte yandan, mal edinme, işletme – şirket kurma, ortaklık yapma yetkileriyle donatılmış vakıflar, ülkemizde en temel kamu hizmet alanlarına yayılacaklardır. Okullar ile hastaneler, yani eğitim ve sağlık alanı ilk hedefler olacaktır. Bu nedenle İptali istenen kural, yalnızca "laiklik" ilkesine değil, aynı zamanda "sosyal devlet" ilkesine de ters düşmektedir.

İkincisi, bu düzenlemeden istifade edebilecek eski vakıflar, sadece cemaat vakıflarıdır. Mülhak vakıfların iktisadi işletme kurma yahut şirketlere katılmaya bünyeleri elverişli değildir. Sadece galle fazlası malı paylaşma nihai amacına göre kurulmuş bu vakıflar bağış da alamazlar. Bu

vakıfların uluslararası ilişkileri de söz konusu olamaz. Öyleyse, bu fıkranın yegâne hedefinin, güya eşitlik görüntüsü içerisinde tamamen cemaat vakıflarına Medeni Kanuna tabi vakıflarla aynı hak ve yetkilerin tanınması amacını güttüğü, böylece eski vakıflar arasında cemaat vakıfları lehine kayırmacı sonuçlar doğuracağından Anayasanın 10 uncu maddesindeki "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı olduğu gibi cemaat vakıflarına tanınan bu ayrıcalığın yol açacağı tehlikelerin boyutları yukarıda (3) numaralı başlık altında 12 nci maddeye ilişkin açıklamalarımız sırasında izah edildiğinden, tekrara düşmemek için oraya yollama yapılmakla yetinilecektir.

26 ncı maddenin birinci fıkrası, "karşılıklı olma/mütekabiyet" ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Trakya Müslüman Azınlığı Vakıflarının ve bunların mal varlıklarının yönetimi ve idaresi hususlarını düzenleyen Yunan 1980 tarih ve 1091 sayılı Yasa'sı, mal ve gelirleri vakıf olarak tanımlamakta ve kar amacı gütmeme şartını aramakta iken (m.2), iptali istenen bu kural, cemaat vakıflarına da kar amacı güden işletme ve iştirakler kurma serbestîsi getirmektedir."

Bu nedenle, 26 ncı maddenin birinci fıkrası, Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan 26 ncı maddenin ikinci fıkrası da, vakıf kurumunun asli niteliğine, vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçimine ve etkinlik alanına uygun düşmediğinden yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 26 ncı maddesinin birinci fıkrası Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci ve 10 uncu maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine; bu maddenin ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

8) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 41 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenilen kural, Vakıflar Genel Müdürlüğünün en süt seviyede karar organı olduğu belirtilen «Vakıflar Meclisi»ne ilişkin düzenlemeyi öngörmektedir.

Yeni Vakıflardan seçilecek üç üye ile Mülhak ve Cemaat Vakıflarından seçilecek birer üyenin de bu kurula alınmasının haklı bir gerekçesi bulunmadığı gibi, Anayasaya uygun da değildir.

Mülhak ve cemaat vakıflarının temsilcilerinin Vakıflar Genel Müdürlüğünün en üst yönetim ve karar organı olan vakıflar meclisinde görev almalarına ilişkin değerlendirmenin; millet ve milletin bölünmez bütünlüğü kavramı açısından "azınlık" konusuna da yer verilerek yapılmasında isabetli bir sonuca ulaşmak için büyük yarar bulunmaktadır.

Osmanlı devleti, 600 yıl boyunca teokratik bir devlet olarak yaşamıştır. Türkiye Cumhuriyeti'nde ise din ve devlet ayrılığı esastır. Yani laiklik ilkesi, ülkemizde, cumhuriyet devriminin bir yapıtı olarak belirmiştir. Mülhak ve cemaat vakıfları ise Osmanlı hukuk sisteminden yani teokratik bir düzenden günümüze miras olarak kalmış kurumlardır.

Öncelikle cemaat vakıfları boyutluyla mevcut geçerli hukuki düzenlemeler bağlamında; Türkiye Lozan Anlaşması ile Rum, Ermeni ve Musevi dinsel gruplarını azınlık olarak tanımış, 1925 tarihli Türkiye – Bulgaristan Dostluk Anlaşması'yla da bir Bulgar azınlığın varlığı kabul edilmiştir. Ancak, bu anlaşma daha çok Bulgaristan'daki Türklerin haklarını korumaya yönelik bir anlaşmadır. Bütün bu gruplar 1926 tarihli Türk Medeni Kanunun kabulüyle kendilerine tanınan haklardan değil, bu yasada eşit bir şekilde tanınan haklardan yararlanır duruma gelmişlerdir.

Lozan Anlaşmasına baktığımızda, anlaşmanın 40 ıncı maddesinde "Müslüman olmayan azınlıklara mensup olan Türk vatandaşları hem hukuk bakımından hem de uygulamada diğer Türk vatandaşlarına uygulanan aynı muamele ve aynı güvencelerden (garantilerden) yararlanacaklardır. Bunlar özellikle giderleri kendilerine ait olmak üzere her türlü hayır kurumuyla, dinsel ya da sosyal kurumlar, her türlü okullar ve buna benzer öğretim ve eğitim kurumları kurmak, yönetmek ve denetlemek ve buralarda kendi dillerini serbestçe kullanmak ve dini ayinleri serbestçe yapmak konularında eşit hakka sahip olacaklardır", 42 nci maddesinde "Aynı azınlıkların hali hazırda Türkiye'de bulunan vakıflarına dini ve hayır kurumlarına her türlü kolaylık sağlanacak ve izin verilecektir. Ve Türk Hükümeti yeni dini kurum ve hayır kurumu

kurulması için, bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklardan, hiç birini esirgemeyecektir." ibareleri yer almaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta 40 ıncı madde de yer alan "eşit hakka sahip olmak" ve 42 nci madde de ise "bu nitelikteki öteki özel kurumlara sağlanmış gerekli kolaylıklar" ibareleridir. Lozan anlaşmasındaki bu ibareler ve buna benzer diğer ibarelere yer verilmesindeki maksat vatandaşlar arasında herhangi bir ayrım yapılmayacağının taahhüt edilmesidir. Osmanlı devletinin teokratik bir devlet olması ve genç cumhuriyetin henüz devrimlere başlamamış olması nedeniyle böyle hükümlerin anlaşmada yer alması gayet normaldir. Çünkü devlet henüz laikleşmemiştir ve anlaşmanın imzalandığı tarihte, teokratik düzen, Osmanlının şer'i hukuk mirasıyla birlikte, kısmen de olsa, yeni cumhuriyette de devam etmektedir. Bu nedenle, vatandaşları arasında eşit muamele edileceğini yönündeki anlaşma hükümleri normal karşılanmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere cemaat vakıfları, 1926 tarihli Türk Medeni Kanunun kabulüyle kendilerine Lozan'da tanınan haklardan değil, bu yasada eşit bir şekilde tanınan haklardan yararlanır duruma gelmişlerdir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 101 inci maddesinde "Cumhuriyetin Anayasa ile belirlenen niteliklerine ve Anayasanın temel ilkelerine, hukuka, ahlâka, millî birliğe ve millî menfaatlere aykırı veya belli bir ırk ya da cemaat mensuplarını desteklemek amacıyla vakıf kurulamaz." denilmektedir. Görüldüğü üzere Türk Medeni Kanununun 101 inci maddesine göre, belirli bir ırk ve cemaati desteklemek maksadıyla vakıf kurulamaz, bu hüküm bütün yurttaşlar için geçerlidir. Bu aynı zamanda anayasanın 10 uncu maddesinde ifadesini bulan "kanun önünde eşitlik" prensibinin bir gereğidir.

İptali istenen kural ile vakıflar meclisinde cemaat vakıflarını temsilen bir üyenin cemaat vakıflarının yöneticileri tarafından seçilerek genel müdürün daveti üzerine vakıflar meclisinde görev alacağı ifade edilmektedir.

Lozan Anlaşmasına göre kurulmuş olan cemaat vakıflarının amacının; cemaat mensuplarının, dini, hayri, soysal, eğitsel, sıhhi ve kültürel ihtiyaçlarının karşılanması ile sınırlı olduğunu söyleyebiliriz. Bu vakıflar, gayrimüslim Cemaat üyelerinin, kendi dini teolojisi ile ilgili bir

gerekliliğin yerine getirilmesi için kurulan, mesela; ibadet hizmetlerinin yürütülmesi veya cemaat mensuplarına kendi inancına uygun olarak eğitim verilmesi gibi faaliyetler gösteren ve cemaatlerce meydana getirilen dini oluşumlardır.

Cemaat vakıflarının sivil toplumla hiçbir ilgilisi yoktur. Cemaat vakıfları teknik olarak tam anlamıyla da bir vakıf bile değildirler. Bunların kurucusu olmadığı gibi vakfiyeleri de yoktur. Belli bir malın belli bir gayeye tahsisi vardır, anonim olarak kurulmuşlardır. Yukarıda izah edildiği üzere bunlar Osmanlının teokratik yapısına ve mensup bulundukları dinin teolojisine uygun olarak Türk hukuk sisteminin Lozan anlaşmasıyla kabul ettiği bir istisnai kuruluşlardır. Durum böyle olmakla birlikte, Türkiye Cumhuriyetinin temel ilkelerinden biri olan laiklik ilkesi gereğince; din ve mezhep ayrımı yapmayan, din kurallarıyla yönetilmeyen, devlet ve hukuk kurallarını din kurallarından ayıran bir devlet düzeni içerisinde, cemaat vakıflarının temsilcisinin vakıflar meclis içerinde yeri olmadığı açıktır. Sırf bir dinin ya da bir mezhebin mensubu olduğu için cemaat vakıflarında yönetici olanlarca, bir kamu kurumunun en üst karar organı olan vakıflar meclisine cemaat vakıflarını temsilen bir cemaat mensubun seçilmesi, anayasanın laiklik ilkesiyle bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir. Kaldı ki mütekâmil vakıf hukukunun mevcut olduğu gelişmiş ülkelerin hiç birinde böyle bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, iptali istenen kural cemaat vakıflarında yönetim kurullarının seçeceği bir temsilcinin seçimlere iştiraki ile yine seçilecek bir üyenin cemaat vakıflarını, vakıflar meclisinde temsil edecektir öngörülmüştür. Lozan'da gayrimüslim cemaatler azınlık olarak görülmektedir. Rumlar, Ermeniler, Yahudiler ve buna Bulgarları da ilave edecek olursak bunlardan hangisi seçimlere iştirak edeceği ve hangisinin mensubunun vakıflar meclisine seçileceğine ilişkin bir düzenlemeye iptali istenen kuralda yer verilmemiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda <<belirlilik>> ve öngörülebilirlik gerektirir.

Bu durumda, dava konusu kural, belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile de

bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle bu kural, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Bu belirsizliğe karşın, cemaat vakıflarının yönetim kurullarının bir genel kurul halinde toplanıp vakıflar meclisi üyesini seçecekleri ileri sürülebilirse de, bu durumda da, Rum cemaati lehine bir düzenleme yapılmış olur ki, bunun sebebi de cemaat vakıfları içerisinde Rum vakıflarının diğer cemaat vakıflarına nispeten fazla olmasından kaynaklanmaktadır. Böyle bir uygulama imkânı varsayıldığında, söz konusu düzenlemenin anayasanın 10 uncu maddesine aykırı düşeceği açıktır.

Bilindiği üzere, Anayasanın 10 uncu maddesinde, kanun önünde eşitlik prensibine yer vermiştir. Dinlerden birini devlet olarak tercih fikri, ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Laik devlet din konusunda inancına bakmaksızın yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir.

Mülhak vakıflar boyutuyla konu değerlendirildiğinde, konunun cemaat vakıflarından farklı olmadığını görülecektir. Vakıf, İslam Hukukunun en önemli müesseselerinden biridir. Neticede vakıflar dini öğeler taşıyan kurumlardır. Mülhak Vakıflar, mütevellileri tarafından müstakil olarak, idare edilen ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kontrolüne tabi bulunan vakıflardandır. 2762 sayılı yasada bu vakıfların gelecekte mazbut vakıflar arasına alınması yönünde düzenlemeler mevcuttur. 2762 sayılı yasa başlangıçta, cemaat vakıflarını da mülhak vakıf kapsamında değerlendirerek, bu iki vakıf türünün ileride yöneticisiz kalmaları halinde zamanla mazbutaya alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğünce idare edilmesini bu yöntemle giderek tasfiye edilmesini öngörmektedir.

Cumhuriyetin kurucularını böyle bir yöne sevk eden temel düşünce, vakıfların dini ve sosyal tabanı olan ekonomik bir güç odağı olması ve zamanla bu ekonomik gücün devletle bir çekişme alanı bulabileceği endişesidir. 2762 sayılı kanunla mülhak ve cemaat vakıflarından bir beyanname şeklinde, gelir – gider durumlarının ve mal varlıklarının listesinin beyan edilmesinin istenmesi, bu vakıflarının ekonomik gücünün ölçülmesi ve değerlendirilmesi için olsa gerektir. Yine bu kapsamda, Osmanlı şer'i hukuk düzeninden bize miras olarak kalmış olan mülhak vakıfların da sivil toplum olarak değerlendirilmesi

mümkün görünmemektedir. Bu açıdan da iptali istenen kuralın, devletin laik niteliğiyle bağdaşmadığı yadsınamaz.

Vakıflar Meclisine üç adet yeni vakıf temsilcisinin de girmesi, yeni yasada öngörülmektedir. Aslında Cumhuriyet sonrası kurulan bu vakıflar, laikleşmiş kurumlar olmakla birlikte son zamanlarda belirli üst oluşumlar içerisinde bulunmaktadırlar. Vakıflardan oluşan bu üst oluşum yine vakıf olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunlar bir nevi vakıflardan oluşan bir konfederasyon görünümündedir. Büyük bir ihtimalle, vakıflar meclisine seçilecek olan üç yeni vakıf üyesi, bu üst oluşumlar tarafından belirlenecek ya da belirlenmesinde etkili olabileceklerdir. Bu tür üst oluşumlar belli bir politik düşüncenin çevresinde toplanmış ve aşırı derecede politize olmuş kuruluşlardır. Yeni vakıflarda bulunan bu politik güç, vakıflar meclisinin kararlarının istikametini belirleyebilecek mahiyette olabilecektir. Çünkü vakıflar alanı, çoğu yerde politik gücün yanında sermayedar kesimin hâkim ve güçlü olduğu bir sektörü de ifade etmektedir. Vakıfların, Türk sosyal hayatında etkin olduğu kadar siyasi hayatta da etkili oldukları ve özellikle vakıflardaki üst oluşumların, Türkiye Cumhuriyetinin Anayasada belirtilen niteliklerini tartışmaya açmak isteyen çeşitli kurumlar tarafından yönlendirildikleri ve fonlandıkları da dikkate alınmayarak "kamu yararı ilkesi" ne aykırı davranılmıştır.

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.

Öte yandan, Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevlerin siyasi iktidarların değişimiyle kesintiye uğramasının önünde ciddi bir engel, bu görevleri yürüten memur ve diğer kamu görevlilerinin, iktidarda bulunan siyasi parti veya partilerin siyasal tercihlerinden bağımsız kalmalarının güvencesi işlevini taşımaktadır.

Anayasa, "genel idare esasları" nın neler olduğunu ayrıca belirlememiş, Türk idare hukukuna yollamada bulunmuştur. İdare, Türk hukuk mevzuatında, her şeyden önce, kamu kudretini kullanan bir varlıktır. İdare, hukukî ve teknik bir nitelik taşıyarak, devletin kendine özgü amacına ulaşmak yolunda yaptığı çalışmaların tümüdür. İdare hukuku, idareye uygulanan özelliği ve özerkliği bulunan bir hukuktur. Bu özerklik, diğer hukuk kurallarına bağlı olmaması ile kendini gösterir. İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmekte, memurlarla diğer kamu görevlilerinin hizmet koşulları, nitelikleri, atanma ve yetiştirilmeleri, ilerleme ve yükselmeleri, ödev, hak, yükümlülük ve sorumlulukları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri tümüyle idare hukukunun düzenleme alanına girmektedir. İdare hukukunda memur ve kamu görevlileri yönünden "liyakat ilkesi" ile "kariyer ilkesi" iki temel ilkedir. Liyakat ilkesine göre uzmanlaşma asıldır. Çünkü liyakat, hizmetin en iyi biçimde görülmesini sağlayan niteliklerin tümünü içerir. Bu ilke, kamu hizmetlerinde ve kamu kuruluşlarında göreve alınacak personelin atanmasından, görevden çıkarmaya değin tüm hizmet ve koşullarda ehliyet esas alır. Ayrıcalığa ve keyfî takdire yer vermeyen bu ilke, hukuk devleti ilkesinin, siyasal ve sosyal haklar düzeninin bir sonucudur. Kariyer ilkesi ise, görevlinin deneyim ve beceri kazanarak ilerlemesi olup, bir anlamda uzmanlaşma, bir anlamda da birbirine bağlı iş ve hizmetler serisidir. Kamu personelinin, belirli statülerde sınıflandırılmış uzmanlık grupları durumunda sürekli çalışarak ve yetişerek, idari hiyerarşide yükselme koşuluyla kamu hizmetlerini görmesidir. Hizmet süresi ve liyakata yer veren kariyer sisteminde, sınıflar içerisinde dereceler, kademeler ve hiyerarşi bağı zorunlu olup ilerleme ve yükselme koşut bir ücret uygulaması yapılır. Anayasanın 128 inci maddesinin gerekçesi de bu doğrultudadır. Görülmektedir ki, kamu görevlisinin statüsü, kamu hizmetinin amacına uygun olarak idare hukuku ilkeleri çerçevesinde düzenlenen bir statüdür. Kamu görevlisi, idare hukukunun öngördüğü, idare hukuku ölçütlerine uygun olarak kamu hizmetini yürütebilecek yeterliğe ve niteliğe sahip olmak zorundadır. Yükselmesi de, idare hukukunca geçerli deneyimi kazanmasına bağlıdır. Yasa'nın iptali istenen 41 inci maddesinin ikinci fıkrası ile kamu hizmetine, idareye tamamen yabancı birisinin, kamu hizmeti üreten bir kuruluşun aslî ve sürekli bir görev niteliğindeki vakıflar meclisine atanması sağlanmaktadır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü, en üst karar organı olan bu Meclis aracılığıyla düzenleme ve denetleme faaliyetlerinin esaslarını oluşturma işlemlerini yapmaktadır. Denetim, kamu düzeninin sağlanmasına yönelik bir kamu faaliyetidir ve Devlet olmanın vazgeçilemez asli işlevi işte bu kamu düzeninin sağlanması faaliyetidir.

Bu asli Devlet faaliyeti, Anayasamızın 128 inci maddesine göre, asli ve sürekli bu kamu görevi, Genel İdare Esaslarına göre memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmek zorundadır. Bu sebeple, kamusal kararlar alan Vakıflar Meclisine kamu görevlisi olmayan kişilerin karar verici sıfatıyla alınmaları Anayasanın 128 inci maddesiyle çelişmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 41 inci maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 128 inci maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

9) 20.02.2008 Tarih ve 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 68 inci Maddesinin "Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

Yasa'nın iptali istenen tümceyi de içeren 68 inci maddesinde,

"Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, I. Hukuk Müşaviri ile Bölge Müdürü ortak kararnameyle, Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla, diğer personel ise Genel Müdür tarafından atanır.",

düzenlemesine yer verilmiştir.

İptali istenen tümce ile Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı'nın, Vakıflar Genel Müdürü'nün önerisi üzerine Başbakan'ın ya da görevlendirdiği Devlet Bakanı'nın onayıyla atanması öngörülmüştür.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 35 inci maddesindeki düzenlemeye göre, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Başbakanlığa bağlı bir kamu tüzelkişisidir.

Bu Yasa'nın 79 uncu maddesinin (b) fıkrasının 4 üncü ve 5 inci bentleriyle, 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'na ekli II sayılı "Ek Gösterge Cetveli" nin, "II – Yargı Kuruluşları, Bağlı ve İlgili Kuruluşlar ile Yüksek Öğretim Kuruluşlarında" başlıklı bölümüne ve (IV) sayılı

"Makam Tazminatı Cetveli" nin 5. sırasının (e) bendinin sonuna "Vakıflar Genel Müdürlüğü Rehberlik ve Teftiş Başkanı" eklenmiş; böylece Vakıflar Genel Müdürlüğü Rehberlik ve Teftiş Başkanı'nın ek göstergesi 3600, makam tazminatı göstergesi ise 3000 olarak saptanmıştır.

Bu durum, Rehberlik ve Teftiş Başkanı'nın bürokratik hiyerarşide genel müdür yardımcısı ve üstü düzeyde düşünüldüğünü göstermektedir. Buna karşılık incelenen Yasa'da, sözü edilen kadroya yapılan atamada Cumhurbaşkanı'nın imzasını gerektirmeyen bir yöntem getirilmektedir.

Aynı yöndeki düzenlemeleri nedeniyle, 5394 sayılı "Türkiye İstatistik Kanunu" nun 56 ncı maddesinin birinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.2005 günlü, E.2005/143, K.2005/99 sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin kararında,

"Yasa'nın 56 ncı maddesinin dava konusu birinci fıkrasında, Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığındaki Birinci Hukuk Müşaviri hariç olmak üzere tüm atamaların Başkan tarafından yapılacağı belirtildiğinden, Kurum'da, Birinci Hukuk Müşaviri dışında Başkan Yardımcıları, Daire Başkanları, İstatistik Müşaviri, Hukuk Müşaviri, Bölge Müdürleri ile diğer görevliler Başkan tarafından atanacaktır.

Anayasanın 8 inci maddesinde "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." denilmekte, 104 üncü maddesinde de "kararnameleri imzalamak" Cumhurbaşkanı'nın yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. Anayasanın 104 üncü maddesinde sözü edilen "kararnameler", Kanun Hükmünde Kararnameler ile Bakanlar Kurulu'nun çeşitli kararnamelerinin yanında üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek kararnameleri de kapsamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca yerine getirileceğinden, söz konusu kararnamelerin hukuksal geçerliği için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir.

Buna göre, kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu

görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması Anayasal zorunluluktur."

yargısına varılmıştır.

Bu nedenle, üst düzey yönetici olarak düzenlenen "Rehberlik ve Teftiş Başkanı" nın, ortak kararname yerine Genel Müdür'ün önerisi üzerine Başbakan'ın ya da görevlendirdiği Devlet Bakanı'nın onayıyla atanmasını öngören 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 68 inci maddesinin iptali istenen tümcesi, Anayasanın 8 inci, 104 üncü ve 105 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Gerekçe bölümünde belirtildiği üzere ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan, uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracı olan karşılıklı olma ilkesine aykırı düşen, Devlet'in Lozan'da üstlenmediği hakları gayrımüslüm cemaatlere tanıyan ve Devlet'i nefsi müdafaa tedbirlerini almaktan yoksun bırakan iptali istenen kuralların uygulanması halinde, sonradan giderilmesi mümkün olmayacak zararların doğabileceği izahtan varestedir.

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

Arz ve izah olunan nedenlerle, 20.02.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun;

1) 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

2) 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının, Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

3) 11 inci maddesinin son cümlesi, Anayasanın 125 inci, 153 üncü ve 155 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 12 nci maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının, Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci, 10 uncu ve 153 üncü maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

5) 14 üncü maddesi, Anayasanın Başlangıç'ına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci, 10 uncu ve 153 üncü maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

6) 25 inci maddesinin, Anayasanın Başlangıç Kısmına, 3 üncü, 5 inci ve 14 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

7) 26 ncı maddesinin;

– birinci fıkrasının, Anayasanın Başlangıç Kısmına, 2 nci, 3 üncü, 5 inci ve 10 uncu maddeleriyle Lozan Antlaşması'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı olduğundan,

– ikinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 33 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

8) 41 inci maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 128 inci maddesine aykırı olduğundan,

9) 68 inci maddesinin "Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla" tümcesinin, Anayasanın 8 inci, 104 üncü ve 105 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğmasının önlenmesi için iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulmasına karar verilmesine ilişkin talebimizi saygı ile arz ederiz."

II- KANUN METİNLERİ

A- İptali İstenen Kanun Kuralları

20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun iptali istenen kural, cümle ve ibareleri de içeren maddeleri şöyledir:

1) "**MADDE 5-** Yeni vakıflar; Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulur ve faaliyet gösterirler.

Yeni vakıfların kuruluşunda amaçlarına göre özgülenecek asgarî mal varlığı her yıl Meclisçe belirlenir.

Yeni vakıflar, vakıf senetlerinde yazılı amaçlarını gerçekleştirmek üzere Genel Müdürlüğe beyanda bulunmak şartıyla şube ve temsilcilik açabilirler. Beyannamenin düzenlenmesine ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Yabancılar, Türkiye'de, hukukî ve fiilî mütekabiliyet esasına göre yeni vakıf kurabilirler."

2) "**MADDE 6-** Mazbut vakıflar, Genel Müdürlük tarafından yönetilir ve temsil edilir.

Mülhak vakıflar, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye şartlarına göre Meclis tarafından atanacak yöneticiler eliyle yönetilir ve temsil edilir. Vakıf yöneticileri kendilerine yardımcı tayin edebilirler. Mülhak vakıf yöneticilerinde aranacak şartlar ile yardımcılarının nitelikleri yönetmelikle düzenlenir. Vakfiyedeki şartları taşımamaları nedeniyle kendilerine yöneticilik verilemeyenler bu şartları elde edinceye, küçükler ile kısıtlılar fiil ehliyetlerini kazanıncaya ve boş kalan yöneticilik yenisine verilinceye kadar, vakıf işleri Genel Müdürlükçe temsilen yürütülür.

Cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarınca kendi aralarından seçilir. Vakıf yöneticilerinin seçim usûl ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

Esnaf vakıfları, mülhak vakıfların tabi olduğu hükümlere tabidir. Bu vakıflar, esnafın seçtiği yönetim kurulu tarafından yönetilir.

Yeni vakıfların yönetim organı vakıf senedine göre oluşturulur ve bu vakıfların yönetim organlarında görev alanların çoğunluğunun, Türkiye'de yerleşik bulunması gerekir."

3) "**MADDE 11-** Genel Müdürlükçe yapılan tebligata rağmen, bu Kanun uyarınca istenen beyanname, bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen, organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan vakıf yönetimine Genel Müdürlükçe her bir eylem için beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. **İdarî para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.**"

4) "**MADDE 12- Vakıflar; mal edinebilirler, malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabilirler.**

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait akar mallar ile hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesine, paraya çevrilmesine veya değerlendirilmesine Meclis yetkilidir.

Mülhak, cemaat, esnaf vakıfları ile yeni vakıflara, başlangıçta özgülenen mal ve haklar, vakıf yönetiminin başvurusu üzerine, haklı kılan sebepler varsa, Denetim Makamının görüşü alınarak mahkeme kararı ile sonradan iktisap ettikleri mal ve hakları ise bağımsız ekspertiz kuruluşlarınca düzenlenecek rapora dayalı olarak vakıf yetkili organının kararı ile daha yararlı olanları ile değiştirilebilir veya paraya çevrilebilir.

Vakıf yöneticileri, iktisap ettikleri veya değiştirdikleri taşınmaz malları tapuya tescil tarihinden itibaren bir ay içerisinde Genel Müdürlüğe bildirirler.

Kurucularının çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların, taşınmaz mal edinmeleri hakkında, 22/12/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi uygulanır."

5) "**MADDE 14- Vakıfların, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Meclis yetkilidir.**"

6) "**MADDE 25- Vakıflar; vakıf senetlerinde yer almak kaydıyla, amaç veya faaliyetleri doğrultusunda, uluslararası faaliyet ve**

işbirliğinde bulunabilirler, yurt dışında şube ve temsilcilik açabilirler, üst kuruluşlar kurabilirler ve yurt dışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilirler.

Vakıflar; yurt içi ve yurt dışındaki kişi, kurum ve kuruluşlardan ayni ve nakdi bağış ve yardım alabilirler, yurt içi ve yurt dışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere ayni ve nakdi bağış ve yardımda bulunabilirler. Nakdi yardımların yurt dışından alınması veya yurt dışına yapılması banka aracılığı ile olur ve sonuç Genel Müdürlüğe bildirilir. Bildirimin şekli ve içeriği yönetmelikle düzenlenir."

7) "MADDE 26- Vakıflar; amacını gerçekleştirmeye yardımcı olmak ve vakfa gelir temin etmek amacıyla, Genel Müdürlüğe bilgi vermek şartıyla iktisadî işletme ve şirket kurabilir, kurulmuş şirketlere ortak olabilirler. Şirketler dahil iktisadî işletmelerden elde edilen gelirler vakfın amacından başka bir amaca tahsis edilemez. Kurucuların çoğunluğu yabancı uyruklu olan vakıfların kurduğu yahut paylarının yarıdan fazlasına bu nevi vakıfların sahip olduğu şirketlerin mal edinmeleri hakkında aynı vakıfların mal edinmelerini düzenleyen hükümler uygulanır.

Genel Müdürlük; Bakanlar Kurulu kararıyla Genel Müdürlük ve mazbut vakıfların gelirleri ve akar malları ile iktisadî işletme veya şirket kurmaya yetkilidir. Şirket hisseleri ve hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesi, paraya çevrilmesi, değerlendirilmesi ve bunlara bağlı her türlü hakkın kullanılması ile ortaklık paylarına bağlı hakların kullanılması Genel Müdürlük tarafından yürütülür."

8) "MADDE 41- Meclis, Genel Müdürlüğün en üst seviyedeki karar organıdır.

Meclis; Genel Müdür, üç Genel Müdür yardımcısı ve I. Hukuk Müşaviri olmak üzere beş, vakıf konusunda bilgi ve deneyim sahibi yükseköğrenim mezunları arasından Başbakanın teklifi üzerine ortak kararname ile atanacak beş, yeni vakıflarca seçilecek üç, mülhak ve cemaat vakıflarınca seçilecek birer üye olmak üzere toplam onbeş üyeden oluşur. Ayrıca yeni vakıflar üç, mülhak ve cemaat vakıfları ise birer yedek üye seçer. Seçimler; yeni vakıflarda yönetim organının, mülhak vakıflarda vakıf yöneticilerinin, cemaat vakıflarında yönetim kurullarının seçeceği birer temsilcinin iştiraki ile Genel Müdürlüğün daveti üzerine ayrı ayrı yapılır.

Genel Müdür aynı zamanda Meclisin de başkanıdır.

Genel Müdür alınan kararları yürütmeye yetkili ve görevlidir. Genel Müdürün çeşitli nedenlerle görevinde bulunmadığı durumlarda Genel Müdüre vekâlet eden Meclis Başkanlığına da vekâlet eder.

Meclisin çalışmasına ilişkin usûl ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."

9) "**MADDE 68-** Genel Müdür, Genel Müdür Yardımcısı, I. Hukuk Müşaviri ile Bölge Müdürü ortak kararnameyle, **Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla**, diğer personel ise Genel Müdür tarafından atanır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 8., 10., 14., 33., 90., 104., 105., 125., 128., 153. ve 155. maddelerine dayanılmış, 35. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla 27.3.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma istemine ilişkin raporunu hazırlaması için Raportöre (7) gün süre verilmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

Yine 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 14.4.2008 gününde yapılan toplantıda ise yürürlüğü durdurma isteminin konuyla ilgili yetkililerin sözlü açıklamalarının dinlenilmesinden sonra esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen Kanun kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince Vakıflar Genel Müdürü Yusuf BEYAZIT'ın 16.6.2010 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 5. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

İptali istenen kuralda, "yeni vakıflar"ın vakıf senetlerinde yazılı amaçlarını gerçekleştirebilmeleri için Vakıflar Genel Müdürlüğüne beyanda bulunmak şartıyla yurtiçinde şube ve temsilcilik açabilecekleri öngörülmektedir. Kanun'un 3. maddesinde "yeni vakıflar" tabirinin *"Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfları"*; "vakıf senedi" tabirinin de *"Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, malvarlığını ve vakıf şartlarını içeren belgeyi"* ifade ettiği belirtildiğinden, "yeni vakıflar" dışında kalan diğer vakıfların (örneğin cemaat vakıflarının) yurtiçinde şube ya da temsilcilik açabilmeleri söz konusu değildir.

Kuralda "yeni vakıflar"ın yurtiçinde şube veya temsilcilik açabilmeleri için vakıf senetlerinde bir hükmün bulunması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmazken, 27.9.2008 günlü, 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Vakıflar Yönetmeliği'nin 17. maddesinde söz konusu vakıfların şube veya temsilcilik açılabilmeleri vakıf senetlerinde hüküm bulunması koşuluna bağlanmıştır.

5737 sayılı Kanun'dan önce de gerek yürürlükten kalkan 743 sayılı Medeni Kanun döneminde gerekse yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu döneminde Medeni Kanun hükümlerine göre kurulan vakıfların şube veya temsilcilik açabilmeleri yasal olarak mümkündü. Gerçekten de Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Kurulan Vakıflar Hakkında Tüzük'ün Ek 3. maddesi ile Yeni Vakıflar Birim Yönetmeliği, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların, vakıf senetlerinde buna ilişkin bir hüküm bulunması halinde Vakıflar Genel

Müdürlüğünden izin almak koşuluyla yurt içinde şube, temsilcilik, irtibat bürosu veya benzeri birim açmalarına olanak sağlamaktaydı.

İptali istenen kural, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıfların şube veya temsilcilik açabilmeleri konusunda, önceki düzenlemelerden farklı olarak, Vakıflar Genel Müdürlüğünden izin alınması koşulunu kaldırmış, yalnızca Vakıflar Genel Müdürlüğüne önceden beyanname verme zorunluluğunu getirmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, yeni vakıfların şube veya temsilcilik açabilmelerinin vakıf olma nitelikleriyle bağdaşmadığı, vakfiye ya da vakıf senedinin vakfın kurucu belgesi olduğu, bu belgenin vakfın konusuna, amacına ve organlarına ilişkin vakfedenin tüm istek ve istencini yansıtan düzenlemeleri içerdiği, vakfiye ya da vakıf senedi düzenlemelerinin hukuk kuralının etki, değer ve gücünü haiz olduğu, vakıf kurma işlemi tamamlandıktan sonra bu kuralların vakfedeni, vakfı yönetenleri, vakıftan yararlanacakları, üçüncü kişileri ve Devleti bağlayacağı, kurucu istenci yansıtan vakfiye ya da vakıf senetlerini Devlet organları dahil kimsenin değiştiremeyeceği, iptali istenen kuralın ise vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçiminde şube ve temsilcilik açılması suretiyle değişiklik yapılmasının hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, bu durumun Anayasa'nın 33. maddesinde düzenlenen dernek kurma hürriyetiyle bağdaşmadığı gibi aynı zamanda örgütlenme özgürlüğünü güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesiyle de bağdaşmadığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 33. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, 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 dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan 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.

Vakıflar topluma faydalı olmak amacıyla faaliyet gösteren tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır. İptali istenen kuralla, yeni vakıflara vakıf senetlerinde şube veya temsilcilik açabileceklerine ilişkin bir hüküm bulunması durumunda, bu amacı gerçekleştirebilmelerine olanak tanınmaktadır. Bir başka ifadeyle, şube veya temsilcilik açma konusunda yeni vakıflara bir yükümlülük ya da zorunluluk getirmeyen, aksine vakıf senetlerinde şube ve temsilcilik açılmasına yer verilmesi durumunda vakfedenlerin bu arzularının gerçekleştirilmesine hizmet eden söz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.

Anayasa'nın "Dernek kurma hürriyeti" başlığını taşıyan 33. maddesinde, herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ya da üyelikten çıkma hürriyetine sahip olduğu, hiç kimsenin bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamayacağı, dernek kurma hürriyetinin ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği, dernek kurma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği, derneklerin kanunun öngördüğü hallerde hâkim kararıyla kapatılabileceği veya faaliyetten alıkonulabileceği, ancak, millî güvenliğin, kamu düzeninin, suçun işlenmesini veya suçun devamını önlemenin yahut yakalamanın gerektirdiği hallerde gecikmede sakınca bulunması halinde, kanunla bir merciin derneği faaliyetten men ile yetkilendirilebileceği, bu merciin kararının yirmi dört saat içinde, görevli hâkimin onayına sunulacağı, hâkimin kararını kırksekiz saat içinde açıklayacağı, aksi halde, bu idari kararın kendiliğinden yürürlükten kalkacağı öngörülmüş, maddenin son fıkrasında ise derneklere ilişkin bu hükümlerin vakıflar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

İptali istenen kuralla, vakıf kurma özgürlüğüne herhangi bir kısıtlama, engelleme ya da müdahalede bulunulmamakta, aksine bu özgürlüğün alanının genişletilmesine olanak tanınmaktadır.

Dernek kurma özgürlüğü, derneklerin kurucu unsurları olan kuruluş sözleşmesi niteliğindeki tüzüklerini ve organlarını kendilerinin oluşturabilmelerini, değiştirebilmelerini ve belirleyebilmelerini kapsar. Vakıfların şube veya temsilcilik açabilmelerinin de örgütlenme özgürlüğü kapsamında kaldığı konusunda bir tereddüt yoktur.

Öte yandan, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 94. ve 95., 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 4., 7., 24. ve Dernekler Yönetmeliği'nin 7. maddeleri uyarınca, tüzüklerinde hüküm bulunması halinde derneklere tanınan şube veya temsilcilik açabilme hakkının, Anayasa'nın 33. maddesinin son fıkrasının açık hükmüne karşın ve Anayasa'nın 33. maddesi gerekçe gösterilerek vakıflardan esirgenmesi düşünülemez. Nitekim, Anayasa Mahkemesi 17.4.2008 günlü, E. 2005/14, K. 2008/92 sayılı kararıyla 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 101. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Vakıflarda üyelik olmaz." biçimindeki kuralı, Anayasa'nın 33. maddesinde dernekler için öngörülen hükümlerin vakıflar için de uygulanacağı gerekçesiyle iptal etmiştir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural, Anayasa'nın 2. ve 33. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 6. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

İptali istenen kural, cemaat vakıflarının yöneticilerinin mensuplarınca kendi aralarından seçileceğini, seçim usul ve esaslarının da yönetmelikle düzenleneceğini hüküm altına almaktadır.

Cemaat vakıflarının yöneticilerinin seçimine ilişkin hükümler ise Vakıflar Yönetmeliği'nin 29 ilâ 34. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Cemaat vakıfları yürürlükten kaldırılan 2762 sayılı Kanun'un ilk halinde mülhak vakıflar içinde değerlendirilmiş ve bunların *"mütevelliler veya seçilmiş heyetleri"* tarafından idare edileceği belirtilmiştir. Müslümanlara ait mülhak vakıflarla, Müslüman olmayanlara ait mülhak vakıfların yönetim ve temsilinde meydana gelen ikiliği ortadan kaldırmak ve bütün mülhak vakıfları tek mütevelli esasına bağlamak amacıyla 28.6.1938 günlü, 3513 sayılı Kanun'la 2762 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapılan değişiklikle *"mütevellileri veya seçilmiş heyetleri"* şeklindeki ibareden *"veya seçilmiş heyetleri"* biçimindeki bölüm çıkarılmıştır.

Cemaat vakıfları 31.5.1949 günlü, 5404 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, mülhak vakıf statüsünden çıkarılarak (esnaf vakıflarıyla

birlikte) ayrı bir vakıf statüsüne konulmuştur. Söz konusu değişiklikle, mülhak vakıflar *"mütevelliliği vakfedenlerin fer'ilerine şart edilmiş vakıflardır. Bunlar mütevellileri tarafından idare olunur."* şeklinde tanımlanmış; ayrıca cemaat vakıflarının *"bunlar tarafından seçilen kişi veya heyetlerce yönetileceği"* hükmü getirilmiştir.

2762 sayılı Kanun'un 5404 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinin dördüncü fıkrası, 24.3.1981 günlü ve 2437 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklikle, cemaat vakıflarının yönetim şekline dokunulmamış, ancak bu vakıfların Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılacak yönetmelik hükümlerine göre denetleneceği öngörülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, Lozan Andlaşması'nda azınlıklar ile ilgili hükümlerin, Yunanistan ile karşılıklı olma (mütekabiliyet) şartıyla kabul edildiği, Yunanistan'ın ülkesindeki Türk Cemaate ait vakıflara ilişkin yaptığı düzenlemelerde bu vakıflarda kendi yöneticilerini seçme hakkının verilmemesi nedeniyle Yunanistan'daki Müslüman Türk azınlığı ile karşılıklılık (mütekabiliyet) esasına ters düşen kuralın Lozan Andlaşması'na ve dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde oldukları vurgulanmış ve bu andlaşmalardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, mahkemelerin bakmakta oldukları davalarda temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir kanun hükmünün uluslar arası andlaşmalarla farklı hükümler içerdiğini saptamaları durumunda, milletlerarası andlaşma hükümlerini uygulayacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen fıkranın, Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmediğinden iptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, bu sonuca değişik gerekçeyle katılmıştır.

C- Kanun'un 11. Maddesinin Son Cümlesinin İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

5737 sayılı Kanun'un iptali istenen 11. maddesinin son cümlesinde, aynı maddenin birinci cümlesi uyarınca verilecek idari para cezalarına karşı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceği hükmü yer almaktadır. İptale konu olan cümle, idari para cezalarına karşı hangi mahkemeye başvurulacağına ilişkin bir kural öngörmemekte, bu konuda 5326 sayılı Kanun'a atıfta bulunmaktadır.

İdari para cezalarına karşı itiraz mercii ile başvuru usulü, iptali istenen kuralın atıfta bulunduğu 5326 sayılı Kanun'un 3. ve 27. maddelerinde gösterilmiştir.

5326 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, 5326 sayılı Kanun'un idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmasına ilişkin hükümleri, ilgili kanunda aksine bir hüküm bulunmaması durumunda, özel kanunlarda yer alan idari yaptırım kararları hakkında da uygulanacaktır. Ancak, aynı Kanun'un 19. maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılıncaya kadar saklı olduğu kuralına yer verilmek suretiyle, bu yaptırım türleri yönünden bir istisna getirilmiştir.

İdari yaptırım kararlarına karşı hangi mahkemeye başvurulacağına ilişkin hükümleri içeren 5326 sayılı Kanun'un 27. maddesinde ise idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği hükmü yer almaktadır. Ayrıca aynı maddeye 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Kanun ile eklenen (8) numaralı fıkrada da idarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görüleceği ifade edilmektedir.

Başka bir anlatımla, Kabahatler Kanunu'nda genel görevli mahkeme olarak sulh ceza mahkemesi görevli kılınmakla birlikte belirli durumlarda idari yargı mercilerinin görevli olduğu kabul edilmiş, belirli idari yaptırımlara ilişkin hükümlerin ise ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılıncaya kadar saklı tutulması kararlaştırılmıştır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 5737 sayılı Kanun'un 11. maddesinde belirtilen tüm fiillerden dolayı verilecek idari para cezasına karşı idari yargıya değil, adli yargıya başvurulması gerektiğinin öngörüldüğü, oysa Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 günlü, E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı kararında da belirtildiği üzere yalnızca yaptırımın türünden hareket edildiği ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanların gözetilmediği, bu bağlamda vakıf organlarının vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren vakıf yönetimine idari para cezası verilmesinin öngörüldüğü, ancak vakıf organlarının vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanıp toplanmadığının tespitinin idari yargının denetimine tabi bir alan olduğu, bu nedenle Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı dikkate alınmadan yapılan düzenlemenin Anayasa'nın 125., 153. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"*; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, *"Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar"* hükmü yer almaktadır.

5737 sayılı Kanun'da itiraz mercii olarak ayrı bir makam öngörülmemesi ve iptale konu kuralda öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 19. maddesindeki istisnalar kapsamına da girmemesi nedeniyle, 5737 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci cümlesi uyarınca verilecek idari para cezalarına karşı, kural olarak, iptal konusu cümlenin yollama yaptığı 5326 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) ve 27. maddesinin (1) numaralı fıkraları gereğince sulh ceza mahkemelerine itiraz edilebilecektir. Ancak, idarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da

verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına karşı bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı mercilerine itiraz edilebilmesi de mümkündür.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir. Vakıfların sayısı ve bunların coğrafi dağılımları dikkate alındığında, idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınmasının, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı ve idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine başvurulabileceği yolunda getirilen düzenlemenin haklı nedenini oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Kaldı ki Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrasında belirtilen durumlarda idarî yargı mercilerine itiraz edilebilmesi de mümkündür.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde kanun çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar kanunlaştırmamak yükümlülüğündedir.

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

Söz konusu düzenlemenin gerekçesinde, kuralın Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 günlü, E. 2005/108, K. 2006/35 sayılı iptal kararı ve bu karardan sonra 6.12.2006 günlü ve 5560 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenen Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi dikkate alınarak yasalaştırıldığı belirtilmiştir. Bu durumda, iptale konu kuralla iptal edilen önceki kural arasında aynilik veya benzerlik bulunduğunu söylemek zor olduğu gibi; iptali istenen kuralın iptal kararındaki gerekçeler dikkate alınarak yasalaştırıldığı dikkate alındığında, yasakoyucunun iptal kararını etkisiz kılma amacıyla hareket ettiğini ileri sürmek de mümkün değildir.

Kaldı ki, dava dilekçesinde belirtilen Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 günlü, E:2005/108, K:2006/35 sayılı iptal kararına konu olan Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin söz konusu iptal kararından sonra 5560 sayılı Kanun ile değiştirildiği ve yapılan bu değişikliğin Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan itiraz başvurusunun da Anayasa Mahkemesinin 11.6.2009 günlü, E. 2007/115, K. 2009/80 sayılı kararıyla reddedildiği gözetildiğinde, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen cümle, Anayasa'nın 125., 153. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

D- Kanun'un 12. Maddesinin Birinci, Üçüncü ve Dördüncü Fıkralarının İncelenmesi

1- Birinci Fıkranın İncelenmesi

a) Kuralın Anlam ve Kapsamı

İptali istenen kural, "vakıflar"ın önceden herhangi bir merciden izin almaksızın mal edinebileceklerini ve malları üzerinde her türlü tasarrufta bulunabileceklerini ifade etmektedir. Kuralda geçen "vakıflar" sözcüğünün, aynı Kanun'un 3. maddesi uyarınca mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarını ifade etmesi karşısında, gerek Medeni Kanun hükümlerine göre kurulan gerekse Medeni Kanun'un kabulünden önce

kurulan cemaat vakıflarının serbestçe mal edinebilmelerine yasal dayanak oluşturulduğu görülmektedir.

Kuralın gerekçesinde, *"Madde ile; halen izin almak suretiyle mal alabilen vakıfların, özel hukuk tüzel kişileri olmaları göz önüne alınarak, hiçbir makam ve merciden izin almaksızın mal alabilecekleri ve malları üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hükmü getirilirken, vakfın devamlılığının sağlanması açısından mülhak, cemaat ve yeni vakıflara başlangıçta özgülenen mal ve hakların değiştirilebilmesi imkânı sağlanmış, vakıfların sonradan edindikleri malları, izin almaksızın yönetim organlarının kararıyla değiştirebileceklerine ilişkin hüküm getirilmiştir."* denilmiştir.

5737 sayılı Kanun'un 12. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, vakıf yöneticilerinin iktisap ettikleri taşınmaz malları tapuya tescil tarihinden itibaren bir ay içinde Vakıflar Genel Müdürlüğüne bildirmeleri gerekmektedir. Kanun'un 11. maddesinde ise bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen vakıf yöneticilerine idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

b) Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralla azınlık vakıflarının dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel tesisler kurabilmesine olanak tanınmakla bir anlamda bu vakıflar aracılığıyla yabancılaşmanın artacağı ve ulusal birliğin zedelenebileceği, bu durumun ise Anayasa'nın Başlangıç'ının ikinci, üçüncü ve beşinci paragraflarında yer alan ve Anayasa'nın 3. ve 5. maddelerinde de teyit edilen Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip bir üyesi olduğu, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu, hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatleri karşısında korunma göremeyeceği ve Türkiye Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ve Türk Milletinin bağımsızlığı ilkelerine aykırı olduğu, tüm vakıflara gereksinimleriyle sınırlı olmaksızın ve herhangi bir merciden izin almaksızın mal edinme ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkı tanınmasının öncelikle "vakıf" niteliği ile bağdaşmadığı, zira vakfa tahsis edilen mal varlığının vakfın gayesini gerçekleştirecek ölçüde olması gerektiği, vakıf özel hukuk tüzelkişiliğine ilişkin yasa kurallarının vakıf kurumunun açıklanan bu asli niteliğine uygun olmasının "hukuk devleti" olmanın bir gereği olduğu, ayrıca bu şekildeki bir düzenlemenin kamu yararıyla da bağdaşmadığı, Lozan Andlaşması'na göre Türkiye

Devletinin, cemaat vakıflarını o günkü haliyle üstlenmeyi kabul ettiği, söz konusu vakıfların sadece orada belirtilen hususlarda ihtiyaç duyulan yeni mallar edinebilmesinin mümkün olduğu, bunun da ancak Devletin yetkili uzman organının izniyle gerçekleşmesi gerektiği, getirilen düzenlemede ise hiçbir sınır bulunmadığı ve hiçbir kamu otoritesinden izin alınmasının gerekmediği, Devletin Lozan'da üstlenmediği bir hakkın yasayla verilmesinin, gayrimüslim cemaatler lehine ayrımcılık yapılmış olduğu anlamına geldiği, iptal konusu kuralla Lozan Andlaşması'nın 45. maddesinde öngörülen mütekabiliyet esasının göz ardı edilerek azınlık vakıflarına mal edinme hakkının getirildiği, iptali istenen düzenlemenin cemaat vakıflarına Bakanlar Kurulundan izin almak ve dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak koşuluyla taşınmaz mal edinebilmelerine olanak tanıyan yasanın iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesince verilen kararda belirtilen hususlar dikkate alınmadan yapıldığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 10., 90. ve 153. 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 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 35. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Ülkemizde yaşayan ve Lozan Andlaşması'na göre, din bağı gözetilerek gayrimüslim olmalarından dolayı azınlık kabul edilen kişiler Türk vatandaşıdırlar. Bu durumda, Anayasa'ya göre Türk vatandaşı olarak kabul edilen gayrimüslim azınlıklara verilen hakları, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 3. ve 5. maddelerine dayanarak engellenmeye çalışılmasının anayasal bir dayanağı yoktur.

Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma,

ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Maddede geçen "herkes" tabirinin gerçek ve tüzel kişileri kapsadığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde de *"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez." denilmektedir.

Görüldüğü üzere, gerek Anayasa'nın 35. maddesinde ve gerekse AİHS'ne Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde güvence altına alınan tüzel kişilerin mülkiyet hakkı, evrensel bir temel insan hakkıdır. Tüzel kişiliğe sahip olan vakıfların mal edinmeleri kişi olmalarının getirdiği doğal bir haktır. Dolayısıyla, temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkına saygı duyulması hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Dava dilekçesinde, vakfa özgülenen mal varlığının vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli düzeyde olması gerektiği biçimindeki kuraldan hareketle vakıfların sonradan malvarlığı edinemeyecekleri ileri sürülmüştür. Vakıfların biri başlangıçta özgülenen diğeri ise sonradan elde edilen iki tür mal varlığı vardır. Vakfa özgülenen mal varlığının vakfın amacını gerçekleştirmeye yeterli düzeyde olmaması durumunda, 4721 sayılı Kanun'un 102. maddesi uyarınca tesciline olanak yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen husus, bu mal varlığı yönünden doğrudur. Ancak, iptali istenen kural, vakıfların başlangıçtaki mal varlığını değil, sonradan edineceği mal varlıklarını düzenlemektedir. 4721 sayılı Kanun'da bu hükmün dışında, vakıfların sonradan mal varlığı edinemeyeceklerine ilişkin her hangi bir hüküm yoktur. Esasen, tüzel kişiliğe sahip vakıflar için sonradan mal varlığı edinebilecekleri yönünde ayrıca bir hüküm vazedilmesine gerek de bulunmamaktadır.

Öte yandan, yargı kararlarında benimsenen ve doktrinde bir kısım yazarlarca da desteklenen 1936 tarihli beyannamenin vakıfname olarak kabul edilmesi gerektiği, vakıfnamede açık hüküm bulunmaması durumunda vakıfların taşınmaz mal edinemeyecekleri, cemaat

vakıflarının da gerçek anlamda vakıfnamelerinin bulunmaması nedeniyle taşınmaz mal edinemeyecekleri yönündeki görüşün, 2762 sayılı Kanun'un 44. maddesi ile Geçici 1. maddesinin gerekçeleri ve yasalaşma süreçleri incelendiğinde, geçerliliğinin bulunmadığı görülmektedir.

Gerçekten de söz konusu maddelerin gerekçeleri ve yasalaşma süreçleri incelendiğinde, cemaat vakıflarından beyanname istenmesinin temel gerekçesinin bu vakıfların Devlet tarafından denetlenmesini sağlamak ve denetlemenin yapılabilmesi için de söz konusu vakıfların o ana kadar fiilen tasarrufu altında tuttukları ancak muvazaa ya da gizli bir takım işlemlerle kayıt altında bulunmayan tüm mal varlıklarının bir envanterinin ortaya çıkarılması amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, 1936 tarihli beyannamenin vakfiye olarak kabul edilmesine olanak bulunmadığı gibi, bu beyannamenin cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinmesinin önüne geçilmesi amacıyla istendiği görüşü de yerinde değildir. Esasen yasakoyucu cemaat vakıflarının sonradan taşınmaz mal edinemeyecekleri yönünde bir iradeye sahip olsa idi, bu konuda 2762 sayılı Kanun'a açık bir hüküm koyma yönüne gidebilirdi.

Bir özel hukuk tüzel kişisi olan vakıfların mal edinmeleri sınırsız bir hak olmayıp, ancak bünyelerine ve amaçlarına uygun olmaları koşuluyla mümkündür. Bir başka ifadeyle, vakıfların mal edinebilmeleri konusunda vakfın kendi bünyesi ve amacından kaynaklanan doğal ve zorunlu sınırlar söz konusudur. Bu hususta, yasada bir kurala yer verilmemiş olması ona sınırsız bir mal edinme hakkı tanımaz. Bu noktada 4721 sayılı Kanun'un vakfa ilişkin genel kuralları ile 5737 sayılı Kanun'da öngörülen ve Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılan amaca uygunluk denetimleri de bulunmaktadır.

Nitekim, 5737 sayılı Kanun'da cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinimi ile ilgili izin müessesesi kaldırılırken, Vakıflar Meclisince alım sırasında bir defa yapılan denetim yerine bildirim, beyanname verme ve iç denetim müessesesi getirilmiş; ayrıca Vakıflar Genel Müdürlüğünün amaca uygunluk denetimi yani malın hangi amaçla ve vakfın hangi kaynağıyla, hangi yolla edinildiği, amaca uygun kullanılıp kullanılmadığı, gelir getiriyorsa ekonomik değerlendirilip değerlendirilmediği, gelirin nerelere harcandığı hususlarının Vakıflar

Genel Müdürlüğü müfettişlerince denetleneceği öngörülmüştür (Vakıflar Kanunu, m. 33, 36, 60 ile Türk Medeni Kanunu, m. 111).

Bu durumda, cemaat vakıflarının mal edinmelerinde Lozan Andlaşması'nın 40. maddesinde öngörülen hususlar ile bu vakıfların 1936 tarihinde verdikleri beyannameler birlikte değerlendirilerek, söz konusu vakıfların edindikleri malların amaçlarıyla uyumlu olup olmadığı denetlenebilecektir.

Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılan amaca uygunluk denetimi sonucunda, edinilen malın vakfın amacına uygun olmadığının saptanması durumunda ne gibi bir işlem yapılacağı 5737 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde gösterilmektedir. Buna göre, vakfın amacı doğrultusunda faaliyette bulunmayan, vakfın mallarını ve gelirlerini amaçlarına uygun olarak kullanmayan vakıf yöneticileri asliye hukuk mahkemesince görevden alınabileceklerdir.

Diğer taraftan, yasalaşma sürecindeki bilgi ve belgelerden yapılan düzenlemenin amacının diğer vakıflardan farklı olarak azınlık vakıflarına tanınmayan bazı hak ve yetkilerin onlara da tanınmak suretiyle mağduriyetlerinin giderilmeye çalışılması ve özellikle söz konusu vakıfların taşınmaz mal edinmelerinin yargı kararlarıyla engellenmesi sonucunda karşılaşılan sıkıntıların bertaraf edilmesine yönelik olduğu dikkate alındığında, dava dilekçesinde ileri sürülenin aksine, söz konusu düzenlemenin kamu yararı ilkesi gözetilerek yapıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 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 veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı; Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmektedir.

İptali istenen kural, yalnızca cemaat vakıflarının mal edinebilmelerine olanak tanıyan bir düzenleme niteliğinde değildir. Kural, 5737 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca, mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfların tamamını kapsamaktadır. Bu bağlamda, yapılan düzenlemenin cemaat vakıfları için ayrıcalık getirdiğini söylemek olası görülmemektedir. Bir başka ifadeyle yapılan düzenleme, cemaat vakıflarına diğer vakıflardan farklı ve ayrıcalıklı bir takım haklar getirmemekte, bilakis

söz konusu vakıfların diğer vakıflar gibi aynı hak ve yetkilere sahip olacağını hükme bağlamaktadır.

Dava dilekçesinde Anayasa Mahkemesinin 27.12.2002 günlü, E. 2002/146, K. 2002/201 sayılı kararı gerekçe gösterilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 153. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Söz konusu karar, yürürlükten kaldırılan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesine 3.8.2002 günlü, 4771 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen *"Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayrî, sosyal, eğitsel, sıhhî ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler."* şeklindeki altıncı fıkranın iptali istemiyle açılan davanın reddine ilişkindir.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında, cemaat vakıflarının taşınmaz mal edinebilmeleri Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. İptali istenen kuralla ise cemaat vakıfları da dahil olmak üzere tüm vakıflara taşınmaz mal edinebilme hakkı tanınmıştır. Önceki Anayasa Mahkemesi kararına konu olan yasal düzenlemeyle, iptali istenen kural arasında bir paralelliğin bulunduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural, Anayasa'nın 2., 10., 35. ve 153. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 3., 5. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- Üçüncü Fıkranın İncelenmesi

a) Kuralın Anlam ve Kapsamı

İptali istenen kural, vakıflara başlangıçta özgülenen mal ve haklar ile vakıfların sonradan edindiği mal ve hakların, haklı nedenlerin bulunması durumunda, daha yararlı olanlarıyla değiştirilebileceği veya paraya çevrilebileceği hükmünü içermektedir. Buna göre, haklı nedenlerin bulunması halinde; başlangıçta özgülenen mal ve haklar, vakıf yönetiminin başvurusu ve denetim makamının (Vakıflar Genel Müdürlüğü) görüşü alınarak, mahkeme kararıyla, sonradan edinilen mal ve haklar ise bağımsız ekspertiz kuruluşlarınca verilecek rapora dayalı

olarak vakıf yetkili organının kararıyla daha yararlı olanlarıyla değiştirilebilecek veya paraya çevrilebilecektir.

İptali istenen kuralda "haklı nedenler"in ne olduğu belirtilmemiş ise de doktrin ve uygulamada vakıf malının gelirinin giderini karşılayamaması, gelirinin malın değerine göre çok küçük olması, vakfın amacını gerçekleştirebilmesi için ihtiyacı olan geliri sağlanabilmesi veya vakfa daha fazla yararı olabilecek başka malların alınması gibi durumlarda haklı nedenin var olduğu kabul edilmektedir.

b) Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptale konu kuralla öngörülen vakfa tahsis edilen mal ve hakların yenileriyle değiştirilmesinin vakıf kurumunun asli niteliğiyle bağdaşmadığı, vakfın sonradan edindiği mallar üzerinde hiçbir makamdan izin almaksızın tasarrufta bulunma hakkına sahip kılınmasının kamu yararıyla bağdaşmadığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 10., 90. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca itiraz konusu kural Anayasa'nın 35. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Vakıfların bağımsız bir özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olmaları ve gerek başlangıçta özgülenen ve gerekse sonradan elde ettikleri malların özel mülkiyete konu olmaları nedeniyle, bu mallar üzerinde Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkının bir gereği olarak, her türlü tasarrufta bulunabilmeleri mümkündür. Bu durum, vakfın bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olmasının ve vakfın faaliyetlerini kolaylıkla icra edebilmesinin doğal bir sonucudur.

Ancak, vakıfların malları üzerindeki bu tasarruf hakları sınırsız değildir. Zira vakfa tahsis edilen malların amacı gerçekleştirmeye elverişliliği, gerek nitelik gerekse miktar itibariyle daha vakfın kuruluş aşamasında tespiti gereken bir husus olduğundan, vakıf kurulduktan sonra zorlayıcı bir sebep olmadıkça, bunların değiştirilmesi ya da elden çıkartılmasını gerektiren durumlar istisnaidir. Ayrıca, tüzel kişilerin ehliyetlerinin amaçlarıyla sınırlı olması (ultra vires ilkesi) da vakıfların malları üzerinde yapılacak tasarruflar bakımından bir sınır oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, vakıf senedinde mallar üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılabilmesine veya bunların değiştirilebilmesine açıkça veya zımnen olanak tanıyan hükümlerin bulunması veya vakfın menfaatinin söz konusu tasarrufların yapılmasını gerekli kılması durumunda, vakfın mallarının tasarruf işlemlerine konu edilmesi mümkündür. Vakıf mallarının satılması, bağışlanması, trampası, kat karşılığı inşaat yapılmak üzere devri gibi temliki tasarruflara konu olması olasıdır. Bu tasarrufların yapılması, vakfın varlığını sürdürmesi veya daha iyi faaliyette bulunabilmesi için bazen bir zorunluluk olarak (haklı neden) ortaya çıkabilir. Bu nedenle, vakıfların mallarının değiştirilmesi veya paraya çevrilmesinin vakıf niteliğiyle bağdaşmayacağı yönündeki iddia yerinde değildir.

Vakfın mallarının değiştirilmesinde, vakıf senedinde aksini öngören bir hükmün bulunmaması ve yapılacak tasarrufun vakfın amacına uygun olması gerekmektedir. Diğer taraftan, bazı hallerde vakıf senedinde aksine bir düzenleme bulunsa dahi, vakfın malları üzerinde tasarrufta bulunulması gerekebilir. Nitekim 4721 sayılı Kanun'un 113. maddesinde, başlangıçta amaca özgülenen mal ve hakların daha yararlı olanları ile değiştirilmesini veya paraya çevrilmesini haklı kılan sebeplerin bulunması durumunda hakim kararıyla bu tür bir tasarrufa olanak tanınmıştır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuraldan önce de Türk Hukukunda mevcut olan ve haklı nedenlerin bulunması durumunda, vakfa başlangıçta özgülenen malların mahkeme kararıyla; vakfın sonradan elde ettiği malların ise vakfın yetkili organları tarafından değiştirilmesi veya paraya çevrilmesine olanak tanıyan düzenlemenin, vakıf tüzel kişiliğinin ve bu tüzel kişiliğin sağladığı mülkiyet hakkının doğal sonucu olduğu gibi, vakfın faaliyetlerini rahatlıkla sürdürebilmesi için de gerekli bulunduğundan, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın, Anayasa'nın 3., 5., 10., 90. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- Dördüncü Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, bu fıkraya ilişkin doğrudan bir Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmamış, ancak aynı maddenin birinci ve üçüncü

fıkralarının iptal edilmesi durumunda bu fıkranın uygulanma olanağı kalmayacağı belirtilerek, bu fıkranın da iptali istenmiştir.

5737 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırılık iddiası yerinde görülmediğinden, iptali istenen bu fıkranın da Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun'un 14. Maddesinin İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

İptali istenen kuralla, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken olanak kalmayan vakıfların, vakfedenin iradesine aykırı olmaması koşuluyla, bu şartları değiştirmeye ya da hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Vakıflar Meclisi yetkili kılınmıştır.

5737 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre "vakfiye" terimi, *"Mazbut, mülhak ve cemaat vakıflarının mal varlığını, vakıf şartlarını ve vakfedenin isteklerini içeren belgeleri"* ifade ettiğinden, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan vakıflar hakkında bu maddenin uygulanması söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre kurulan yeni vakıflar hakkında 4721 sayılı Kanun'un 113. maddesinin ikinci fıkrası uygulanacaktır.

Yapılan düzenlemenin yürürlükten kaldırılan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 17. maddesine benzer olduğu görülmektedir. Ancak önceki düzenlemede Vakıflar Genel Müdürlüğü olarak belirlenen karar makamı, iptali istenen kuralda Vakıflar Meclisi olarak değiştirilmiş, ayrıca yapılacak değişikliğin vakfedenin iradesine aykırı olamayacağı koşulu getirilmiştir.

Vakıf Hukukunda "şart" kavramı, vakfedenin o vakıfla güttüğü asıl amacın yanında yer alan ikinci bir amaç kavramından başka bir şey değildir. Geniş anlamda şart kavramı, vakfedenin vakfına ilişkin istemlerini açıklayan beyanlarının tümüdür. Dar anlamda şart kavramı ise vakfedenin kurduğu vakfın yönetim biçimine, vakfın gelirlerinin tahsisine ve vakfı kimlerin yöneteceğine ilişkin beyanlarının her birini kapsamaktadır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, vakıflarda vakıf senedinin vakfın kurucu belgesi olduğu, bu belgenin vakfın konusuna, amacına ve organlarına ilişkin vakfedenin tüm istek ve istencini yansıtan düzenlemeler içerdiği, vakıf kurma işlemi tamamlandıktan sonra bu kuralların vakfedeni, vakfı yönetenleri, vakıftan yararlanacakları, üçüncü kişileri ve Devleti bağladığı, bu nedenle kurucu istenci yansıtan vakfiye ya da vakıf senetlerini Devlet organları dahil kimsenin değiştiremeyeceği, iptali istenen kuralın ise vakfı kuranın iradesinde değişiklik yapılmasını öngörmesi nedeniyle hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu, ayrıca dava dilekçesinin Kanun'un 12. maddesine yönelik iptal gerekçelerine atıfta bulunularak iptali istenen kuralla getirilen düzenlemenin Türk milli menfaatleri ile ülkenin ve Devletin bölünmez bütünlüğüne zarar verebileceği, cemaat vakıflarına ayrıcalık sağlandığı ve kuralın Lozan Andlaşması'na aykırı olduğu belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 10., 90. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan 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. Kişilerin devlete güven duyabilmeleri, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleşebilir.

İptali istenen kural, 743 ve 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulmuş vakıflar dışındaki diğer vakıflarda, vakfiyedeki şartların yerine getirilmesinde fiili ya da hukuki imkansızlık bulunması durumunda, vakıf şartlarının mazbut vakıflarda Vakıflar Genel Müdürlüğünün; diğer vakıflarda ise vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine Vakıflar Meclisince bu şartların değiştirilmesine, ayrıca hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlanmasına olanak tanımaktadır.

Vakfedenin iradesinin somutlaşmış biçimi olan vakıf şartının kural olarak, değişmeden devam etmesi, vakfedenin iradesinin korunması

bakımından gereklidir. Ancak, vakfın, değişen ekonomik, sosyal ve hayat şartları ile bilim ve teknolojik gelişmelere paralel olarak faaliyetini sürdürebilmesi için varlığını koruması da bir zorunluluktur. Bu da vakıf senedine eklenmiş ağır mükellefiyetler ile günün koşullarına uymayan veya gerçekleşmesi olanaksız hale gelen şartların kaldırılması veya değiştirilmesiyle mümkün olabilir. Aksi halde, değişen koşullar ve gelişmeler karşısında bütün vakıflar zamanla etkisiz bir hale gelebilme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilirler. İptali istenen kural, böyle bir ihtiyaç veya zorunluluğun ortaya çıkması durumunda, vakfın hayatiyetini sürdürmesine yardımcı olmak amacıyla ve vakfedenin iradesine de aykırı olmamak koşuluyla, vakıflarda şart kavramının değiştirilmesine olanak sağlamaktadır. Bir başka ifadeyle kural, belirli bir zorunluluktan kaynaklanan durumları bertaraf etmek için yasalaştırılmıştır. Bu düzenlemeyle, gerçekleşmesi imkansızlaşan vakıf şartları yüzünden fiilen sona eren bir vakfa, yeniden kuruluş amaçları doğrultusunda faaliyette bulunma fırsatı getirilmektedir. Böyle bir amaca hizmet eden düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir tarafının bulunmadığı açıktır. Kaldı ki iptali istenen kural, vakıf şartının Vakıflar Meclisince her halükarda değiştirilmesini emredici değil, aksine belli koşulların oluşması durumunda, buna olanak tanıyan tamamlayıcı bir düzenlemedir.

Anayasa'nın 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 veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı; Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmektedir.

İptali istenen kural, cemaat vakıfları yanında 743 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce kurulmuş mazbut ve mülhak vakıfları da kapsamaktadır. Kural, 743 ve 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan vakıflar için uygulanması mümkün olan vakfiye şartının değiştirilmesi olanağını söz konusu vakıflar için de öngörmektedir. Yapılan bu düzenleme, zaman içerisinde gerçekleşen sosyal, ekonomik, teknolojik ve kültürel değişimlere bağlı olarak, gerçekleşmesine fiilen ya da hukuken olanak kalmayan vakıf şartlarının değiştirilebilmesini vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mümkün hale

getirmektedir. Yapılan düzenlemenin bir ayrıcalık getirmemesi nedeniyle, eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

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

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 3., 5., 90. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 25. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, düzenleme ile vakıfların yurt dışı örgütlenme ve faaliyetlerine mutlak ve sınırsız bir serbesti getirildiği, Medeni Kanun'un uluslararası faaliyet konusunda Dernekler Kanunu hükümlerinin kıyasen uygulanacağına ilişkin 117. maddesinin yürürlükten kaldırıldığı, cemaat esasına dayalı bu tip bir örgütlenmenin sınırsız bağış ve yardım alabilme imkânlarıyla birlikte, Türkiye'nin milli güvenliği ve sair ulusal çıkarları açısından büyük tehlike oluşturduğu, düzenlemede vakfın türü veya kurucuları yahut yöneticileri bakımından bir ayrım yapılmaksızın tüm vakıfların yurt dışından sınırsız bağış alabilme imkânına sahip hale getirildikleri, yapılacak veya alınacak bağışın miktarı, bağış yapan kuruluşun yılda yapacağı bağış miktarı ve belli miktarı aşan bağışlar için kamu otoritesinin uygun görüşünün aranması gibi süzgeç düzenlemelere yer verilmediği, Diaspora ve lobiler aracılığıyla cemaat vakıflarının, Soros tipi fonlar aracılığıyla da diğer vakıfların büyük güçler elde ederek Türkiye'nin ulusal güvenliği için büyük tehditler oluşturmasının önünün açıldığı iddia edilerek, kuralın "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez" bir bütün olduğunu belirten Anayasa'nın Başlangıç Kısmına, aynı prensibi içeren Anayasa'nın 3., 5. ve 14. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5737 sayılı Kanun'un iptali istenen 25. maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, vakıf senetlerinde yer almaları koşuluyla amaç veya faaliyetleri doğrultusunda, vakıfların uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilecekleri, yurtdışında şube ve temsilcilik açabilecekleri, ayrıca üst kuruluşlar kurabilecekleri ve yurtdışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilecekleri öngörülmektedir. Fıkrada geçen "vakıf senedi" ibaresi, aynı Kanun'un 3. maddesine göre, 743 ve 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre kurulan yeni vakıfları ifade ettiğinden, bunlar dışında kalan diğer vakıfların yurtdışında şube veya

temsilcilik açabilmelerine, üst kuruluşlar kurabilmelerine ve yurtdışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilmelerine olanak yoktur.

İptali istenen 25. maddenin ikinci fıkrasında ise vakıfların bağış ve yardım almaları ile bağış ve yardım yapmaları düzenlenmektedir. Düzenlemeyle, vakıfların gerek yurtiçindeki, gerek yurtdışındaki kişi, kurum veya kuruluşlardan, ayni ve nakdi bağış ve yardım alabilmelerine; ayrıca kendilerinin de yurtiçi ve yurtdışındaki benzer amaçlı vakıf ve derneklere ayni veya nakdi bağış ve yardım da bulunabilmelerine olanak tanınmıştır. Nakdi yardımların yurtdışından alınması veya yurtdışına yapılmasında bankaların aracı olması ve Vakıflar Genel Müdürlüğüne bildirimde bulunulması koşulu getirilmiştir.

İptali istenen kural, vakıfların yurtiçi ve yurtdışından bağış ya da yardım alırken her hangi bir sınırlama yapmazken; kendilerinin yurtiçi ve yurtdışındaki vakıf veya derneklere yardım ya da bağışta bulunurken *"benzer amaçlı"* olmaları koşulunu aramaktadır. Buna göre, vakıfların dernek veya vakıflar dışında örneğin siyasi partilere yardım ya da bağışta bulunmaları mümkün olmadığı gibi, benzer amaçlı vakıf veya dernekler dışındakilere de yardım ya da bağış yapabilmelerine olanak yoktur.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca itiraz konusu kural Anayasa'nın 33. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 33. maddesinde dernek kurma özgürlüğüne ilişkin hükümlere yer verilmiş, maddenin son fıkrasında ise derneklere ilişkin bu hükümlerin vakıflar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Anayasa'da bu hüküm dışında vakıflarla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

İptali istenen kuralla, dernekler için aynı yönde getirilen düzenlemelerden vakıflara da vakıf senetlerinde yer almaları koşuluyla amaç veya faaliyetleri doğrultusunda uluslararası faaliyet ve işbirliğinde bulunabilmeleri, yurtdışında şube ve temsilcilik açabilmeleri, ayrıca üst kuruluşlar kurabilmeleri ve yurtdışında kurulmuş kuruluşlara üye olabilmeleri olanaklarının sağlanmasının, Anayasa'nın 33. maddesinde düzenlenen dernek kurma özgürlüğüne aykırı bir yönü bulunmamakta, aksine bu özgürlüğün kullanım alanı genişletilmektedir.

Dava dilekçesinde, vakıflara hiçbir makamdan izin almaksızın ve sınırsız bağış alma ve yapma olanağının getirilmesinin de Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen Devletin ülkesiyle ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa'nın 33. maddesinde vakıfların bağış alması ya da bağış yapmasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemesi nedeniyle bu konuda Anayasa'da öngörülen bir sınırlamanın bulunmamaktadır. İptali istenen kuralla dernekler için aynı yönde getirilen olanaklardan vakıfların da yararlandırılmasının Anayasa'nın 33. maddesine aykırı bir yönü yoktur.

Kaldı ki, iptale konu kural, bağış yapma ya da bağış alma konusunda kendi içinde bir takım sınırlamalar da öngörmektedir. Buna göre, vakıflar, ancak benzer amaçlı vakıf ve derneklere yardımda bulunabilecekler, yurtdışından nakdi yardım alınması ve yapılmasında bankaları aracı kılacaklar ve bunları ilgili Vakıflar Bölge Müdürlüğüne bir ay içinde bildireceklerdir.

Vakıfların bağış almaları ya da bağışta bulunmaları ile bunlardan elde ettikleri gelirlerin ve harcamaların hiçbir denetime tabi olmadığı da söylenemez. Zira, 5737 sayılı Kanun'un 32. ve Vakıflar Tüzüğü'nün 28. maddeleri uyarınca, vakıfların her yıl vermek zorunda oldukları beyannamelerde, aldıkları ve yaptıkları bağış ya da yardımları göstermek zorundadırlar. Söz konusu bildirim, 5737 sayılı Kanun'un 60. uyarınca Vakıflar Genel Müdürlüğünce veya iç denetim yoluyla yapılacak amaca uygunluk denetimlerinde dikkate alınacaktır. Söz konusu kurallar uyarınca yapılacak denetimlerde, vakfın yaptığı ya da aldığı bağış ve yardımların vakfiye veya vakıf senedinde öngörülen şartlara uygun kullanılıp kullanılmadığı hususları irdelenecektir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural Anayasa'nın 33. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 3., 5. ve 14. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 26. Maddesinin İncelenmesi

1- Birinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralla cemaat vakıflarına Medeni Kanun'a tabi vakıflarla aynı hak ve yetkilerin tanınmasının bu vakıflar lehine meydana getireceği ayrıcalığın yol açacağı tehlikeli boyutların Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 3. ve 5. maddelerinde öngörülen Türkiye Cumhuriyetinin dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip olduğu, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu, hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatleri karşısında korunma göremeyeceği ve Türkiye Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ve Türk Milletinin bağımsızlığı ilkelerine aykırı olduğu, eski vakıfların istisnailik niteliğinin ortadan kaldırılıp onların olağan vakıflarla aynı hak ve yetkilere sahip kılınmalarının Türkiye Cumhuriyeti Devletinin çağdaş ve laik hukuki yapısıyla bağdaşmadığı, mal edinme, işletme, şirket kurma, ortaklık yapma yetkileriyle donatılmış vakıfların ülkemizde en temel kamu hizmet alanlarına yayılmaları yolunun açılmasının laiklik ve sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmadığı, öngörülen düzenlemeden istifade edebilecek eski vakıfların yalnızca cemaat vakıfları olduğu, bu düzenlemenin güya eşitlik görüntüsü içerisinde tamamen cemaat vakıflarına Medeni Kanuna tabi vakıflarla aynı hak ve yetkilerin tanınması amacını güttüğü, böylece eski vakıflar arasında cemaat vakıfları lehine kayırmacılık yapıldığı, ayrıca iptali istenen kuralın Lozan Andlaşması'nda yer alan karşılıklı olma ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 10. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda, vakıfların hedeflerini gerçekleştirmeye yardımcı olma ve vakfa gelir temin etme amacıyla iktisadi işletme ve şirket kurabilmelerine olanak tanıyan hükümlere yer verilmiştir. Vakıfların bu amaçla iktisadi işletme ve şirket kurabilmeleri için Vakıflar Genel Müdürlüğüne bilgi vermeleri yeterli görülmüştür. Kuralda, söz konusu faaliyetlerden elde edilen gelirin, vakfın amacı dışında başka bir amaca tahsis edilemeyeceği koşulu öngörülmektedir.

Fıkranın son tümcesinde, kurucularının çoğunluğunun yabancı uyruklu kişilerin kurduğu ya da yarıdan fazla paya sahip oldukları vakıfların sahip oldukları işletmelerin mal edinmeleri hakkında ise aynı

Yasa'nın 12. maddesinin son fıkrasının yollamasıyla 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca itiraz konusu kural Anayasa'nın 33. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 33. maddesinde dernek kurma özgürlüğüne ilişkin hükümlere yer verilmiş, maddenin son fıkrasında ise derneklere ilişkin bu hükümlerin vakıflar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Anayasa'da bu hüküm dışında vakıflarla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Kuralla, tüm vakıflara tanınan elde ettikleri gelirleri amaçları doğrultusunda kullanmaları şartıyla iktisadi işletme veya şirketlere sahip olma olanağı tanınmasının, Anayasa'nın 33. maddesinde öngörülen dernek kurma özgürlüğüne aykırı bir tarafının bulunmadığı açıktır.

Anayasa'nın 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 veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı; Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmektedir.

İptali istenen kural, yalnızca cemaat vakıflarının ticari işletme işletebilmelerine olanak tanıyan bir düzenleme niteliğinde değildir. İptali istenen kural, 5737 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca, mazbut, mülhak, cemaat ve esnaf vakıfları ile yeni vakıfların tamamını kapsamaktadır. Bu bağlamda, yapılan düzenlemenin cemaat vakıfları için ayrıcalık getirdiğini söylemek olası değildir. İptali istenen kuralla, cemaat vakıflarına diğer vakıflardan farklı ve ayrıcalıklı bir takım haklar getirilmemekte, bilakis söz konusu vakıfların diğer vakıflar gibi aynı hak ve yetkilere sahip olacağı hükme bağlanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 10. ve 33. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- İkinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralla öngörülen düzenlemenin vakıf kurumunun asli niteliğine, vakfı kuranın istencine ve onun istenciyle belirlenen örgütlenme biçimine ve etkinlik alanına uygun düşmediği, ayrıca aynı dilekçenin 5737 sayılı Kanun'un 5. maddesine yönelik iptal gerekçelerine atıfta bulunularak iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 33. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda, Vakıflar Genel Müdürlüğünün Bakanlar Kurulu kararıyla, Genel Müdürlük ve mazbut vakıfların gelirleri ve akar mallarıyla iktisadi işletme veya şirket kurmaya yetkili olduğu ifade edilmektedir. Kuralda ayrıca, şirket hisseleri ve hakları üzerinde Vakıflar Genel Müdürlüğünce fıkrada öngörülen tasarrufların yapılabileceği belirtilmektedir.

Kuralda geçen "mazbut vakıf" tabiri, aynı Yasa'nın 3. maddesine göre *"Bu Kanun uyarınca Genel Müdürlükçe yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıfları"*; "akar" kavramı ise *"Vakıf amaç ve faaliyetlerinin yerine getirilmesi için gelir getirici şekilde değerlendirilmesi zorunlu olan taşınır ve taşınmazları"* ifade etmektedir.

Yapılan bu düzenleme, 5. madde ile 26. maddenin birinci fıkrasında belirtilen gerekçelerle, Anayasa'nın 2. ve 33. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

H- 5737 Sayılı Yasa'nın 41. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Vakıflar Genel Müdürlüğünün en üst seviyede karar organı olduğu belirtilen Vakıflar Meclisine yeni vakıflardan seçilecek üç üye ile mülhak ve cemaat vakıflarından seçilecek birer üyenin de bu kurula alınmasının haklı bir gerekçesi bulunmadığı gibi kamu yararına da dayanmadığı, bir kamu kurumunun en üst karar organı olan Vakıflar Meclisine sırf bir dinin ya da mezhebin mensubu olmaları nedeniyle cemaat vakıflarını temsilen bir cemaat mensubunun seçilmesinin Anayasa'nın laiklik ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca seçimlere hangi azınlık mensuplarının katılacağına ilişkin bir hükme

yer verilmemesi nedeniyle kuralın hukuk devletinin önemli ilkelerinden biri olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleriyle bağdaşmadığı, cemaat vakıflarınca seçilecek bir asıl ve bir yedek üyenin seçiminde Türkiye'de Rumlar'ın sahip oldukları cemaat vakıflarının sayısının diğerlerinden fazla olması nedeniyle, iptali istenen kuralla yapılan düzenlemenin Rum cemaat vakıfları lehine olduğu, Devlet olmanın vazgeçilmez asli işlevinin kamu düzeninin sağlanması faaliyeti olduğu, iptali istenen kuralla kamu hizmetine, idareye tamamen yabancı birisinin, kamu hizmeti üreten bir kuruluşun aslî ve sürekli bir görev niteliğindeki vakıflar meclisine atanmasının sağlandığı, bu asli Devlet faaliyetinin genel idare esaslarına göre memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmek zorunda olunduğu belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda, Vakıflar Genel Müdürlüğünün en üst seviyede karar organı olan ve onbeş asıl ve beş yedek üyeden oluşan Vakıflar Meclisinin oluşumu düzenlenmektedir. Buna göre Vakıflar Meclisi, Kanun'da belirtilen Vakıflar Genel Müdürlüğü görevlileri (beş asıl üye), nitelikleri Kanun'da belirtilenlerden Başbakanın teklifiyle ortak kararnameyle atanacak kişiler (beş asıl üye), yeni vakıflarca seçilecek kişiler (üçer asıl ve yedek üye) ile mülhak ve cemaat vakıflarınca seçilecek kişilerden (birer asıl ve yedek üye) oluşmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir.

Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

İptali istenen kuralın gerekçesinden, Vakıflar Meclisine eski ve yeni vakıflarca seçilecek üyelerin de dahil edilmesinin temelinde, vakıflarda "demokratik ve iyi yönetişim" ilkelerinin hayata geçirilmesi anlayışının bulunduğu anlaşılmaktadır. Özellikle son yıllarda ülkelerin kamu yönetimi sistemlerinde önemli değişim ve dönüşümler gerçekleşmektedir. Küreselleşme, uluslararası rekabet ve ekonomik krizler ile sivil toplum kuruluşlarının kamu yönetimine daha fazla katılma talepleri, kamu yönetim sistemlerinde de değişimlere yol açmaktadır. Bu değişimler, kamu yönetiminde açıklık, katılımcılık, hesap verebilirlik, etkinlik ve tutarlılık gibi ilkeleri gündeme getirmektedir.

İptali istenen kural, Vakıflar Genel Müdürlüğünün en üst karar organı olarak görev yapan Vakıflar Meclisine, üzerinde tasarrufta bulunduğu vakıfların da üye seçebilmesine, bir başka ifadeyle "iyi yönetişim" ilkelerinden birisi olan katılımcılık ilkesinin vakıflar yönetimine dahil edilmesine olanak tanımaktadır.

İptali istenen kuralda, Vakıflar Meclisine eski ve yeni vakıflarca yapılacak üye seçimlerinin yeni vakıflarda yönetim organının, mülhak vakıflarda vakıf yöneticilerinin, cemaat vakıflarında yönetim kurullarının seçeceği birer temsilcinin iştiraki ile Genel Müdürlüğün daveti üzerine ayrı ayrı yapılacağı belirtilmiş, ayrıca Kanun'un 43. maddesinde Meclis üyelerinin 657 sayılı Kanun ile belirlenen Devlet memuru olma koşullarını taşıması gerektiği, Meclis üyelerinin görev süresinin üç yıl olduğu (Genel Müdür, Genel müdür yardımcıları ile I. Hukuk müşavirinin üyelikleri, görev süreleriyle sınırlıdır) hükmüne yer verilmiş, bunun dışında başkaca bir hükme yer verilmemiştir.

Kuralda, cemaat vakıfları tabiri kullanıldığından, Vakıflar Genel Müdürlüğünce 5737 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında cemaat vakfı statüsünde kabul edilen tüm vakıfların yapılacak seçimlere temsilci gönderebileceği hususu açık olduğundan, dava dilekçesindeki görüşe itibar etmek mümkün değildir.

İptali istenen kural ile devamındaki maddelerde, eski ve yeni vakıflarca seçilecek Meclis üyelerinin kimler tarafından aday gösterileceği, kaç kişinin üyeliğe seçilebileceği, üye seçilebilme koşulları

ve üyeliğin süresi gibi temel hususlar düzenlenmiş, seçim usulüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ise Yönetmeliğe bırakılmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesi anlamında kamu görevlisi niteliğine sahip olmayan eski ve yeni vakıflarca seçilecek Meclis üyelerinin atama usullerinin, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörüldüğü gibi yasayla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmadığından ve iptali istenen kural ile devamındaki maddelerde seçim usullerine ilişkin temel kurallara yer verilmiş olması nedeniyle, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

İptali istenen kuralın Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de Türkiye'de mevcut cemaat vakıfları arasında belli etnik ya da dinsel kökene sahip olanların sayıca diğerlerinden fazla olması ve bu nedenle yapılacak seçimde onların adaylarının diğerlerine göre avantajlı olacağı yönündeki görüşte haklılık payı bulunmasına karşın, bu durum yasakoyucunun cemaat vakıflarına yalnızca bir üye kontenjanı tanımasından kaynaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle ortaya çıkan durum, yasakoyucunun takdirinin ve mevcut durumun doğal bir sonucudur.

Anayasa'nın 128. maddesinde, Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği, bu kapsama giren personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin de Yasa'yla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için; söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin "genel idare esasları"na göre yürütülmesi ile görevin "asli ve sürekli" nitelikte olması şarttır.

5737 sayılı Kanun'un 35. maddesinde Vakıflar Genel Müdürlüğünün, kamu tüzel kişiliğini haiz ve Başbakanlığa bağlı bir kuruluş olduğu, 41. maddesinde de Vakıflar Meclisinin Vakıflar Genel Müdürlüğünün en üst seviyedeki karar organı olduğu belirtilmiştir. Vakıflar Meclisinin kendisine yasa ile verilen görevlerinin, genel ve ortak ihtiyaçları karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak amacıyla yapılan genel

idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti niteliğinde bulunduğuna kuşku yoktur.

Vakıflar Meclisinin yaptığı hizmetin bu niteliğine karşın, söz konusu Mecliste eski ve yeni vakıflarca seçilen üyelerin Anayasa'nın 128. maddesinde gösterilen "diğer kamu görevlileri"nden sayılıp sayılmayacağı önem kazanmaktadır.

Öğretideki belirlemelere göre, devlet örgütüne giren gerçek kişiler, "hükümet ve idare edenler" ile bunların uzmanlaşmış yardımcıları olan "ajanlar" biçiminde iki kategoriye ayrılırlar. Ajan kavramı, memurları olduğu kadar, il genel meclisi üyeleri ile belediye meclisi üyeleri gibi "onursal (fahri) ajanları "da kapsar. Her memur bir ajandır, ama her ajan bir memur değildir.

Yasakoyucunun Vakıflar Meclisinde görev yapan üyelerin tümünü asli ve sürekli görev yapanlar statüsünde görmediği anlaşılmaktadır. Bu durum, Kanun'a ekli (I) sayılı listede yalnızca ortak kararname ile atanacak beş üye için "kadro" tahsis edilmesinden ve vakıflarca seçilen üyeler ile idare arasında statüer bir ilişki kurulmamasından, söz konusu kişilerin Meclis faaliyetleri dışında asıl meslek ve uğraşlarına devam etmelerinden açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun'un 43. maddesinin ikinci fıkrasındaki *"Kamu görevlisi olmayan Meclis üyeleri, görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlar ve kendilerine karşı işlenen suçlar yönünden kamu görevlisi sayılır."* şeklindeki hüküm de aslında bu kişilerin kamu görevlisi olmadıklarını ifade etmektedir. Bu durumda, Vakıflar Meclisine eski ve yeni vakıflarca seçilen üyelerin yaptıkları görevin asli ve sürekli bir görev olmaması, bir başka ifadeyle Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen koşulların söz konusu üyeler bakımından gerçekleşmemesi nedeniyle, eski ve yeni vakıflarca seçilen üyelerin yaptıkları görevin, Anayasa'nın 128. maddesi anlamında Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli bir görev olmadığı ortadadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

I- 5737 Sayılı Yasa'nın 68. Maddesinin "…Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün Teklifi Başbakanın veya Görevlendirdiği Devlet Bakanının Onayıyla,…" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen ibare ile Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanının, Vakıflar Genel Müdürünün önerisi üzerine Başbakanın ya da görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla atanmasının öngörüldüğü, Yasa'nın 79. maddesinde üst düzey yönetici olarak düzenlenen "Rehberlik ve Teftiş Başkanı"nın ek göstergesinin 3600, makam tazminatının ise 3000 olarak saptandığı, bu durumun söz konusu makamın bürokratik hiyerarşide genel müdür yardımcısı ve üstü düzeyinde bir statüyü gösterdiği, bu nedenle bu göreve atanacak kişinin Cumhurbaşkanının imzası bulunan ortak kararnameyle atanması gerektiği belirtilerek, iptali istenen ibarenin Anayasa'nın 8., 104., ve 105. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda, Genel Müdür, Genel Müdür yardımcısı, I. Hukuk müşaviri ile bölge müdürünün ortak kararnameyle; Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanının Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla atanacağı hükmü yer almaktadır.

5737 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 227 sayılı Vakıflar Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 29. maddesindeki kural uyarınca, genel müdür ve yardımcıları müşterek kararnameyle, bunlar dışındaki tüm görevliler ise genel müdür tarafından atanmaktaydı.

Kanun'un 58. maddesinde, Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Vakıflar Genel Müdürlüğünün danışma ve denetim birimleri arasında sayılmıştır.

5737 sayılı Kanun uyarınca, Vakıflar Genel Müdürlüğünde, ana hizmet birimleri olarak, toplam on daire başkanlığı bulunmaktadır.

Anayasa'nın 8. maddesinde "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." denilmekte, 104. maddesinde de "kararnameleri imzalamak" Cumhurbaşkanının yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır.

Anayasa'nın 104. maddesinde sözü edilen "kararnameler", Kanun Hükmünde Kararnameler ile Bakanlar Kurulunun çeşitli kararnamelerinin yanında üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek kararnameleri de kapsamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğinden, söz konusu kararnamelerin hukuksal geçerliği için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir.

Buna göre, kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması Anayasal zorunluluktur.

Rehberlik ve Teftiş Başkanlığının görevlerinin düzenlendiği 5737 sayılı Kanun'un 60. maddesine göre, Genel Müdürün emri veya onayı üzerine, Genel Müdürlüğün merkez ve taşra kuruluşları ile ilgili olarak Genel Müdür adına teftiş, inceleme ve soruşturma işlerini yürüten, tüm vakıfların amaca uygunluk denetimini yapan, vakıfların ve iktisadî işletmelerinin ve iştiraklerinin denetleme ve inceleme işlerini yürüten Rehberlik ve Teftiş Başkanının, Vakıflar Genel Müdürlüğünün üst düzey kamu görevlisi niteliğinde bulunması nedeniyle, atanmasının ortak kararnameyle yapılması gerekmektedir.

Buna karşılık genel müdür yardımcılarına bağlı olarak çalışan ve Genel Müdürlük tarafından verilen görevleri uygulamakla yükümlü bulunan Daire Başkanlarının ise üst düzey yönetici kapsamında değerlendirilmeleri mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kuralda yer alan "Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile" ibaresi Anayasa'nın 8. ve 104. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralda yer alan "Daire Başkanı, Genel Müdürün Teklifi Başbakanın veya Görevlendirdiği Devlet Bakanının Onayıyla,…" ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Anayasa'nın 8. ve 104. maddelerine dayanılarak iptal kararı verilmiş olduğundan, konunun ayrıca Anayasa'nın 105. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

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, 2949 sayılı 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.

5737 sayılı Kanun'un 68. maddesinde yer alan "Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile" ibaresinin 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 ibareye ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 17.6.2010 gününde karar verilmiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN İNCELENMESİ

20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun;

A- 1- 5. maddesinin üçüncü fıkrasına,

2- 6. maddesinin üçüncü fıkrasına,

3- 11. maddesinin son tümcesine,

4- 12. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarına,

5- 14. maddesine,

6- 25. maddesine,

7- 26. maddesine,

8- 41. maddesinin ikinci fıkrasına,

9- 68. maddesinde yer alan "… Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla, …" ibaresine,

yönelik iptal istemleri, 17.6.2010 günlü, E. 2008/22, K. 2010/82 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra, tümce ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

B- 68. maddesinde yer alan " … Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile …" ibaresinin iptaline ilişkin hükmün süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu ibarenin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

17.6.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun:

A- 1- 5. maddesinin üçüncü fıkrasının,

2- 6. maddesinin üçüncü fıkrasının,

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

3- 11. maddesinin son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4- 12. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

5- 14. maddesinin,

6- 25. maddesinin,

7- 26. maddesinin,

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

8- 41. maddesinin ikinci 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- 68. maddesinde yer alan;

a- " … Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- "… Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla, …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 68. maddesinde yer alan " … Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile …" ibaresinin 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 ibareye ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

17.6.2010 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Fulya ANTARCIOĞLU
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	

KARŞIOY YAZISI

Osmanlı Devletinde önemli bir kurum olan vakıflar, Cumhuriyet döneminde de Devletin yakın ilgi ve denetimini gerektirmeleri nedeniyle merkezi idarenin görev alanı içerisinde yer almıştır.

5737 sayılı Kanun vakıflar için daha liberal bir sistem getirmekle beraber vakıf sorunlarının çözümü ve yönetiminde esas itibariyle Devletin asli görevli rolünü muhafaza etmiştir. Kanunun 35. maddesinde "Bu kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz Vakıflar Genel Müdürlüğü kurulmuştur" denilmiş; ayrıca Başbakan'ın, Genel Müdürlüğün yönetimi ile ilgili yetkilerini, görevlendireceği bir devlet Bakanı vasıtasıyla kullanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, Vakıflar Genel Müdürlüğünün, Devletin asli ve sürekli görevleri arasında vakıflarla ilgili olan işleri yerine getiren bir merkezi idare birimi olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Kanun'un 41. maddesinde, Vakıflar Meclisinin, Genel Müdürlüğün en üst seviyedeki karar organı olduğu belirtilmektedir. İptal istemine konu olan kuralla, Meclis üyeliğine devlet memuru veya kamu görevlisi olmayan kişilerin de seçilmeleri öngörülmüştür. Kanun'un 43. maddesinde kamu görevlisi olmayan bu kişilerin, görevleriyle ilgili veya kendilerine karşı işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılacakları açıkça belirtilmiştir. Buna göre, devletin asli ve sürekli görevlerini yerine getiren bir idari biriminin en üst karar organı, kısmen kamu görevlisi olmayan kişilerden oluşturulmuştur.

Anayasa'nın 128. maddesinde, "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür" denilmektedir. Açık ve net olan, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarıyla da tevili mümkün bulunmayan bu madde, iptali istenen kuralla getirilen karma sisteme cevaz vermemektedir. Mahalli idare organlarında da seçimle gelen ve memur ya da kamu görevlisi olmadığı halde kamu görevi yapan kişilerin bulunması, Anayasa'nın 127. maddesindeki özel hükümlere dayandığından, bir merkezi idare birimi olan Vakıflar Genel Müdürlüğü ile bu yönden bir paralellik kurulması da olanaksızdır.

Getirilen karma sistemin yarar ve sakıncaları bir yana, bir hukuk devletinde herkesin, en üst norm olan Anayasa kurallarıyla kendisini bağlı sayması gerekirken Anayasa'nın 128. maddesinin sarahati hiçe sayılarak iptal isteminin reddine katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

20.2.2008 günlü 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 11. maddesinde, "Genel Müdürlükçe yapılan tebligata rağmen, bu Kanun uyarınca istenen beyanname bilgi ve belgeleri zamanında vermeyen, organların vakfiye veya vakıf senedine aykırı olarak toplanmasına sebebiyet veren veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan vakıf yönetimine Genel Müdürlükçe her bir eylem için beşyüz Türk Lirası idari para cezası verilir" denilmekte, dava konusu son tümcesinde de idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmektedir. İdari para cezalarında başvuru mercii ile başvuru usulünün düzenlendiği 5326 sayılı Yasa'nın 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "Bu Kanunun "idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde"; "Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır" kuralı yer almakta, idari yaptırım kararlarına karşı hangi mahkemeye başvurulacağına ilişkin 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise, "İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir" denilmektedir. Bu maddeye 5560 sayılı Yasa ile idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceğine ilişkin (8) numaralı fıkra eklenmiştir. Bu durumda, 5737 sayılı Yasa'da ayrı bir itiraz mercii

öngörülmemesi ve dava konusu kuralda belirtilen idari para cezasının 5326 sayılı Yasa'nın 19. maddesindeki istisnalar kapsamına da girmemesi nedeniyle anılan idari para cezalarına karşı, aynı Yasa'nın 3. ve 27. maddeleri gereğince sulh ceza mahkemelerine itiraz edilebilecektir.

Anayasa'nın; 125. maddesinin birinci fıkrasında "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında "Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı Hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da "Danıştay, idari mahkemelerce verilen, kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" denilerek Türk hukuk sisteminde idari ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayırım, idarenin kamu gücü kullanarak idari hukuku esaslarına göre tesis ettiği işlemleri ile eylemlerinin idari yargı denetimine bağlı tutulmasını gerektirmektedir. Ancak, hizmetin özelliğinden veya uyuşmazlığın niteliğinden kaynaklanan kamu yararının zorunlu kıldığı ayrık durumlarda, adli yargının görevlendirilmesi olanaklı ise de yasa koyucunun bu konudaki takdir yetkisinin çok sınırlı olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Buna göre, idari eylem ve işlemler konusunda genel yetkili yargı yerinin idari yargı olduğu açıktır. Dava konusu kuralda belirtilen uyuşmazlıklarda, genel yetkili idari yargı yerine adli yargının görevli kılınması için kamu yararının zorunlu kıldığı bir nedenden de söz edilemeyeceğinden 5737 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin son tümcesinin, Anayasa'nın adli, idari yargı ayırımını kabul eden 125, 140 ve 155. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Öte yandan, 5326 sayılı Yasa'nın 27. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, "İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür" denilerek idari yaptırım kararlarına karşı açılacak davaların, idari yargıda görülebilmesinin, aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması koşuluna bağlanması, Anayasa gereği genel yetkili olan idari yargıyı, ayrık durumlarda başvurulabilecek bir yargı yolu halinde getirdiğinden Anayasa'ya aykırılığı ortadan kaldıracak bir durum olarak değerlendirilemez. Ayrıca, aynı idari yaptırım kararı hakkında, bu kararın verildiği işlem kapsamında, idari yargının görev alanına giren

kararların da bulunması halinde, iki işleme karşı birlikte veya ayrı dava açılmasına göre farklı kararlar çıkabileceği gibi, iki yargı yerinin başvuru sürelerinin farklı olmasından kaynaklanan görev ve yetki uyuşmazlıkları, buna bağlı olarak hak kayıpları da oluşabilecektir. Bunun dışında söz konusu kural, kişilerin haklarındaki iki işleme karşı birlikte veya sadece birisine karşı dava açmak suretiyle aynı uyuşmazlığı farklı yargı mercilerine götürebilmelerine de yol açabilecektir. Kamu düzeni ile ilgili olan görev konusunun kişilerinin iradelerine bağlı olarak değiştirilebilmesi, eşitlik temelinde yasa kurallarının hiçbir duraksamaya meydan verilmeksizin genel ve nesnel biçimde uygulanmasını sağlamakla yükümlü olan hukuk devletinin gerekleriyle de bağdaşmamaktadır.

5737 sayılı Yasa'nın 41. maddesinin ilk fıkrasında, Vakıflar Meclisi'nin Genel Müdürlüğün en üst seviyedeki karar organı olduğu belirtildikten sonra dava konusu ikinci fıkrasında "Meclis; Genel Müdür, üç Genel Müdür yardımcısı ve I. Hukuk Müşaviri olmak üzere beş, vakıf konusunda bilgi ve deneyim sahibi yükseköğrenim mezunları arasından Başbakanın teklifi üzerine ortak kararname ile atanacak beş, yeni vakıflarca seçilecek üç, mülhak ve cemaat vakıflarınca seçilecek birer üye olmak üzere toplam onbeş üyeden oluşur. Ayrıca yeni vakıflar üç, mülhak ve cemaat vakıfları ise birer yedek üye seçer. Seçimler; yeni vakıflarda yönetim organının, mülhak vakıflarda vakıf yöneticilerinin, cemaat vakıflarında yönetim kurullarının seçeceği birer temsilcinin iştiraki ile Genel Müdürlüğün daveti üzerine ayrı ayrı yapılır." denilmektedir. Buna göre, Vakıflar Meclisi'nin on üyesini, atamalarında idari usul ve esasların geçerli olduğu kamu görevlileri, beşini de kamu görevlisi olmayan vakıf temsilcileri oluşturmaktadır.

5737 sayılı Yasa'nın 35. maddesine göre Vakıflar Genel Müdürlüğü kamu tüzel kişiliğini haiz, Başbakanlığa bağlı bir kuruluştur. Vakıflar Meclisi'nin görevlerini düzenleyen aynı Yasa'nın 5/2., b/2., 10/2., 12/2., 14., 15/2., 16/5., 20/1., 28/3., 38/1., 40/1., 43/3., 67/3., 72/1-2., 78., Geçici 6 ve Geçici 7. maddelerinin birlikte incelenmesinden, bu Meclis'in, kamu gücüne dayanarak, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli bir kamu hizmeti gördüğü açıkça anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca, belirtilen görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesi zorunludur. 5737 sayılı Yasa'nın 43. maddesine göre meclis üyelerinin görev sürelerinin sınırlı olması ise

hizmetin sürekliliğini etkileyen bir husus olmayıp, hizmeti yürütenlere ait bir özelliktir. Önemli olan kamu hizmetinin kesintisiz devamıdır. Bu hizmeti yapanların süreli olarak görevlendirilmeleri veya farklı kişiler olmalarının hizmetin sürekliliği ile bir ilgisinin bulunmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle 5737 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin son tümcesi ile 41. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞI OY

5737 sayılı Yasa'da yer alan düzenlemelerden, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün Başbakanlığa bağlı kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluş olduğu, Genel Müdür, üç Genel Müdür yardımcısı ve I. Hukuk Müşaviri olmak üzere beş, vakıf konusunda bilgi ve deneyim sahibi yükseköğrenim mezunları arasından Başbakanın teklifi üzerine ortak kararname ile atanacak beş, yeni vakıflarca seçilecek üç, mülhak ve cemaat vakıflarınca seçilecek birer üye olmak üzere toplam on beş üyeden oluşan Vakıflar Meclisi'nin bu Genel Müdürlüğün en üst seviyedeki karar organı olarak görev yaptığı ve yeni vakıfların kuruluşunda amaçlarına göre özgülenecek asgarî mal varlığını her yıl belirlemek, mülhak vakıfları yönetecek yöneticileri atamak, vakfın amacına ve yürürlükteki mevzuata uymayan vakıf yöneticilerinin görevden alınmalarına karar vermek, kamulaştırmalarda kamu yararının varlığına karar vermek; Genel Müdürlük ve işletme müdürlüklerinin bütçelerini onaylamak; Genel Müdürlük ve vakıflarla ilgili tüzük ve yönetmelik taslaklarını karara bağlamak gibi yetkilerinin ya da görevlerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

Buna göre, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün en üst karar organı olan Vakıflar Meclisi'nin katılımıyla düzenleme ve denetleme faaliyetlerinin esaslarının oluşturulduğu, denetim faaliyetinin kamu düzenini sağlayan bir kamu hizmeti niteliği taşıdığı ve Devletin en temel görevinin kamu düzenini sağlamak olduğu, bu nedenle sözü edilen Meclis'in yürüttüğü hizmetin, kamu hizmeti niteliği taşıyan, genel idare esaslarına göre

yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevlerden olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Kaldı ki, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Ek 16. maddesinde, hangi kurumların Devlete verilmiş asli ve sürekli bir kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduklarının saptanması Bakanlar Kurulu'na bırakılmış, Bakanlar Kurulu'da 26.11.1975 günlü, 7/10986 sayılı kararıyla Vakıflar Meclisi'nin de içinde yer aldığı "Vakıflar Genel Müdürlüğü"nü, asli ve sürekli nitelik taşıyan kamu hizmetini genel idare esaslarına göre yürütmekle görevli kurumlar arasında saymıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinde, Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği, bu kapsama giren personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin de Yasa'yla düzenleneceği belirtilmiştir.

İptali istenen kuralla, yaptığı kamu hizmetini asli ve sürekli görev olarak genel idare esaslarına göre yürütmekle ödevli olan Vakıflar Meclisi'ne, kamu hizmetine ve idareye tamamen yabancı olanların, başka bir ifade ile memur ya da diğer kamu görevlisi niteliği taşımayanların atanması yapılmıştır.

Bu durum, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memur ya da diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gereğine işaret eden Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenle kuralın iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

DEĞİŞİK GEREKÇE

1- 20.2.2008 tarih ve 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun iptal istemine konu 6. maddesinin 2. fıkrasında "cemaat vakıflarının yöneticileri mensuplarınca kendi aralarından seçilir. Vakıf yöneticilerinin seçim usûl ve esasları yönetmelikle düzenlenir." denilmektedir. Dava dilekçesinde, bu düzenlemenin Lozan Andlaşması'nın azınlıklarla ilgili hükümlerine (mütekabiliyet esasına) ve Anayasa'nın 90. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

"Cemaat Vakıfları", Lozan Andlaşması'yla tanınan gayrimüslüm azınlıkların kurduğu vakıflar olup, bu Andlaşma ile tanınan haklardan istifade etmeleri itibariyle, Mahkememizce yapılacak Anayasal denetimde, bu Andlaşma'nın Türkiye Cumhuriyeti Anayasası karşısındaki durumu ile iptal istemine konu kuralın buna göre nasıl bir değerlendirmeye tâbi tutulacağının öncelikle ortaya konması gerekmektedir.

2- 24 Temmuz 1923 tarihinde imza altına alınan Lozan Sulh Muahedenamesi (Andlaşması) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce 23 Ağustos 1339 (1923) tarih ve 340, 341, 342, 343 sayılı Kanunlarla kabul edilmiş ve Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. (Düstur, 3. Tertip, Cilt: 5, s. 5) Lozan Barış Andlaşması'nın müzakereleri sırasında Akalliyetlerin (azınlıkların) himâyesi konusu büyük tartışmalara sebebiyet vermiş; kimlerin azınlık sayılacağı hususu alt komisyonda uzun süre tartışılmış ve sonunda "soy" ya da "dil" azınlıkları iddialarına itibar edilmeyerek "din" azınlıkları esas alınmak suretiyle andlaşmanın ilgili hükümleri düzenlenmiştir. Andlaşmanın 37-45. maddeleri "Akalliyetlerin Himayesine" (Azınlıkların Korunmasına) ayrılmıştır. Gayrimüslüm azınlıklarla ilgili 9 madde içerisinde şüphesiz en önemlisi ve çarpıcı olanı 37. maddedir.

Sözkonusu 37. maddenin Resmî Gazete'de yayımlanan orijinal metni şöyledir:

"Madde 37: Türkiye, 38'den 44'e kadar olan maddelerde musarrah ahkâmın **kavanini asliye şeklinde tanınmasını** ve hiçbir kanun, hiçbir nizam ve hiçbir muamelei resmiyenin bu ahkâma münefi veya muarız olmamasını ve hiçbir kanun, hiçbir nizam ve hiçbir muamelei resmiyenin ahkâmı mezkureye ihrazı tefevvuk etmemesini **taahhüt eder**." "**(Türkiye,** 38 inci maddeden 44 üncü maddeye kadar olan maddelerin

kapsadığı hükümlerin **temel yasalar olarak tanınmasını** ve hiçbir kanunun, hiçbir yönetmeliğin (tüzüğün) ve hiçbir resmi işlemin **bu hükümlere aykırı ya da bunlarla çelişir olmamasını** ve hiçbir kanun, hiç bir yönetmelik (tüzük) ve hiçbir resmi işlemin **sözkonusu hükümlerden üstün sayılmamasını üstlenir**." (Lozan Barış Konferansı, Tutanaklar-Belgeler, Çeviren: Seha L.MERAY, Cilt 8, s. 10-13, YKY, 2. Baskı, İstanbul 2001)

Andlaşmanın bu maddesiyle, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Lozan Barış Andlaşması'nın gayrimüslüm azınlıklarla ilgili hükümlerine aykırı olarak iç hukukunda hiçbir yasal ve idari tasarrufta bulunmamayı taahhüt etmiş; bunun da ötesinde, Andlaşmanın bu konudaki hükümlerini **"temel yasalar"** olarak kabul ettiği yolunda bir irade beyanında bulunmuştur.

3- Anayasa'nın 90. maddesi "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlığını taşımakta olup, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını hükme bağlamıştır. Bu hüküm çerçevesinde yapılması gereken ilk tespit, kanımca, Lozan Barış Andlaşması'nın bu madde karşısındaki konumunun ne olduğudur. Diğer bir deyişle, Anayasa'nın kimi hükümleriyle Lozan Andlaşması'nın kimi hükümlerinin çatıştığı iddiası (ki somut davada durum böyledir) karşısında, Anayasa Mahkemesi 90. maddeyi uygulayarak, ortada temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir anlaşma da söz konusu olmadığından, Lozan Andlaşması yerine doğrudan Anayasa'nın ilgili hükümlerine mi üstünlük tanıyacaktır? Her şeyden önce hemen ifade etmek gerekir ki, Lozan Andlaşması'nın Anayasa'nın 90. maddesinde sözü edilen alelâde milletlerarası andlaşmalar kapsamında değerlendirilmesi kanımca mümkün değildir. Lozan, yıkılan bir devletin (Osmanlı Devleti) yerine kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin milletlerarası platformda tanınması ve onun hukuki profilinin çizilmesini öngören "kurucu" bir Andlaşmadır. Bu mahiyeti itibariyle de kurulmuş bir devletin daha sonra yapacağı milletlerarası andlaşmalarla aynı hukuki kategoriye konulması ve ona göre bir nitelendirme yapılması yanıltıcı olacaktır.

Bu bakımdan, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne milletlerarası camiada hayatiyet kazandıran, ona yeni bir kimlik veren

Lozan Andlaşması'nın, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasallık denetiminde 90. madde kapsamında olağan bir milletlerarası andlaşma olarak değil, doğrudan bir "ölçü norm" olarak dikkate alınması gerekir.

Anayasa'nın Başlangıcı'nda, Türkiye Cumhuriyeti'nin dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu belirtilmekte; 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu ifade edilmekte; 15. maddesinde, temel hak ve hürriyetler konusunda milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi ilkesi benimsenmekte; "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42 nci maddesinde, milletlerarası andlaşma hükümlerinin saklı olduğu belirtilmekte; "savaş hâli ilânı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme" başlıklı 92. maddesinde, "Milletlerarası hukukun meşru saydığı haller" ve "Milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller" ilkelerine yer verilmektedir. İşaret edilen bu Anayasa düzenlemeleri gözetildiğinde de Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne milletlerarası camiada hayatiyet kazandıran ve ona bir kimlik tanıyan Lozan Andlaşması'nın hükümlerinin Anayasal denetimde gözetilmemesi düşünülemez. Türkiye Cumhuriyeti, Lozan'da imzaladığı ve Meclisinden geçirerek onayladığı bu Andlaşma hükümleriyle bağlıdır ve milletlerarası hukuka egemen olan evrensel kurallar uyarınca da, bu Andlaşma hükümlerine aykırı herhangi bir yasal düzenleme (Anayasa değişikliği dahil) yapmamak durumundadır. Nitekim, Andlaşma'nın yukarıda işaret edilen 37. maddesi ile de bu konuda çok açık bir taahhütte bulunulmuştur.

4- Bu açıklama ve saptama ışığında çözümü gereken ikinci sorun, iptale konu yasal düzenlemenin Lozan Andlaşması'nın ilgili hükümlerine aykırı olup olmadığının saptanmasıdır. Bu yönde yapılacak incelemede iptali istenen kural Andlaşma'nın ilgili hükümlerine aykırı görülürse; bir hukuk devletinde Devletin kendisine milletlerarası camiada hayatiyet kazandıran Uluslararası Andlaşmada taahhüt ettiği yükümlülüklere aykırı davranması, bu yükümlülükleri ortadan kaldırıcı ya da daraltıcı yasal düzenleme yapması (Anayasa değişikliği dahil) düşünülemeyeceğinden, hukuk devleti ilkesi ihlâl edilmiş olacak ve kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşeceğinden iptal edilecektir. Aksi halin saptanması durumunda ise Anayasa'ya aykırılık iddiası reddedilecektir.

Bu yönde yapılan incelemede; gayrimüslüm azınlıkların statüsü ve haklarını düzenleyen Lozan Andlaşması'nın 1. Kısım 3. Faslındaki 42. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün irdelenmesi gerekmektedir. Anılan fıkra şu şekildedir:

"Türkiye Hükümeti mezkûr akalliyetlere ait kiliselere, havralara, mezarlıklara ve sair müessesatı diniyeye her türlü himayeyi bahşeylemeyi taahhüt eder. Aynı akalliyetlerin hali hazırda Türkiye'de mevcut olan evkafına ve müessesatı diniye ve hayriyelerine her türlü teshilat ve müsaadat ita olunacak ve Türkiye Hükümeti yeni müessesatı diniye ve Hayriye ihdası için bu kabil sair müessesatı hususiyeye temin edilmiş olan teshilatı lâzımeden hiç birini dahil etmiyecektir." (Türk Hükümeti, söz konusu azınlıklara ait kiliselere, havralara, mezarlıklara, ve öteki din kurumlarına her türlü korumayı sağlamayı yükümlenir. Bu azınlıkların Türkiye'deki Vakıflarına, din ve hayır işleri kurumlarına her türlü kolaylıklar ve izinler sağlanacak ve Türk Hükümeti, yeniden din ve hayır kurumları kurulması için, bu nitelikteki öteki özel kurumlarına sağlanmış gerekli kolaylıklardan hiç birini esirgemeyecektir. -Seha L. Meray, age., s.12)

İptal istemine konu kuralın incelenmesinde, "cemaat vakıflarının yöneticilerinin mensuplarınca kendi aralarından seçilmesi" biçimindeki düzenlemenin yeni bir hukuksal durum yaratmadığı, bu vakıfların esas itibariyle kendi mensupları arasından seçilen yöneticilerce yönetilmesi ilkesinin Cumhuriyet dönemi boyunca benimsendiği (1938-1949 yılları hariç), dolayısıyla kuralın zaten var olan bir düzenlemenin tekrarı niteliğinde bulunduğu açıkça görülmektedir. Bu bakımdan, özellikle 31.5.1949 tarih ve 5404 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemeden itibaren altmış yıldır devamedegelen bir ilkenin tekrarı mahiyetindeki kuralın, Lozan Andlaşması'nın 42. maddesine aykırı herhangi bir yönünün bulunmadığı görülmektedir.

5- Konunun diğer bir cephesi, yapılan düzenlemenin Lozan Andlaşması'nın 45. maddesine aykırı düşüp düşmediğidir. Anılan Andlaşma'nın 45. maddesi şöyledir:

"İş bu fasıl ahkâmı ile Türkiye'nin gayrimüslüm akallliyetleri hakkında tanınan hukuk, Yunanistan tarafından dahi kendi arazisinde bulunan Müslüman akalliyet hakkında tanınmıştır." (Bu Kısımdaki hükümlerle, Türkiye'nin Müslüman olmayan azınlıklarına tanınmış olan

haklar, Yunanistan'ca da, kendi ülkesinde bulunan Müslüman azınlığa tanınmıştır. – Seha L. MERAY, age., s. 13)

"Cemaat Vakıfları", Lozan Andlaşması'nın ilgili hükümleri uyarınca "gayrimüslüm azınlık" vakıfları olarak nitelendirilseler dahi, bu tüzel kişiliklerin "yabancı" değil, Türkiye Cumhuriyeti'nin bizatihi "öz" kurumları olduğu izahtan varestedir. Milletlerarası hukukta kabul gören "mütekabiliyet" (karşılıklılık) ilkesi ise kural olarak "yabancılık" unsuru olan haller için sözkonusudur. Mütekabiliyet esası, bir Devlet ile o devletin vatandaşları arasında bir hak tanıma şeklindeki ilişkiye uygulanamaz. Gayrimüslüm azınlıklar da Türk vatandaşı olduklarından, bunlara yasalarla tanınan hakların mütekabiliyet esasına bağlanması mümkün değildir. Kaldı ki, Lozan Andlaşması'nın 45. maddesinin gayrimüslüm Türk azınlıklar bakımından ancak mütekabiliyet şartına bağlandığı tespiti doğru olmadığı gibi; Rum kökenli azınlıklar dışında (Ermeni, Yahudi vb.) diğer azınlıklar konusunda hangi ülke mütekabiliyete esas alınacaktır? Sonuç olarak hangi alt kökenden olursa olsun, gayrimüslüm tüm azınlıklar Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olduklarından, bunlar hakkında Lozan Andlaşması'nın 37-45. maddeleri ile tanınan statü ve haklar herhangi bir şarta (mütekabiliyete) bağlı değildir ve iptal istemine konu kuralın bu bakımdan da Lozan Andlaşması'na aykırılığından söz edilemez.

6- Yukarıda açıklanan nedenlerle, iptal istemine konu kuralın Lozan Andlaşması'nın ilgili hükümlerine ve Anayasa'ya aykırı herhangi bir yönü bulunmadığından iptal isteminin reddi gerekir.

Karara bu değişik gerekçeyle katılıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

AZLIK OYU

I- Anayasa'nın 125., 140., 155. ve 157. maddelerin birlikte değerlendirilmesinden, idarelerin yönetsel işlemlerine karşı açılacak davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiği anlaşılmakta, bunda duraksama bulunmamaktadır.

5737 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin son tümcesinde ise idari para cezalarına karşı yapılacak kanun yolu başvurularına ilişkin 5326 sayılı Kabahatler Kanununa yollama yapılmaktadır. Anılan Kabahatler Kanunu bu konularda kural olarak adli yargı yerlerinin görevli kılmaktadır.

Oysa, Kabahatler Yasasıyla ilgili azlık oyunda da vurgulandığı gibi idari para cezası, gerek kamu gücü kullanımı ve gerekse yönetsel uğraş alanına giren kamusal özelliği bakımından idari yargı yerlerinde görülmesi gereken idari işlem niteliğindedir. İdari cezanın öncesinde Genel Müdürlükçe yapılan bildirim bulunmakta ve idari cezaya etken olan bu konular idari faaliyet ve kamu kurumunun gözetimi ile yönlendirmesini göstermekte, idari işlemlerin varlığında duraksamaya yer bırakmamaktadır. Ayrıca aktarıldığı gibi ilgili Yasa uyarınca beyanname, bilgi ve belge isteminin yerine getirilmemesinden sonra idari ceza ortaya çıktığından, sözü edilen istem ve sonrasındaki para cezası işlemlerini birbirine bağlamaktadır. Bu da ilgili yasal düzenlemeler ve yargısal kararlar uyarınca her iki işleminde idari yargıda görülmesi gereğini Anayasal bir vazgeçilmezlik haline dönüştürülmektedir.

Bu nedenlerle, Anayasal ilkelere karşın idari yargı denetimi dışına çıkılmasına olanak veren dava konusu 11. maddenin son tümcenin iptali gerekmektedir.

II- Vakıflar Meclisi, Genel Müdürlüğünün en üst seviyedeki Karar organı olup, Vakıflar Genel Müdürlüğünün kamu kurumu olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği kurala bağlanmıştır.

Bu bağlamda, en üst düzeyde karar organı olan Vakıflar Meclisi 5737 sayılı Yasa'nın ilgili maddelerinde öngörüldüğü gibi kamu gücünü kullanarak idari uğraş alanından kopmayan kamu hizmetini yürütmektedir. Değinilen görevlerin genel idare esaslarına göre kamu gücüyle yürütülen, asli ve sürekli görevler olduğunda kuşku yoktur. Buna göre, anılan görevleri üstlenen bir yönetsel kurulda görev yapacakların memur ve kamu görevlisi olması gerektiği anayasal buyruktur. Bu gerekliliğe karşın Mecliste kamu görevlisi olmayan kişilerin de görev yapmasına olanak tanıyan dava konusu Yasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 128. maddesine aykırılığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle 5737 sayılı Yasa'nın 11. maddesinin son tümcesi ile 41. maddesinin ikinci fıkrasının iptali gerektiği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2005/86

Karar Sayısı : 2010/111

Karar Günü : 8.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Mersin 4. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un, 110. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"Kadın veya…"* ibaresinin, Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Hükümlünün aldığı hapis cezasının infazına itiraz istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Hükümlü Ayhan Abaş'a, şartlı tehdit suçundan dolayı İstanbul 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 18/02/2004 tarih ve 2002/1244-254 sayılı ilamı ile verilen 6 ay hapis cezası Mersin Kapalı Cezaevinde infaz edilmektedir.

Adı geçen hükümlü 24/06/2005 havale tarihli dilekçesi ile, bu işlerle ilgili nöbetçi olan mahkememize başvurarak 5275 sayılı İnfaz Kanununun 110. maddesindeki haklardan yararlanmak istediğini beyan etmiştir.

5275 sayılı Kanunun 110. maddesi şu şekildedir: "MADDE 110.- (1) Hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme altı ay veya daha az süreli hapis cezasının;

a) Her hafta cuma günleri saat 19.00'da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları,

b) Her gün saat 19.00'da girmek ve ertesi gün saat 07.00'de çıkmak suretiyle geceleri, Ceza infaz kurumlarında çektirilmesine karar verebilir.

(2) Kadın veya altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkûm oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir.

(3) Yetmişbeş yaşını bitirmiş olup da üç yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûm olanları bu cezalarının ceza infaz kurumlarında çektirilmesi sağlık durumları itibarıyla elverişli olmadığı, tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanelerince verilecek raporla tespit edilenler hakkında cezanın konutlarında çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir. Ancak, mahkûmiyete konu suç nedeniyle herhangi bir zarar doğmuşsa, bu zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı da ayrıca aranır. Bunlar hakkında beşinci fıkra hükümleri uygulanmaz.

(4) Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi kararı, infaza başlandıktan sonra da verilebilir.

(5) Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

(6) Bu infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde, cezanın baştan itibaren infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

(7) Bu madde hükümlerine göre verilen kararlara itiraz yolu açıktır"

İnfaz dosyası incelenmiş; hükümlünün 6 aylık hapis cezasının infazına 05/05/2005 tarihinde, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun hükümlerine göre başlandığı ve bu kanun hükümlerine göre düzenlenen müddetnameden hükümlünün bihakkın (hak ederek) tahliye tarihinin 06/11/2005, 647 sayılı Kanuna göre şartla tahliye tarihinin 05/08/2005 ve 2148 sayılı Kanundan faydalandırılarak tahliye tarihinin 18/07/2005 olduğu anlaşılmıştır.

Lehe olan hükümlerin uygulanması ile ilgili 5252 sayılı Kanunun 9. maddesine göre ; "(1) 1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü, 1 Haziran 2005 tarihinden önce verilip de Yargıtay tarafından lehe olan hükümlerin uygulanması hususunda değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozularak mahkemesine gönderilen hükümler hakkında da uygulanır.

(3) Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

Hükümlü Ayhan Abaş 27/06/2005 tarihi itibariyle cezaevinde 54 gün yatmıştır. İnfaza 647 sayılı Kanun hükümlerine göre devam edildiğinde 21 gün daha yatarak 18/07/2005 tarihinde şartla tahliyeye hak kazanacak ve cezaevinde geçirmiş olduğu toplam süre 75 gün olacaktır.

5275 sayılı Kanunun 110/1- "a) Her hafta Cuma günleri saat 19.00'da girmek ve Pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları" şeklindeki maddesinin tatbikine karar verilse, aynı maddenin 5. fıkrasına göre cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamayacağından; 27/06/2005 tarihinden bihakkın tahliye tarihi olan 06/11/2005 tarihine kadar 28 tane Cumartesi-Pazar günü olduğu için 28 gün daha yatması gerekecek ve cezaevinde geçirmiş olduğu toplam süre 54+28=82 gün olacaktır.

5275 sayılı Kanunun 110/1- "b) Her gün saat 19.00'da girmek ve ertesi gün saat 07.00'de çıkmak suretiyle geceleri" şeklindeki maddesinin tatbikine karar verilse, yine cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmayacağından; 27/06/2005 tarihinden bihakkın tahliye tarihi olan 06/11/2005 tarihine kadar 132 gün ve bir gün yirmidört saat hesabıyla onikişer saatten 132/2= 66 olduğu için cezaevinde geçirmiş olduğu toplam süre 54+66=120 gün olacaktır.

Hükümlü hakkında diğer bir özel infaz usulü olan aynı Yasanın 110. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen "altı ay ve daha az süreli hapis cezasının konutta çektirilmesine" karar verilmesi düşünülmüş ancak bu

hakkın sadece kadınlar veya altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülere tanınmış olduğu görülmüştür.

2- 5275 sayılı Kanunun "İnfazda temel ilke" başlıklı 2. maddesinin (1). fıkrasına göre "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefi inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır"

3- Anayasamızın 10. maddesinde; herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Eşitlik ilkesi ile, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanması veya aynı kurallar uygulanarak farklı sonuçlar elde edilmesi yasaklanmıştır. İptali talep edilen yasa hükmü ile suç tipi ve hukuki durumları aynı olan kişiler hakkında sadece cinsiyet yönünden, farklı infaz usulü öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş kararlarına göre yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi; birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını veya uygulanan aynı kurallar sonucu farklı sonuçlar yaratılmasını yasaklar.

İptali istenen kuralla, hukuki eylem ve durumları aynı olan kişiler farklı statüye tabi tutulmaktadır. Burada eşitlik ilkesine aykırı bir uygulama ve dolayısıyla Anayasanın 10. maddesine aykırılık bulunduğu düşünülmüştür.

4- Anayasamızın 11. maddesinde yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı, iptali istenen ibarenin bir yasa hükmü olarak Anayasanın ruhuna da aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

SONUÇ: 13/12/2004 tarihinde kabul edilerek Resmi Gazetede yayımlanan ve 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu 110. maddesinin 2. fıkrasındaki "Kadın veya…" ibaresinin;

a) Kanun önünde eşitliğe dair 10. maddesine,

b) Kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını belirtir 11/2. maddesine,

c) Anayasamızın ruhunda bulunduğu kabul edilmesi gerekli olan hukukun genel prensipleri ve adalet duygusuna aykırı olduğu düşünüldüğünden İPTALİ için Anayasanın 152. maddesi uyarınca keyfiyetin Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu bölümü de içeren 110. maddesi şöyledir:

"(1) Hükmü veren mahkeme veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkeme, altı ay veya daha az süreli hapis cezasının;

a) Her hafta cuma günleri saat 19.00'da girmek ve pazar günleri aynı saatte çıkmak suretiyle hafta sonları,

b) Her gün saat 19.00'da girmek ve ertesi gün saat 07.00'de çıkmak suretiyle geceleri,

Ceza infaz kurumlarında çektirilmesine karar verebilir.

(2) **Kadın veya** altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkûm oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine karar verilebilir.

(3) Yetmişbeş yaşını bitirmiş olup da üç yıl ve daha az süreli hapis cezasına mahkûm olanların, bu cezalarının ceza infaz kurumlarında çektirilmesi sağlık durumları itibarıyla elverişli olmadığı, tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanelerince verilecek raporla tespit edilenler hakkında cezanın konutlarında çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir. Ancak, mahkûmiyete konu suç nedeniyle herhangi bir zarar doğmuşsa, bu zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartı da ayrıca aranır. Bunlar hakkında beşinci fıkra hükümleri uygulanmaz.

(4) Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesi kararı, infaza başlandıktan sonra da verilebilir.

(5) Cezanın özel infaz usulüne göre çektirilmesine karar verilenler hakkında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz.

(6) Bu infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde, cezanın baştan itibaren infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

(7) Bu madde hükümlerine göre verilen kararlara itiraz yolu açıktır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine dayanmıştır.

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 19.9.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün "2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi uyarınca uygulanacak yasa kuralının, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kurallar olarak değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı karşısında; itiraz konusu 5275 sayılı Yasa'nın 110. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan 'Kadın veya…' ibaresinin iptali halinde dahi, söz konusu sözcüklerin dışındaki madde-fıkranın belirtilen kıstaslar yönünden davada uygulanabilir mahiyetinin bulunmayışı dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın davada uygulanabilirliğinden söz edilemeyeceği, bu nedenle başvurunun, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerektiği" yolundaki karşı oyları ve oyçokluğuyla, karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, altı ay ve daha az süreli hapis cezasının konutta çektirilmesine karar verilebilmesi için yaş koşulunun yalnızca erkek hükümlüler için aranmasına, kadın hükümlüler için bu koşulun aranmamasına ilişkin itiraz konusu kuralın, hukukî eylem ve durumları aynı olan kişileri cinsiyet farklılığı nedeniyle ayrı statüye tâbi tutmak suretiyle Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere bağlı kalmak zorunda olmadığından itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 38. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 110. maddesi, belirli süreleri aşmayan hapis cezalarına ilişkin hükümlerin, mahkeme tarafından ceza infaz kurumlarında ve konutta çektirilme şekline ilişkin özel infaz usullerini belirlemektedir. Maddede, hapis cezalarının mahkeme tarafından konutta çektirilmesine karar verilebilmesi için hükümlülerin, cinsiyet, yaş ve mahkûm oldukları yıla göre ayırımlar yapılmak suretiyle gerekli olan şartlar belirlenmiştir. Bu şartlar, maddenin itiraz konusu kuralı da içeren ikinci fıkrasında, hükümlünün kadın olması, hükümlü erkek ise altmışbeş yaşını bitirmiş olması ile hükümlünün altı ay veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olması şeklinde öngörülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, hapis cezasının konutta çektirilmesine karar verilebilmesi için hükümlünün kadın olması ve altı ay veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm olması koşullarının varlığı yeterli olup, maddede erkek mahkûmlar için öngörülen yaşa ilişkin koşul kadın mahkûmlar için aranmamaktadır.

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 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin esaslar belirlenmiştir.

Yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği ve cezaların ne şekilde bireyselleştirilerek hangi yükümlülüklerin yerine getirileceğinin belirlenmesi gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu kuralda yasakoyucunun, toplumsal yarar gözetilerek cezaların infaz biçimine ilişkin, hükümlülerin, cinsiyet, yaş ve mahkûm oldukları yıla göre mahkeme tarafından farklı uygulamalar yapılmasına imkân tanıması, takdir yetkisi içinde bulunduğundan Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile suç ve cezalara ilişkin genel ilkelere aykırılık yoktur.

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

Konunun Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 110. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "Kadın veya ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın

REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

8.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

13.12.2004 günlü 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 110. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, "Kadın veya altmış beş yaşını bitirmiş hükümlülerin mahkûm oldukları altı ay veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine karar verilebilir." denilmiş, itiraz yoluna başvuran Mahkeme ise "Kadın veya" ibaresinin iptalini istemiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"; "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" denilmektedir. Böylece, eşitlik ilkesinin cinsiyete dayalı ayırımcılığa izin vermediği vurgulanırken, kadın, erkek eşitliğinin yaşama geçirilebilmesi için alınacak tedbirlerin başka bir anlatımla

kadınlar yönünden pozitif ayırımcılık sayılabilecek durumların eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı ifade edilmektedir.

Cinsiyete dayalı ayırımcılık yasağı, kadın ve erkeğin sahip oldukları haklar bakımından karşılaştırılmalarını gerektirmekte, bir cinsin sahip olduğu ayrıcalıktan diğerinin de aynı biçimde yararlanmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre, cinslerden birine tanınan ayrıcalığın diğerine de tanınması eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olmaktadır. Pozitif ayrımcılık ise kadınlara cinsiyet farklılığına karşın, erkeklerle aynı haklardan yararlanmayı talep etme hakkı vermekte, başka bir anlatımla haklardan yararlanma konusunda onları erkeklerle aynı konuma getirmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda, pozitif ayırımcılığın, kadınlar yönünden erkeklerle aynı haklardan yararlanmalarının sağlanmasına yönelik olduğu, onlar için bir imtiyaza dönüşmemesi gerektiği göz ardı edilerek, pozitif ayırımcılık gerekçesiyle erkeklerin kadınlarla eşit haklardan yararlanmalarının engellenmesi Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle kadın hükümlülere tanınan bir hakkın aralarında suç tipi ve hukuki durumları bakımından fark bulunmayan erkek hükümlülere de tanınmaması, cinsiyete dayalı ayırımcılık yarattığından itiraz konusu ibarenin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2010/17

Karar Sayısı : 2010/112

Karar Günü : 8.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Siyasi parti kapatma davalarına bakan mahkeme sıfatıyla Anayasa Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesinin Anayasa'nın 2., 67., 68. ve 69. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Demokratik Halk Partisi'nin kapatılması talebiyle açılan davaya (E.2003/1 SPK) bakan Anayasa Mahkemesi, 17.2.2010 günlü toplantıda, Parti yetkili organı tarafından alınmış olan kapanma kararını dikkate almak suretiyle, görülmekte olan davada uygulanma durumu olan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesinin iptali için başvuru kararı almıştır.

II- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın itiraz konusu 108. maddesi şöyledir:

"Bir siyasi partinin kapatılması için dava açıldıktan sonra o partinin yetkili organı tarafından verilen kapanma kararı, Anayasa Mahkemesinde açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi halinde doğacak hukuki sonuçlara hükmedilmesine engel değildir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İtiraz başvurusunda Anayasa'nın 2., 67., 68. ve 69. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Demokratik Halk Partisinin kapatılmasına ilişkin E.2003/1 sayılı dosya ile ilgili olarak Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla 17.2.2010 gününde yapılan toplantıda, bakılmakta olan davada uygulanacak olan 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesi, Anayasa'nın 68. ve 69. maddelerine aykırı görüldüğünden, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca esas hakkında bir karar verilmek üzere davanın geri bırakılmasına, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve oyçokluğuyla karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

İşin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kurallarıyla bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun itiraz konusu 108. maddesinde, bir siyasi partinin kapatılması için dava açıldıktan sonra o partinin yetkili organı tarafından alınan kapanma kararının, Anayasa Mahkemesinde açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi halinde doğacak hukuki sonuçlara hükmedilmesine engel olmayacağı öngörülmektedir.

Dağılma halinin tespiti dışında bir siyasi partinin hukuki varlığının sona ermesi, ancak yetkili organı tarafından alınan bir kapanma kararı veya hakkında açılan kapatma davası sonucunda Anayasa Mahkemesince verilen kapatma kararlarıyla gerçekleşir. 2820 sayılı Kanun'un 109. maddesine göre bir siyasi partinin kapanmasına ancak büyük kongrece gizli oyla karar verilebilir ve kapanma kararının alındığı tarihte siyasi partinin tüzelkişiliği sona erer. Siyasi partilerin kapatılması ise Anayasa'nın 69. maddesinin beşinci, altıncı ve onuncu fıkralarında

sayılan üç nedene dayalı olarak aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca açılacak dava üzerine karara bağlanır. İtiraz konusu kuralla, kapanma kararından önce açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesi ve kapatma kararı verilmesi halinde doğacak hukuki sonuçlara hükmedilmesi amaçlanmaktadır. Böylece, kapanma kararıyla birlikte tüzel kişiliğini zaten kaybetmiş olan siyasi partinin mallarının Hazine'ye geçirilmesine ve siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan kurucuları dâhil üyelerinin beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacaklarına karar verilebilecektir.

Anayasa'nın siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin 67. maddesinde, vatandaşların kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Bir siyasi partide faaliyette bulunmaya ilişkin olarak 68. maddesinin birinci fıkrasında, *"Vatandaşlar, siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir"* denilmek suretiyle, bu hakkın pozitif ve negatif kullanımı açık bir biçimde vurgulanmaktadır. Siyasal hakların en önemlilerinden birini teşkil eden bu hakkın öncelikli ve etkin biçimde kullanımını sağlamak Demokratik hukuk devletinin başlıca gereklerindendir. Bu hakları kullanma olanağını olumsuz yönde etkileyen düzenlemeler doğal olarak hukuk devleti ilkesini de zedeler.

Siyasal çoğulculuğu ve katılımcılığı esas alan kurallar ve kurumlar düzeni olan çağdaş demokrasilerde, bireysel iradeleri birleştirip yönlendirerek onlara ağırlık kazandıracak özgün kuruluşlara duyulan gereksinim, dağınık siyasal görüşleri birleştirmek suretiyle halk iradesini oluşturan ve açığa çıkaran siyasal partiler vasıtasıyla karşılanmaktadır. Bu anlamda siyasi partiler, belli siyasal düşünceler çevresinde birleşen yurttaşların özgürce kurdukları ve özgürce katılıp ayrıldıkları hukuksal yapılardır. Bireysel olarak ya da siyasi parti kurmak suretiyle veya kurulmuş bir siyasi parti çatısı altında siyasi faaliyet bu hakkın kullanımının pozitif yönünü; bireysel olarak siyasi parti üyeliğinden çıkmak veya toplu bir irade açıklaması niteliğindeki büyük kongre kararıyla siyasi parti tüzel kişiliğini sona erdirmek ise negatif yönünü teşkil etmektedir. Anayasa'nın 67. ve 68. maddelerinde de bu haklar güvence altına alınmıştır.

Siyasi partiler demokratik rejimin vazgeçilmez unsuru sayılmaları nedeniyle Anayasa'da özel olarak düzenlenmiş ve böylece diğer tüzelkişilerden farklı olarak kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin esaslar Anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Kapatılmalarına yol açabilecek nedenler de, süreç içerisinde Anayasa ve 2820 sayılı Yasa'da yapılan değişikliklerle oldukça azaltılmış ve kapatma yerine dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi olanaklı hale getirilmiştir. Aynı şekilde, kapatmaya bağlı olarak uygulanan yaptırımlar da sayı ve nitelik itibariyle sınırlandırmaya tabi tutulmuş; milletvekilliğinin sona ermesi, kapatılan bir siyasi partinin kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte partinin üyesi olan tüm milletvekilleri için geçerli iken, yapılan değişiklikle, önce partisinin temelli kapatılmasına söz ve eylemleriyle sebep olan milletvekilleriyle sınırlandırılmış, 12.9.2010 günlü, 5982 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliğiyle de tamamen kaldırılmıştır. Kapatma kararına bağlı olarak parti üyeleri hakkında uygulanabilecek olan beş yıllık siyaset yasağı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, vatandaşların seçilme hakkının özü itibariyle ihlalini oluşturması nedeniyle ağır bir yaptırım olarak nitelendirilerek "güdülen meşru amaçla orantılı" olmadığından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Nolu Protokole aykırı bulunmuştur.

İtiraz konusu kuralla, hakkında kapatma davası açılan bir siyasi partinin büyük kongresi tarafından alınan kapanma kararının, bu davanın hukuki sonuçlarından kurtulma amacı taşıdığı kabul edilerek, esasen hukuki varlığı sona ermiş bulunan siyasi parti hakkındaki davanın devam ettirilmesi sağlanmaktadır. Kapanma kararının başka bir nedene dayanabileceğine ihtimal verilmediğinden, bu hususun davaya bakan mercii tarafından araştırılmasına da gerek görülmemekte ve parti yetkili organının kapanma yönündeki iradesini gözetmeyen itiraz konusu düzenlemeyle siyasi haklara ölçüsüz bir müdahale sonucunu doğurabilecek yolun açılmasına imkân tanınmaktadır.

Anayasa'nın siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin hükümleri, süreç içerisindeki uygulama da nazara alınarak değerlendirildiğinde, sınırlı sebeplere dayalı kapatma davasının amacının, demokrasi için ciddi bir tehlike oluşturan siyasi partinin son çare olarak kapatılması suretiyle bu tehlikenin bertaraf edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bir siyasi partinin kapanma kararı almasıyla da neden olduğu ileri sürülen tehlikenin

ortadan kalktığı açıktır. Parti mallarının Hazine'ye geçmesi veya siyaset yasağı gibi yaptırımların uygulanması ise kapatma kararına bağlı ve ikincil niteliktedir. Bir taraftan siyasi partinin bizzat tüzel kişiliğine yönelik kapatma nedenleri sınırlandırılıp, kapatma yerine alternatif çözümler getirilmek suretiyle siyasi partilere ve mensuplarına müdahale alanı daraltılırken diğer yandan, tüzel kişiliği kendi iradesiyle sona erdirilmiş siyasi parti ve üyeleri hakkında kapatmaya bağlı ve ikincil nitelikli yaptırımların uygulanabilmesini temin için davanın sürdürülmesi, siyasi partiler lehine yapılan yasal ve Anayasal düzenlemelerle bağdaşmamaktadır.

Hakkında kapatma davası açılan siyasi partinin savunması tüzel kişilik adına yapılmakta, söz ve eylemleri kapatılmaya delil olarak gösterilen partililerin bireysel savunmaları ise alınmamaktadır. Asıl sorumlu olan parti tüzel kişiliğinin hukuki ve fiilî varlığı sona erdirilmiş olsa bile, açılmış kapatma davasının sürdürülmesine imkân tanıyan itiraz konusu kuralla, Anayasa'da güvence altına alınmış siyasi haklara ikincil yaptırımlarla ölçüsüz bir müdahale sonucunu doğurabilecek yolun açılmış olması hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 67., 68. ve 69. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

V- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

8.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesinde, "Bir siyasi partinin kapatılması için dava açıldıktan sonra partinin yetkili organı tarafından verilen kapanma kararı, Anayasa Mahkemesinde açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi halinde doğacak hukuki sonuçlara engel değildir"; Madde'nin gerekçesinde de "Bir siyasi partinin kapatılması için dava açıldıktan sonra o partinin yetkili organı tarafından kapanma (infisah) kararı verilmesi yoluyla mallarını kaçırması ve bazı haklardan yoksun kalmasının önlenmesi mümkündür. Bu suretle kapanmış olan bir siyasi partinin Anayasa Mahkemesince yeniden kapatılmasına karar verilemeyeceğinden bu maddenin düzenlenmesine gerek görülmüş ve Anayasa Mahkemesinin davayı yürüterek kapatma sebebi sabit olduğu takdirde kapatılma sonuçlarının hükme bağlanmasına olanak sağlanmıştır." denilerek içeriği ve getiriliş amacı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 68. maddesinde, siyasi partilerin, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu vurgulanarak, siyasi yaşama büyük katkıları nedeniyle demokrasi içindeki öncelikli yerleri, Anayasa ile güvence altına alınmış ayrıca hak ve yükümlülükleri de yine Anayasa ile düzenlenerek sınırları belirlenmiş bu alan içinde faaliyetlerini, amaçlarına uygun biçimde sürdürebilmelerine olanak sağlanmıştır.

Siyasi Partilerin serbestçe kurulup, faaliyette, bulunamadığı bir rejim demokratik olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu husus da Anayasal dayanağa kavuşturularak 68. maddede siyasi partilerin önceden izin almadan kurulacakları ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürecekleri öngörülmüştür.

Demokratik siyasi yaşamın devamı için tartışmasız bir yere sahip olan siyasi partilere tanınan Anayasal güvenceler, kuşkusuz demokrasiye katkıda bulundukları onu güçlendirmek için çaba harcadıkları ölçüde anlam ve içerik kazanır. Bu nedenle siyasi partilerin demokratik rejimi tehlikeye düşürecek faaliyetlerde bulunmaları çağdaş demokrasilerde hoşgörü ile karşılanmamakta bu konuda çeşitli yaptırımlar uygulanmaktadır.

Siyasi partilerin hukuka aykırı davranışlarının önlenmesinin en etkili yolu, onların kapatılarak siyasi faaliyetlerine son verilmesidir. Demokrasilerin kendilerini yok etmek isteyen siyasi yapılanmalara karşı istisnai bir önlem olarak gördükleri kapatma yaptırımının, bu özelliği nedeniyle sınırlarının genişletilmemesi siyasi partiler yönünden, faaliyetlerini önemli ölçüde zorlaştıracak veya engelleyecek bir tehdide dönüşmemesi demokratik siyasi yaşamın devamı için zorunludur. Anayasa'da bu anlayışla düzenlenen kuralların yaşama geçirilmesi ise uygulanabilmelerinin yasalarla sağlanmasına bağlıdır.

Siyasi Partiler Yasası'nın 108. maddesinin, konuya ilişkin Anayasal düzenlemelerin doğal sonucu olarak, siyasi partilerin, serbestçe kurulabilmeleri gibi serbestçe de faaliyetlerine son verebilmeleri konusunda sahip oldukları hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Hiçbir hukuk düzeni hakkın kötüye kullanılmasına izin vermeyeceğinden, böyle durumlara hukuksal koruma sağlanması da kabul edilemez.

Bir siyasi partinin kapatılması için dava açıldıktan sonra o partinin yetkili organı tarafından kendi iradesi ile kapatılmasına karar

verilmesinin, açılan davanın kapatma ile sonuçlanması halinde doğacak hukuki sonuçlardan korunma amacına yönelik olduğu açıktır. 108. madde veya benzeri bir kuralın yasada yer almaması halinde hakkında kapatma davası bulunan Parti'nin hükmün açıklanmasından çok kısa bir süre önce kendini feshederek kapatılmanın hukuki sonuçlarını etkisiz kılmasına engel bulunmamaktadır. Bu durumda, kamu düzenini aynı ölçüde ihlâl eden ve söz konusu ihlâller nedeniyle cezalandırılmaları istemiyle haklarında dava açılan iki partiden biri kendisini feshederek ileride verilebilecek bir kapatma kararının Anayasa'nın 69. maddesinin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarında belirtilen bir başka ad altında kurulamama ve beş yıl süreyle bazı siyasi hakları kullanamama, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 107. maddesi uyarınca da malların hazineye devri gibi olumsuz sonuçlarından kendisini koruyabilecek diğeri ise aynı olanağa sahip olamayacaktır. Bu durumun, siyasi partiler arasında eşit, adil ve hakkaniyete uygun bir dengenin kurulmasını engelleyeceği açıktır.

Öte yandan, konuya ilişkin Anayasal düzenlemelerin doğal sonucu olan itiraz konusu kuralla siyasi partilerin, serbestçe kurulabilmeleri ve buna koşut olarak kendilerini feshedebilmeleri konusunda sahip oldukları hak, engellenmemekte sadece bu hakkın, hukuka aykırı eylemlerinin olası sonuçlarından korunmak amacıyla kullanılması önlenmektedir. Siyasi Partiler Yasası'nın 108. maddesinden, faaliyetlerini hukuka uygun olarak sürdüren değil, Anayasa ve yasalara aykırı davrandığı ileri sürülen siyasi partilerin etkileneceği kuşkusuzdur. Anayasa ile kurulan demokratik rejim ve onu korumak amacıyla getirilen yasalar karşısında, suç işlediği yolunda kuşku taşımayan bir siyasi parti için 108. maddenin, serbest iradeyi engelleyici bir nitelik taşıdığı ileri sürülemez. Ayrıca, Anayasa'da kapatma yaptırımı varlığını koruduğu sürece siyasi partiler lehine yapılan değişiklikler, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığını güçlendirecek bir unsur olarak kabul edilemez. Başka bir anlatımla, kapatılma yaptırımının uygulanması zorlaştırılarak, özgürlük alanı büyük ölçüde genişletildiği halde, siyasi partiler bu yaptırımın uygulanmasını gerektirecek hukuk ihlâllerinde ısrar ediyorlarsa, Anayasal düzenin korunması için kapatma yaptırımını etkisiz kılabilecek girişimlerin daha güçlü biçimde önlenmesi gerektiğinde duraksamaya yer yoktur. Dayanağını Anayasa'da öngörülen kapatma yaptırımından alan bir kuralın, Anayasa'ya aykırılığı söz konusu olamaz.

Açıklanan nedenlerle Kural'ın, Anayasa'nın 2., 67., 68. ve 69. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varıldığından itirazın reddi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN

Üye	Üye
Fettah OTO	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2007/24

Karar Sayısı : 2010/113

Karar Günü : 16.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 7. İdare Mahkemesi (E:2007/24, E:2007/25)

İTİRAZLARIN KONUSU: 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 4'ün üçüncü fıkrasının,

2- 2. maddesiyle 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 6'nın,

Anayasa'nın 5., 10., 11., 13. ve 18. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Tabip olan davacıların Devlet hizmeti yükümlülüğü kurasına tabi tutulmalarına ilişkin işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

Başvuru kararlarının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasanın çalışma hürriyeti ve kişilerin öğrenim ve mesleklerini seçme hakları ve temel insan hakları çerçevesinde, kişilerin tercih ederek mezun oldukları Yüksek öğretim kurumunun, salt mezun olunması nedeniyle sağladığı, "serbest meslek statüsünün" (doktor diş hekimi,

veteriner, eczacı, mühendis, kimyager vb) engellenmesi mümkün değildir. İlgililer mezun oldukları okulun kendileri için sağladığı mesleki unvan (örneğin makina mühendisi) nedeniyle serbest veya kamuda çalışmak isteyebilirler. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmak isteyenlerin, ilgili kurum mevzuatı ile belirlenen objektif ölçütler ve mevzuatla getirilen koşulları taşımaları, özel ve serbest olarak mesleklerini icra etmek isteyenlerin ise, meslek odalarınca belirlenen (staj vb) koşulları yerine getirmeleri esastır. Bazı meslek gruplarında ise özel büro, ofis vb. işyerlerinin açılması için mezuniyet ile alınan görev unvanı yeterli olmaktadır.

Zorunlu hizmet ise, sadece burslu veya zorunlu hizmet yükümlülüğü altında öğrenim, doktora vb. çalışma yapanlara uygulanabilecek bir durum olmakla birlikte, ülkenin temel gereksinimleri ve devletin ana işlevlerini (Eğitim, sağlık, asayiş gibi) dengeli ve coğrafî bölgeler açısından eşit yürütebilmesi için, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmak (olayda doktor olarak atanmak) üzere başvuranlara, gereksinim olan bölgeler için, mecburi hizmet yükümlülüğü getirilerek, kura çektirilmesi yolunda, yasal düzenleme yapılması, hususu da kabul edilebilir. Zira, bu şekilde, Tıp Fakültesini bitirerek, kamu kurumlarına doktor olarak atanmak için başvuran kişinin, sadece görev yeri kura ile saptanmaktadır. Ancak, Kamu kurum ve kuruluşlarında, çalışma yolunda başvurusu bulunmayan bir tıp fakültesi mezununun, serbest ve özel olarak (yurt içi veya yurt dışında) çalışma veya hiç çalışmayarak sadece Tıpta Uzmanlık, doktora vb. bir sınava hazırlanmayı tercih etme hakkının, Yasa ile dahi ortadan kaldırılması ve talep olmadan zorunlu hizmet kurasına tabi tutulması, Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddesindeki zorla çalıştırma yasağına, açıkça aykırıdır.

Dava, Kadir Has Üniversitesi Tıp Fakültesi mezunu olan davacının, zorunlu Devlet Hizmeti yükümlülüğü için 30.9.2005 tarihinde kuraya tabi tutulması işleminin iptali ile 5371 sayılı Kanunla Çeşitli Kanunlara eklenen Ek Madde 3, 4, 5, 6 ve Geçici 6. maddenin Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Anayasanın 5. maddesinde; "... kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak insanın maddi

ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde; "Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir devlet olduğu, 10 uncu maddesinde, "...herkesin... ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu", 18 inci maddesinde "zorla çalıştırmanın yasak olduğu, ancak ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğinde beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı, belirtilmektedir.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda "Sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde Sağlık Bakanlığı'nca, diğer ilgili Bakanlıkların da görüşü alınarak planlanır, koordine edilir, mali yönden desteklenir ve geliştirilir... Bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esastır... Sağlık Bakanlığı sağlık ve yardımcı sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlaması yapar, ülke ihtiyacına uygun nitelikli sağlık personeli yetiştirilmesi amacıyla hizmet öncesi eğitim programları için Yükseköğretim Kurulu ile koordinasyon sağlar..." hükümlerine yer verilerek sağlık hizmetlerinin temel esasları belirlenmiştir.

5.7.2005 tarih ve 25866 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5371 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanununa eklenen, Ek 3 üncü maddede "İlgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından hazırlanan ilçelerin Sosyo-Ekonomik Gelişmişlik sıralamasında yer alan; ... sözleşmeli sağlık personeli olarak Devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler" hükmü, aynı Kanuna eklenen ek 4 üncü maddede "Tıp fakülteleri dekanlıkları ve eğitim hastaneleri baştabiplikleri, mezun olan veya uzman tabiplerin isim ve adreslerini on beş gün içinde Sağlık Bakanlığına bildirmekle yükümlüdürler... Eş durumu ve sağlık mazereti nedeniyle yapılacak atamalar hariç personelin görev yerleri, tercih hakkı verilmek sureti ile kurayla belirlenir… Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personel, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemezler" hükmü, aynı Kanunun 2 nci maddesiyle anılan Kanuna eklenen Geçici 6 ncı maddesinde ise "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte tıp

fakültelerinde öğrenim görenler ile tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi yapmakta olanlar bu Kanunun Ek 3 üncü maddesi hükümlerine göre Devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler" hükmü, yer almaktadır.

Yukarıda açık hükmüne yer verilen yasal düzenleme ve 5371 sayılı Yasanın Devlet Hizmeti yükümlülüğünün getirilmesine ilişkin gerekçesi incelendiğinde, tıp fakültesi mezunlarından, kamu kurum ve kuruluşlarında doktor olarak atanma başvurusunda bulunulması halinde, başvuruların zorunlu hizmet kurasına tabi tutulması yolundaki yasal düzenlemenin, ülkenin doktor gereksinimi gözetildiğinde, devletin "pozitif ödev yükümlülüğü" kavramı içinde kabulü mümkündür. Ancak, tüm tıp fakültesi mezunlarının, dekanlık ve baştabipliklerden mezun olanların isimlerinin 15 gün içerisinde Sağlık Bakanlığına bildirilmesinin istenmesi ve maddenin "...Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personel bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemezler" yolundaki hükmü, Anayasanın 5, 10, 11 ve 18. maddelerine aykırıdır. Zira, maddenin anılan hükmü ile tıp fakültesinden mezun olanlara, zorunlu çalışma uygulaması getirilmek suretiyle Anayasanın 18. maddesinde yer alan, zorla çalıştırma yasağı ihlal edilmiş olmaktadır.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak, Yasa ile sınırlanabilir. Anayasanın zorla çalıştırma yasağına ilişkin hükmü ve temel insan hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hürriyetinin, Yasa ile sınırlanması sırasında da, kamusal gereklilikler ile temel insan hak ve özgürlükleri yönünden "ölçülülük" ilkesi gözetilerek düzenleme, yapılması esastır. Yasa ile mecburi hizmet yükümlülüğü getirilmesi kamusal gereklilik içinde değerlendirilebilirse de, zorunlu hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeden "... mesleklerini icra edemezler" yolundaki düzenleme amaca ulaşmak için ölçülülük ilkesinin ihlalini oluşturmaktadır. Anayasa Yargısı Kararlarında da, değinildiği üzere, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalarda, orantılılık ilkesi açısından, aracın kullanılması, amaca ulaşmak için elverişli olmalıdır. Ayrıca, aracın kullanılması, amaca ulaşmak için zorunlu olmalıdır. Yani yasa ile temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahale ile yaratılan durum dışında, amaca ulaşmak için başka bir yol bulunmaması gerekir. Olayda ise, zorunlu hizmet uygulaması orantılılık içerisinde kabul edilebilirse de, "mesleğini icra edememe" ve talebi olmayanları dahi zorla çalıştırma, biçimindeki, uygulama, sağlık hizmeti sunumunda son ve zorunlu, tek

seçenek olarak kalan bir uygulama olmayıp, Sağlık Bakanlığı tarafından tercih edilerek, tıp fakültesi mezunlarının temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden bir uygulamadır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 152. maddesinin birinci, 2949 sayılı Yasanın 28. maddesinin ikinci fıkraları uyarınca, bir davaya bakmakta olan Mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesi'ne itirazen başvurması olanağı sağlandığından, dava konusu işlemin tesisinde esas alınan 5371 sayılı Yasa ile Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek madde 3, 4, 5, 6 ve Geçici 6. maddenin Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile açılan davada, yukarıda belirtilen nedenlerle Ek 4. maddesinin 3. fıkrasının ve Geçici 6. maddenin Anayasaya aykırı olduğu ve bu nedenle Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, 1.12.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

İtiraz konusu kuralların yer aldığı 5371 sayılı Yasa ile 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 4 ile Geçici Madde 6 şöyledir:

"**EK MADDE 4-** Tıp fakülteleri dekanlıkları ve eğitim hastaneleri baştabiplikleri mezun olan veya uzmanlık ve yan dal uzmanlık öğrenimini tamamlayan tabip ve uzman tabiplerin isim ve adreslerini onbeş gün içinde Sağlık Bakanlığına bildirmekle yükümlüdürler. Diploma ve uzmanlık belgelerinin Sağlık Bakanlığınca tescil işlemlerini müteakip en geç iki ay içerisinde, Devlet hizmeti yükümlülüğü olan personel, atama yerleri ve atama işlemine ilişkin süreç internet sayfasında ilân edilir. Bu ilân tebligat yerine geçer.

Eş durumu ve sağlık mazereti nedeniyle yapılacak atamalar hariç personelin görev yerleri, tercih hakkı verilmek sureti ile kurayla belirlenir. Atama sonuçlarının internet sayfasında ilânını müteakip, gerekli hallerde belgelerini tamamlamak üzere ilgili personele yirmi gün süre verilir. Devlet hizmeti yükümlülük süresi, personelin atandığı yerde göreve katılması ile başlar. Belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içinde göreve başlamayanlar ile başladıktan sonra

ayrılanların görev yapmadıkları gün sayısı Devlet hizmeti yükümlülük süresine ilave edilir. Ancak ilave edilen süre, atama yerine göre belirlenen asıl süreden fazla olamaz.

Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personel, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemezler.

GEÇİCİ MADDE 6- Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte tıp fakültelerinde öğrenim görenler ile tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi yapmakta olanlar bu Kanunun ek 3 üncü maddesi hükümlerine göre Devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuruda Anayasa'nın 5., 10., 11., 13. ve 18. maddelerine dayanılmış, 48. ve 56. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

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 21.3.2007 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

2007/25 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2007/24 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2007/24 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 21.3.2007 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın çalışma hürriyeti ve kişilerin öğrenim ve mesleklerini seçme hakları ile temel insan hakları

çerçevesinde öğretim kurumlarından mezun olan kişilerin mesleklerini serbestçe icra etmelerinin engellenemeyeceği, ülkenin doktor gereksinimi gözetildiğinde tıp fakültesi mezunlarından kamu kurum ve kuruluşlarında çalışmak isteyenlerin zorunlu hizmet kurasına tabi tutulmasının Devletin "pozitif ödev yükümlülüğü" kapsamı içinde kabul edilebileceği, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışma yolunda bir başvurusu bulunmayan doktorların zorunlu hizmete tabi kılınmasının ise Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 4. maddesindeki zorla çalıştırma yasağına aykırı olduğu, temel hak ve özgürlüklerin yasa ile sınırlandırılmasında "ölçülülük ilkesi"nin gözetilmesinin zorunlu olduğu, zorunlu hizmet yükümlülüğü yerine getirilmeden tabiplerin mesleklerini icra edemeyeceklerini öngören düzenlemenin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu, mesleğini icra edememe ve talebi olmayanları dahi zorla çalıştırma biçimindeki uygulamanın sağlık hizmeti sunumunda son ve zorunlu tek seçenek olmadığı, Sağlık Bakanlığı tarafından tercih edilen bu uygulamanın tıp fakültesi mezunlarının temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği, bu nedenle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 5., 10., 11., 13. ve 18. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

A- 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 4'ün üçüncü fıkrasının incelenmesi

İtiraz konusu kuralla, Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personelin, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemeyecekleri öngörülmüştür.

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 48. ve 56. maddeleri yönünden de inceleme yapılmıştır.

Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesini sağlık hizmetleri alanında somutlaştıran Anayasa'nın 56. maddesinde de, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği ve Devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu, 18. maddesinde de hiç kimsenin zorla çalıştırılamayacağı ve angaryanın yasak olduğu, şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar ile olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetlerin, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının, zorla çalıştırma sayılmayacağı belirtilmiştir.

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

Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personelin, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemeyeceklerini öngören düzenlemenin Anayasa'nın 5., 13. ve 18. maddelerine aykırı olduğu savının Anayasa'nın konuya ilişkin yukarıda yer verilen diğer maddeleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasaya eklenen ek 3. maddeyle, tabip ve uzman tabip unvanını kazananlara Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin 13.3.2006 günlü, E:2006/21, K:2006/38 sayılı kararıyla "herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, Ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla tabiplerin Devlet hizmeti ile yükümlü kılındığı ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alındığında, ülke ihtiyaçlarının söz konusu Devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kıldığı…" kabul edilmiş ve tabipler ile uzman tabiplere her eğitimleri için getirilen vatandaşlık ödevi kapsamındaki Devlet hizmeti yükümlülüğünün tabiplerin çalışma özgürlüğünün ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırılması olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Tabipler ve uzman tabipler için öngörülen Devlet hizmeti yükümlülüğünün amacı gözetildiğinde, bu amaca ancak, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi ile ulaşılabileceği açıktır. Bu nedenle yasa koyucu tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayıcı önlemler alınması doğaldır. Tabip ve uzman tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlamadan mesleklerini icra edemeyecekleri yolunda getirilen itiraz konusu kural, bu kapsamda olup Devlet hizmeti yükümlülüğünün ülke çapında eksiksiz bir şekilde uygulanması amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu yönüyle, Anayasaya uygunluk denetiminde "ölçülülük ilkesi" bakımından gözetilen, bir yasa kuralıyla ulaşılmak istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmeye yönelik araç ilişkisi çerçevesinde, tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülüklerini tamamlamadan mesleklerini icra edemeyecekleri yolunda getirilen kuralın, bu kuralla ulaşılmak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan ya da orantısız olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 5., 13., 18., 48. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

B- 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 6'nın incelenmesi

İtiraz konusu kuralda, 5371 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte tıp fakültelerinde öğrenim görenler ile tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi yapmakta olanların bu Yasa'nın ek 3 üncü maddesi hükümlerine göre Devlet hizmeti yapmakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen ek 3. maddede, "ilgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar"ın, Devlet hizmeti yapmakla yükümlü oldukları genel olarak ifade edildikten sonra itiraz konusu kuralda "5371 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte tıp fakültelerinde öğrenim görenler ile tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi yapmakta olanlar"ın Devlet hizmeti yapmakla yükümlü oldukları özel olarak belirtilmiştir. Bu kişilerin Devlet hizmeti yükümlülüğü, belirtilen eğitim ve öğretim sonrasında tabip unvanını ya da uzman tabip unvanını kazanmalarına bağlı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 13.3.2006 günlü, E:2006/21, K:2006/38 sayılı kararında belirtilen ve tabip ve uzman tabipler için Devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kıldığı kabul edilen gerekçeler, 5371 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte tıp fakültelerinde öğrenim görenler ile tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi yapmakta olanlar yönünden de geçerli bulunmaktadır. Tabipler ve uzman tabipler için getirilen Devlet hizmeti yükümlülüğünün vatandaşlık ödevi niteliğinde olması ve sağlık hizmetleri alanında tabiplerin ve uzman tabiplerin hizmetlerine acilen ihtiyaç duyulması nedeniyle, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte tıp fakültelerinde öğrenim görenler ile tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi yapmakta olanların Devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmaları, Anayasa'ya aykırı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 5., 13., 18., 48. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

a- 1. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 4'ün üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- 2. maddesiyle, 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 6'nın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

16.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanun'una 5371 sayılı Yasa ile eklenen Ek Madde 3'de, tabip, uzman tabip ve yan dal uzman tabip eğitimlerini tamamlayanlar için, Madde'de belirtilen grupları oluşturan yerleşim yerlerinin özelliğine göre belirli süreyle devlet hizmeti yapma yükümlülüğü öngörülmüştür. Ek Madde 4'ün itiraz konusu son fıkrasında ise devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personelin, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemeyecekleri belirtilmiş, Ek Madde 6'da da bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte tıp fakültelerinde öğrenim görenler ile tıpta uzmanlık eğitimi yapmakta olanların, bu Kanunun ek 3 üncü maddesi hükümlerine göre Devlet hizmeti yapmakla yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 18. maddesinin ilk fıkrasında, hiç kimsenin zorla çalıştırılamayacağı, angaryanın yasak olduğu, ikinci fıkrasında da şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmaların; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetlerin; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının, zorla çalıştırma sayılmayacağı belirtilmiştir.

Madde'nin gerekçesinde de "Çalışma, iş görme kişinin serbest iradesiyle yüklendiği bir faaliyet, diğer bir deyimle serbest iradeyle üstlenilen bir yüktür. Bu yükün kişiye zorla kabul ettirilmesi, kendisinin, iradesi dışında bir faaliyette bulunmaya mecbur bırakılması hem kişi hürriyetiyle bağdaşmayan bir husustur; hem de bu duruma sokulan kişi için bir eziyet teşkil eder. Bu nedenledir ki maddenin birinci fıkrası zorla çalıştırmayı yasaklamaktadır. Bu fıkra ile aynı zamanda "Angarya yasağı" da getirilmiştir. "Angarya", kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır… Topluluğun hayatını yahut refahını tehlikeye sokan buhran veya doğal afet hallerinde kişilerden istenen hizmet veya normal vatandaşlık ödevi niteliğinde olup, bilhassa olağanüstü sıkıntılı durumlarda gerekli görülen iş yükümlülükleri de "Zorla çalıştırma" sayılmayacaktır" denilerek, angarya ile zorla çalıştırma arasındaki fark vurgulanmış, hangi durumların zorla çalıştırma sayılmayacağı da açıklanmıştır. Buna göre, "zorla çalıştırma", sayılmayacak haller, hükümlülük ve tutukluluk süreleri içinde, sosyal veya ekonomik buhran, doğal afet ya da olağanüstü sıkıntılı durumlarda başvurulabilecek geçici çalışma yükümlülükleri olup, bunların sürekli hale dönüştürülmesi olanaklı değildir.

İtiraz konusu kuralla getirilen devlet hizmeti yapma yükümlülüğü, olağanüstü koşullardan kaynaklanan ve bunlarla sınırlı geçici bir yükümlülük olmadığından Anayasa'nın 18. maddesi ile yasaklanan zorla çalıştırma niteliğindedir.

Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca, herkese dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğü tanınırken, 49. madde ile çalışma, herkesin hakkı ve ödevi olarak güvenceye kavuşturulmuş, Devlete de çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca, Anayasa'nın 56. maddesine göre, herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir; devlet, herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devletin, insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin, çalışma hak ve özgürlüğü arasında adil bir denge kurarak her iki kesimin de hak ve özgürlüklerini aynı derecede koruyamaması halinde, sosyal hukuk devletinin varlığından söz edilemeyeceği açıktır.

İnsan haklarına dayanan demokratik hukuk devletinde, kişilerin kamu veya özel sektörde çalışmak istedikleri alanları özgür iradeleriyle belirleyebilecekleri kuşkusuzdur. Bu bağlamda, kamuda çalışmayı seçen bir hekim, Anayasal çerçevede devlet hizmeti yükümlülüğü esasına göre düzenlenen bir statünün gereklerini yerine getirmek zorundadır. Ancak, özel sektörde çalışmak isteyen bir hekimin, devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmeden mesleğini icra etmesine izin verilmemesi, Anayasa'nın çalışma özgürlüğünü düzenleyen 48. maddesi ile bağdaşmaz.

Öte yandan, Ek 4. maddenin son fıkrasının iptali halinde devlet hizmeti yükümlülüğünün kesintisiz devamı için getirilen Ek 6. maddenin işlevi ve Anayasal dayanağı kalmayacağından aynı gerekçe ile bu maddenin de iptali gerekecektir.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2., 18. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılan itiraz konusu kuralların iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞI OY

Üye Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşı oylarında yazılı Ek Madde 4'ün üçüncü fıkrası ile ilgili gerekçelerine katılıyorum.

Üye
Fettah OTO

Esas Sayısı : 2007/37

Karar Sayısı : 2010/114

Karar Günü : 16.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Malatya İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 10., 12., 18., 123., 125. ve 176. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İlamlı takip konusu alacağın tahsili amacıyla, borçlu Belediyenin kamu hizmetinde fiilen kullanılan araçları ile bankadaki hesabına konulan haczin iptali için açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı vekili Ağılbaşı Belediyesine ait araçlara ve Darende Ziraat Bankasının 26785962-5001 nolu hesabına, Malatya 2. İcra Müdürlüğünün 2006/3817 Esas sayılı icra takip dosyasında verilen haciz kararının 5393 sayılı Belediye Yasası'nın 15/son maddesinde yer alan "Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile, belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez" hükmüne göre yasal olmadığından, verilen haciz kararının iptali dava edilmiştir.

Getirtilen Malatya 2. İcra Müdürlüğünün 2006/3817 Esas sayılı icra takip dosyasında Darende Asliye Hukuk Mahkemesinin 2004/69 Esas, 2006/24 karar sayı ile, işçi alacağının ilamlı takip konusu olduğu, davacı Ağılbaşı Belediyesine ait araçlara ve banka hesabına haciz konulduğu,

haczin iptali davasının yasal süresinde açıldığı, hacze konu edilen araçların davacı belediye adına trafiğe kayıtlı olduğu, haciz işlemlerinin İcra ve İflas yasasında öngörülen koşullara uygun yapıldığı görülmüştür.

Davacı Belediyenin haciz konusu edilen araçlarının Belediye Yasası'nın 15/Son maddesine göre kamu hizmetinde kullanıldıklarına ilişkin yazı dosyada mevcuttur.

KONUYA İLİŞKİN ANAYASAL İLKELER VE ANAYASAYA AYKIRILIK DEĞERLENDİRMESİ:

Anayasamızın başlangıç kısmının 6. paragrafında; Her Türk vatandaşının Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak, hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme hakkının olduğu açıklanmıştır.

Anayasa'nın başlangıç kısmının Anayasa metnine dahil olduğu kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 12. maddesine göre, Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Anayasa'nın 18. maddesinde; Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır. Angarya yasağı çalışma veya sağlanan hizmetin karşılığının mutlak surette ödenmesini gerektirir.

Anayasa'nın 123. maddesinde, İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve Kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri merkezden yönetim ve yerinde yönetim esaslarına dayanır.

Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

İcra takibine konu para borcu, davacı belediyenin yıllarca işçi olarak çalıştırdığı alacaklının iş akdini hukuka aykırı olarak feshinin saptandığı yargı kararından kaynaklanmıştır. Ülkemizde Belediyelerin karar organlarını oluşturan kişiler siyasi partilerce aday gösterilip seçilmektedir. 5393 sayılı Belediye Yasası'nın 15/son maddesinde yer alan Kamu Hizmeti kavramının tanımı yasalarda yapılmamıştır. Hukuk Fakültelerinde okutulan ders kitaplarında kamu hizmeti kavramı kısaca, tatmininde kamu yararı olan, toplumsal bir gereksinimi karşılayan bir

faaliyet olarak tanımlanmıştır. Devletin yerine getirdiği kamu hizmetlerinin pek çoğu özel hukuk tüzel kişileri veya gerçek kişilerce de yerine getirilmektedir. Böylece kamu hizmeti faaliyetleri kar amacı gütmeyen hizmet olmaktan çıkartılmış, kar amaçlı iktisadi hizmetlere dönüşmüştür. Kısacası, klasik kamu hizmeti yerine kar getiren ekonomik girişimler şeklinde yürütülen faaliyetler haline dönüşmüştür. Buna karşın yasalarda klasik kamu hizmeti kavramı ayrıcalıklı konumunu muhafaza etmeye devam etmektedir. Kamu hizmeti alan toplumun alacaklı birey karşısında ekonomik acze düştüğünden bahsedilemez. Anayasa'nın 119. maddesinde ağır ekonomik bunalım hallerinde temel hak ve özgürlüklerde kısıtlama yapılabileceği, vatandaşlar için ek ekonomik külfet getirilebileceği açıklanmıştır. Ancak bir beldede sağlanan kamu hizmetinin ekonomik yükünü sınırlı sayıdaki belediyeden alacaklı olan kişilerin üzerine fedakarlık olarak yüklenemez. Topluma sağlanan kamu hizmetlerinden kaynaklanan borçları alacaklı kişilerin ekonomik yıkımına sebep olacak şekilde ödenmemesini olanaklı kılan mevcut yasal düzenleme, Anayasamızın 2. maddesinde açıklanan devletin sosyal hukuk devleti olması, 10. maddesinde yer alan, yasa önünde eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Devletin yönetim organizasyonu bünyesindeki belediyelere gerekli mali kaynağı sağlayıp hukuksal disiplin ve planlama içerisinde denetim yapması gerekir. Aksi halde belediyelerin partizanca hukuksal sorun üreten, istediği borcu ödeyip istemediğini ödemeyen keyfi yönetim içerisine girebilecekleri dikkatlerden uzak tutulmamalıdır.

Hukuk Devleti, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, yönetilenlere hukuksal güvenceler sağlayan devlettir. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmış olması, idarenin tüm eylem ve işlemlerinde yasaya uygun davranması, idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetiminin yapılabilmesi, idarenin mali sorumluluğunu yerine getirmesi, hukuk devleti ilkesinin zorunlu gereklerindendir. Mahkeme kararı ile davacı belediyeden alacaklı olduğu kanıtlanmış vatandaşın borcunu fiilen tahsil olanağı kalmamıştır. Belediye tüm malvarlığı ve gelirleri hakkında kamu hizmetine tahsis kararı almıştır. Buna karşın ülkemizde belediye başkanlarının, belediyeye ait makam araçları ile görevli oldukları ilin dışına çıkabildikleri, araçları siyasi irade doğrultusunda veya keyfi kullandıkları, partizanca uygulamalar yaptıkları inkar edilemez. Hukukun bir tanım şekli de, hakkın çoğulu olarak bilinir. Hakkın, uygulamada yerine getirilmediği sürece kağıt

üzerinde soyut bir kavram olarak kalacağı, bu durumun vatandaşın Devlete olan güvenini sarsacağı da kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 2. Maddesi, Devletin sosyal hukuk devleti olması dolayısı ile gelirleriyle orantılı olarak giderlerine ve borçlarına da kaynak sağlama zorunluluğu olduğu, borçlu olma yönünden vatandaşın alacaklarının tahsilini imkansız kılacak şekilde yasal düzenlemeler yapamamasını gerektirir. Kamu idaresinin bir parçası olan belediyelerin günümüzde, alınan kamu yararı ve tahsis kararları nedeniyle borçlarını ödemede tamamen keyfi davrandıkları, bu konuda belediyelerin merkezi yönetimce gerektiği gibi denetlenmediği, alacaklı vatandaşı mağdur ettikleri bilinen bir gerçektir.

Anayasa'nın 10. Maddesinde yer alan yasa önünde eşitlik ilkesi, alacaklılık ve borçluluk yönünden hiçbir tarafa ayrıcalık sağlanamayacağı şeklinde yorumlanmayı gerektirir.

Anayasa'nın 18. Maddesinde yer alan Angarya yasağı gereği, Belediye'nin borçlarını karşılıksız bırakma, işlemlerinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermeyi gerektirmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesi gereği, yerinden yönetim birimi olan Belediyelerin, borçlarından dolayı kamu idaresini temsil eden Devlet, kendini tamamen kayıtsız sayamaz.

Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan işlem ve eylemlerinde, Yargı kararlarına bağlılık, yargı kararlarının infaz edilmesi olanağını da gerektirmektedir. Aksi halde verilen Mahkeme kararlarını kağıt üzerinde kalan bir ifade olmaktan öteye götürmeyecek, boş bir kavram olarak kalmasına sebebiyet verecektir.

Bu nedenlerle, Belediye Yasası'nın 15/son maddesinde yer alan "Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri şartlı bağışlar ye kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallar ile Belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez" şeklindeki yasal düzenlemenin Anayasa' ya aykırı olduğu kanaati Mahkemede oluşmuş bulunmakla;

KARAR: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Belediye Yasası'nın 15/son maddesinde yer alan düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Sosyal Hukuk Devleti" olması, 10. maddede yer alan "Herkesin yasalar

önünde alacaklılık ve borçlanma yönünden eşit olduğu" 12. maddesinde yer alan "Herkesin dokunulmaz devredilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu", 18. maddesinde yer alan "Karşılıksız çalışma, angarya yasağı" ilkesine, Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan "İdarenin bütünlüğü" ilkesine, Anayasanın 125. maddesinde yer alan "İdari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğu ve bu ilke gereği Mahkemelerce verilip kesinleşen yargı kararlarının infazının sağlanması" gereğine, Anayasa' nın başlangıç kısmına ve 176. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden, dosyanın bu konuda karar verilmek üzere Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

Anayasa Mahkemesinin konu hakkındaki kararının beklenmesine,

Dosyanın bir örneğinin muhafaza edilmesine,

Taraf vekillerinin hazır bulunduğu celsede karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin itiraz konusu son fıkrası şöyledir:

"…

Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 12., 18., 123., 125. ve 176. maddelerine dayanılmış, 13. ve 35. maddeleri ile de ilgisi 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 11.4.2007 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:

A- Sınırlama Sorunu

İtiraz yoluna başvuran Mahkemece, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin ***"Belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri haczedilemez."*** hükmünü içeren son fıkrasının iptali istenilmiştir.

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

Başvuran Mahkemede bakılmakta olan davanın konusunu, borçlu durumda olan belediyenin aleyhine yapılan ilâmlı icra takibi sırasında, İller Bankası payından, Türk Telekom payından ve mutemet tarafından yatırılmış bütçe gelirlerinden oluşan banka hesabına ve kamu hizmetinde fiilen kullanılan araçlar üzerine konulan haczin iptali istemi oluşturmaktadır.

Bu nedenle, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasına ilişkin esas incelemenin fıkranın ***"... ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri … "*** bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına, **OYBİRLİĞİYLE,** 16.12.2010 gününde karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Devletçe yerine getirilen ve kâr amacı gütmeyen kamu hizmetlerinin pek çoğunun, günümüz itibarıyla, özel hukuk tüzel kişileri veya gerçek kişilerce de yerine getirilebilen, kâr amaçlı ekonomik

hizmetlere dönüştürülmesine karşın, klasik kamu hizmeti kavramının yasalardaki ayrıcalıklı konumunu korumaya devam ettiği, bu durumun Anayasa tarafından koruma altına alındığından söz edilemeyeceği, Anayasa'ya göre, ağır ekonomik bunalım hallerinde temel hak ve özgürlüklerde kısıtlama yapılabilmesi, vatandaşlar için ek ekonomik külfetler getirilebilmesi mümkün ise de, bir beldede sağlanan kamu hizmetlerinin ekonomik yükünün sınırlı sayıdaki belediyeden alacaklı olan kişiler üzerine fedakarlık olarak yüklenilmesinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ve toplumun tamamına sağlanan kamu hizmetlerinden kaynaklanan borçların, alacaklı kişilerin ekonomik yıkımına sebep olacak şekilde ödenmemesini olanaklı kılan düzenlemelerin hukuk devletinin gerekleriyle ve eşitlik ilkesiyle bağdaştığından söz edilemeyeceği, ayrıca kamu idaresinin bir parçası olan belediyelerin, aldıkları kamu yararı ve tahsis kararlarına dayalı olarak, borçlarını ödemede tamamen keyfi davrandıkları, bu konuda belediyelerin merkezi yönetimce yeteri kadar denetlenmediği, yönetilenlere hukuksal güvenceler sağlanması suretiyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasının da hukuk devleti olmanın gereklerinden olduğu, yasa önünde eşitlik ilkesinin alacaklılar ve borçlular yönünden eşit davranılmasını gerektirdiği, Anayasa'nın 125. maddesinde yer alan yargı kararlarına bağlı olmanın yargı kararlarının infaz edilmesinin sağlanmasını da kapsadığı, Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan angarya yasağının belediyelerin borçlarını karşılıksız bırakma işlemlerini de kapsayacağı belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10. 12., 18., 123., 125. ve 176. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasının itiraz konusu kurallarında belediyeler tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri ile belediyelerin kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallarının haczedilemeyeceği öngörülmektedir. 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"Bu Kanunda, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilatından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen paylar vergi hükmündedir."* kuralı uyarınca, belediyelere genel bütçe vergi gelirleri tahsilatından ayrılacak paylar ile diğer kanunlarla belediyelere verilmesi öngörülen her çeşit paylar da söz konusu haciz yasağının kapsamında bulunmaktadır.

5779 sayılı Yasa'nın 7. maddesine ilişkin gerekçede de, *"…, il özel idareleri ve belediyelere, genel bütçe vergi gelirleri tahsilatından ayrılacak paylar ile bu Kanunda ve diğer Kanunlarda bu idarelere verilmesi öngörülen payların vergi hükmünde olduğu ifade edilmiştir. Bu çerçevede, genel bütçeden gönderilen payların hukuki çerçevesi çizilmiş ve bu gelirlerin, 5393 sayılı Belediye Kanununun 15 inci maddesinin son fıkrasındaki, … hükmü uyarınca haczedilmesinin önlenmesi amaçlanmıştır."* denilmiştir.

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.

Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"* denilmiş; 35. maddesinde de, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır.

İtiraz konusu kuralla, belediyelerin bazı varlıkları haciz yasağı kapsamına alınarak belediyeden olan alacaklarını icra yoluyla tahsil etmek zorunda kalanlar bakımından mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmiş ise de, belediyelerin, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin son fıkrasında belirtilenlerin dışındaki gelir ve varlıkları üzerine haciz işlemi

yapılabilmesi imkânının bulunması, kişilerin bu hakkının tamamen ortadan kaldırılmadığını ve hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde edebilme imkânlarının bulunduğunu göstermektedir.

Ayrıca belediyelerin, belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan kamu tüzel kişileri olmaları nedeniyle, bunlara yasalarla yüklenilen görevler, yerel toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimleridir. Belediyeler bu gereksinimleri karşılamak amacıyla bazı etkinliklerde bulunurlar. Bunun için de ayni ve nakdi varlığa ihtiyaç duyarlar. Toplumsal yaşamın sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için, bu etkinliklerden bazılarının kesintisiz bir biçimde yürütülmesi; bunun sağlanabilmesi bakımından da belediyelerin ayni ve nakdi varlığa sahip olmaları gerekir. Belediyelere ait bazı ayni ve nakdi varlıklara haciz yasağı getirilmesindeki amaç da, belediyelerce yerine getirilen kamu hizmetlerinin bazılarının, toplumsal yaşamın gerektirdiği zorunluluklara bağlı olarak sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi gereğidir. Yani toplum yararının üstün tutulmasıdır. Yine belirtmek gerekir ki, belediyelerin devamlılık gösteren kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan tüm kaynaklarının hacze konu olabilmesinin, bu hizmetlerin ifa araçlarını tamamen ortadan kaldırmak gibi bir sonuç doğurabileceği de kuşkusuzdur. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlamadaki amaç da belirtilen nitelikteki istenilmeyen sonucun ortaya çıkmasını engellemektir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 10., 12., 18., 123., 125. ve 176. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda;

Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin;

a- Son fıkrasına ilişkin esas incelemenin, fıkranın "… ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri …" bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

b- Son fıkrasının "… ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün "bölümün tamamının", Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN ile Celal Mümtaz AKINCI'nın ise "… ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri …" bölümünün iptali gerektiği yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

16.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY YAZISI

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasının "…ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki gerekçelerim aşağıdadır.

İtiraz konusu kuralla belediyelerin kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirlerinin haczedilemeyeceği öngörülmektedir. Buna göre, belediyeden alacağı olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, hukukun alacak-borç ilişkisinde haklı konumda olan bir kişinin alacağını elde etmesi için devletin kamu gücüne dayanarak sağladığı en büyük güvence olan icra olanağından yararlanamamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu, 35. maddesine mülkiyet hakkının kamu yararı dışında sınırlanamayacağı, 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir.

Alacak hakkının mülkiyet hakkı kapsamında olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Buna göre, alacak hakkının kullanılmasını eylemli olarak geçersiz kılacak bir sınırlama ancak kanunla ve kamu yararı amacıyla öngörülebilir. Eylem ve işlemleri yargı denetimine tabi olan idarenin, yargı kararı ile kesinleşmiş olsa bile borcunu ödememekte direnmesi halinde icraya verilememesi, kamu yararı ile açıklanamaz. Haklı bir alacağın tahsil edilememesinde kamu yararı bulunduğu savunulamaz.

Belediye halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organları seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan bir kamu tüzel kişisinin, yapacağı hizmetleri gelir ve gider dengesini gözeterek planlaması, kamu yönetimi esaslarına göre vatandaşları mağdur etmeyecek şekilde yürütmesi esastır. Asıl kamu yararı bundadır. Uyması gereken ilke ve esaslara aykırı davranması nedeniyle gelir-gider dengesi bozulan ve kişilere karşı borçlarını ödeyemeyen bir belediyenin, kendi edimini iyi niyetle ifa etmiş olan ve alacağını isteyen kişiye karşı sırf kamu tüzel kişisi olduğu için daha fazla korumaya mazhar olması, bireyin çıkarının kayıtsız şartsız idarenin çıkarına feda edilmesi, artık terk edilmesi gereken "ceberut devlet" anlayışının bir tezahürüdür. Haciz nedeniyle kamu hizmetlerinde kullanılan malları veya vergi, resim

ve harç gelirleri haczedilen belediyenin yürütmek zorunda bulunduğu hizmetlerin aksamaması için, esasen vesayet yetkisine sahip olan merkezi idarenin katkısı, desteği veya borcu üstlenmesi gibi, hukuk devletine yaraşır pek çok farklı çözüm yolu bulunabilecekken vatandaşın, şayet varsa, belediyenin kamu hizmetine tahsis edilmemiş olan mallarına karşı icra takibi yapmak, o da olmuyorsa şansına küsmek zorunda bırakılması sonucunu doğuran itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletine, 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına açıkça aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasının, sınırlama kararı uyarınca incelenen, belediyenin "kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirleri"nin haczedilemeyeceğine ilişkin bölümüyle belediyelerin haczedilebilecek taşınmazları ile vergi, resim ve harç dışında gelirleri bulunmaması durumunda belediyeden alacaklı olan kişilerin haklarına kavuşması olanaksız hale getirilmiştir.

Mülkiyet hakkını düzenleyen Anayasa'nın 35. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi mülkiyet hakkı için öngörülen anayasal güvence, yalnız menkul ve taşınmaz malları değil, para ile değerlendirilebilen hakları ve mal varlığını da kapsamaktadır. Bu nedenle kişilerin alacak haklarının da 35. maddenin güvencesi altında olduğunda duraksamaya yer yoktur. Maddenin ikinci fıkrasında bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabileceği vurgulanmış ise de bir hak ve özgürlüğün tümüyle kullanılamaz hale getirilmesinin, sınırlamayı aşan onu yok eden bir durum olduğu açıktır.

İtiraz konusu düzenlemeyle belediyenin başka bir mali kaynağının bulunmaması durumunda kişilerin kesinleşmiş yargı kararlarıyla hüküm altına alınan ve mülkiyet hakkı kapsamında bulunan alacak haklarına haciz yoluyla ulaşmalarının tümüyle engellenmesi, Anayasa'nın 35. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü için, yalnız hakkın aranmasının

güvence altına alınması yeterli olmayıp ona ulaşılmasının da sağlanması gerektiğinden, yargı kararıyla kesinleşen bir alacağın haciz yasağı nedeniyle tahsilinin engellenmesi, Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesine de aykırıdır.

İnsanı öne çıkaran çağdaş demokrasilerde, kamu yararı gerekçesiyle de olsa kişi haklarını tümüyle kullanılamaz hale getirebilecek düzenlemelere izin verilmemekte, bu konuda adil bir denge kurulmasına özen gösterilmektedir. Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; "Tütüncü ve Diğerleri/Türkiye Davası"nda Belediye Meclisi Kararı ile işten çıkarılan işçilere, ödenmeyen maaş, sosyal haklar ve kıdem tazminatlarının ödenmesine hükmeden Diyarbakır İş Mahkemesi kararının gereği yerine getirilmeyerek kendilerine ödeme yapılmaması sonucu haciz istemleri kabul edilerek Belediye'nin banka hesapları ve bazı taşınmazları hakkında verilen haciz kararlarının, 1580 sayılı Yasa'nın kamu mallarının haczedilemeyeceğine ilişkin 19. maddesi uyarınca iptal edilmesi üzerine yapılan başvuruyu inceleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1 No'lu Ek Protokol'ün Mülkiyetin korunmasına ilişkin 1. maddesinin ihlâl edildiğine karar vermiştir.

Belediyelerin vergi, resim ve harç gelirlerine haciz yasağı getirilmesinin nedeni, kuşkusuz gördükleri hizmetle sağladıkları kamu yararıdır. Ancak, kamu yararı da kişi haklarının tümüyle yok edilebilmesinin gerekçesi olamaz. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen demokratik hukuk devletinde, yalnız hakkın ortadan kaldırılması değil, elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaştırılması da kuralın Anayasa'ya aykırılığının kabulü için yeterlidir. Buna göre, kimi durumlarda kişilerin belediyelerden olan alacaklarını tahsil etmelerini önemli ölçüde zorlaştıran kimi durumlarda da tümüyle engelleyen vergi, resim ve harç gelirlerinin haczedilemeyeceğine ilişkin kural, Anayasa'nın 2., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle başvurunun reddine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Fettah OTO

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kural, belediyelerin kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirlerinin haczedilemeyeceğini hükme bağlamaktadır.

Haczedilemezliğin kabul edilmesinin arka planında Devleti niteleyen egemenliğin, kendisine karşı zor kullanılmasıyla bağdaşamayacağı, zor kullanmanın Devlete tanınmış bir yetki olduğundan bunu Devletin kendisine karşı kullanmasının düşünülemeyeceği, kamu hizmetlerinin aksatılmadan ve kesintiye uğramadan ifası ve bütçenin getirdiği esasların cebri icra sonunda tahmin dışı ihlallere uğratılmamasının esas olduğu gibi düşünceler yatmaktadır.

Hukuk devleti ilkesinin egemen olduğu bir ülkede, Devlet mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin kural, Devletin borçlarını kendiliğinden ödeyeceği ve bunun hukuk devletinin gereği olduğu esasına dayanır. Ancak, Devletin, borçlarını kendi isteğiyle ödeyeceği varsayımı her zaman gerçeklere uygun düşmemektedir. Nitekim itiraz başvurusuna konu olayda işçi olarak çalışan şahıs iş akdinin feshi nedeniyle açtığı tazminat ve alacak davasını kazanmış ve ilgili Belediye aleyhine icra takibine geçmesine rağmen itiraz konusu kural nedeniyle takibi sonuçlandırarak alacağını elde edememiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde mülkiyet hakkı için öngörülen anayasal güvencenin yalnızca menkul ve taşınmaz malları değil, para ile değerlendirilebilen hakları ve mal varlıklarını da kapsadığı belirtilmiştir. AİHM'ne göre de, istenilebilir olduğu yeterince ortaya koyulduğunda, 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi uyarınca, bir "alacak", "mülk" olarak nitelendirilebilir (Bkz. Yunanistan Rafinerileri Stran ve Stratis Andreadis-Yunanistan, A serisi No: 301-B, s. 84, § 59 ve Bourdov-Rusya No: 59498/00, §40, CEDH 2002-II). Bu nedenle kişilerin alacak haklarının da Anayasa'nın 35. maddesinin güvencesi altında olduğunda duraksamaya yer yoktur. Maddenin ikinci fıkrasında bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabileceği vurgulanmış, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlığını taşıyan 13. maddede de, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak

ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir hak ve özgürlüğün tümüyle kullanılamaz hale getirilmesi ise kuşkusuz, sınırlamayı aşan hakkı yok eden bir durumdur.

İtiraz konusu düzenleme ile belediyelerin kimi malları alacaklılarına karşı korumaya alınmıştır. Buna göre, belediyelerin kamu hizmetine özgülenmemiş özel mülkleri ya da gelir getiren taşınmazları olmadıkça kişilerin alacaklarına kavuşma olanağı bulunmamaktadır.

İtiraz konusu hükümde yer alan belediyenin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettiği gelirleri, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları ile ilgili haciz yasağı kabul edilebilir ise de, belediye gelirlerinin esasını oluşturan belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirlerinin haczedilememesi, belediyeden olan alacakların rızaen ödenmemesi durumunda, alacaklarına cebri icra yoluyla kavuşmaları şansını tümüyle ortadan kaldırmaktadır.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi benzer bir olayla ilgili olarak, Diyarbakır Belediyesi tarafından işten çıkarıldıktan sonra, Belediye aleyhinde Diyarbakır İş Mahkemesi'nde açtığı davayı kazanmasına ve haciz yoluna başvurmasına rağmen haciz yasağı öngören kural nedeniyle alacağına kavuşamayan başvurucu yönünden Sözleşmenin 1 No'lu Ek Protokol'ünün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kararda, idarenin borcunu ödemede gecikmesinin, talep edilebilir bir "alacağı" olan kişinin finansal kaybını artırdığı ve özellikle bazı Devletlerde paranın değer kaybetmesi gözönüne alındığında, bu durumun kişiyi belirsiz bir duruma soktuğu, mevcut ulusal mevzuata göre, başvuranın Diyarbakır İş Mahkemesi tarafından verilen kararın infazını elde etme olanaklarının bulunmadığı vurgulanmıştır.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. "Yargı mercileri" kavramının icra dairelerindeki işlemleri de içine aldığı, keza "meşru" ibaresinin hukukun

üstünlüğüne dayanan, hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar olduğu Anayasa Mahkemesi kararlarıyla açıklığa kavuşturulmuştur.

Dava konusu olayda, davacı taraf haklı olduğunu mahkemede ispat ederek alacağını hüküm altına aldırmış ve alacağı ödenmediği için de icra yoluna başvurmuştur. Ancak dava konusu yasa kuralı nedeniyle alacağına kavuşma olanağı bulamamıştır. Mahkemelerin tarafların hakkını tespit ve teslim eden kararından sonra asıl ve önemli olan, alacaklının alacağına kavuşmasıdır. Bu da borçlunun borcunu rızası ile ödemesiyle, ödenmediği takdirde borçlunun borcunu karşılayacak malının haczedilip satılmasıyla olanaklıdır. Yargı kararlarının etkinliği bu kararların yasama, yürütme ve yargı organlarınca yerine getirilmesi yani uygulanmasıyla sağlanabilir. Haklı olan tarafın hakkının mahkeme tarafından tespit edilmesi, buna karşılık borçlu tarafa borcu ödeyip ödememede, ödeyecekse zamanını ve miktarını tespit etme konusunda tam bir serbesti tanınması, alacaklının cebri icra yoluyla alacağına kavuşmasının engellenmesi hak arama hürriyetinin özünü zedelemek, içini boşaltmak, kullanılamaz hale getirmek sonucunu doğurmaktadır.

İtiraz konusu düzenlemeyle belediyelerin geliri olmayan tüm mal varlıklarının kamu hizmetine özgülenmesi ve gelir getiren mallarının da bulunmaması halinde kesinleşmiş yargı kararlarına rağmen alacaklıların haciz yoluyla haklarına ulaşmaları tümüyle engellenmektedir. Gelirleri sınırlı olan Belediyelerden alacaklı olanların alacaklarına kavuşmalarını sağlayacak başka bir yöntem de öngörülmediğinden sınırlamanın ötesinde hakkı ortadan kaldıran bu durum, Anayasa'nın 35. ve 13. maddeleri yanında, hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesine de açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

Çağdaş demokratik rejimlerin temel ilkelerinden biri olan hukuk devleti, kişilerin devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleşebilir. Bu bağlamda hukuk devleti hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onları koruyan, güçlenmelerine olanak sağlayan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm temel organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan devlettir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altında bulunan haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar.

Yasalara göre tespit edilmiş bir alacak hakkının cebri icra yoluyla elde edilmesinin engellenmesi ve ödeme şekli ve zamanı belirtilerek başka bir güvenceye de kavuşturulmamış olması hukuk güvenliğini zedelemektedir. Kişiye, hukuka uygun araç ve yollardan yararlanarak hakkına kavuşması olanağı tanınmasının, hukuk devletinin vazgeçilmez bir gereği olduğu tartışmasızdır.

Bireyi ve bireyin temel hak ve özgürlüklerini esas alan çağdaş demokrasilerde, kamu yararı gerekçesiyle de olsa hakları tümüyle kullanılamaz hale getiren düzenlemelere izin verilmemekte, bu konuda adil bir denge kurulmasına özen gösterilmektedir. Demokratik hukuk devletinde yalnız hakkın ortadan kaldırılması değil, elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaştırılması da kabul edilemez. Bu nedenle, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, kişilerin belediyelerden olan alacaklarını tahsil etmelerini önemli ölçüde zorlaştıran, kimi durumlarda da tümüyle engelleyen itiraz konusu kuralın belediye tarafından tahsil edilen vergi, resim ve harç gelirlerinin haczedilemeyeceğine ilişkin bölümünün Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Recep KÖMÜRCÜ	Alparslan ALTAN	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/24

Karar Sayısı : 2010/115

Karar Günü : 16.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 4. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.1.1990 günlü, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 5.2.1992 günlü, 3771 sayılı Yasa'nın 8. maddesiyle değiştirilen 45. maddesinin (a) bendinin Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

İzinsiz veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın altı gün göreve gelmeyen sözleşmeli personelin, iş akdinin feshedilmesi üzerine bu işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"PTT Genel Müdürlüğü bünyesinde, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında sözleşmeli personel statüsünde istihdam edilmekte iken 17.03.2005 tarihinde emekli olan davacının emekli olmadan önce 6 gün kesintisiz işe gelmediğinin belirlendiğinden bahisle 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 45.maddesinin (a) bendi uyarınca 07.02.2005 tarihi itibariyle sözleşmesi feshi yoluna gidildiği, buna karşın davacı açısından sabit görünen "İzinsiz veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın kesintisiz 5 gün veya bir sözleşme dönemi içinde kesintili 10 gün göreve gelmemek" fiilinin 657 sayılı Yasadaki karşılığının, 125. maddesinin (D) bendinin (b) alt bendine göre "kademe ilerlemesinin durdurulması cezası" olduğu, buna göre davalı idare

bünyesinde davacı ile aynı işi yapmasına karşın 657 sayılı Yasa kapsamında istihdam edilen bir personelin aynı fiili işlemesi durumunda muhatap olacağı cezanın "Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası" olacağı, bunun ise Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir… Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmüne 60. maddesinde yer alan "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar" şeklindeki hükümlere aykırı olacağı düşünülmektedir.

Her ne kadar davacının 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Kapsamında sözleşmeli personel statüsünde istihdam edilmesi nedeniyle 657 sayılı Yasa kapsamında istihdam edilen diğer kamu görevlileriyle aynı konum ve statüde olmadığı, farklı statüde olan kamu görevlilerine farklı hükümler uygulanmasın doğal olduğu, dolayısıyla ortada eşitlik ilkesine aykırı bir durum bulunmadığı düşünülebilir ise de aynı kurumda görevli ve aynı işi yapan iki kamu görevlisinden 657 sayılı yasa kapsamında istihdam edilenin 6 gün kesintisiz ve mazeretsiz işe gelmemiş olması ile 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında sözleşmeli personel statüsünde istihdam edilenin 6 gün kesintisiz ve mazeretsiz işe gelmemiş olmasının kurumun disiplin ve düzenini bozma açısından farklı etkiler doğuracağının kabulüne olanak bulunmamaktadır. Elbette istihdam şekillerinin farklı olmasından dolayı özlük hakları vb. ekonomik konularda farklı hükümlere tabi tutulacaklardır. Ancak disiplin hükümleri bakımından farklı hükümlere tabi tutulmalarının iptali istenilen hüküm dışında bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu uygulamanın kabulü halinde Anayasanın 10. maddesinde yer alan; "Devlet organlarının ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları" yönündeki anayasal hükme aykırı hareket edilmiş olacaktır ki bunun da demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde kabulü mümkün değildir.

Uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi, bu iki grup kamu görevlisine farklı disiplin hükümlerinin uygulanması durumunda bunun 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında olan açısından tek sonucunun "disiplin cezası ile cezalandırılmış olması" olmadığı,

sözleşmenin feshi cezasının sonucu olarak sosyal güvenlik hakkının bir parçası olan kıdem tazminatı vb. sosyal haklardan da mahrumiyeti sonucunun doğacağı, oysa aynı disiplinsizlik eylemini ika eden 657 sayılı Yasa kapsamındaki personelin muhatap olacağı yaptırımın "kademe ilerlemesinin durdurulması cezası" olduğu, bu cezanın ise davacınınkinden farklı olarak sosyal güvenlik hakkına bir etkisi bulunmadığı gibi, kurumla ilişiğinin kesilmesini dahi gerektirmeyen bir ceza olduğu açıktır.

Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde; 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 45.maddesinin (a) bendinde yer alan ve sözleşmenin feshi cezasını gerektiren haller arasında sayılan "İzinsiz veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın kesintisiz 5 gün veya bir sözleşme dönemi içinde kesintili 10 gün göreve gelmemek" şeklindeki ibarenin, Anayasa'nın 10 maddesinde yer alan "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir… Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmüne ve 60 maddesine yer alan "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar", şeklindeki hükümlerine aykırı olduğundan iptali için Anayasanın 152. maddesi gereğince itirazen ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA, tarafların "anayasaya aykırılık sorunuyla" ilgili olarak iddia ve savunmaları da alındığından dosyadaki belgelerin onaylanmış örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın bekletilmesine, 18.01.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin itiraz konusu bendi de içeren 5.2.1992 günlü, 3771 sayılı Yasa'nın 8. maddesiyle değiştirilen 45. maddesi şöyledir:

"Madde 45 - (Değişik: 05.02.1992 - 3771/8 md.)

Teşebbüs veya bağlı ortaklıklarda çalışan sözleşmeli personelin sözleşmesi aşağıdaki hallerde feshedilir:

a) İzinsiz veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın kesintisiz 5 gün veya bir sözleşme dönemi içinde kesintili 10 gün göreve gelmemek,

b) İşe alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının anlaşılması veya bu şartlardan birinin sonradan kaybedilmesi,

c) Görev veya görev yerinin değişmesi halinde belirlenen süre içinde mücbir bir sebep olmaksızın yeni görevine başlamamak,

d) Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sözleşme hükümlerine aykırı davranışlarda bulunmak,

e) Sicil ve başarı değerlendirmeleri birbirini izleyen iki sözleşme döneminde (D) düzeyinde olmak,

İstek, yaş haddi, malullük veya sicil sebeplerinden biri ile emekliye ayrılma hallerinde sözleşme sona erer."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. ve 60. 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 yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE, 8.4.2008 günü 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 KHK'nin 45. maddesinde izinsiz veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın kesintisiz 5 gün veya bir sözleşme döneminde kesintili 10 gün göreve gelmemenin cezası olarak

sözleşmenin feshi cezası öngörülmesine rağmen, 657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinin (D) bendinin (b) alt bendinde aynı fiilin cezası olarak kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının öngörüldüğü, dolayısıyla 399 sayılı KHK ile 657 sayılı Yasa'ya göre daha ağır bir disiplin cezası getirildiği, oysa kurumun disiplin ve düzenini bozma açısından aynı kurumda 5 gün işe gelmemenin, memur ve sözleşmeli personel açısından farklı etkiler doğuracağının kabulüne olanak bulunmadığı, bu durumda cezaya maruz kalan şahsın kıdem tazminatı gibi bazı sosyal haklarından da mahrum kalabildiği belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda teşebbüs veya bağlı ortaklıklarda çalışan sözleşmeli personelin izinsiz veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın kesintisiz beş gün veya bir sözleşme dönemi içinde kesintili on gün göreve gelmemesi sözleşmenin feshi nedeni kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Bu 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 çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Farklı hukuksal durumda bulunanlar arasında eşitlikten söz edilemez. Aynı hukuksal durumlar aynı, farklı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Kamu personelinin üstlendikleri görevlerin niteliği ve hukuksal durumlarına göre disiplin suç ve cezaları bakımından farklı usul ve yaptırımlar öngörülmesi yasa koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda meslekten çıkarma yaptırımları da farklı statüde çalışan personel için değişiklik gösterebilir.

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kurumlarda çalışan personelin hizmete alınmaları, görev ve yetkileri, nitelikleri, atanma, ilerleme, yükselme, hak ve yükümlülükleri, ücretleri, sicilleri, iş

akitlerinin feshedilmesi, disiplin soruşturması usulü ve görevden uzaklaştırılmaları gibi hususlar 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede düzenlenmiştir.

KİT'lerde çalışan sözleşmeli personel, 399 sayılı KHK ve "399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Hükümlerine Göre Yapılacak Sözleşmelerde Yer Alacak Hususların Tespiti Hakkında Yönetmelik" hükümlerinde yer alan esas ve kurallara bağlı olarak imzalanan idari hizmet sözleşmesi ile kamu görevlisi olarak, istihdam edilmektedir.

399 sayılı KHK kapsamındaki personelin, 657 sayılı Yasa kapsamındaki personel ile aynı hukuksal durumda bulunmadığı; bunların göreve başlama, mali ve sosyal haklar ile yükümlülüklerindeki farklılıklar gözetildiğinde disiplin yaptırımı olarak sözleşmenin feshi yoluyla işine son verilmesinin de 657 sayılı Yasadan farklı şekilde düzenlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

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

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 60. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 22.1.1990 günlü, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 5.2.1992 günlü, 3771 sayılı Yasa'nın 8. maddesiyle yeniden düzenlenen 45. maddesinin (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

16.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/37

Karar Sayısı : 2010/116

Karar Günü : 16.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onbirinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 27.12.2005 günlü, 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 32. maddesinin (d) fıkrasının, Anayasa'nın 87., 88., 161. ve 162. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Ek ödemenin eksik yapıldığı ileri sürülerek bu ödemeye esas işlemlerin iptali ve eksik ödenen tutarların yasal faiziyle birlikte tazmini için Sağlık Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı'na karşı açılan davada, idari işlemin dayanağını oluşturan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Ankara Doktor Abdurrahman Yurtasları Onkoloji Eğitim ve Araştırma Hastanesinde uzman doktor ve baştabip yardımcısı olarak görev yapan Haluk Dervişoğlu tarafından, Sağlık Bakanının oluru ile 1.1.2006 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlüğe konulan "Sağlık Bakanlığına Bağlı İkinci ve Üçüncü Basamak Sağlık Kurumlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönerge"nin 4. maddesinin, "Serbest Meslek Katsayısına" ilişkin (r) bendinin, 8. maddesinin B/b bendinde yeralan, mesleğini serbest olarak icra eden baştabip yardımcılarına ilişkin Net Performans Puanı hesaplama formülünün, Yönergeye ekli Ek-1 sayılı Tabloda serbest çalışan uzman tabipler için öngörülen (3,5) tavan ek ödeme tutarına esas katsayının, Eğitim Hastaneleri Kadro-Unvan Katsayılarını düzenleyen Ek-3 sayılı Tabloda uzmanlar için öngörülen (1.35) katsayısının ve bu

düzenlemelere dayanılarak tarafına eksik ek ödeme yapılmasına dair işlemlerin iptali ile 1.1.2006 tarihinden itibaren eksik ödenen tutarların yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle Sağlık Bakanlığı ve Maliye Bakanlığına karşı açılan davaya ait dosya incelenerek gereği görüşüldü:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 87. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri belirtilirken, bütçe kanun tasarısını görüşmek ve kabul etmek dışında diğer kanunları koymak, değiştirmek ve kaldırmak biçiminde bir ayrım yapılmış; 88. maddesinde kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esaslarının iç tüzükle düzenleneceği belirtilmişken; bütçenin görüşülme usul ve esasları, Anayasanın 162. maddesinde hüküm altına alınmış; 89. maddesinde de Cumhurbaşkanına Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edilen diğer yasaların aksine bütçe yasalarını bir daha görüşülmek üzere Meclise geri gönderme yetkisi tanınmamıştır.

Görüldüğü üzere Anayasada bütçe yasalarını diğer yasalardan ayrı tutan bir düzenleme yapılmış olup, birbirinden tamamen ayrı ve değişik olarak düzenlenen bu iki yasalaştırma yönteminin doğal sonucu olarak, herhangi bir yasa ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe yasası ile düzenlenmesine veya herhangi bir yasada yer alan hükmün bütçe yasası ile değiştirilmesine ve kaldırılmasına olanak bulunmamaktadır.

Anayasanın 161. maddesinin son fıkrasında "Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz." kuralı yer almıştır. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bütçe yasaları diğer yasalardan ayrı olması sebebiyle, bir yasa kuralı nasıl aynı nitelikteki bir yasa kuralıyla değiştirilebilirse, bütçe yasaları da aynı biçimde hazırlanmış ve kabul edilmiş bir bütçe yasası ile değiştirilebilir. "Bütçe ile ilgili hükümler" deyiminin; mali nitelikteki hükümler değil, bütçenin uygulanmasıyla ilgili, uygulamayı kolaylaştırıcı veya yasa konusu olabilecek yeni bir kuralı kapsamamak koşuluyla açıklayıcı hükümler olarak anlaşılması zorunludur.

Bir yasa kuralının bütçeden harcamayı ya da bütçeye gelir sağlamayı gerektirir nitelikte bulunması, onun bütçeyle ilgili hükümlerden sayılmasını gerektirmemektedir. Anayasanın 161. maddesindeki anılan kuralla, bütçe yasalarını kendi yapısına yabancı hükümlerden

ayıklamak, bütçe kavramı dışında kalan konulara bütçe yasalarında yer verilmemesini sağlamak amaçlanmıştır.

Diğer yandan; Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, döner sermayeli işletmelerin kuruluş ve işleyişlerinin ancak yasa ile düzenlenmesi zorunludur.

Nitekim 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esaslarına İlişkin Kanunun 40. maddesinde; "Bakanlıklar ve bağlı kuruluşlar ihtiyaç halinde döner sermaye işletmeleri kurabilirler. Döner sermaye işletmelerinin kurulması, sermayesi, işleyiş ve denetimi ile ilgili esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü yer almıştır.

Belli bir konu için döner sermayeli bir devlet işletmesi kurulması, sermayesinin oluşturulması, işlemlerinin ve kârlarının hangi kurallara bağlanması gibi konuların bütçe ile ilgili yönü olmayıp yasalarla düzenlenmesinin zorunlu olduğunda kuşku yoktur, işin bütçe ile ilgili yönü, sadece sermayesinin oluşması için bütçeden ödenek ayrılmasının veya kârlarının bir bölümünün ya da tümünün bütçeye devrinin yasada öngörülmesi hallerinde, yasada belirtilen ödenek miktarlarının bütçeye konulmasından ve gelir bütçesinde yer alacağı tertibi göstermekten ibarettir.

209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun ile Sağlık Bakanlığı kurum ve hastaneleriyle, rehabilitasyon merkezlerinde döner sermaye işletmesi kurulmuş ve Kanun 5. maddesinin değişik üçüncü fıkrası ve devamında, personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, o birimde görevli personele belirli oranlarda ek ödeme yapılabileceği kurala bağlanmıştır.

Buna karşılık, 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun 32. maddesinin (d) fıkrasında "4.1.1961 tarihli ve 209 sayılı Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasından sonra gelen hükümleri aşağıdaki şekilde uygulanır." denilmek suretiyle, personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, personele yapılacak ek ödemelerin oran, usul ve esasları değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir.

Dava konusu "Sağlık Bakanlığına Bağlı İkinci ve Üçüncü Basamak Sağlık Kurumlarında Görevli Personele Döner Sermaye Gelirlerinden Ek Ödeme Yapılmasına Dair Yönerge" 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe

Kanununun 32. maddesinin (d) fıkrasına dayanılarak hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuş bulunmaktadır.

Buna göre bakılan uyuşmazlıkta uygulanacak kural niteliğinde bulunan 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun 32. maddesinin (d) fıkrası ile yasa konusu olan hususlar düzenlenerek yürürlükteki 209 sayılı Kanunun 5. maddesi hükümlerine aykırı ve değişiklik yapar nitelikte düzenlemeye gidilmiş bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir Kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurmasını gerektirdiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince, 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununun 32. maddesinin (d) fıkrasının, Anayasanın 87., 88., 161. ve 162. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine 12.12.2007 gününde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

27.12.2005 günlü, 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 32. maddesinin itiraz konusu (d) fıkrası şöyledir:

"d) 4.1.1961 tarihli ve 209 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasından sonra gelen hükümleri aşağıdaki şekilde uygulanır:

Personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görevli olan memurlar ile bu kurum ve kuruluşlarda 10.7.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanun uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edilen sağlık personeline, mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabilir. Sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usulleri; personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, serbest çalışıp çalışmaması ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi

unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca belirlenir.

Yukarıdaki paragrafta yer alan hükme göre personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden personele bir ayda yapılacak ek ödemenin tutarı, ilgili personelin bir ayda alacağı aylık (ek gösterge dahil), yan ödeme ve her türlü tazminat (makam, temsil ve görev tazminatı hariç) toplamının, pratisyen tabip ve diş tabiplerinden serbest çalışanlara yüzde 250'sini, serbest çalışmayanlara yüzde 500'ünü, uzman tabip, Tıpta Uzmanlık Tüzüğünde belirtilen dallarda bu Tüzük hükümlerine göre uzman olanlar ve uzman diş tabiplerinden serbest çalışanlara yüzde 350'sini, serbest çalışmayanlara yüzde 700'ünü, serbest çalışmayan klinik şef ve şef yardımcılarına yüzde 800'ünü, diğer personele ise yüzde 150'sini geçemez. İşin ve hizmetin özelliği dikkate alınarak yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane, kemik iliği nakil ünitesi ve acil servis gibi özellikli hizmetlerde çalışan personel için yüzde 150 oranı, yüzde 200 olarak uygulanır. 4924 sayılı Kanun uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edilen sağlık personeline yapılacak ek ödemenin tutarı ise, aynı birimde aynı unvanlı kadroda çalışan ve hizmet yılı aynı olan emsali sağlık personeli esas alınarak belirlenir ve bunlara yapılacak ek ödeme, hiçbir şekilde emsaline yapılabilecek ek ödeme üst sınırını geçemez.

Personelin katkısı ile elde edilen döner sermaye gelirlerinden, o birimde görevli personele yapılacak ek ödeme toplamı, ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurumlarında, ilgili birimin cari yıldaki döner sermaye gelirinin yüzde 50'sini, birinci basamak sağlık kuruluşlarında ise, ilgili birimin cari yıldaki döner sermaye gelirinin yüzde 65'ini aşamaz.

Sağlık Bakanlığına bağlı döner sermaye işletmeleri, sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesi, kaliteli ve verimli hizmet sunumunun teşvik edilmesi, sağlık kurum ve kuruluşlarının kendi imkanlarıyla karşılayamadıkları ihtiyaçların giderilmesi, eğitim, araştırma ve geliştirme faaliyetlerinin desteklenmesi, birinci basamak sağlık kuruluşlarının desteklenmesi ve Bakanlık merkez teşkilatında görev yapan memurlar ile sözleşmeli personele ek ödemede bulunulması amacıyla Bakanlıkça yapılacak giderlere iştirak etmek için aylık gayrisafi hasılattan aylık tahsil edilen tutarın yüzde 2'sini geçmemek üzere Sağlık Bakanlığınca belirlenecek oranı Bakanlık Döner Sermaye Merkez Saymanlığı hesabına aktarırlar. Bu hesapta toplanacak tutarların dağılım

ve harcanmasına ilişkin kriterler ile personele yapılacak ek ödemenin oran, esas ve usulleri Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca belirlenir. Personele yapılacak ek ödemenin tutarı, en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) yüzde 200'ünü geçemez. Ek ödeme tutarı; görev yapılan birim ve iş hacmi, görevin önem ve güçlüğü, çalışma süresi, personelin sınıfı, kadro unvanı, derecesi ve atanma biçimi gibi kriterler ile personele aylık ve özlük hakları dışında ilgili mevzuatına göre yapılan diğer ilave ödemeler dikkate alınarak belirlenir. Merkez teşkilatında görev yapan personele bu fıkra kapsamında yapılacak toplam ek ödeme, döner sermaye işletmelerinden cari yılda aktarılan tutarın yüzde 50'sini geçemez ve bu ödemeler gelir vergisine tabi tutulmaz.

2547 sayılı Kanunun 38 inci maddesine göre Sağlık Bakanlığı merkez teşkilatı ve bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında görevlendirilenler, aynı maddede belirtilen ilave ödemelerden yararlanmamak kaydıyla, Bakanlık merkez veya bağlı sağlık kurum ve kuruluşunda görev yaptıkları unvan için belirlenen ek ödemeden faydalandırılır.

Birinci basamak ve koruyucu sağlık hizmetlerinin geliştirilmesi ve bölgelerarası gelişmişlik farklarının giderilmesi amacıyla, döner sermayeli işletmelerden uygun görülenlerin merkeze aktaracağı payı yüzde 4'e kadar yükseltmeye Sağlık Bakanı yetkilidir. 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Kanun kapsamında, aile hekimliği uygulamasına geçilen illerde, il sağlık müdürlüğü ve birinci basamak sağlık hizmeti sunan kurum ve kuruluşlarda çalışan personele (aile hekimi ve aile sağlığı elemanı olarak çalışanlar hariç) merkeze aktarılan yüzde 2 oranına kadar olan paya ilave olarak alınacak paydan karşılanmak üzere Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca belirlenecek esas ve usullere göre ek ödeme yapılabilir. Merkeze aktarılan yüzde 2 oranına kadar olan paya ilave olarak alınacak tutarlar, bu fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz.

Döner sermayeli işletmelerin mali imkanı elverişli olanlarından, mali durumu yetersiz olanlara karşılıksız veya borç olarak kaynak aktarmaya Sağlık Bakanı yetkilidir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 87., 88., 161. ve 162. maddelerine dayanılmış, 89. maddesi ilgili görülmüştür.

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, 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 oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, bütçe yasalarının görüşülme usul ve esaslarının diğer yasalardan ayrı olarak Anayasa'da gösterildiği, Bütçe Yasalarına bütçeyle ilgili hükümler dışında hiçbir hükmün konulamayacağı, bu nedenle ayrı bir yasayla düzenlenmesi gereken itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 87., 88., 161. ve 162. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi ileri sürülen gerekçelerle bağlı olmadığından, itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 89. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 32. maddesinin (d) fıkrasında, 209 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin ikinci fıkrasından sonra gelen hükümlerinin 1.1.2006 tarihinden itibaren uygulanma şeklinin değiştirilerek, personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden, o birimde görevli personele ek ödeme yapılması hususunun, uygulanacak oranların ve ödemenin usul ve esaslarının yeniden düzenlenmesi öngörülmüştür.

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde de *"sağlık kurumlarında döner sermaye gelirlerinden yapılan ödemelerin hizmetin özelliğine uygun olarak belirli bir standarda kavuşturulmasına yönelik düzenleme yapılmaktadır."* denilmiştir.

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 yapılabilme 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 konusuna giren bir işin, 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, Yasakoyucunun başka amaçla ve bütçe yasalarından 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.

5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 32. maddesinin itiraz konusu (d) fıkrası ile 209 sayılı Yasa'nın 5. maddesi değiştirilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 32. maddesinin itiraz konusu (d) fıkrası, Anayasa'nın 87., 88., 89., 161. ve 162. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2-27.12.2005 günlü, 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun32. maddesinin (d) fıkrasının Anayasa'ya aykırı oluğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

16.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/103

Karar Sayısı : 2010/118

Karar Günü : 16.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Edirne İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 64. maddesinin son fıkrasında yer alan ***" ... 72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından ..."*** ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Kalkınmada birinci derecede öncelikli yörede bulunan bir okula, eş durumu nedeniyle naklen atanan öğretmenin, bu yörede geçirdiği iki yılın karşılığında aylık derecesinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere kendisine ayrıca bir kademe ilerlemesi verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 64. maddesinin son fıkrasında "Ancak,72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından kalkınmada 1 inci derecede öncelikli yörelerde bulunanlara (Erzurum ve Artvin İlleri dahil) bu yörelerde fiilen çalışmak suretiyle başarılı geçirilen her iki yılın karşılığında aylık derecelerinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere ayrıca bir kademe ilerlemesi daha verilir. Yıllık izinde geçirilen süreler fiilen çalışılmış sayılır. İki yıldan az süreler dikkate alınmaz." hükmüne yer verilmiştir.

1982 Anayasasının 10. maddesinde de; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." amir hükmü öngörülmüştür.

Dava dosyasının incelenmesinden; halen Kırklareli İlinde sınıf öğretmeni olarak görev yapan davacının; eşinin görevine ilişkin özür durumuna binaen 18.08.2004 tarihinde Bitlis Tatvan Mehmetçik İlköğretim Okuluna atandığı, bu okulda 24.07.2006 tarihine kadar görev yaptığı, daha sonra Tatvan'da görev yaptığı iki yıllık hizmet süresi için tarafına 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 64. maddesinin son fıkrası uyarınca bir kademe ilerlemesi uygulanması talebiyle Bitlis Valiliğine başvurduğu, talebinin 28.12.2007 tarih ve 7892 sayılı Bitlis Valiliği işlemi ile; davacının mecburi hizmet yükümlüsü olmadığı ve Tatvan İlçesine (özür) eş durumundan atandığı, bu sebeple Yasanın öngördüğü ilave bir kademe ilerlemesinden faydalandırılmasının mümkün olmadığından bahisle reddi üzerine anılan işlemin iptali istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Mahkememizce; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 64. maddesinin son fıkrasının; davacının iptalini talep ettiği dava konusu işlemin dayanağını teşkil ettiği ve anılan Yasa hükmünün uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak esas norm olduğu tespit edilmiş ve söz konusu fıkranın ilk cümlesinde geçen "72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından" ibaresinin aşağıda izah olunan gerekçeye dayanılarak Anayasanın 10. maddesine aykırılığından bahisle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurma zorunluluğu doğmuştur.

Bilindiği üzere ülkemizde bölgeler arası gelişmişlik düzeylerinin farklılığından kaynaklanan mahzurların giderilmesi amacıyla kalkınmada öncelikli yöreler tespit edilmiş, sonrasında da farklı mevzuat hükümleri ile bu yörelerin vatandaşları ve burada görev yapan kamu personeline ayrıcalıklı haklar tanınmıştır.

657 sayılı Yasanın 64. maddesinin son fıkrası da anılan saiklerle kabul edilmiş, bu hükümle memleketin farklı bölgelerinde görev yapan personelin sosyal yaşam ve konumları arasındaki dengesizliklerin bir nebze giderilmesi amaçlanmıştır.

Diğer yandan; kamu personeli rejiminin özel hukuk sisteminden bağımsız olarak bir statü rejimi olduğu ve kamu çalışanlarının görev ve çalışma usullerinin çoğunlukla kendi istek ve iradeleri haricinde belirlendiği de bilinmektedir. Aynı şekilde kamu görevlilerinin atama ve nakilleri de; mecburi hizmete tabi olarak resen atanma usulünün yanı sıra eş durumu, eğitim, sağlık durumları gibi sair sebeplerle özür durumuna bağlı olarak da gerçekleştirilebilmekte ve bu haller de ilgilisinin tayin isteği dışında gelişmektedir.

Bu doğrultuda ele alındığında; anılan Yasa hükmü ile kalkınmada 1 inci derecede öncelikli yörelerde görev yapan memurların (Erzurum ve Artvin İl'leri dahil) bu yörelerde fiilen çalışmak suretiyle başarılı geçirilen her iki yılın karşılığında aylık derecelerinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere ayrıca bir kademe ilerlemesinden faydalandırılması noktasında; mezkur fıkranın ilk cümlesinde öngörülen "72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurları" ile özür durumuna binaen veyahut farklı sebeplerle bu yörelerdeki kamu görevlerine atanan Devlet Memurları arasında ayrım yapılmasının ve ikinci durumdaki kamu görevlilerine Yasanın öngördüğü ilave bir kademe ilerlemesi hakkının tanınmamasının Anayasanın 10. maddesinin hem lafzına hem de bu maddede vurgulanan ve Yüksek Mahkemenin kararları ile yorumu yapılarak tavzih edilen "eşitlik" ilkesine aykırı bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Hal böyle olunca uyuşmazlığa tatbik edilecek yegane norm olan anılan Yasa hükmünde geçen "72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından" ibaresinin Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 657 sayılı Yasanın 64. maddesinin son fıkrasında yer alan "72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından" yolundaki düzenlemenin Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu sonucuna Mahkememizce varıldığından, T.C. Anayasasının 152. maddesi uyarınca, bu konuda bir karar verilmek üzere konunun Anayasa Mahkemesine götürülmesine, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, 24.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun iptali istenilen ibareyi de içeren 64. maddesi şöyledir:

"Devlet memurunun kademede ilerlemesi için aşağıdaki şartların bulunması lazımdır:

A) Bulunduğu kademede en az bir yıl çalışmış olması,

B) O yıl içinde olumlu sicil almış bulunması,

C) Bulunduğu derecede ilerleyebileceği bir kademenin bulunması,

(Ek fıkra: 29/01/1984 - KHK 243/9 md.) Devlet memurlarından 6 yıllık sicil notu ortalaması 90 ve daha yukarı olanların aylık derecelerinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere bir kademe ilerlemesi uygulanır.

(Ek fıkra: 09/04/1990-KHK-418/4 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 05/02/1992 tarih ve E.1990/22, K.1992/6 Sayılı Kararı ile; Yeniden düzenlenen fıkra: 18/05/1994 - KHK-527/ 4 md.) Ancak, **72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından** kalkınmada 1 inci derecede öncelikli yörelerde bulunanlara (Erzurum ve Artvin İl'leri dahil) bu yörelerde fiilen çalışmak suretiyle başarılı geçirilen her iki yılın karşılığında aylık derecelerinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere ayrıca bir kademe ilerlemesi daha verilir. Yıllık izinde geçirilen süreler fiilen çalışılmış sayılır. İki yıldan az süreler dikkate alınmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine 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 27.11.2008 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, belirli bir bölgede belirli bir süre daimi olarak görev yapma zorunluluğu üzerinde durulmaksızın, kamu personel rejiminin, çalışanların istek ve iradeleri dışında belirlenen, özel hukuk sisteminden bağımsız bir statü rejimi olduğu, bu nedenle kamu görevlilerinin atama ve nakillerinin, zorunlu hizmete tabi olarak res'en atama usulünün yanında, eş durumu, eğitim, sağlık vb. sebeplere bağlı olarak da gerçekleştirilebildiği, ancak hangi sebebe dayalı olarak yapılırsa yapılsın, atama işleminin ilgilinin isteği dışında idarenin tek yanlı tasarrufu ile gerçekleştiğine işaret edilerek, kalkınmada birinci derecede öncelikli yörelerde bulunan yerlere, 657 sayılı Kanun'un 72. maddesi gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet memurları ile aynı yerlere özür durumuna veya farklı sebeplere bağlı olarak atanan Devlet memurlarının, atama işleminin hukuksal niteliği bakımından aynı hukuksal konumda oldukları belirtilmiş, bu nedenle de bölgeler arasındaki gelişmişlik düzeyi farklılığından kaynaklanan mahzurların giderilmesini amaçlayan "kalkınmada öncelikli yöreler" uygulaması kapsamında tanınan ayrıcalıklardan birisi olan 657 sayılı Kanun'un 64. maddesinin son fıkrasındaki uygulamadan, bu bölgelere özür durumuna veya farklı sebeplere bağlı olarak atanmış bulunan Devlet memurlarının da yararlanması gerektiği vurgulanarak, buna engel olduğu değerlendirilen itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesinde ifade edilen "eşitlik" ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 64. maddesinin itiraz konusu kuralı da içeren son fıkrasına göre, kalkınmada 1 inci derecede öncelikli yörelerde bulunan yerlere aynı Kanun'un 72. maddesi gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet memurlarına, bu yörelerde fiilen çalışmak suretiyle başarılı olarak geçirdikleri her iki yılın karşılığında ve aylık derecelerinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere normal kademe ilerlemesi haklarına ilave olarak bir kademe ilerlemesi daha uygulanacaktır. Kural uyarınca söz konusu kademe ilerlemesi,

kalkınmada 1. derecede öncelikli yörelerde görev yapan tüm Devlet memurlarına değil, bu yörelerde bulunan yerlere 657 sayılı Kanun'un 72. maddesi gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atananlara uygulanacaktır. Yani, bir Devlet memurunun atandığı/görev yaptığı yer kalkınmada 1. derecede öncelikli bir yörede bulunsa bile, buraya belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanmamış ise bu haktan yararlanamayacaktır.

Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen 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.

Yasa koyucu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesinde, kurumlardaki yer değiştirme suretiyle atanmaların hizmetlerin gereklerine, özelliklerine, Türkiye'nin ekonomik, sosyal, kültürel ve ulaşım şartları yönünden benzerlik ve yakınlık gösteren illerinin gruplandırılması suretiyle tespit edilecek olan bölgeleri arasında adil ve dengeli bir sistem içinde yapılacağını, yer değiştirme ile ilgili atama esaslarının Devlet Personel Başkanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirleneceğini, kurumların, atamaya tabi olacak personeli için, bu yönetmelik esaslarına göre Devlet Personel Başkanlığının görüşünü almak suretiyle bir personel ve atama planı hazırlayacaklarını öngörmek suretiyle konuya ilişkin çerçeveyi çizmiş, temel ilke ve esasları belirlemiş, ülke çapında sunulması gereken kamu hizmetlerinin ülkenin her tarafında sunulmasını temin etmek bakımından, bunları sunacak olan personelin temininde çekilebilecek olan güçlükleri de gözeterek (yargı denetimi saklı kalmak kaydıyla), değişen, gelişen ve çeşitlenen nedenlere bağlı olarak, hangi kamu görevlilerinin hangi bölgelere hangi koşullarla atanabileceklerini belirleme konusunda idareye takdir yetkisi vermiştir. Devlet Personel Başkanlığı ile diğer kamu idareleri tarafından bu yetki kapsamında hazırlanan atama ve yer değiştirme

düzenlemelerinde de belirli bölgelerde belirli sürelerle mecburi olarak sürekli görevle kimlerin atanacakları konusunda değişik hükümlere yer verilmiştir.

Kalkınmada 1 inci derecede öncelikli yörelerde bulunan yerlere 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 72. maddesi gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet memurları ile aynı yerlere başka nedenlere bağlı olarak atanan ve o yerlerde belirli bir süre görev yapma zorunluluğu bulunmayan Devlet memurları, aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından bunlara farklı kurallar uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Açıklanan nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 64. maddesinin son fıkrasında yer alan "… 72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

16.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞI OY GEREKÇESİ

Anayasa'nın 41. maddesine göre, aile Türk toplumunun temeli olup, Devlet ailenin huzur ve refahının sağlanması için gerekli tedbirleri almak durumundadır. Davaya konu somut olayda, öğretmen olan eş, kalkınmada 1. derecede öncelikli yörede görev yapan eşiyle birlikte görev yapmak üzere aynı bölgeye atanmıştır. Ne var ki, iptale konu 657 sayılı Kanun'un 64. maddesinin son fıkrasında öngörülen "bir kademe ilerlemesi" verilmesinin amacı, bu bölgede ifa edilecek görevin diğer bölgelere nazaran güçlüğü ve meşakkatidir. Eşine bağlı şekilde bu görev bölgesine atanan diğer eş de aynı güçlük ve meşakkatle karşı karşıya olacağına göre, eşlerden yalnız birine bir kademe ilerlemesi verilip diğerinin bu imkândan yoksun bırakılması sonucunu yaratan dava konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine açıkça aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenle, kuralın iptali gerektiği kanısında olduğumdan, Sayın çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2007/60

Karar Sayısı : 2010/119

Karar Günü : 30.12.2010

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali TOPUZ, Haluk KOÇ ile birlikte 125 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 28.3.2007 günlü, 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 5. maddesine eklenen fıkranın,

2- 2. maddesiyle değiştirilen, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'un 2. maddesinin son tümcesinin,

3- 4. maddesiyle değiştirilen, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasındaki "…Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde…" ibaresinin, ikinci fıkrasının ve son fıkrasının ilk tümcesinin,

Anayasa'nın, 2., 5., 6., 7., 8., 11., 17., 48., 56., 90., 128., 130., 131. ve 177. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

25.5.2007 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesinin 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 5 inci Maddesine eklediği Son Fıkra

28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesinin 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 5 inci maddesine eklediği son fıkra aynen şöyledir:

"Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personel, bulundukları ilde sözleşmeli aile hekimi olarak çalışabilirler veya ihtiyaç halinde aile hekimliği uygulamaları için görevlendirilebilirler. Bu personelin aile hekimliğinde geçen süreleri Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılır. Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde bu uygulamadan kaynaklanan nedenlerle birinci basamak sağlık kuruluşlarında görev yapan Devlet hizmeti yükümlüsü personelin il içinde görev yeri değiştirilebilir."

2) 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesinin değiştirdiği 31.12.1980 tarih ve 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 2 nci Maddesinin Son Cümlesi

28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesinin değiştirdiği 31.12.1980 tarih ve 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun iptali istenen cümleyi de içeren 2 nci maddesi aynen şöyledir:

"Kamu sağlık hizmetlerinde çalışan personelin haftalık kanunî çalışma süresi 45 saat, 4 üncü maddede tanınmış olan haktan yararlananlar için ise 40 saattir. Personelin günlük çalışma saatleri, 657 ve 926 sayılı kanunlardaki hükümlere göre tespit edilir. Ancak, bu personelden iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personel, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenen radyasyon dozu limitleri içinde çalıştırılabilir."

İptali istenen, "Ancak, bu personelden iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personel, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenen radyasyon dozu limitleri içinde çalıştırılabilir." cümlesidir.

3) 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 11/4/1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı

San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 9 uncu Maddesinin Birinci Fıkrasındaki "Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde" İbaresi; İkinci Fıkrası ile Son Fıkrasının İlk Cümlesi

28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 11/4/1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 9 uncu maddesinin;

a) İptali istenen ibareyi de içeren birinci fıkrası aynen şöyledir:

"Eğitim kurumlarına eğitim yetkisi verilmesi ve eğitim yetkisinin kaldırılmasına ilişkin teklifleri karara bağlamak, uzmanlık ana dallarının rotasyonlarını belirlemek, uzmanlık sınavı jürilerini tespit etmek, yabancı ülkelerde asistanlık yapanların bilimsel değerlendirilmesini yapacak fakülteleri ve eğitim hastanelerini belirlemek, tıpta uzmanlık eğitimi ve uzman insan gücü ile ilgili görüşler vermek, uzmanların tıbbî gelişmeleri izlemesini sağlayıcı inceleme ve araştırmalar yapmakla görevli olmak üzere, Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde Tıpta Uzmanlık Kurulu teşkil olunmuştur."

İptali istenen, "Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde" ibaresidir.

b) İkinci fıkrası aynen şöyledir:

"Tıpta Uzmanlık Kurulu;

a) Bakanlık Müsteşarı, ilgili genel müdür ve 1. Hukuk Müşaviri,

b) Biri diş tabibi olmak üzere eğitim hastanelerinden Bakanlığın seçeceği beş,

c) Dört tıp fakültesinden ve bir diş hekimliği fakültesinden YÖK'ün seçeceği birer,

ç) Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve Fakültesinin seçeceği bir,

d) Türk Tabipleri Birliğinin seçeceği bir,

e) Türk Diş Hekimleri Birliğinin seçeceği bir,

üyeden oluşur."

c) İptali istenen cümleyi de içeren son fıkrası aynen şöyledir:

"Kurulun çalışma usûl ve esasları ile ilgili diğer hususlarla ihtisas belgelerinin alınması ve uzmanlık eğitimi ile ilgili diğer usûl ve esaslar Sağlık Bakanlığınca hazırlanıp Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik yürürlüğe konuluncaya kadar, mevcut düzenlemelerin uygulanmasına devam edilir."

İptali istenen, "Kurulun çalışma usûl ve esasları ile ilgili diğer hususlarla ihtisas belgelerinin alınması ve uzmanlık eğitimi ile ilgili diğer usûl ve esaslar Sağlık Bakanlığınca hazırlanıp Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir" cümlesidir.

III. GEREKÇE

1) 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesinin 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 5 inci Maddesine eklediği Son Fıkranın Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen bu fıkranın ilk cümlesinde, Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personelin, bulundukları ilde sözleşmeli aile hekimi olarak çalışabilecekleri veya ihtiyaç halinde aile hekimliği uygulamaları için görevlendirilebilecekleri hükme bağlanmıştır.

Devlet hizmeti yükümlülüğü, 21.6.2005 günü kabul edilen 5371 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen ek 3, 4, 5 ve 6 ncı maddelerde düzenlenmiştir. 3359 Sayılı Kanunun ek 3 üncü maddesinde devlet hizmeti yükümlülüğünün tabip, uzman tabip ve yan dal uzman tabip unvanını kazanılması üzerine her eğitim için ayrı ayrı olduğu; ek 5 maddesinde ise, uzmanlık ya da yan dal uzmanlık asistanlığı nedeniyle yarım kalan tabiplik unvanı için devlet hizmeti yükümlülüğünün uzman olarak yapılacağı belirtilmiştir.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere tabiplik için ayrı, uzmanlık ve yan dal uzmanlığı için ayrı ayrı devlet hizmeti yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu durumda Devlet hizmeti yükümlülüğü, hem pratisyen hekimler hem de uzman hekimler için ayrı ayrı söz konusudur.

5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanunun 2 nci maddesinde aile hekimi "…kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile

birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekanda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabiptir." şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi, aile hekimlerinin tümü uzman hekim olmayıp Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan pratisyen hekimler de, aile hekimliği uygulaması içinde yer olmaktadır. Ancak 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 5 inci maddesinin iptali istenen son fıkrasının ilk cümlesi ile yapılan düzenlemede: uzman hekim pratisyen hekim ayrımı yapılmamıştır. Yine bu kural ile tıpta aile hekimliği dalı dışındaki bir dalda uzman olan hekimlere hukuken ve yasal olarak kazandıkları tıpta uzmanlık unvanları yok sayılarak aile hekimliği görevi verilmektedir. Böyle bir düzenlemenin ise Anayasaya aykırı olduğu açıktır. Şöyle ki;

1982 Anayasası'nda 'sosyal bir hukuk devleti' olma, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılmıştır. Başlangıç bölümünde Türk vatandaşının, onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu vurgulanmış, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve koruma hakkına sahip olduğu Anayasanın 17 nci maddesinde yinelenmiştir. Bireyler açısından getirilen bu hak, 5 inci madde ile devlete görev olarak verilmiştir. Bu maddeye göre; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amacı ve görevidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarih ve E.1991/7, K.1991/143 sayılı Kararında da "Anayasa'nın 2. maddesinde aynı zamanda "sosyal devlet" ilkesinden de söz edilmektedir. Bu ilke, kişinin doğuştan sahip olduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisini kullanmasını sağlar. Sosyal devletin görevi, güçsüzleri koruyarak sosyal adaleti, sosyal refahı ve sosyal güvenliği sağlamaktır." denilmiştir.

Aile hekimliği dışındaki bir tıpta uzmanlık dalında, gerekli eğitimleri alan zorunlu sınavları başarı ile vererek uzman olan bir hekimin, uzmanlık alanı dışında bir dalda görevlendirilmesinin kişinin temel hak ve hürriyetlerinden olan çalışma hakkının sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlandırılması anlamını taşıdığı açıktır. Böyle bir düzenlemenin aynı zamanda kendi uzmanlık dalı dışında çalışmakla yüklü tutulan uzman hekimin manevi varlığını zedeleyeceği de kuşkusuzdur.

Öte yandan Anayasanın 48 inci maddesinin birinci fıkrası, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüklerine sahip olduklarını açıklamaktadır. İptali istenen bu düzenleme ile, aile hekimliği dışındaki bir alanda uzman hekimin dilediği alanın uzmanlık konusu olan alan olduğu yadsınamaz. İptali istenen bu düzenlemenin, uzman hekimleri dilediği alan dışında çalışma yükümlülüğü altına soktuğundan Anayasanın 48 inci ve 56 ncı maddesine de aykırı düştüğü açıktır.

Getirilen düzenleme sosyal devlet ilkesinin yanı sıra kişilerin Anayasanın 56 ncı maddesinde ifade edilen sağlık hakkına ve 17 nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkına da aykırı düşmektedir.

Anayasanın 56 ncı maddesinde Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak ve bu konuda hizmet vermek ödevi getirilmiştir. Yine Devlet, Anayasanın 17 nci maddesinde kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Devletin, bu görevleri aile hekimliği konusunda uzmanlaşmamış hekimleri, aile hekimi olarak görevlendirmek suretiyle yerine getiremeyeceği açıktır. Bu tür bir görevlendirme kişileri; uzmanlık alanı aile hekimliği olmayan hekimlerden, aile hekimliği konusunda hizmet almak zorunda bırakacak, sağlık ve yaşam haklarını Anayasanın öngördüğü türden yeterli bir hizmete kavuşamama durumu ile yüz yüze getirecektir. Bunun ise hem Türkiye Cumhuriyetinin sosyal devlet olma niteliği ile, hem de kişilerin Anayasada belirtilen yaşam ve sağlık hakları ile çelişeceği, dolayısıyla Anayasanın 2, 17 ve 56 ncı maddelerine aykırı düşeceği açıktır.

Bu nedenle, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 5 inci maddesinin son fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 17 nci ve 56 ncı maddeleri ile bağdaşmamaktadır.

İptali istenen bu paragrafın ikinci ve üçüncü cümleleri de birinci cümle ile tam bir uygulama birliği içinde olduğundan, aynı gerekçelerle bu cümleler de Anayasaya 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, 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesinin 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 5 inci maddesine eklediği son fıkra, Anayasanın 2 inci, 5 inci, 11 inci, 17 nci, 48 ve 56 ncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesinin değiştirdiği 31.12.1980 tarih ve 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 2 nci Maddesinin Son Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen bu cümlede, iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde kamu sağlık hizmetleri personelinin Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenen radyasyon dozu limitleri içinde çalıştırılabileceği hükme bağlanmıştır.

Bu cümledeki "yönetmelikte belirlenen radyasyon dozu limitleri içinde çalıştırılabilir." tümcesinin, kamu sağlık kuruluşlarında iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis ve tedavi hizmeti verilen ve araştırma yapılan yerlerde çalışan sağlık personelinin günlük mesai süresi, izin süresi ve diğer çalışma koşullarının belirlenmesinin Yönetmeliğe bırakıldığı anlamını taşıdığı kuşkusuzdur.

İyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin çalışma koşulları ve çalışma saatleri 3153 Sayılı Radyoloji, Radiyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun ve bu Kanuna dayalı olarak çıkarılmış Radyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi müesseseleri

Hakkında Tüzük'te düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde çalışma süresinin günde beş saat olduğu, yıllık bir aylık ayrıcı şua izinlerinin bulunduğu belirlenmiş ve "Hastanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle (günde 5 saat) çalışan kimseler, hastanenin başka işlerinde kullanılamaz. Bunlara gece uykularını ihlâl edecek iş verilmemelidir" hükümlerine yer verilmiştir.

Yasanın Genel Gerekçesinde; Avrupa Birliği Konseyinin, 96/29/Euratom Direktifi, doğrudan çalışma saati düzenlemesine yer verilmediği, bunun yerine radyasyona maruz kalma kriterini esas alındığı, bu Direktifin, 9 uncu maddesinde, radyasyona maruz kalanlar için etkili dozun her bir yılda maksimum 50 mSv (milisivert); birbirini izleyen beş yıllık sürede ise 100 mSv olduğunun kararlaştırıldığı, Avrupa Birliğinde esas alınan bu düzenlemeye uygun olarak, iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin, tıbben kabul gören radyasyon dozu limitleri içinde çalıştırılmasının; bu limitlerin ise, Avrupa Birliği kriterleri esas alınarak Sağlık Bakanlığınca düzenlenmesinin uygun olacağı açıklanmıştır.

Gerekçede belirtilen uluslararası kuruluşlar ve AB tarafından belirlenen doz limitleri, radyasyonun zararlı etkilerine görevleri nedeniyle maruz kalan çalışanlarda hiçbir biçimde aşılmaması gereken en üst limitlerdir. 24 Mart 2000 tarih ve 23999 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği'nde de bu limitler yer almaktadır. Dolayısıyla iptali istenilen Kanun hükmüne gerek olmadan iyonize radyasyonla çalışanların 5 saatlik günlük çalışma süreleri içinde de bu doz limitlerinin zaten uygulanması ve aşılmaması gerekmektedir.

İptali istenilen cümle ile sağlık personelinin çalışma saatleri düzenlenmiştir. Gerekçede amacın Yönetmeliğin iyonize radyasyon ile çalışan sağlık personelinin radyasyon dozu limitleri içerisinde çalıştırılması olduğu belirtilmekte ise de, gerekçe ile iptali istenilen hükmün metni birlikte değerlendirildiğinde, değişikliğin esas amacının, bu personelin mevcut yasa ve tüzük hükümlerine göre 5 saat olan günlük çalışma süresinin arttırılması, diğer çalışma koşullarına ilişkin haklarının ortadan kaldırılması olduğu görülmektedir.

Anayasanın 128 inci maddesi memur ve kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev, yetki ve yükümlülükleri ile özlük işlerinin kanunla düzenleneceğini bildirmektedir.

İptali istenen kural ile, kanunla düzenlenmesi gereken kamu sağlık kuruluşlarında iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis ve tedavi hizmeti verilen ve araştırma yapılan yerlerde çalışan sağlık personelinin günlük mesai süresi, izin süresi ve diğer çalışma koşullarının belirlenmesinin Yönetmeliğe bırakılması Anayasanın 128 inci maddesine aykırı düştüğü gibi; yürütmeye – idareye bırakılan bu yetkinin kullanımına ilişkin esaslar yasada gösterilmediği için asli bir düzenleme yetkisi niteliğini kazandığında kuşku yoktur.

Anayasanın 8 inci maddesi ise; Anayasada belirtilen ayrık haller dışında yürütmenin – idarenin asli düzenleme yetkisi olmadığını ortaya koymaktadır. Bu yetki yasamanındır ve Anayasanın 7 nci maddesine göre devredilemez. Devredilirse bu kökenini Anayasadan almayan dolayısı ile Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı bir yetki olur.

Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 11.6.2003 gün ve E.2001/346, K.2003/63 sayılı kararında,

"Anayasa'nın "Egemenlik" başlığını taşıyan 6. maddesinde; "Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz", 7. maddesinde; Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez, denilmektedir. 128. maddesinin ikinci fıkrasında da, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir denilerek, memuriyete girişten emekliliğe kadar memuriyet statüsünün kanunla düzenlenmesi esası öngörülmüştür.

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan kanunla düzenlemeden neyin anlaşılması gerektiği Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında açıklanmıştır. Buna göre yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına

geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, yasada temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, "yürütme yetkisi ve görevi anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmünün anlamı da budur"

denilmiştir.

Bu bakımlardan, iptali istenen cümle, Anayasanın 6, 7, 8 ve 128 inci maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan iptali istenen cümle ile çalışma şartlarının belirlenmesinde sadece radyasyon limitlerinin esas alınması öngörülmüştür. Ancak radyasyondan korunma sisteminde doz sınırlarına uyulması radyasyonun zararlı etkilerinden korunmanın tek ve yeterli gerekliliği değildir.

Fırat Üniversitesi Tıp Fakültesi'nce yapılan ve iyonizan radyasyona uzun süre maruz kalan radyoloji çalışanlarında, uzun süreli düşük doz iyonizan radyasyonun bu kişilerin kan değerlerine etkilerinin incelendiği rapora göre; radyoloji çalışanları, bağışıklık düzeyi bakımından bazı bozukluklara neden olan düşük doz iyonizan radyasyonun bile uzun dönem etkilerine mesleki olarak maruz kalmaktadır. Rapora göre; "biyolojik değişikliklerin başlaması için alınan radyasyonun herhangi bir eşik değeri yoktur. Bu nedenle diyagnostik radyolojide çalışanlar radyasyondan ne kadar korunurlarsa korunsunlar, bunlar için küçük radyasyon dozları dahi önemli riskler taşımaktadır".(Türk Tanısal ve Girişimsel Radyoloji Dergisi, Haziran 2004,C.10, Sayı 2, s. 97-102- Bu araştırmada Fırat Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde görev yapan 51 Radyodiagnostik çalışanının kan değerleri alınmış ve bu kişiler üzerinde radyasyonun olumsuz etkileri tespit edilmiştir).Radyasyonun herhangi bir sağlık sorununa neden olmayan bir düzeyi bulunmamaktadır. Bu nedenle de radyoloji çalışanlarının ve ailelerinin sağlıklarının korunabilmesi bakımından doz sınırlamasının yanı sıra çalışma sürelerinin azaltılması da büyük önem taşımaktadır.

Nitekim Radyasyon Görevlileri İçin Uluslararası Radyolojik Korunma Komisyonu'nun 60 numaralı raporunda ve Uluslar arası Atom Enerjisi Ajansı IAEA'nın Temel Güvenlik Standartları ismi altında yayımladığı BSS-115 nolu yayınında, radyasyon korunması ile ilgili

önerilen üç temel ilke bulunmaktadır. Bunlar "Uygulamaların Kabul Gerekçelendirmesi-Işınlamanın zararlı sonuçları göz önünde bulundurularak, net bir fayda sağlamayan hiçbir radyosyon ışınlamasına izin verilmez", "Radyasyon Korunmasının Optimizasyonu" ve son olarak "Doz Sınırlaması"dır. Bu ilkelerin radyasyonun zararlı etkilerinden korunmak için en üst seviyede radyasyonun kullanıldığı tüm tıbbi ve endüstriyel alanlar ile yapay radyasyon kaynaklarının kullanıldığı diğer bütün alanlarda, radyasyon görevlilerine ve toplum üyesi kişilere bütünüyle uygulanması gerekmektedir.

Bu açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere radyasyondan korunma sisteminde doz sınırlarına uyulması radyasyonun zararlı etkilerinden korunmanın tek ve yeterli gerekliliği değildir. Aksine radyasyondan korunma bakımından alınabilecek diğer önlemlerle dozların alınabilecek en alt düzeyde tutulması çok daha önemlidir. Radyasyon Güvenliği Yönetmeliği'ne göre de "yıllık doz sınırları" Yönetmeliğin 10. maddesine göre "sağlığa zarar vermeyecek şekilde" uluslararası standartlara uygun olarak belirlenmek zorundadır. Ayrıca iyonizan radyasyon alanında ölçü olarak kabul edilen doz faktörünün yanında zaman faktörü de ölçümlerin bir diğer ayağını oluşturmaktadır. Bu durumda çalışma süreleriyle ilgili değişikliklerin çalışanların sağlıklarının korunması bakımından önemini arttırmaktadır.

Bu nedenle, çalışma şartlarının(süresinin) belirlenmesinde sadece doz faktörünü esas alan düzenleme de kamu yararı da bulunmamaktadır. 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.

Açıklanan nedenle iptali istenen cümle, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan Anayasanın 17 nci maddesinde kişilerin yaşam hakkı, 56 ncı maddesinde ise sağlık hakkı düzenlenmiş olup; iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis, tedavi ve araştırma yapılan yerlerde çalışan kamu sağlık personelinin radyasyon karşısında sağlığını yeterince koruma altına alamayan hükümlerin, söz konusu personelin yaşam ve sağlık

haklarına ve dolayısıyla Anayasanın 17 ve 56 ncı maddelerine aykırı düşeceği gözden kaçırılmamalıdır.

16/6/1989 tarihli ve 3581 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan 1961 tarihli 'Avrupa Sosyal Şartı'nın yerini almak üzere, Avrupa Konseyi tarafından 1996 tarihinde kabul edilen ve Ülkemiz tarafından 6/10/2004 tarihinde imzalanan "(Gözden Geçirilmiş) 'Avrupa Sosyal Şartı'nın beyan ile onaylanması 27.9.2006 tarih ve 5547 sayılı Kanun ile uygun bulunmuştur (R.G. T. 3.10.2006, sa.26308),

Bu Şartın "Adil çalışma koşullarına sahip olma hakkı" başlıklı 2 nci maddesinin (1) numaralı bendi ile "Verimlilik artışı ve ilgili diğer etkenler izin verdiği ölçüde haftalık çalışma süresinin aşamalı olarak azaltılmasını öngören makul günlük ve haftalık çalışma saatleri sağlamayı"; (4) numaralı bendi ile de " İçkin olarak tehlikeli ve sağlığa zararlı işlerdeki riski ortadan kaldırmayı ve bu risklerin henüz yeterince azaltılamadığı ya da kaldırılamadığı durumlarda bu işlerde çalışanlara ücretli ek izin verilmesini veya bunların çalışma saatlerinin azaltılmasını sağlamayı" akit taraflar taahhüt etmişlerdir.

Hal böyle iken ve radyasyondan korunma sisteminde doz sınırlarına uyulması radyasyonun zararlı etkilerinden korunmanın tek ve yeterli gereklilik değilken söz konusu çalışanların çalışma şartlarının belirlenmesinde sadece radyasyon limitlerinin esas alınmasını öngören iptali istenen düzenlemenin Avrupa Sosyal Şartı'na da uygun olmadığı ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırı olduğu açıktır.

Öte yandan, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerinde ifade edilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesinin değiştirdiği 31.12.1980 tarih ve 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 2 nci maddesinin son cümlesi Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11, 17, 56, 90 ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 11/4/1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 9 uncu Maddesinin Birinci

Fıkrasındaki "Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde" İbaresinin ve İkinci Fıkrası ile Son Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen düzenlemeler hem tıpta uzmanlık kurulunun işleyiş ve oluşumunda Sağlık Bakanlığını belirleyici kılmakta, hem tıpta uzmanlık eğitimi ile ilgili çok önemli konularda kurulu işlevsiz bırakmakta (eğitim müfredatı, uzmanlık eğitimini verecek eğiticilerin niteliklerinin ve görevlendirmelerine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi) hem de tıpta uzmanlık eğitimi ile ilgili bütün süreçlerin belirleneceği Yönetmeliğin çıkarılmasında sadece Sağlık Bakanlığı ve Bakanlar Kurulunu yetkili kılmakta, YÖK ve Türk Tabipleri Birliği ile Türk Diş Hekimleri Birliği'ni sürecin dışında bırakmaktadır.

Bu düzenlemeler, tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği bilimsel ve idari özerkliği ortadan kaldırmakta olduğu gibi Anayasa'nın 130 ve 131 inci maddelerine de aykırılık taşımaktadır.

Tıpta uzmanlık eğitimi, altı yıllık tıp fakültesi eğitiminden sonra girilebilen ve tıp doktorlarına belirli alanlarda özel yetenek ve yetki sağlamayı amaçlayan bir yükseköğretim konusudur. Tıpta uzmanlık eğitimi ister Tıp Fakültelerine bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinde isterse Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinde verilsin yükseköğretim konusu olma özü değişmemektedir. Nereden uzmanlık eğitimini alırsa alsın uzmanlık öğrencilerinin aynı kural ve koşullarda aynı yeterlilikte yetişmeleri zorunludur.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Yükseköğretim Kurumları ve Üst Kurumları' başlıklı 130 uncu maddesinde orta eğitime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim ve öğretimin (yükseköğretimin) üniversiteler tarafından verileceği, 131 inci maddesinde ise; yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim-eğitim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapma'nın Yüksek Öğretim Kurulu'nun görevleri arasında olduğu belirtilmiştir.

Esas İtibariyle Sağlık Bakanlığı'nın sağlık hizmetlerindeki rolü; Anayasa'nın 56 ncı maddesinde tanımlanan, "Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek

amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir." ödevini hayata geçirmektir. Sağlık Bakanlığı'nın asli işlevi tıp eğitimi olmayıp, Anayasa'da tanımlanan sağlık kuruluşlarının tek elden planlanıp hizmet vermesini sağlamak ve onları bu kapsamda denetlemektedir.

Bilindiği üzere gerek Anayasa'nın anılan hükümleri, gerek 2547 sayılı Kanun ve gerekse 1219 sayılı Yasa uyarınca yükseköğretim olan tıp eğitimi, tıp fakülteleri tarafından verilmektedir. Tıpta uzmanlık eğitimi de özü itibariyle yükseköğretim kavramının kapsamına girmekte ve GATA ve Adli Tıp Kurumu dışında tıp fakültelerinde ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim hastanelerinde verilmektedir. YÖK ve üniversiteler eğitim boyutu ile tıpta uzmanlık eğitiminde asli yetkili kamusal kurumlardır. Sağlık Bakanlığı ise hizmet sunumu ve bazı birimlerinde eğitimin verilmesi bakımından bu alanla ilgili idari kolluktur.

İptali istenen düzenlemeler ile tıpta uzmanlık eğitiminin, yüksek öğretim olma niteliği göz ardı edilmiş, Sağlık Bakanlığı yükseköğretim ile ilgili bir alanda asıl yetkili kurum olarak belirlenmiştir.

Tıpta uzmanlık eğitimi; "…uzmanlık eğitimi gören asistanları, uzmanlık eğitimi vermeye yetkili kılınan kurumları ve uzmanlık eğitimini verecek eğitim sorumlulukları ile bütünlük arzeden bir eğitim süreci…"dir (Ek.1-Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, YD.İtiraz No:2004/643, 30.12.2004).

"Tıpta Uzmanlık Tüzüğü Tasarısı"nın incelenmesine ilişkin Danıştay 1. Dairesi'nin 29.5.2006 tarih ve E.2005/534, K.2006/545 sayılı Kararında (Ek.2) Sağlık Bakanlığının tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimini düzenleme konusundaki yetkisizliği ve aksi yöndeki düzenleme ve işlemlerin Anayasa'ya aykırılığı ayrıntıları ile tartışılmıştır. Danıştay'ın bu Kararında;

"Türkiye Cumhuriyeti Anayasanın 11 nci maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu, kanunların Anayasaya aykırı olmayacağı, 131 inci maddesinin birinci fıkrasında, yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak,

düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek, bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını geliştirmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulacağı, aynı maddenin üçüncü fıkrasında, Kurulun teşkilatı, görev, yetki ve sorumluluğu ve çalışma esaslarının kanunla düzenleneceği, 177 nci maddesinin (e) bendinde, Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilanıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılmasını gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemlerin mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu dosyada incelenen Tıpta Uzmanlık Tüzüğü Tasarısının genel gerekçesinde, gerek 1219 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi uyarınca, gerekse de 2547 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (t) bendi uyarınca tıpta uzmanlığı düzenleme konusunda yetkili otoritenin Sağlık Bakanlığı olduğu ileri sürülmekteyse de, 2547 sayılı Kanunun 1219 sayılı Kanundan sonra yürürlüğe girdiği, 1219 sayılı Kanunda tıpta uzmanlık eğitimi ile ilgili düzenleme bulunmadığı, 2547 sayılı kanunun tıpta uzmanlık eğitimini lisans üstü bir yükseköğretim olarak nitelediği, 2547 sayılı Kanundan sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasasının 131 inci maddesini ise yükseköğretimi düzenlemek ve yükseköğretim kurumlarının faaliyetlerine yön vermek konusunda Yükseköğretim Kurulunu yetkili saydığı dikkate alındığında, tıpta uzmanlık eğitimi ile ilgili düzenleme yapma yetkisinin sadece Sağlık Bakanlığına ait olduğunun kabulü mümkün değildir. Kaldı ki, üniversitelerin tıp fakültelerince de verilen uzmanlık eğitiminde Sağlık Bakanlığını tek düzenleyici kurum olarak kabul etmek, gerek 1982 Anayasasına, gerekse 2547 sayılı Kanuna aykırılık teşkil eder. 1982 Anayasasının yükseköğretimle ilgili hükümleri ile 177 nci maddesi hükmü göz önüne alındığında, 2547 sayılı Kanunun 3 üncü maddesindeki tıpta uzmanlığın, Sağlık Bakanlığınca düzenlenen esaslara göre yürütüleceğine ilişkin düzenlemede, Anayasanın yükseköğretimle ilgili hükümlerine uygunluk sağlanması amacıyla yasal değişiklik yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır."

gerekçesine yer verilmiştir.

Öte yandan, Avrupa Komisyonu'nun mesleki yeterliliklerin karşılıklı tanınmasına ilişkin 2005/36/EC direktifinde meslek örgütlerinin mesleki yeterlilikler için standartlar ve ölçütler belirlemek konusundaki süreçlere katılımı özellikle vurgulanmıştır. İlgili direktifin dibacesinin 34. maddesi ve direktifin 15/II maddesi meslek örgütlerine Komisyon'un oluşturacağı standartların oluşum sürecinde katılımını getirmekte ve oluşumdan sonra da gözden geçirilmesini ve değiştirilmesini talep yetkisi vermektedir. Bu direktiften önce kabul edilmiş olan 75/362/EEC ve 75/363/EEC direktifleriyle tıp alanında mesleki yeterlilik temel ölçütlerinin belirlendiği süreçte meslek örgütlerinin Avrupa Birliği kurumları tarafından, yetkin ve sürece içerilmesi gereken yapılar olarak benimsendiği görülmektedir. Nitekim Avrupa Topluluğu Tabipler Daimi Komitesi, Avrupa Tıp Uzmanları Birliği, Avrupa Pratisyen Hekimler Birliği gibi Avrupa düzeyindeki yapılar ve temsil ettikleri ulusal düzeydeki meslek örgütleri tıp alanında ölçütler belirleyerek, bunları karar alma süreçlerinde ortaya koymak açısından aktif kurumlar olmuşlardır. Bugün Avrupa Birliği düzeyinde ve tıp alanında mesleki yeterlilikler konusunda gelinen nokta bu meslek kuruluşlarının çabaları ve katılımları sayesinde mümkün olmuştur.

Tıpta uzmanlık kurulunun işleyiş ve oluşumunda Sağlık Bakanlığını belirleyici kılan, YÖK ve TTB'ne bu alana ilişkin işlerin düzenlenmesinde ve yürütümünde gerektiği gibi yer vermeyen iptali istenen düzenlemeler; Avrupa Birliği 2005/36/EC direktifine, Anayasanın 130 ıncı maddesindeki "üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduğu" ve 131 inci maddesindeki "yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek ve denetlemenin Yükseköğretim Kurulu'nun görevi olduğu" na ilişkin normlarına 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 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair

Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 11/4/1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki "Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde" tümcesi, ikinci fıkrası ile son fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci,11 inci, 130 uncu, 131 inci ve 177 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

5614 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 3359 sayılı Kanunun Ek 5 inci maddesine eklediği son fıkra ile, tıpta aile hekimliği dalı dışındaki bir dalda uzman olan hekimlerin, uzmanlık unvanı kazandıkları alan dışında aile hekimi olarak görevlendirilmelerine imkan tanınarak, hem bu uzmanların Anayasanın 2, 5, 11, 17 ve 48 inci maddelerine aykırı bir biçimde çalıştırılmalarına, hem de hizmet verdikleri kişilerin yaşam ve sağlık haklarının Anayasanın 2, 5, 11, 17 ve 56 ncı maddelerine aykırı biçimde zedelenmesine yol açılmaktadır. Böyle bir durum hem söz konusu uzmanlar hem de hizmet verdikleri kişiler açısından, sonradan giderilemeyecek birtakım zararların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

5614 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin değiştirdiği 2368 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin son cümlesinin uygulanması halinde ise, iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis, tedavi veya araştırma yapılan görevlerde çalışan sağlık personelinin yaşam ve sağlık hakkı yeterince korunamayacağı için, yine sonradan giderilmesi olanaksız zararlar ortaya çıkabilecektir.

5614 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin değiştirdiği 1219 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki "Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde" ibaresinin, ikinci fıkrası ile son fıkrasının ilk cümlesinin hükümlerinin ise, bilimsel ve yönetsel bakımdan üniversite özerkliğini zedeleyeceği, siyasal çevrelerin özellikle iktidarların tıpta uzmanlık öğretim ve eğitimini etki altında tutabilmelerinin yolunu açtığı yukarıda ayrıntılarıyla anlatılmıştır. Bu hükümlerin uygulanması halinde tıpta uzmanlık eğitimi üniversite özerkliğinden amaçlanan yararların dışında, siyasi baskı ve etkilere açık bir biçimde yürütülebileceğinden, bundan sonradan giderilemeyecek sayısız zarar doğabilecektir.

Diğer taraftan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü 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 28.3.2007 tarih ve 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 1 inci Maddesinin 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 5 inci maddesine eklediği son fıkra, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 11 inci, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan,

2) 2 nci Maddesinin değiştirdiği 31.12.1980 tarih ve 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanunun 2 nci maddesinin son cümlesi Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 17 nci, 56 ncı, 90 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 4 üncü maddesinin değiştirdiği 11/4/1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki "Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde" ibaresi, ikinci fıkrası ile son fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 130 uncu, 131 inci ve 177 nci 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

28.3.2007 günlü, 5614 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un iptali istenilen kuralları içeren;

1- 1. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 5. maddesine eklenen fıkra şöyledir:

"Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personel, bulundukları ilde sözleşmeli aile hekimi olarak çalışabilirler veya ihtiyaç halinde aile hekimliği uygulamaları için görevlendirilebilirler. Bu personelin aile hekimliğinde geçen süreleri Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılır. Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde bu uygulamadan kaynaklanan nedenlerle birinci basamak sağlık kuruluşlarında görev yapan Devlet hizmeti yükümlüsü personelin il içinde görev yeri değiştirilebilir."

2- 2. maddesiyle değiştirilen, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'un iptal istemine konu tümcenin de yer aldığı 2. maddesi şöyledir:

"Kamu sağlık hizmetlerinde çalışan personelin haftalık kanunî çalışma süresi 45 saat, 4 üncü maddede tanınmış olan haktan yararlananlar için ise 40 saattir. Personelin günlük çalışma saatleri, 657 ve 926 sayılı kanunlardaki hükümlere göre tespit edilir. **Ancak, bu personelden iyonlaştırıcı radyasyon ile teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personel, Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenen radyasyon dozu limitleri içinde çalıştırılabilir."**

3- 4. maddesiyle değiştirilen, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un iptal istemine konu fıkra, tümce ve ibareyi içeren 9. maddesi şöyledir:

"Eğitim kurumlarına eğitim yetkisi verilmesi ve eğitim yetkisinin kaldırılmasına ilişkin teklifleri karara bağlamak, uzmanlık ana dallarının rotasyonlarını belirlemek, uzmanlık sınavı jürilerini tespit etmek, yabancı ülkelerde asistanlık yapanların bilimsel değerlendirilmesini yapacak fakülteleri ve eğitim hastanelerini belirlemek, tıpta uzmanlık

eğitimi ve uzman insan gücü ile ilgili görüşler vermek, uzmanların tıbbî gelişmeleri izlemesini sağlayıcı inceleme ve araştırmalar yapmakla görevli olmak üzere, **Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde** Tıpta Uzmanlık Kurulu teşkil olunmuştur.

Tıpta Uzmanlık Kurulu;

a) Bakanlık Müsteşarı, ilgili genel müdür ve 1. Hukuk Müşaviri,

b) Biri diş tabibi olmak üzere eğitim hastanelerinden Bakanlığın seçeceği beş,

c) Dört tıp fakültesinden ve bir diş hekimliği fakültesinden YÖK'ün seçeceği birer,

ç) Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve Fakültesinin seçeceği bir,

d) Türk Tabipleri Birliğinin seçeceği bir,

e) Türk Diş Hekimleri Birliğinin seçeceği bir,

üyeden oluşur.

Kurumlar, seçecekleri asıl üye sayısı kadar yedek üye de belirler.

Kurula seçilecek asıl ve yedek üyelerin uzman olmaları, ayrıca en az üç yıllık klinik veya laboratuvar şefi ya da profesör unvanına sahip bulunmaları şarttır. Üyelerin görev süreleri üç yıldır. Süresi bitenler tekrar seçilebilir.

Kurul, Bakanlığın daveti üzerine yılda en az iki kez toplanır. Kurula Bakanlık Müsteşarı veya yapılacak ilk toplantıda üyeler arasından seçilecek başkan vekili başkanlık eder. Kurul, üyelerden en az beşinin teklifi ile olağanüstü toplanır.

Kurul, üyelerin üçte ikisinin katılımı ile toplanır. Türk Tabipleri Birliği temsilcisi yalnızca tabiplerle ilgili, Türk Diş Hekimleri Birliği temsilcisi de yalnızca diş tabipleri ile ilgili konuların görüşüleceği toplantılara katılabilirler ve kendi meslek alanları ile ilgili konularda oy kullanırlar. Kararlar oyçokluğuyla alınır. Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu taraf çoğunluğu sağlamış sayılır. Ancak, kurumların eğitim yetkisinin kaldırılmasına ilişkin toplantılarda katılanların en az üçte iki çoğunluğu ile karar alınması şarttır.

Kurul toplantılarına üst üste iki kez mazeretsiz olarak katılmayanların üyeliği düşer.

Kurulun çalışma usûl ve esasları ile ilgili diğer hususlarla ihtisas belgelerinin alınması ve uzmanlık eğitimi ile ilgili diğer usûl ve esaslar Sağlık Bakanlığınca hazırlanıp Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir. Bu yönetmelik yürürlüğe konuluncaya kadar, mevcut düzenlemelerin uygulanmasına devam edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 11., 17., 48., 56., 90., 128., 130., 131. ve 177. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 31.5.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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- Yasa'nın 1. Maddesiyle, 3359 Sayılı Yasa'nın Ek 5. Maddesine Eklenen Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kural'la, Devlet hizmeti yükümlülüğü açısından uzman hekim-pratisyen hekim ayrımı yapılmadığı, tıpta aile hekimliği dışındaki bir dalda uzman olan hekimlere yasal olarak kazandıkları tıpta uzmanlık unvanlarının yok sayılarak aile hekimliği görevi verildiği, bunun Anayasa'nın sosyal hukuk devleti ilkesi ile herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve koruma hakkına aykırı olduğu, çalışma hakkının sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlandırıldığı, uzman hekimlerin manevi varlığının zedelendiği ve dilediği alan dışında çalışma yükümlülüğü altına

sokulduğu, kişilerin, uzmanlık alanı aile hekimliği olmayan hekimlerden, aile hekimliği konusunda hizmet almak zorunda bırakılarak, sağlık ve yaşam haklarının olumsuz etkilendiği, belirtilerek Kural'ın, Anayasa'nın 2., 5., 11., 17., 48. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralla, Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personelin, bulundukları ilde sözleşmeli aile hekimi olarak çalışabilecekleri, ihtiyaç halinde aile hekimliği uygulamaları için görevlendirilebilecekleri, bu personelin aile hekimliğinde geçen sürelerinin Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılacağı, aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde bu uygulamadan kaynaklanan nedenlerle birinci basamak sağlık kuruluşlarında görev yapan Devlet hizmeti yükümlüsü personelin il içinde görev yerinin değiştirilebileceği öngörülmüştür.

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

Anayasa'nın 5. maddesinde *"insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama"* Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, 56. maddesinde *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir… Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir."* hükmüne yer verilmiştir.

İptali istenilen kural, 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Yasa'nın Ek 3. maddesinde öngörülen devlet hizmeti yükümlülüğünün yapıldığı sürede geçerli bulunmaktadır.

24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun'un 2. maddesinde aile hekimi, *"kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık*

hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabiptir." şeklinde tanımlanmıştır.

5258 sayılı Yasa'ya göre aile hekimleri tarafından sunulacak hizmetler, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak tanı koyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetleridir. Aile hekimi olabilmek için de aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığı'nın öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya tabip olmak gerekmektedir.

5258 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Sağlık Bakanlığı; Bakanlık veya diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelini, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakatı üzerine, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye yetkilidir."* hükmü gereğince sözleşmeli olarak çalışmak için personelin talebi ile kurum veya Bakanlığın muvafakatı gerekli olduğundan, uzmanlık alanı aile hekimliği olmayan hekimlerden, aile hekimliği konusunda hizmet almak zorunda kalınması söz konusu olmayacaktır.

Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, Ülkenin her yöresinde aile hekimliği hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla tabiplerin devlet hizmeti yükümlülüğünü yaparken, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açacağı da dikkate alındığında kapsamdaki personelin, bulundukları ilde sözleşmeli aile hekimi olarak çalışabilmesi, aile hekimliği uygulamaları için görevlendirilebilmesi veya aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde birinci basamak sağlık kuruluşlarında görev yapan devlet hizmeti yükümlüsü personelin il içerisinde görev yerinin değiştirilebilmesi bu hizmete duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Bu personelin aile hekimliğinde geçen süreleri de devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılmaktadır.

Kural'ın, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet niteliğine uygun olarak, Anayasa'nın 5. maddesindeki insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ve Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan düzenleme kapsamında, sağlık hizmetleri alanında aile hekimine duyulan ihtiyacın karşılanması amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasa'nın 11., 17. ve 48. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Yasa'nın 2. Maddesiyle Değiştirilen, 2368 Sayılı Yasa'nın 2. Maddesinin Son Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 17., 56., 90. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5614 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 2368 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin iptali istenilen son tümcesinin de yer aldığı 2368 sayılı Yasa, 30.1.2010 günlü, 27478 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesinin (a) bendiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

C- Yasa'nın 4. Maddesiyle Değiştirilen, 1219 Sayılı Yasa'nın 9. Maddesinin Birinci Fıkrasındaki İbarenin, İkinci Fıkrasının ve Son Fıkrasının İlk Tümcesinin İncelenmesi

1- Birinci Fıkradaki *"Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde"* ibaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kural'la, sağlık hizmetlerinde aslî işlevinin tıp eğitimi olmayan Sağlık Bakanlığı'nın yükseköğretim ile ilgili bir alanda asıl yetkili kurum olarak belirlendiği, Sağlık Bakanlığı'nın görevinin Anayasa'da tanımlanan sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet verilmesini sağlamak ve onları bu kapsamda denetlemek olduğu, tıp

eğitiminde YÖK ve üniversitelerin, eğitim boyutu ile tıpta uzmanlık eğitiminde aslî yetkili kamu kurumları oldukları, Sağlık Bakanlığı'nın ise hizmet sunumu ve bazı birimlerde eğitimin verilmesi bakımından bu alanla ilgili idarî kolluk niteliğine sahip olduğu, tıpta uzmanlık eğitiminin yüksek öğretim olma niteliğinin göz ardı edildiği, bilimsel ve idarî özerkliğinin ortadan kaldırıldığı, bu nedenlerle birinci fıkradaki *"Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 11., 56., 130., 131. ve 177. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 9. maddesinin birinci fıkrasında, eğitim kurumlarına eğitim yetkisi verilmesi ve eğitim yetkisinin kaldırılmasına ilişkin teklifleri karara bağlamak, uzmanlık ana dallarının rotasyonlarını belirlemek, uzmanlık sınavı jürilerini tespit etmek, yabancı ülkelerde asistanlık yapanların bilimsel değerlendirmesini yapacak fakülteleri ve eğitim hastanelerini belirlemek, tıpta uzmanlık eğitimi ve uzman insan gücü ile ilgili görüşler vermek, uzmanların tıbbî gelişmeleri izlemesini sağlayıcı inceleme ve araştırmalar yapmakla görevli olmak üzere, *"Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde"* Tıpta Uzmanlık Kurulu (TUK) teşkil olunduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 131. maddesinin birinci fıkrasında *"Yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek, bu kurumların kanunda belirtilen amaç ve ilkeler doğrultusunda kurulmasını, geliştirilmesini ve üniversitelere tahsis edilen kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulur."* denilmiştir.

TUK, ilk olarak 18.4.1973 günlü, 14511 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren *"Tababet Uzmanlık Tüzüğü"* ile oluşturulmuştur. 18.4.1973 günlü Tababet Uzmanlık Tüzüğü ve Tababet Uzmanlık Kurulu, 19.06.2002 günlü, 24790 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren *"Tıpta Uzmanlık Tüzüğü"* ile yürürlükten kaldırılmış, Tüzüğün 5. maddesiyle yeniden TUK teşkil edilmiştir. Anılan Tüzüklerle ilgili idarî yargı kararlarında, sürekli kurul niteliği bulunan TUK'nun, 3046 sayılı Yasa'nın 39. maddesi gereğince yasayla Sağlık Bakanlığı'nın sürekli kurulu şeklinde düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

13.12.1983 günlü, 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinde de, herkesin hayatını bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını koruma ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapma, uygulama ve uygulatma, her türlü tedbiri alma, gerekli teşkilatı kurma ve kurdurma, bu görevlerin yerine getirilmesi için gerekli tesisleri kurma ve işletme, meslek personelini yetiştirme görevleri Sağlık Bakanlığına verilmiştir.

27.9.1984 günlü, 3046 sayılı Yasa'nın *"Sürekli kurullar"* başlıklı 39. maddesinde, *"Bakanlıklarda ve bağlı kuruluşlarda hizmetin kurul biçiminde yürütülmesi gerektiğinde, görevleri ve teşekkül tarzı kuruluş kanunlarında veya diğer kanunlarda gösterilmek kaydıyla sürekli kurullar kurulabilir."* denilmiştir. Bu hükümle, bakanlıklarda ve bağlı kuruluşlarda sürekli kurulların, kuruluş yasalarında veya diğer yasalarda gösterilmek koşuluyla kurulabileceği belirtilmiştir. Bu açıdan, TUK'nun 1219 sayılı Yasa'da öngörülmüş olmasının, bakanlıkların kurulmasına, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemeyi amaçlayan 3046 sayılı Yasa'nın bir gereği olduğu açıktır.

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3. maddesinin (t) bendinde *"Lisans Üstü: Yüksek lisans, doktora, tıpta uzmanlık ve sanatta yeterlik eğitimini kapsar ve aşağıdaki kademelere ayrılır."* denildikten sonra (t) bendinin (3) numaralı alt bendinde tıpta uzmanlık, *"Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre yürütülen ve tıp doktorlarına belirli alanlarda özel yetenek ve yetki sağlamayı amaçlayan bir yükseköğretimdir."* şeklinde tanımlanmıştır. 2547 sayılı Yasa'nın 3. maddesinde, *"Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre yürütülme"* tıpta uzmanlığın temel bir özelliği olarak vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler."* denilerek, Devletin sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği açıkça belirtilmiştir. Sağlık hizmetlerinde aslî bir unsur olan hekimlerin tıpta uzmanlıklarının sağlanması Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete sağlık hizmetlerine dair verilen görevler kapsamındadır.

YÖK'ün görevlerini belirleyen Anayasa'nın 131. maddesinde TUK'nun, YÖK'e bağlı olarak kurulacağına dair bir zorunluluk bulunmadığı gibi bu Kurul, 1219 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen görevleri çerçevesinde tıpta uzmanlığın koordinasyonunu sağlamakta, tıpta uzmanlık sınavını yapmamakta, uzmanlık eğitimi de vermemektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 56. ve 131. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11., 130. ve 177. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- İkinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde kuralla, tıpta uzmanlık kurulunun oluşum şeklinin, tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği bilimsel ve idari özerkliği ortadan kaldırdığı, tıp fakültelerine ya da Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinde eğitim verilmesinin tıpta uzmanlık eğitiminin yükseköğretim konusu olma özelliğini değiştirmediği, orta eğitime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim ve öğretimin üniversiteler tarafından verileceği, yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlama, düzenleme, yönetme, denetleme, yükseköğretim eğitim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirme ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmanın YÖK'ün görevleri olduğu, Sağlık Bakanlığı'nın sağlık hizmetlerindeki aslî işlevinin tıp eğitimi olmayıp, Anayasa'da tanımlanan sağlık kuruluşlarının tek elden planlanıp hizmet verilmesini sağlamak ve onları bu kapsamda denetlemek olduğu, tıp eğitiminde YÖK ve üniversitelerin, eğitim boyutu ile tıpta uzmanlık eğitiminde aslî yetkili kamu kurumları oldukları, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 11., 56., 130., 131. ve 177. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasında *"Tıpta Uzmanlık Kurulu;*

a) Bakanlık Müsteşarı, ilgili genel müdür ve 1. Hukuk Müşaviri,

b) Biri diş tabibi olmak üzere eğitim hastanelerinden Bakanlığın seçeceği beş,

c) Dört tıp fakültesinden ve bir diş hekimliği fakültesinden YÖK'ün seçeceği birer,

ç) Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve Fakültesinin seçeceği bir,

d) Türk Tabipleri Birliğinin seçeceği bir,

e) Türk Diş Hekimleri Birliğinin seçeceği bir,

üyeden oluşur." denilmiştir.

Yasa'nın 9. maddesinin dördüncü fıkrasıyla, Kurula seçilecek asıl ve yedek üyelerin uzman olmaları, ayrıca en az üç yıllık klinik veya laboratuvar şefi ya da profesör unvanına sahip bulunmaları şartı getirilmiştir.

İptali istenilen kuralla, TUK'nun toplam 16 asıl üyesinden üçünün Sağlık Bakanlığı'nın merkez teşkilatından katıldığı, diğer 13 üyenin, biri diş tabibi olmak üzere eğitim hastanelerinden beşinin Bakanlık, dördü tıp fakültelerinden ve biri diş hekimliği fakültesinden olmak üzere beşinin YÖK, birinin Gülhane Askeri Tıp Akademisi ve Fakültesi, birinin Türk Tabipleri Birliği ve birinin de Türk Diş Hekimleri Birliği tarafından seçilmesinin öngörüldüğü, bu karma yapının ağırlıklı olarak belli nitelikleri taşıyan tabiplerden oluşturulduğu, Bakanlık merkez teşkilatından üye katılmasının da Sağlık Bakanlığı'nın sağlık politikaları ve sağlık planlamalarını Kurulda dile getirme amacına yönelik olduğu, tıpta uzmanlık sınavı yapmadığı ve uzmanlık eğitimi vermediği anlaşıldığından kural, Anayasa'nın 2., 56., 130. ve 131. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11. ve 177. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- Son Fıkranın İlk Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, tıpta uzmanlık eğitimi ile ilgili bütün süreçlerin belirleneceği, yönetmeliğin çıkarılmasında sadece Sağlık Bakanlığı ve Bakanlar Kurulu'nun yetkili kılındığı, YÖK ve Türk Tabipleri Birliği ile Türk Diş Hekimleri Birliğinin sürecin dışında bırakıldığı bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 11., 56., 130., 131. ve 177. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 9. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesinde *"Kurulun çalışma usûl ve esasları ile ilgili diğer hususlarla ihtisas belgelerinin alınması ve uzmanlık eğitimi ile ilgili diğer usûl ve esaslar Sağlık Bakanlığınca hazırlanıp Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenir."* denilmiştir.

İdarenin görev alanıyla ilgili konularda kanunların uygulanmasını sağlamak amacıyla sahip olduğu yönetmelik çıkarma yetkisinin, hangi kuruluşların katkısıyla kullanılacağı yasakoyucunun takdir yetkisi içinde

bulunduğundan, Kural'ın Anayasa'nın 2., 11., 56., 130. ve 131. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Kuralın Anayasa'nın 177. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

28.3.2007 günlü, 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- a- 1. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek Madde 5'ine eklenen fıkraya,

b- 4. maddesiyle değiştirilen, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 9. maddesinin, birinci fıkrasındaki "Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde…" ibaresinin, ikinci fıkrasının ve son fıkrasının ilk tümcesine,

yönelik iptal istemleri, 30.12.2010 günlü, E. 2007/60, K. 2010/119 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, tümce ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

2- 2. maddesiyle değiştirilen, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'un 2. maddesinin son tümcesinin iptali istemi hakkında, 30.12.2010 günlü, E. 2007/60, K. 2010/119 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu tümceye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

30.12.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

A- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 28.3.2007 günlü, 5614 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 1. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek Madde 5'ine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 2. maddesiyle değiştirilen, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'un 2. maddesinin son tümcesinin, 2368 sayılı Kanun'un, 21.1.2010 günlü, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesinin (a) bendi ile yürürlükten kaldırılması nedeniyle, bu tümceye ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

3- 4. maddesiyle değiştirilen, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 9. maddesinin, birinci fıkrasındaki "Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde…" ibaresinin, ikinci fıkrasının ve son fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

30.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

28.03.2007 günlü 5614 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 07.05.1987 günlü 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 5. maddesine eklenen fıkrada "Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personel, bulundukları ilde sözleşmeli aile hekimi olarak çalışabilirler veya ihtiyaç halinde aile hekimliği uygulamaları için görevlendirilebilirler. Bu personelin aile hekimliğinde geçen süreleri Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılır. Aile hekimliği uygulamasına geçilen yerlerde bu uygulamadan kaynaklanan nedenlerle birinci basamak sağlık kuruluşlarında görev yapan Devlet hizmeti yükümlüsü personelin il içinde görev yeri değiştirilebilir." denilmektedir.

İptali istenen fıkrada; "devlet hizmeti yükümlülüğü" yapmakta olan personelin bulundukları ilde aile hekimi uygulamaları için görevlendirilebilecekleri hükme bağlanmaktadır.

Sağlık hizmetleri devlet hizmeti yükümlülüğü Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa 21.6.2005 günlü 5371 sayılı Kanunla eklenen ek madde 4'ün son fıkrasında; "Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personel, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemezler." şeklinde düzenlenmiş olup, aynı yasanın geçici 6. maddesinde ise "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte tıp fakültelerinde öğrenim görenler ile tıpta uzmanlık ve yandal uzmanlık eğitimi yapmakta olanlar bu Kanunun ek 3. maddesine göre devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler" denilmektedir. Bu düzenlemelerin iptali istemiyle açılan dava sonucunda Mahkememizce verilen E:2007-24 K:2010-113 sayılı kararda karşıoy gerekçesinde teferruatlı bir şekilde açıklandığı gibi "itiraz konusu kuralla getirilen devlet hizmeti yapma yükümlülüğü olağanüstü koşullardan kaynaklanan ve bunlarla sınırlı geçici bir yükümlülük olmadığından Anayasa'nın 18. maddesi ile yasaklanan zorla çalıştırma niteliğindedir. Anayasa'nın 48. maddesi uyarınca, herkese dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğü tanınırken 49. madde ile çalışma herkesin hakkı ve ödevi olarak güvenceye kavuşturulduğu, buna göre insan haklarına dayanan demokratik hukuk devletinde kişilerin kamu ve özel sektörde çalışmak istedikleri alanları özgür iradeleriyle belirleyebilecekleri kuşkusuz olduğu bu nedenle devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmeden mesleğini icra etmesine izin verilmemesi, devlet hizmeti yükümlülüğünü kesintisiz

devamı için getirilen, itiraza konu kuralların Anayasa'nın 2, 18 ve 48. maddelerine aykırı olduğu" gerekçesiyle iptali gerektiği belirtilmişti.

Dava konusu kuralda ise devlet hizmeti yükümlülüğü yapmakta olan personelin bu kapsamda aile hekimliği uygulamalarında görevlendirilebilecekleri düzenlenmekte olup, devlet hizmeti yükümlülüğü konusundaki Anayasa'nın 2, 18, ve 48. maddelerine aykırılık gerekçesinin bu kural yönünden de geçerli olduğu açıktır.

Açıklanan nedenle 28.03.2007 günlü 5614 sayılı yasa ile 07.05.1987 günlü 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 5. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'nın 2, 18 ve 48. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği oyu ile verilen karara bu fıkra yönünden katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2007/78

Karar Sayısı : 2010/120

Karar Günü : 30.12.2010

İPTAL DAVASINI AÇAN: TBMM üyeleri Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ ile birlikte 144 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 25.4.2007 günlü, 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi ile 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen geçici madde 2'nin son fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 7., 8., 9., 11. ve 138. 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:

"III. GEREKÇE

25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile 25.02.1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun 1 inci maddesi de değiştirilmiştir. Bu madde değişiklikten önce şu şekildedir:

"Ortaokulu bitirmiş olup, 25 yaşından yukarı bulunmayan kadınlardan Hükümetçe açılmış veya tanınmış bir (Ebe-Lâborant Hemşire) okulunda 3 sene tahsil görüp Sağlık ve Sosyal Yardım Vekâletince teşkil olunan jüri huzurunda meslek imtihanı vererek aldığı diplomayı usulüne göre Sağlık ve Sosyal Yardım Vekâletine tescil ettirenlerle 3 üncü maddenin 2 nci fıkrasında yazılı olanlara (Hemşire) unvanı verilir..."

25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Kanun ile bu madde aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir;

"Türkiye'de üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksek okullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenler ile öğrenimlerini yurt dışında hemşirelik ile ilgili, Devlet tarafından tanınan bir okulda tamamlayarak denklikleri onaylanan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenlere Hemşire unvanı verilir."

Bu düzenleme ile 1954 yılında benimsenen sekiz yıllık bir temel eğitim olan ortaokul üzerine üç yıllık sağlık meslek lisesi eğitimi sonucu hemşirelik mesleğinin kazanılması koşulu değiştirilmiş, hemşirelik mesleğinin lisans eğitimi sonucu kazanılması zorunluluğu ve gerekliliği kabul edilmiştir. Ancak 5634 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin iptali istenilen son fıkrasında getirilen; *"Üniversitelerin hemşirelik programlarında ülke ihtiyacını karşılayacak yeterli kontenjan oluşturulmak üzere 5 yıl süre ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık memurluğu programlarına öğrenci alınmasına devam olunur ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilir."* hükmü ile, hemşirelerin 1 inci madde de öngörülen gerekliliğe ve koşula aykırı olarak 1954 yılındaki ölçütlere göre yetiştirilmesi kabul edilmiştir.

5634 Sayılı Kanunun gerek teklif metninde gerekse Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunun kabul ettiği metinde iptali istenilen düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun teklifinin gerekçesi ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunun (2/784) Sayılı Raporunun genel gerekçesinde;

"Türkiye, Avrupa Birliğine girme çalışmaları kapsamında mevzuatını Avrupa Birliği mevzuatı ile uyumlandırmaya çalışmaktadır. Sağlıkta Dönüşüm Programı çerçevesinde hemşirelik de bu uyum çalışmaları içinde yer almaktadır. Çünkü Avrupa Birliğine bağlı olan ülkelerde kime ve hangi koşullarda hemşire unvanı verileceği 77/453/EEC değişik 2005/36 Sayılı Direktifle düzenlenmiştir. Hemşirelerin statüsü, eğitimi, görev, yetki ve sorumlulukları ile ilgili hükümler içeren 6283 Sayılı Hemşirelik Kanunu 25 Mart 1954 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Söz konusu Kanun incelendiğinde hemşirelik eğitimine, hemşirelik uygulamalarına yön verme ve temel oluşturma açılarından günümüz koşullarında yetersiz kaldığı, bazı maddelerinin güncelliğini yitirdiği görülmektedir. Toplumun değişen ihtiyaçlarına, tıbbi gelişmelere ve mesleki yeniliklere cevap verebilmesi amacı ile Kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapılarak yeniden düzenlenmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve Avrupa Birliği

politikaları çerçevesinde acilen güncellenmesi gerekmektedir. Bu nedenle Kanunun 1 inci, 3 üncü, 4 üncü, 8 inci ve 9 uncu maddelerinde Direktife uygun değişiklik yapılmıştır" denilmektedir.

5634 Sayılı Kanunun 1 inci maddesinin gerekçesinde ise;"Mevcut Kanunun 1 inci maddesinde lisans düzeyinde eğitimin verildiği hemşirelik yüksek okulları/fakülteleri ve sağlık yüksek okulları yer almamaktadır. Oysa sağlık meslek liseleri Milli Eğitim Bakanlığına devredilerek hemşirelik ve sağlık memurluğu bölümlerine öğrenci alınmamaktadır. Kanunun bu maddesi bu haliyle ortaokula dayalı 3 yıl süreli hemşirelik eğitimine açık kapı bırakmaktadır." denilmiştir. Açıklanan bu düzenleme gerekçelerinden esasen 5634 sayılı Yasa Teklifi hazırlığının temel gerekçesinin hemşireliği, lisans eğitimi sonucu kazanılan meslek olarak düzenlemek olduğu görülmektedir.

Ancak TBMM Genel Kurulu'nda Kanun Teklifinin görüşülmesi esnasında"Lisans üstü eğitim hatta lisans eğitimi alan hemşire sayısı çok az olduğundan, lisans mezunu hemşirelerin de kapsama alınmasının uygun olacağı düşüncesiyle bu değişiklik teklifi düzenlenmiştir" gerekçesi ile iptali istenilen fıkra Kanuna eklenmiştir. Ayrıntılı bilimsel çalışmalara ve gerçek verilere dayalı olmayan böyle bir düzenleme, aşağıda açıklayacağımız nedenlerle Anayasaya aykırıdır.

Bugün hiçbir ülkede, 8 yıl temel eğitim üzerine 4 yıl süreli hemşirelik eğitimi ile hemşire unvanı verilmemektedir.

Avrupa Konseyinin 1967 tarihli Hemşirelik Eğitiminde Minimum Standartlar adlı antlaşma metninde hemşirelikte minimum standart "en az 10 yıl temel eğitim üzerine en az 3 yıl ya da 4600 saat yalnızca mesleğe yönelik eğitim" olarak belirlenmiştir.

Avrupa Konseyinin 1967 Antlaşma metninde bildirilen koşulları, 1977'de 453 sayılı direktife dönüştürülmüştür. Avrupa Birliği ülkelerinde hemşirelikle ilgili 77/453/EEC, 89/595/EEC, 80/154/EEC ve 80/155/EEC sayılı Konsey direktifleri en son Avrupa Komisyonu'nun mesleki yeterliliklerin karşılıklı tanınmasına ilişkin 2005/36/EC direktifine dönüştürülmüştür. Bu direktifte en az 10 yıllık temel eğitim üzerine, en az 4600 saat mesleğe yönelik eğitim sonucunda hemşirelik mesleğinin edinilmesi kabul edilmiştir.

Farklı birçok mesleğin yer aldığı sağlık bakım ekibi içerisinde, ekibin eşit düzeyde bir üyesi olarak hemşirelerin, giderek karmaşıklaşan

rollerini yerine getirebilmeleri için Hemşirelik eğitiminin yalnızca lisans düzeyinde sağlanması gerektiğini Dünya Sağlık Örgütü ve Münih Deklerasyonu da (2000)desteklemektedir. (Ref: Nurses and Midwifes for Health: a European Strategy for Nursing and Midwifery Education. Copenhagen, WHO Regional Office for Europe, 2000 (document EUR/00/50119309/15)

Aşağıda özetle aktarıldığı üzere, Yüksek Sağlık Şurası'nın 23 Mayıs 1995 tarih ve 185/1 sayılı kararı doğrultusunda Sağlık Bakanlığı'nın talebi, Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu'nun 02.11.1996 tarih ve 22805 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile kurulan 79 Sağlık Yüksekokulunun ilgili üniversitelerce faaliyete geçirilmesi için, 22.11.1996 tarihinde Sağlık Bakanlığı ile Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı arasında imzalanan protokol uyarınca ülkemizde 11 yıldır hemşirelik eğitimi sadece ve sadece lisans düzeyinde verilmektedir. Bu kapsamda Üniversiteler bünyesinde yer alan 101 lisans eğitimi programı bulunmaktadır. Yine 1995 Yılında Yüksek Sağlık Şurası aldığı kararla hemşirelikte mesleki yeterliliğin ancak ve ancak lisans düzeyinde verilecek bir eğitimle kazanılabileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

1988 yılında Dünya Sağlık Örgütü'nün Avrupa Hemşirelik Konferansı'ndan çıkan kararlar incelendiğinde; Avrupa'nın Herkese Sağlık politikalarının gerisinde kalmamak için hemşirelik uygulamalarının, esas olarak temel sağlık bakımı yaklaşımının doğasında bulunan ilkelere dayandırılması gerektiği belirtilmektedir. Bu ilkeler; sağlığı geliştirmeyi ve korumayı, hastalığı önlemeyi; bireylerin, ailelerin ve toplumların bakım hizmetlerine katılımlarını sağlamayı ve kendi sağlıkları açısından daha fazla sorumluluk almalarını mümkün kılmayı, sağlık bakım hizmetlerine ulaşmada eşitsizlikleri azaltmayı ve tüm insanların gereksinimlerini karşılama yolunda aktif çalışmalarda bulunmayı; farklı meslek grupları ve farklı sektörlerle işbirliği yapmayı; bakımda kalite güvencesini sağlamayı ve teknolojik olanaklardan gerektiği şekilde yararlanmayı içermektedir.

Bu bağlamda hemşirelik işlevleri 4 ana başlık altında toplanmıştır. Bunlardan;

1. işlev; koruyucu, geliştirici, tedavi edici ya da rehabilite edici amaçlarla bireye/ hastaya, aileye ya da topluma hemşirelik bakımı hizmetlerinin götürülmesi ve bu hizmetin yönetilmesidir.

2. işlev; hastalar ya da hizmet sunulanlar ile sağlık bakım personelinin eğitimidir.

3. işlev; sağlık bakım ekibinin etkin bir üyesi olarak çalışmaktır.

4. işlev; eleştirel düşünce ve araştırmalar yoluyla hemşirelik uygulamalarının geliştirilmesidir.

Günümüzde hemşirelik mesleği; hastaları izlemek ve tedavi süreçlerini yönlendirmek için gerekli olan ileri soyut düşünme yeteneği ve bilgiye sahip olunması zorunlu bir ihtisas mesleğidir. Bu nedenle yükseköğrenim görmüş meslek mensupları tarafından icra edilmesi zorunlu koşul olup, meslek lisesi eğitimi ile beklenen yeterliliğin kazanılması olanaksızdır. Lisans eğitimi aynı zamanda topluma nitelikli sağlık hizmeti sunulması için de zorunlu bulunmaktadır. Özellikle, modern dünyanın temel meselelerinden biri olan nüfusun yaşlanması ki, -Türkiye'de bu trende girmektedir- yine, kronik hastalıkların artışı, bireyselleşme ve geniş aileden çekirdek aile tipine geçişin yaşlı ve hasta bakımında profesyonel desteğe ihtiyacı artırması gibi sosyal etkenlerle, tarihin hiçbir dönemiyle kıyaslanamayacak ölçüde kaliteli bakım hizmetine duyulan ihtiyaç da artmıştır.

Hemşirelerden beklenen işleve uygun olarak 25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile değiştirilen 25.02.1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun 4 üncü maddesinde yer alan hemşirelik görev yetkileri de yeniden tanımlanmıştır. Yapılan bu değişiklikle hemşireler tabip tarafından verilen tedavileri uygulamanın yanı sıra "her ortamda bireyin, ailenin ve toplumun hemşirelik girişimleri ile karşılanabilecek sağlıkla ilgili ihtiyaçlarını belirlemek ve hemşirelik tanılama süreci kapsamında belirlenen ihtiyaçlar çerçevesinde hemşirelik bakımını planlamak, uygulamak, denetlemek ve değerlendirmekle görevli ve yetkili" kılınmıştır. Bu görev ve yetkiyi toplum yararına uygun bir yeterlilikte kullanabilmek için aynı Kanunun 1 inci maddesinde tanımlandığı üzere lisans düzeyinde eğitim gerekmektedir. Böyle bir eğitimin gerekliliği, yaklaşık 4 milyon cerrahi işlem sonrası hasta

güvenliği konusunun incelendiği bir araştırmada da tespit edilmiştir (Ek.1).

Anayasanın 56 ncı maddesinde Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak ve bu konuda hizmet vermek ödevi getirilmiştir. Yine Devlet, Anayasanın 17 nci maddesinde kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Devletin, bu görevlerini lisans eğitimi gerektiren hemşirelere meslek lisesinde eğitim vererek yerine getiremeyeceği açıktır. Böylece toplumu, mesleğin gerektirdiği yeterliliğe sahip olmayan hemşirelerden, hizmet almak zorunda bırakacak, sağlık ve yaşam haklarını Anayasanın öngördüğü türden yeterli bir hizmete kavuşamama durumu ile yüz yüze getirecektir.

Bu nedenle Anayasada belirtilen yaşam ve sağlık hakları ile çelişen iptali istenen düzenlemenin, kamu yararı amacına yönelik olmadığı açıktır.

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

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

Bu nedenle, 25.02.1954 tarih ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa 25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci maddesinin eklediği geçici 2 nci maddenin iptali istenen son fıkrası Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Ülkemizde Avrupa Birliği'ne uyum sağlanması amacıyla Yüksek Sağlık Şurası'nın 23 Mayıs 1995 tarih ve 185/1 sayılı kararı ile hemşire, ebe ve sağlık memurluğu eğitiminin 4 yıllık lisans eğitimi seviyesinde verilmesi kararı alınmıştır. Bu kapsamda, Türkiye'de 10 yıl temel eğitim

olmadığından ve metinde de en az 10 yıl denildiğinden, program lise eğitimi üzerine temellendirilmiş ve 4600 saatlik çekirdek program hazırlanmış ve bu gün lisans eğitimi veren 101 hemşirelik programında uygulanmaktadır.

Yüksek Sağlık Şurası'nın 23 Mayıs 1995 tarih ve 185/1 sayılı kararı doğrultusunda Sağlık Bakanlığı'nın talebi, Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu'nun 02.11.1996 tarih ve 22805 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile kurulan 79 Sağlık Yüksekokulunun ilgili üniversitelerce faaliyete geçirilmesi için, 22.11.1996 tarihinde Sağlık Bakanlığı ile Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı arasında protokol imzalanmıştır. Protokolün 6 ncı maddesi uyarınca; Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokuluna dönüştürülen Sağlık Meslek Lisesi binaları ile 02.11.1996 tarih ve 22805 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Bakanlar Kurulu kararında öngörülen yerlerdeki Sağlık Meslek Lisesi binaları, ihtiyaç halinde uzatılabileceği kaydı ile 20 yıl süre ile ilgili üniversite rektörlüklerinin kullanımına tahsis edilmiştir.

Protokolün 7 nci maddesinde; Sağlık Yüksekokuluna dönüştürülen Sağlık Meslek Liselerine, ortaokula dayalı ortaöğretim düzeyinde öğrenci alınmayacağı ve bu okullara diğer sağlık meslek liselerinden öğrenci nakli yapılamayacağı düzenlenmiştir. Yine protokolün 12 nci maddesinde, hemşirelik, ebelik ve sağlık memurluğu eğitiminin 4 yıllık sağlık yüksekokullarında yürütüleceği, sağlık yüksekokuluna dönüştürülmeyen diğer sağlık meslek liselerinin ebelik, hemşirelik ve sağlık memurluğu bölümlerine öğrenci alınmayacağı öngörülmüştür.

Protokolün 12 nci maddesine göre ise; ebelik, hemşirelik ve sağlık memurluğu eğitimi 4 yıllık sağlık yüksekokullarında yürütülür. Sağlık yüksekokullarına dönüştürülmeyen diğer sağlık meslek liselerindin ebelik, hemşirelik ve sağlık memurluğu bölümlerine öğrenci alınmayacaktır.

Sağlık Bakanlığı 03.01.2001 gün ve 2001/9 sayılı işlemi ile yukarıda sözü edilen protokolü tek taraflı olarak feshetmiş ise de, Yüksek Öğretim Kurulu'nun açmış olduğu dava sonucunda Danıştay 8. Dairesi, 2001/133 E., 2001/5912 K. sayılı ve 13.12.2001 tarihli kararı ile Sağlık Bakanlığının protokolün feshine ilişkin işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından iptaline karar vermiştir. Bu karar, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel

Kurulu'nun 2002/230 E., 2004/1972 K. sayılı ve 09.12.2004 tarihli kararı ile onanarak kesinleşmiştir (Ek.2).

Öte yandan Sağlık Bakanlığı ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında imzalanan 16.06.2004 tarihli protokol ile Sağlık Bakanlığı tarafından, Sağlık Bakanlığı'na bağlı Sağlık Meslek Liselerinin Milli Eğitim Bakanlığı'na devri ile yeniden meslek liseleri hemşirelik bölümlerine öğrenci alınması işlemleri başlatılmıştır. Bu işlemlere karşı açılan davada Danıştay 8.Dairesi E.2005/2527, K.2005/5311 sayılı kararı ile iptal kararı vermiştir(Ek.3). Aynı şekilde 2000-2001 eğitim-öğretim yılında Erzurum İl Sağlık Meslek Lisesi'ne öğrenci alımına ilişkin Sağlık Bakanlığı'nın 14.01.2001 gün ve 132 sayılı işlemi ve buna ilişkin diğer işlemlerinin iptali istemi ile YÖK Başkanlığı tarafından açılan davada Ankara 1. İdare Mahkemesi, 2002/734 E., 2004/261 K. sayılı ve 26.03.2004 tarihli kararı ile dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir.

Bu durum dikkate alındığında, iptali istenen söz konusu düzenleme için yasama erkinin, yukarıda etraflıca belirtilen yargı kararlarının uygulanmasını engellemek amacına yönelik olarak kullanıldığı çok açıktır. Anayasa da belirtilen amacı ya da bir kamu yararını gerçekleştirmek ereğiyle olsun, yasakoyucu belli bir sonucu elde etmek için değişik yolların seçimini siyasî tercihlerine göre yapmakta serbesttir. Ancak, yasakoyucunun kişisel, siyasî ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani kamu yararına yönelik olmayan başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu yasayla düzenlediği durumlarda bir "yetki saptırması" ve giderek de amaç öğesi bakımından yasanın sakatlığı ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılığı söz konusu olur.

Anayasanın 138/4. maddesi gereği, yasama organı dahil bütün devlet organları "... mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." Aksi taktirde, yargı bağımsızlığı söz konusu olamaz ve hukuk devletinden de söz edilemez. Yasama organı, beğenmediği yargı kararlarını, üstelik de geriye yönelik uygulanmak üzere kanun çıkartıp etkisiz hâle getirecekse, elbette ki yargı bağımsızlığı zedelenecektir. (SABUNCU, Yavuz, Anayasaya Giriş, 8. Basım, İmaj Yayıncılık, Ankara 2002, s. 186).

İptali istenen bent ile yapılan düzenleme, yargı kararlarının uygulanmasının engellenmesi amacıyla yapılmış bir düzenleme olduğundan, yetki saptırması ve amaç öğesi bakımından da sakat olup, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi yargı bağımsızlığını zedelediği için de Anayasanın 138 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Diğer yandan yasama erkinin, yargı kararlarının etkisizleştirilmesi için kullanılmasını, Anayasanın Başlangıç kısmı ile 7, 8 ve 9 uncu maddelerinde ifade edilmiş olan kuvvetler aykırılığı ilkesi ile de bağdaştırmak olanaksızdır.

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, 25.02.1954 tarih ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa 25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci maddesinin eklediği geçici 2 nci maddenin iptali istenen son fıkrası Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 ve 138 inci maddeleri hükümleri ile Anayasanın Başlangıç kısmının dördüncü paragrafına aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

25.02.1954 tarih ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa 25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci maddesinin eklediği geçici 2 nci maddenin iptali istenen son fıkrası ile yasama erki kullanılarak, yargı kararlarının etkisizleştirileceğinden bu kuralın uygulanmasının hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Öte yandan kamu yararı amacına yönelik olmayan bu hükmün uygulanması halinde, toplum mesleğin gerektirdiği yeterliliğe sahip olmayan hemşirelerden hizmet almak zorunda bırakılacak, sağlık ve yaşam hakları Anayasanın öngördüğü türden yeterli bir hizmete

kavuşamama durumunda kalacağından bundan giderilmesi olanaksız bir takım zararların doğacağı kuşkusuzdur.

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

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 25.02.1954 tarih ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa 25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci maddesinin eklediği geçici 2 nci maddenin iptali istenen son fıkrası, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 ve 138 inci maddeleri hükümleri ile Anayasanın Başlangıç kısmının dördüncü paragrafına aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

25.4.2007 günlü, 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanun'a eklenen, iptali istenen son fıkrayı da içeren geçici 2. madde şöyledir:

"Geçici Madde 2 – Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık memurluğu programlarından mezun olanlar ile halen bu programlarda kayıtlı bulunan öğrencilerin kazanılmış hakları saklıdır.

Hemşirelik eğitimine eşdeğer sağlık memurluğu programlarından mezun olanlar hemşire olarak çalışırlar.

Hemşirelik eğitimine eşdeğer sağlık memurluğu programının adı, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hemşirelik programı olarak değiştirilir ve programlar birleştirilir.

Bir defaya mahsus olmak üzere, ebelik diplomasına sahip olduğu halde bu Kanunun yayımı tarihinde en az üç yıldan beri yataklı tedavi kurumlarında fiilen hemşirelik görevi yaptığını resmi belge ile

belgelendiren ve bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde talepte bulunanlar hemşirelik yetkisiyle görevlerine devam ederler.

Üniversitelerin hemşirelik programlarında ülke ihtiyacını karşılayacak yeterli kontenjan oluşturulmak üzere 5 yıl süre ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık memurluğu programlarına öğrenci alınmasına devam olunur ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 7., 8., 9., 11. ve 138. maddelerine dayanılmış, 17. ve 56. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

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

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

25.4.2007 günlü, 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanun'a eklenen Geçici Madde 2'nin son fıkrasının yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 12.7.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ÖN MESELE

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi gerekmiştir.

Yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'nin yapısı ile görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye paralel olarak ilgili kuruluş kanunu henüz yasalaşmamış bulunmaktadır. Bu durumda, 2949 sayılı Yasa halen yürürlükte olup, Anayasa'ya aykırı olmayan hükümleri uygulanabilecek konumdadır. Bu Yasa'nın Anayasa'ya aykırı olan hükümlerinin yerini ise Anayasa'da doğrudan uygulanacak nitelikteki kuralların alacağı açıktır.

Bu nedenle, kamusal hizmetlerin sürekliliği ilkesi çerçevesinde yargısal faaliyetlerin aksamasının önüne geçilmesi hususları da gözetildiğinde, Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmamaktadır.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde özetle, 5634 sayılı Yasa'nın hazırlanmasında etkili olan Avrupa Komisyonu direktifinde, hemşirelik mesleği için en az on yıl temel eğitim üzerine 4600 saatlik mesleki eğitim şartı öngörülmesi nedeniyle 5634 sayılı Yasa'da hemşirelik mesleği için lisans eğitimi getirildiği, iptali istenilen kuralda ise lise mezunlarına hemşire olma hakkı verildiği, bu durumun toplumu, mesleğin gerektirdiği yeterliliğe sahip olmayan hemşirelerden hizmet almak zorunda bıraktığı, dolayısıyla sağlık ve yaşam haklarını olumsuz etkilediği, kamu hizmetinin nitelikleri ile bağdaşmadığı ve kamu yararına aykırı olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine; Sağlık Bakanlığı ile Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı arasında düzenlenen protokole bağlı olarak açılan davalar sonucunda verilen mahkeme kararlarını bertaraf etmek üzere, yasama erkinin, yargı kararlarını etkisizleştirmek için kullanılması nedenleriyle Anayasa'nın Başlangıcı ile 7., 8., 9., 11. 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 incelemesi yapabileceğinden, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'nun 5634 sayılı Yasa'yla değişik 1. maddesinde, hemşirelik unvanının kazanılabilmesi için üniversitelerin hemşirelikle ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olma şartı getirilmiştir. İptali istenilen kural ile üniversitelerin hemşirelik programlarında ülke ihtiyacını karşılayacak yeterli kontenjan oluşturulmak üzere beş yıl süreyle sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık memurluğu programlarına öğrenci alınmasına devam edileceği ve bu programlardan mezun olanlara hemşirelik unvanı verileceği hükme bağlanmıştır.

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

Anayasa'nın 17. maddesi gereğince herkese tanınan yaşama, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı birbirleriyle sıkı sıkıya bağlantılı, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır.

Anayasa'nın 56. maddesinde ise herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmekte ve böylece devlete vatandaşın korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmek için pozitif yükümlülük vermektedir. Bu yükümlülük devletin sağlık politikasının güven ve kararlılık içinde, sürekli olarak yürütülmesini gerektirmektedir. Esasında insanların hastalandıklarında ya da hastalanmadan koruyucu hekimlik kapsamında sağlık hizmetlerinden yararlanmaları, tedavi olmaları insan olmanın asgari yaşam standardıdır.

Kişinin yaşama hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez

haklarındandır. Yaşama ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardandır. Öte yandan sağlıklı yaşama hakkına ilişkin Anayasa'nın 56. maddesi, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu belirtir. Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak için sağlık kuruluşlarını planlayıp verimli şekilde hizmet vermelerini düzenler. Hemşirelik mesleğine ilişkin düzenlemeler de bu kapsamdadır.

Hemşirelik; hastaları izlemek, tanı koymak ve tedavi süreçlerini yönlendirmek için gerekli olan ileri soyut düşünme yeteneği ve bilgi, belirli düzeyde beceri, psikolojik ve sosyolojik olguları kavrayacak kadar kültürel donanım, ağır tempoyu üstlenebilecek bir fiziksel dayanıklılık ve temel insanlık değerleri gerektiren bir meslektir. Bu açıdan toplum sağlığının korunmasında önemli işlevleri bulunan hemşirelik eğitiminde uluslararası standartlarda lisans eğitiminin önemi açıktır. Nitekim 5634 sayılı Yasa'yla değişik 6283 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde de hemşirelik unvanının kazanılabilmesinde üniversitelerin hemşirelikle ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokullarından mezun olma şartı öngörülmüştür.

Üniversitelerin hemşirelikle ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksekokulların eğitim-öğretim süreleri dört yıl, hazırlık eğitimi verilenler de ise beş yıldır. Bu bağlamda, beş yıllık sürenin, lisansüstü eğitim süresi gözetilerek konulduğu anlaşılmaktadır.

Sağlık hizmetlerinin devamlılığı asıldır. Hemşirelik eğitiminde lisans ve lisansüstü eğitime geçiş bir süreci gerektirir. İptali istenilen kuralda hemşirelik eğitiminde lisans eğitimine geçiş sürecinde mevcut ve gelişmelere göre artan hemşire ihtiyacı gözetilerek geçici olarak beş yıl süreyle sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık programlarına öğrenci alınmasına devam olunması, sağlık ve yaşam hakkının korunması ve bu korumada sürekliliğin sağlanmasında Devlete verilen pozitif yükümlülüğün bir gereğidir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıcı ile 7., 8., 9., 11. ve 138. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 25.4.2007 günlü, 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanun'a eklenen Geçici Madde 2'nin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

30.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

E: 2010/68 sayılı dosyadaki karşıoy gerekçesi şöyledir:

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'ni düzenleyen 146., 147., 148. ve 149. maddelerinde değişiklik yapılarak, Mahkeme'nin kuruluşu, görev ve yetkileri ile çalışma ve yargılama usulüne ilişkin yeni kurallar getirilmiş, ancak, değişikliğin, gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar uygulanmasının sağlanabilmesi için geçici kurallara yer verilmediği gibi Anayasa'ya koşut olarak, Anayasa Mahkemesi'nin yargılama usulüne ilişkin yeni bir yasal düzenleme de yapılmamıştır.

Anayasa'nın 6. maddesinde "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz", 142. maddesinde de "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi kanunla düzenlenir" denilmiş, değiştirilen 149. maddesinin beşinci fıkrasında ise Anayasa Mahkemesinin, kuruluşunun, Genel Kurul ve bölümlerinin, yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre, Anayasa'nın genel kural niteliğindeki 142. ve özel olarak Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulünü düzenleyen 149. maddesi uyarınca, Mahkeme'nin yargılama usulünün yasayla düzenlenmesi gereği Anayasal bir zorunluluktur. Yargılama usulü yasayla belirlenmeyen, bu bağlamda kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkiyle Mahkeme'nin çalışmasını sürdürmesi, belirtilen hukuksal durum karşısında olanaklı değildir.

Öte yandan, Anayasa'nın 149. maddesinin ilk fıkrasında, yer alan Genel Kurul'un Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanacağına ilişkin kural, toplantı alt sınırını gösteren bir yargılama usulü kuralı ise de bu sayının üstünde, özellikle çift sayı ile yapılan toplantılarda nasıl bir yol izleneceğini düzenlememektedir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, toplantının ertelenmesi, bir üyenin toplantıdan çıkması ya da benimsenecek farklı seçeneklerden birinin uygulanması konusunda yasal bir dayanak bulunmamaktadır. Bu seçeneklerden hangisi, uygulanırsa uygulansın dayanağını yasadan dolayısıyla Anayasa'dan almayan bir yetki kullanımı söz konusu olacaktır. Yargılama Usulü'nün

Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi ise Anayasa'nın ihlâli sonucunu doğuracaktır.

Belirtilen nedenlerle Anayasa değişikliği uyarınca Mahkeme'nin, yargılama usulü yasa ile belirlenmeden yargısal faaliyetlerini sürdüremeyeceği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Fettah OTO

Üye	Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/84

Karar Sayısı : 2010/121

Karar Günü : 30.12.2010

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekili Hakkı Suha OKAY

İPTAL DAVASININ KONUSU: 16.7.2008 günlü, 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 5. maddesiyle 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen tümcenin,

2) 16. maddesiyle 4749 sayılı Kanun'un Geçici 12. maddesine eklenen fıkranın ikinci tümcesinin,

3) 18. maddesiyle 4749 sayılı Kanun'a eklenen;

a- Geçici Madde 16'nın,

b- Geçici Madde 17'nin birinci fıkrasının ilk tümcesinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 10.9.2008 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 16.07.2008 Tarih ve 5787 Sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına

Dair Kanunun 5 inci Maddesiyle 4749 Sayılı Kanunun 8 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Sonuna Eklenen Cümlenin Anayasaya Aykırılığı

28.03.2002 tarih ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun "Hazine garantileri ve garantisiz borçlar için izin alınması" başlıklı 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasında "Hazine geri ödeme garantisi ve Hazine yatırım garantisi ile lehine garanti sağlanan taraftan verilecek her garanti için bir defaya mahsus olmak kaydıyla garanti edilen tutarın yüzde birine kadar garanti ücreti alınır." denilmiştir.

İptali istenen kural ile Hazine geri ödeme garantisi ve Hazine yatırım garantisi ile lehine garanti sağlanan taraftan her garanti için bir defaya mahsus olmak kaydıyla garanti edilen tutarın yüzde birine kadar alınan garanti ücretinin beş katına kadar arttırılması konusunda Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakana yetki verilmektedir.

Bakana Yasa'da öngörülenin beş katına kadar artırım yetkisi veren böyle bir düzenlemenin anlamı, garanti ücretinin belirlenmesi konusunda aslî düzenleme yetkisinin Bakana bırakıldığı ve keyfi yetki kullanımına kapının açıldığıdır. Halbuki Anayasanın 7 nci maddesine göre; yürütme yetkisi ve görevi, kanunlar çerçevesinde kullanılır ve yerine getirilir. Anayasada gösterilen istisnaî haller dışında, yürütmeye, kanunla düzenlenmemiş bir alanda aslî düzenleme yetkisi verilemez. Böyle bir yetkinin yürütmeye verilmesi, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı bir biçimde, yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve kökenini Anayasadan almayan böyle bir yetki, Anayasanın 6 ncı maddesiyle de çelişir.

Açıklanan nedenle 16.07.2008 tarih ve 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 5 inci maddesiyle 4749 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü Fıkrasının sonuna eklenen cümle, Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

2) 16.07.2008 Tarih ve 5787 Sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16 ncı Maddesiyle 4749 Sayılı Kanunun Geçici 12 nci Maddesine Eklenen Fıkranın İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kuralda "Üniversitelerin 1/1/2006 tarihinden önce imzalanan Hazine garantili kredilerine ilişkin olarak Müsteşarlıkça yapılan

üstlenimler ile ikrazen kullandırılan kredilerinden doğan Hazine alacaklarının ve anılan kuruluşların uzlaşma kapsamındaki Hazine alacaklarının, bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla ödenmeyen bakiye tutarını, Bakanın teklifi üzerine bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkinine Maliye Bakanı yetkilidir." denilmiştir.

Bütçenin gelir/gider hesaplarıyla ilişkilendirilmeksizin bazı hazine alacaklarının silinmesi, bütçe giderlerinin daha düşük görünmesine yol açarak mali saydamlık ilkesine aykırı uygulamalara sebebiyet vereceğinden ve ayrıca silinen bu tutarlar bütçe dışına çıkarıldığından kesin hesap sürecinin de dışında kalacağından iptali istenen kural kamu yararına dayanmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine ters düşmektedir.

Söz konusu hazine alacaklarının silinmesi konusunda Maliye Bakanına tanınan yetki de, sınırları belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle de iptali istenen kural, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

16.07.2008 tarih ve 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16 ncı maddesiyle 4749 sayılı Kanunun geçici 12 nci maddesine eklenen fıkranın ikinci cümlesi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

3) 16.07.2008 Tarih ve 5787 Sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 18 inci Maddesiyle 4749 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici Madde 16'nın Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kural ile TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğünün Hazine garantili kredilerinden Müsteşarlıkça yapılan üstlenimlerden ve ikrazen kullanılan kredilerden doğan anapara, faiz, masraf ve gecikme zammından oluşan Hazine alacaklarının, bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin TCDD'nın Ulaştırma Bakanlığından olan alacaklarından mahsubu suretiyle terkini ve artan kısmının da kuruluşun ödenmemiş sermayesine mahsubu konusunda Maliye Bakanı yetkilendirilmiştir.

Bütçe giderlerinin daha düşük görünmesine yol açarak mali saydamlık ilkesine aykırı uygulamalara sebebiyet vereceğinden ve ayrıca

silinen tutarlar bütçe dışına çıkarıldığından kesin hesap sürecinin de dışında kalacağından iptali istenen bu kural da, kamu yararına dayanmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine ters düşmektedir.

Yine bu kural ile Hazine alacaklarının silinmesi konusunda Maliye Bakanına tanınan yetki de, sınırları belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle de iptali istenen kural, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 16.07.2008 tarih ve 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 18 inci maddesiyle 4749 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 16, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

4) 16.07.2008 Tarih ve 5787 Sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 18 inci Maddesiyle 4749 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici Madde 17'nin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kuralla da, TMSF'na 31.12.2007 tarihine kadar verilen özel tertip Devlet İç Borçlanma Senetleri nedeniyle doğmuş ve/veya doğacak olan Hazine alacaklarının bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkini konusunda Maliye Bakanına yetki verilmiştir.

Söz konusu kural da, yukarıda (1), (2) ve (3) numaralı başlıklar altında belirtilen nedenlerle Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

Bu nedenle, 16.07.2008 tarih ve 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 18 inci maddesiyle 4749 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 17'nin birinci fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen kurallar, Bütçe giderlerinin daha düşük görünmesine yol açarak mali saydamlık ilkesine aykırı uygulamalara sebebiyet

vereceğinden ve bu kural ile Maliye Bakanı'na verilen yetki de asli düzenleme yetkisinin devri niteliğini taşıdığından uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açabilecektir.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu hükümler hakkında yürürlüklerin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 16.07.2008 tarih ve 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 5 inci maddesiyle 4749 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü Fıkrasının sonuna eklenen cümlenin, Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 16 ncı maddesiyle 4749 sayılı Kanunun geçici 12 nci maddesine eklenen fıkranın ikinci cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 18 inci maddesiyle 4749 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 16'nın, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 18 inci maddesiyle 4749 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 17'nin birinci fıkrasının ilk cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederim."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1) 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un; 16.7.2008 günlü, 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ve iptali istenen tümceyi de içeren, 8. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Hazine geri ödeme garantisi ve Hazine yatırım garantisi ile lehine garanti sağlanan taraftan verilecek her garanti için bir defaya mahsus olmak kaydıyla garanti edilen tutarın yüzde birine kadar garanti ücreti alınır. **Bu oranı beş katına kadar artırmaya Bakan yetkilidir.**"

2) 16.7.2008 günlü, 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesiyle, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Geçici 12. maddesine eklenen fıkranın iptali istenilen ikinci tümcesi şöyledir:

"**Üniversitelerin 1/1/2006 tarihinden önce imzalanan Hazine garantili kredilerine ilişkin olarak Müsteşarlıkça yapılan üstlenimler ile ikrazen kullandırılan kredilerinden doğan Hazine alacaklarının ve anılan kuruluşların uzlaşma kapsamındaki Hazine alacaklarının,bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla ödenmeyen bakiye tutarını, Bakanın teklifi üzerine bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkinine Maliye Bakanı yetkilidir.**"

3) 16.7.2008 günlü, 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesiyle, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 16 ile Geçici Madde 17'nin birinci fıkrasının ilk tümcesi şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 16- Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünün bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla vadesi geçmiş Hazine garantili kredilerinden Müsteşarlıkça yapılan üstlenimlerden ve ikrazen kullandırılan kredilerinden doğan

anapara, faiz, masraf ve gecikme zammından oluşan Hazine alacaklarını, bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryollarının Ulaştırma Bakanlığından olan yol bakım ve onarım giderleri karşılığı alacaklarından mahsup suretiyle terkin etmeye, sözkonusu işlemden sonra Kuruluşun bakiye borcunun kalması halinde bu tutarı Kuruluşun ödenmemiş sermayesine mahsuba Bakanın teklifi üzerine Maliye Bakanı yetkilidir."

"**GEÇİCİ MADDE 17- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna 31/12/2007 tarihine kadar verilen özel tertip Devlet İç Borçlanma Senetlerinden doğmuş ve/veya doğacak anapara, faiz, masraf ve gecikme zammından oluşan Hazine alacaklarının bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin terkini Bakanın teklifi üzerine Maliye Bakanı tarafından yerine getirilir…**"

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine dayanılmış, 161. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımıyla 18.9.2008 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 kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A) 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen tümcenin incelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile Hazine garantisi verilmesi nedeniyle ödenmesi gereken garanti ücretinin belirlenmesi konusunda Bakan'a Kanun'da öngörülenin beş katına kadar artırım yetkisi verildiği, bunun, garanti ücretinin belirlenmesi konusunda aslî düzenleme yetkisinin Bakan'a bırakıldığı ve keyfi yetki kullanımına kapı açıldığı anlamına geleceği, Anayasa'nın 7. maddesine göre Anayasa'da gösterilen istisnaî haller dışında, yürütmeye kanunla düzenlenmemiş bir alanda aslî düzenleme yetkisi verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği ve kökenini Anayasa'dan almayan böyle bir yetki devrinin Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama organı Anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla, herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ancak ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi, yasama organının yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabilir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakabilir. Yani yürütme organına tanınan yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için sınırlı, ilkeleri ve çerçevesi yasa ile belirlenmiş ve uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin bir konuya ilişkin bulunması gerekmektedir. 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.

Hazine garantisi, Hazine Müsteşarlığının, devletin finansman imkanlarını ve uluslararası finans piyasalarında sahip olduğu kredibiliteyi teminat olarak kullanmak suretiyle, kamu iktisadi teşebbüsleri, özel hukuk hükümlerine tabi olmakla beraber sermayelerinin yüzde 50'sinden fazlası kamuya ait olan kuruluşlar, fonlar, kamu bankaları, yatırım ve kalkınma bankaları, büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve bunlara bağlı kuruluşlar ile sair yerel yönetim kuruluşları lehine, bu kuruluşların dış finansman kaynağından sağladıkları dış borçların geri ödenmesi hususunda verdiği garantidir.

4749 sayılı Kanun ile Hazine tarafından verilecek garantiler için garanti ücreti alınacağı öngörülmüştür. Bu Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesine göre garanti ücreti, Hazine garantileri nedeniyle lehine garanti verilen taraftan verilecek her garanti için bir defaya mahsus olmak kaydıyla alınan ücreti ifade etmektedir. Kanun'un 8. maddesinde yer alan hükme göre, garanti edilen tutarın yüzde birine kadar garanti ücreti alınmaktadır. İptali istenilen kuralla da bu oranı beş katına kadar artırmaya Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Bakan yetkilendirilmiştir.

Hazine garantili borçlanmayı yapan kuruluşların mali durumları, kuruluşlara daha önceden garantili ve ikrazlı kredi sağlanmış olması halinde söz konusu kredilerin geri ödeme performansı ve sağlanan kredinin finansman koşullarının farklılığı, yükümlülüklerini yerine getirmede gösterdikleri hassasiyetlerdeki farklılıklar nedeniyle uygulamada ortaya çıkabilecek farklı durumları karşılayabilmesi ve sakıncaları giderebilmesi için hem düzenlemenin genel olması hem de takdir alanının geniş tutulmasının bir zorunluluk olduğu görülmektedir. Ayrıca Bakan'ın bu oranı artırırken kuruluşların mali durumlarını ve daha önceki borç ödeme performanslarını dikkate alacağı bunun da uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin bir husus olduğu açıktır. Hazine garantili borç kullanacak her kurum veya kuruluşun garanti ücretinin belirlenmesine yönelik bir kanun çıkarılmasının mümkün olmadığı da göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle söz konusu düzenleme yasama yetkisinin devri niteliği taşımadığından kural, Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

B) 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Geçici 12. maddesine eklenen fıkranın ikinci tümcesi, Geçici Madde 16 ile Geçici Madde 17'nin birinci fıkrasının ilk tümcesinin incelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

5787 sayılı Kanun ile 4749 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 12. maddenin son fıkrasının ikinci tümcesi ile üniversitelerin, Geçici 16. madde ile TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğünün, Hazine garantili kredilerinden Hazine Müsteşarlığınca yapılan üstlenimlerden ve ikrazen kullanılan kredilerden doğan anapara, faiz, masraf ve gecikme zammından oluşan Hazine alacaklarının ve Geçici 17. maddenin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile de TMSF'ye 31.12.2007 tarihine kadar verilen özel tertip Devlet iç borçlanma senetleri nedeniyle doğmuş ve/veya doğacak olan Hazine alacaklarının bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin terkini konusunda Maliye Bakanı yetkilendirilmiştir.

İptali istenilen kurallarla getirilen düzenlemeler bir kamu içi borç tahkimi niteliğindedir. Tahkim, kamu kurumlarının birbirlerine olan borç ve alacaklarının mahsup edilmesidir. Bu tür borç tahkiminde, kamu içi bir borç-alacak mahsuplaşması ve kalan miktar için özel tertip Hazine tahvili çıkarılması veya borç silinmesi yolları kullanılmaktadır.

Terkin, muhasebe işleminde, vazgeçilen bir alacağın silinerek zarar kaydedilmesidir. Kamu maliyesinde, tahsil imkanı kalmayan alacakların terkin edilebileceği öngörülmektedir. Uygulamada genellikle, alacak hesaplarında izlenen tutarlar, tahsil edilemeyeceği anlaşıldığında bütçe kanununa konulan hükümlerle terkin edilmekte veya getirilen mevzuat değişiklikleri ile silinerek hazine hesaplarından çıkartılmaktadır. İptali istenilen düzenlemelerde, hazine alacaklarının bütçeyle ilişkilendirilmeden terkini öngörülmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, bütçenin gelir/gider hesaplarıyla ilişkilendirilmeksizin bazı hazine alacaklarının silinmesinin, bütçe

giderlerinin daha düşük görünmesine yol açarak mali saydamlık ilkesine aykırı uygulamalara sebebiyet vereceği ve silinen tutarlar bütçe dışına çıkarıldığından kesin hesap sürecinin de dışında kalacağından iptali istenen kuralın kamu yararına dayanmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu, ayrıca söz konusu hazine alacaklarının silinmesi konusunda Maliye Bakanına tanınan yetkinin, sınırları belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikte bulunduğu, bu nedenle de Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a) Anayasa'nın, "Bütçenin hazırlanması ve uygulanması" başlıklı 161. maddesinde,

"Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.

Mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir.

Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir.

Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz."

denilmektedir.

Bütçe, devletin gelirlerini toplamasına izin, giderlerini yapmasına da yetki veren bir kanundur. Buna göre, devlet, bir yıl süresince bütçe kanununda belirtilmesi koşuluyla harcama yapabilmekte ve gelir toplayabilmektedir. Başka bir ifade ile devlet, bütçe vasıtasıyla her yıl vergi ve benzeri yollardan Gayrisafi Milli Hasıla'dan alacağı payı ve kamu harcamaları yoluyla bunları sarf edeceği alanı belirler. Bu özelliği dolayısıyla bütçe, devlet için önemli bir planlama aracıdır.

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. Bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma

yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Yani parlamenter sistemin özü ve demokratik hukuk devleti ilkesi halkın kamu yönetimi üzerindeki denetimini temsilcileri vasıtasıyla gerekli kılmaktadır.

Bütçe yapısının fonksiyonunu ifa edebilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olmaktadır. Bütçe ilkeleri; bütçenin hazırlanması, görüşülüp onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken kuralları ifade eder. Bu ilkeler, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkeleridir. Denetim, yönetim ve planlama aracı olabilmesi için bütçenin, kamu kesiminin tüm kaynak ve harcamalarını bütün ayrıntıları ile kapsaması gerekmektedir. Bütçe hukukunda yaptırıma bağlanması açısından yıllık olma ilkesi, bütçenin birliği ilkesi, genellik ilkesi ve adem-i tahsis ilkesi temel niteliktedir. Anayasa'nın 161. maddesinin birinci fıkrasındaki, "Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır." hükmünden, bütçenin birliği ilkesi, yıllık olma ilkesi ve genellik ilkesinin Anayasa tarafından temel hüküm olarak benimsendiği anlaşılmaktadır.

Hazine'nin kamu kurumlarından olan alacaklarından tahsil imkanı kalmadığı için silinen tutarlar, alacak kayıtlarının yapıldığı yıllara ilişkin bütçe gideri yapılması gereken tutarları ifade etmektedir. Bütçe ile bütçe dışı kurumlar arasındaki ilişki, bütçeden yapılacak transfer ödemeleriyle kurulmalıdır. Dolayısıyla bu alacakların silinmesinin bütçeye ödenek konulmak suretiyle yapılması, bütçe rakamlarının gerçek durumu yansıtması ve mali disiplinin bozulmaması açısından önem arz etmektedir. Ancak bu ilişki silinen alacaklarda kurulmamakta, ilgili alacaklar, silindiği yıllarda da bütçe gideri yapılmamaktadır. Diğer bir deyişle, finansman kaynakları bütçe dışında kullanılmakta, ilgili kurumlara "transfer gideri" niteliğindeki ödemeler ise bütçe dışında gerçekleştirilmektedir. Bütçe kapsamında yapılması gereken bu tür işlemlerin kayıt dışı kalması veya ilgili oldukları hesaplar dışındaki hesaplara kaydedilmeleri, gerçek bütçe açığının görünmemesine veya olduğundan farklı görünmesine, dolayısıyla bütçede açıklığı ve aleniliği bozarak, bütçe büyüklüklerinin gerçek tutarlarının görünmemesine neden olmaktadır. Bütçede gerçek büyüklüklerin görünmemesi de,

ekonomi ve maliye politikalarının gerçekçi olarak uygulanmalarına engel olmaktadır.

Bu nedenlerle bütçenin birliği ve genelliği ilkelerini ihlal ederek, hazine alacaklarının bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin silinmesini öngören, 5787 sayılı Kanun ile 4749 sayılı Kanun'a eklenen; Geçici 12. maddenin son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan, **"bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin"** ibaresi ile Geçici 16. maddede ve Geçici 17. maddenin birinci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan, **"bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin"** ibareleri, devletin gelirleri ile harcamalarının bütçe ile yapılmasını zorunlu kılan Anayasa'nın 161. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.

b) Kamu maliyesinde, tahsil imkanı kalmayan alacakların terkin edilmesi olağan karşılanmaktadır. Alacak hesaplarında izlenen tutarlar, tahsil edilemeyeceği anlaşıldığında bütçe kanununa konulan hükümlerle terkin edilebilmekte veya getirilen mevzuat değişiklikleri ile silinerek hazine hesaplarından çıkartılmaktadır. Dava konusu kurallar ile bir kısım hazine alacaklarının terkin edilmesine Maliye Bakanı yetkilendirilmiştir. Kamu mali yönetiminde; devlet bütçesinin hazırlanması, uygulanması, uygulamanın takibi ve yönlendirilmesine ilişkin hizmetleri yürütmek Maliye Bakanlığı'nın görev ve yetkileri arasındadır. İptali istenilen kurallar ile Hazine'nin, kuralların yürürlüğe girdikleri tarih itibariyle bazı kamu kurumlarından olan alacaklarının silinmesine yönelik düzenleme yasa koyucunun takdirinde olan bir husustur. Alacakların silinmesi konusunda Maliye Bakanı'na verilen yetki uygulamaya ilişkin bütçe işlemlerini yapma yetkisidir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeler yasama yetkisinin devri niteliği taşımadığından iptali istenilen 5787 sayılı Yasa ile 4749 sayılı Yasa'ya eklenen; Geçici 12. maddenin son fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan, **"bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin" ibaresi dışında kalan bölümü** ile, Geçici 16. maddede ve Geçici 17. maddenin birinci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan, **"bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin" ibaresi dışında kalan bölümleri** Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. Bu bölümlere ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN İNCELENMESİ

16.7.2008 günlü, 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1- 16. maddesiyle, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un Geçici Madde 12'ye eklenen fıkranın ikinci tümcesinin "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin …" bölümüne,

2- 18. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 16'nın "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin …" bölümüne,

3- 18. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 17'nin birinci fıkrasının ilk tümcesinin "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin …" bölümüne,

ilişkin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 5. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen tümceye,

2- 16. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'un Geçici Madde 12'sine eklenen fıkranın ikinci tümcesinin "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin …" bölümü dışındaki kalan bölümüne,

3- 18. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 16'nın "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin …" bölümü dışındaki kalan bölümüne,

4- 18. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 17'nin birinci fıkrasının ilk tümcesinin "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin …" bölümü dışındaki kalan bölümüne,

yönelik iptal istemleri, 30.12.2010 günlü, E. 2008/84, K. 2010/121 sayılı kararla reddedildiğinden, bu tümce ve bölümlere ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

30.12.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

A- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 16.7.2008 günlü, 5787 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 5. maddesiyle, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen tümcenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

2- 16. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'un Geçici Madde 12'sine eklenen fıkranın ikinci tümcesinin;

a- "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirilmeksizin …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

3- 18. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 16'nın;

a- "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

4- 18. maddesiyle, 4749 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 17'nin birinci fıkrasının ilk tümcesinin;

a- "… bütçenin gelir ve gider hesapları ile ilişkilendirmeksizin …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

OYBİRLİĞİYLE,

30.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/76

Karar Sayısı : 2010/122

Karar Günü : 30.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bursa 5. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin, 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davalı şirkete ait işyerinde meydana gelen iş kazası nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunca sigortalıya bağlanan gelir, ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ve yapılan hastane masrafları sonucunda ortaya çıkan Kurum zararı için davalı şirket aleyhine açılan rücuan tazminat davasında, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptal istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizde görülmekte bulunan davada; Davacı SSK'nın rücuan tazminat talebine karşı, davalı taraf vekilince Anayasaya aykırılık iddiasında bulunuldu; 506 SK.'nun 26. maddesinin Anayasanın değişik maddelerine aykırı olduğunu ileri sürdü. Mahkememizce bu aykırılık iddiası ciddi bulundu.

Anayasal düzende, çalışma hayatımız da birçok kanunla düzenlenmiştir. 506 sayılı Kanun da bunlardan birisidir.

506 sayılı Kanunda; çalışanların ne şekilde SSK'ya tabi olacakları ve primlerin nasıl ödeneceği de düzenlenmiştir. Primlerin bir kısmı işçi tarafından, bir kısmı da işverenler tarafından ödeniyor.

İşverenlerden prim kesilmesinin amacı; işçinin başına gelebilecek bir iş kazası durumunda, işçinin iyileşmesine ve işe başlamasına kadar, işçinin bakımının SSK tarafından yaptırılması, işçinin geçimi için gerekli maddi giderlerin SSK tarafından karşılanması çalışamayacak durumda olanların ise sürekli maluliyet nedeniyle, aylık bağlanarak geçimlerinin sağlanmasıdır. Görüldüğü gibi işveren burada işçi için bir prim ödemektedir.

Ancak hukuk sistemimizde; anlaşılmaz bir şekilde, iş kazası geçiren işçiye SSK tarafından gerekli yardımlar yapıldıktan sonra; SSK işçi için yaptığı masrafları işverenden işverenin iş kazasındaki kusuru oranında rücuan istemektedir. Senelerce işverenler, SSK karşısında PSD'lerin artışları nedeniyle mağdur edildiler. Nihayet Anayasa Mahkememizin bir konudaki, yerinde kararı ile, bu işkenceye son verildi. Ancak halen rücuan tazminat davaları ile yine işverenler mağdur ediliyor. Yüzlerce işçinin ekmek yediği devasa fabrikalar rücuan tazminatlar nedeniyle, büyük tazminatlar ödemek zorunda bırakılıyor. Tabir-i diğerle fabrikalara incir ağacı dikiliyor. Bir iş kazası nedeniyle fabrikalar kapanıyor. Çalışan işçiler de işlerinden oluyorlar. Kaldı ki; rücu davaları ile işverenden alınan tazminatlar, bir mükerrer ödemeden başka bir şey de değildir.

İşverenlerin mağduriyetlerinin önlenmesi, dolayısı ile diğer işçileri de korumak anlamına gelebileceği gibi, mükerrer ödemeyi de engelleyecektir kanaatinde olduğumuz için; 506 SK.'nun 26. maddesine dayalı rücuan tazminat davalarının Anayasaya aykırı olduğuna karar verilmesi gerekir. Görüşümüz budur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun iptali istenilen fıkrayı da içeren 26. maddesi şöyledir:

"*(Değişik birinci fıkra: 20/06/1987 – 3395/2 md.)* ***İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22 nci maddede***

belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı (…) Kurumca işverene ödettirilir. *(Ek cümle: 29/07/2003 – 4958/28 md.)* ***İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.***

İş kazası veya meslek hastalığı, 3 üncü birkişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir.

(Ek: 24/10/1983 – 2934/3 md.) Ancak; iş kazası veya meslek hastalıkları sonucu ölümlerde bu Kanun uyarınca hak sahiplerine yapılacak her türlü yardım ve ödemeler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kasdı veya kusuru bulunup da aynı iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine Kurumca rücu edilemez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 49. ve 60. 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 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

506 sayılı Yasanın 26. maddesinin itiraz konusu 1. fıkrasında, *"İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir*

bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22 nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı (…)Kurumca işverene ödettirilir. İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır." kuralına yer verilmiştir.

Hizmet akdi ile bir işverene bağlı olarak çalışırken iş kazası geçiren veya meslek hastalığına maruz kalan sigortalı, bundan dolayı meslekte kazanma gücünün en az % 10 veya daha fazlasını yitirecek şekilde bedence veya ruhça bir arızaya uğradığı takdirde, 506 sayılı Kanunun 19. maddesi uyarınca kendisine veya hak sahiplerine Kurumca gelir bağlanır. Buna karşılık, sorumluların haksız fiili sebebiyle, bir zarara uğrayan Kurumun, 26. madde gereğince bu zararı işverenden geri almaya hakkı vardır. Bu çerçevede, iş kazası veya meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçi sağlığı ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı bir davranışı veyahut suç sayılabilir bir eylemi sonucu olmuşsa, Kurum, sigortalıya veya hak sahibi yakınlarına yaptığı ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanmışsa bu gelirlerin sermaye değerleri toplamını işverenden geri alma hakkına sahiptir.

İşverenin 26. maddeye göre sorumluluğu, maddede açıkça sayılan kusur halleriyle sınırlıdır. Bunlar işverenin kastı, işçi sağlığı ve iş güvenliği hükümlerine aykırılığı veya suç sayılır nitelikteki hareketidir. İş kazası veya meslek hastalığının, kaçınılmazlık veya işverenin %100 kusursuz olması gibi, maddede sayılan bu hallerin dışında kalan bir sebeple meydana gelmiş olması halinde, kurumun yasal işlevini yerine getirerek, Yasada öngörülen yardımları sigortalıya sağlayacağı kuşkusuz ise de, maddenin öngördüğü kusur şartı gerçekleşmediği için, yapılan yardımlar dolayısıyla doğan zararı işverenden rücuan istemesine yasal olarak imkân bulunmamaktadır. Çünkü 26. maddede düzenlenen, bir kusur sorumluluğudur. Eğer işverenin hiçbir kusuru yok ise Kurumun işverene rücuu söz konusu olmaz. Kurum işverene kusuru oranında başvurabilir. Burada sigortalının müterafik kusuru işverenin kusur oranında ve tazminat miktarında indirim nedeni sayılır.

Maddenin birinci fıkrası işverenin sorumluluğunu, ikinci fıkrası ise üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemektedir. İtiraz başvurusu, maddenin sadece birinci fıkrası ile ilgilidir. Birinci fıkraya göre Sosyal

Sigortalar Kurumu, kurumca yapılan giderler ile bağlanan gelirin sermaye değerini talep edebilir. Gider kavramı sigortalıya yapılan tedavi ve geçici iş göremezlik ödeneği harcamalarını; gelir kavramı ise Kanunun 19. maddesine göre sigortalı veya hak sahiplerine geçimlerini sağlamak üzere her ay ödenecek belirli bir parayı ifade eder.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

İtiraz başvurusunda; iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortası priminin tamamının işverenler tarafından ödendiği; alınan bu primlerin SSK tarafından işletildiği ve bu suretle sigortalıya yapılacak yardımlar için bir fon oluşturulduğu, buna karşılık rücuan tazminat taleplerinde sanki bu primler hiç ödenmemiş gibi işlem yapılmakta olduğu, bu nedenle işveren tarafından ödenen primlerin anlamsız hale geldiği ve bu durumun SSK'nun sebepsiz zenginleşmesine yol açtığı, oysa sigortanın temel prensibi uyarınca, sigortalının sigortacıya ödeyeceği belli bir prim karşılığında birtakım rizikoların neden olacağı zararın sigortacı tarafından karşılanması gerektiği; itiraz konusu kural nedeniyle SSK tarafından açılan rücu davaları sonucunda işverenlerin son derece yüksek tazminatlar ödemek zorunda kaldıkları, bu nedenle kapanan işyerlerinin bulunduğu, işyerlerinin kapanmasının işçilerin de işsiz kalması anlamına geldiği; bu uygulamanın genel anlamda sigorta mantığı ile açıklanamayacağı, çünkü priminin tamamı işverence karşılanan iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının, sigorta kavramına uygun olarak kasıt ve suç unsurları dışındaki bütün riskleri karşılaması gerektiği; itiraz konusu kural benzeri bir düzenlemenin olmaması halinde işverenlerin, *"nasıl olsa sigorta primini ödüyorum, kaza olursa da SSK işçinin tazminatını öder…"* rahatlığı içinde gerekli işgüvenliği tedbirlerini almakta isteksiz davranacakları yönündeki görüşün bir "peşin hüküm" içerdiği, oysa dünyada ekonomik, teknolojik ve sosyal alanlarda çok önemli değişimlerin yaşandığı, bu bağlamda işverenlerin de zihniyetlerinde olumlu yönde değişmeler olduğu, işçinin kaza geçirmesinin işverenin de aleyhine olduğu, çünkü bu durumun işverenin üretimini ve verimliliğini düşürdüğü, bu nedenle de işverenlerin, gerekli önlemleri almakta isteksiz davranacaklarını söylemenin doğru olmayacağı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin *"… demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti"* olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde ise *"… kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak"* devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 49. maddesinde *"Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır."* denilmiş, 60. maddesinde ise *"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."* hükmüne yer verilmiştir.

İşçinin sağlığının ve hayat hakkının korunması öncelikli bir hedeftir. İtiraz konusu kural da, işçi sağlığı ve işgüvenliğine ilişkin gerekli tedbirlerin alınmasını işverene bir görev olarak yüklemektedir. Bu çerçevede, işveren, gerekli tedbirleri almadığı takdirde Kuruma karşı önemli miktarlarda tazminat ödemek durumunda kalacağından, daha az maliyetli olan işgüvenliği tedbirlerini almak mecburiyetini hissedecek ve sonuç itibariyle en önemli değer olan insanın sağlığı ve yaşama hakkı bu yolla daha etkili bir şekilde korunmuş olacaktır. Bu noktada, iş güvenliği tedbirlerini almayan işverene idari yaptırımların uygulanacak olması veya iş kazası ya da meslek hastalığının meydana gelmesinde kusurunun bulunması halinde işverenin cezai yaptırımlara uğrayacak olması yeterli görülmemiş ve yasa koyucu tazminat yaptırımını da sisteme dahil etmek ihtiyacını duymuştur. İlgili yasalarda öngörülen idari ve cezaî yaptırımlara rağmen ülkemizde süregelmekte olan iş kazalarının ağır bireysel ve toplumsal sonuçlarının yasa koyucuyu bu yönde düzenlemeler yapmaya ve bunları muhafaza etmeye sevkettiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında ifade edildiği üzere; 506 sayılı Yasası'nın 26. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında Sosyal Sigortalar Kurumu'nun zarar sorumlusu işverene rücu edebilmesi için, zararın işverenin işçi sağlığı ve işgüvenliği kurallarına aykırı davranışı sonucu doğmuş olması koşulu aranmaktadır. Böylece, işveren, işçi sağlığı ve işgüvenliğini duyarlıkla koruma durumunda

tutularak, işçilerin hayatlarına ya da sağlıklarına zarar gelmesini engelleyen önlemleri almaya zorlanmaktadır.

Kimi işverenlerin ceza yaptırımları karşısında yeterince duyarlı davranmayıp işçi sağlığı ve işgüvenliğine ilişkin ilkel önlemleri bile savsakladıkları, ilgili yönetimlerce yapılan denetimlerin bu konuda etkili olmadığı gerçeği gözönüne alındığında incelenen kuralın, işçilerin sağlığının etkili ve sonuç alıcı biçimde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olması bakımından, Anayasa'nın yukarıda anılan maddeleriyle uyum içinde olduğu açıktır.

İtiraz konusu kuralda, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası sebebiyle işverene yüklenen mali sorumluluklar ile işçinin can güvenliği ve sağlığının korunması arasındaki olması gereken dengenin gözetildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5., 49. ve 60. maddelerine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 10., 11. ve 13. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin, 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

30.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/105

Karar Sayısı : 2010/123

Karar Günü : 30.12.2010

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara Birinci İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun geçici 7. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanı olarak görev yapmakta iken Başbakanlık Müşavirliğine atanması işleminin Danıştay Beşinci Daire tarafından iptal edilmesi üzerine tesis edilen işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"T.C. Anayasası'nın 152. maddesinde; 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır' hükmü yer almaktadır.

T.C. Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükme bağlanmıştır.

Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan 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, Anayasaya 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 Anayasanın ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devletinin ön koşullarındandır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir' denilmektedir.

Hak arama özgürlüğü yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. Tarafsızlığı ve bağımsızlığından kuşku duyulmayacak şekilde oluşturulmuş bir mahkemeye başvuru olanağının tanınmadığı bir idari rejimin adil yargılanmaya uygun olmadığının kabulü gerekir.

18.11.2005 günlü, 25997 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun geçici 7. maddesinde; 'Bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevi sona erer. Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı kadro ve görevine, bu Kanunda yer alan şartları taşıyanlar arasından, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde beş yıl süre için yeni atama yapılır. Atama yapılıncaya kadar, mevcut DİE Başkanı görevine devam eder' hükmü yer almaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının Gazi Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi'nde Yardımcı Doçent olarak görev yapmakta iken 25.7.2002 tarihinde Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığına atandığı, 14.1.2003 tarih ve 2003/3606 sayılı müşterek kararname ile de görevinden alınarak Başbakanlık Müşavirliğine atandığı, görevden alınmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada Danıştay 5. Dairenin 27.11.2006 günlü, E.2003/1353, K.2006/5684 sayılı kararı ile dava konusu işlemin iptaline karar verildiği, anılan kararın davalı Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığına tebliğ edilmesi üzerine, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun geçici 7. maddesi uyarınca görevine dönmesinin hukuken mümkün olmadığı yönünde 12.3.2007 günlü, 108 sayılı davalı idare

işleminin tesis edildiği, görülmekte olan davanın da bu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden ve idari görevlere atanmalar ve dolayısıyla görevlerin sona erdirilmesi idare fonksiyonuyla ilgili olduğundan, görevden alma işlemini yasa ile tesis eden 5429 sayılı Yasa'nın geçici 7. maddesi hukuk devleti ilkesi ve yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan, 5429 sayılı Yasa'nın geçici 7. maddesi ile davacının görevine yasa ile son verilmesi, davacının yasama tasarrufuna karşı dava açma hakkı bulunmadığından hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmak suretiyle dava konusu işlem üzerindeki yargı denetimini engellediğinden adil yargılanma hakkını da ihlal etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun geçici 7. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca sözkonusu Kanun hükmünün iptali için itirazen Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasını 17.12.2008 gününde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun geçici 7. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevi sona erer. Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı kadro ve görevine, bu Kanunda yer alan şartları taşıyanlar arasından, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde beş yıl süre için yeni atama yapılır. Atama yapılıncaya kadar, mevcut DİE Başkanı görevine devam eder".

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 36. 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 18.12.2008 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:

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu ile Devlet İstatistik Enstitüsü'ne (DİE) ilişkin "13.6.1962 günlü, 53 sayılı Devlet İstatistik Enstitüsünün Görev, Yetki ve Kuruluşu Hakkında Kanun" ve "8.6.1984 günlü, 219 sayılı Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" yürürlükten kaldırılmıştır. Resmî istatistiklerin üretimine ve organizasyonuna ilişkin temel ilkeleri ve standartları belirlemek; ülkenin ihtiyaç duyduğu alanlarda veri ve bilgilerin derlenmesini, değerlendirilmesini, gerekli istatistiklerin üretilmesini, yayımlanmasını, dağıtımını ve Resmî İstatistik Programında istatistik sürecine dâhil kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak amacıyla "Türkiye İstatistik Kurumu" (TÜİK) kurulmuştur.

5429 sayılı Yasa'yla DİE Başkanlığına ait kadrolar iptal edilerek 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki cetvellerden çıkarılmış ve ekli (1) sayılı listede belirtilen kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı KHK'nin eki (I) sayılı cetvele Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığı bölümü olarak eklenmiştir.

Yasa'nın 22. maddesine göre, Başkan, Türkiye İstatistik Kurumunun en üst yöneticisi olup, başkanlık hizmetlerini, mevzuat hükümlerine, resmî istatistik programına, Kurumun amaç ve politikalarına, stratejik plânına, performans göstergelerine ve hizmet kalite standartlarına

uygun olarak yürütmekle görevli ve yetkilidir. Başkanlığa atanma şartları ve usulü 23. maddede düzenlenmiştir. Başkanlığa atanacaklarda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen genel koşullara ek koşullar getirilmiştir. Aynı maddede Başkanın, Bakanlar Kurulu kararı ile beş yıl süre için atanacağı, süresi dolan Başkanın aynı göreve bir defaya mahsus olmak üzere tekrar atanabileceği, görev süresi dolmadan görevine son verilemeyeceği; ancak, resmî sağlık kurulu raporuyla görevini devamlı yapmasına engel olabilecek durumun tespiti veya atamaya ilişkin şartları kaybetmesi hâlinde atama usulüne göre süresi dolmadan görevden alınabileceği belirtilmiştir. Aynı Yasa'nın 57. maddesiyle 657, 2451 ve 5018 sayılı Yasalardaki DİE Başkanı ve Başkanlığı ibareleri, TÜİK Başkanı ve Başkanlığı olarak değiştirilmiştir.

5429 sayılı Yasa'nın itiraz konusu geçici 7. maddesinde, Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevinin sona ereceği, Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı kadro ve görevine, bu Yasa'da yer alan şartları taşıyanlar arasından, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde beş yıl süre için yeni atama yapılacağı, atama yapılıncaya kadar, mevcut DİE Başkanının görevine devam edeceği öngörülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, hukuk devletinde yasaların genel, soyut ve nesnel olması gerektiği, göreve atama ve son vermelerin idari işlem niteliğinde olduğu, görevden alma işleminin yasayla tesis edilmesinin hukuk devleti ilkesine uygun düşmediği, yasama tasarrufuna karşı dava açma hakkı bulunmadığından hak arama özgürlüğünün ortadan kaldırıldığı ve işlemin yargısal denetiminin engellendiği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen 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. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi de hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

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

İtiraz konusu kuralda, 5429 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle DİE Başkanının görevinin sona ereceği hükme bağlanmıştır. Devlet İstatistik Enstitüsünün, Türkiye İstatistik Kurumu şeklinde yeniden kurulması kapsamında "başkanlığa atanma şartları ve usulü" de değiştirilmiş, Kurumun bilimsel ve teknik özerkliği göz önünde bulundurularak, farklı usul ve şartlar getirilmiştir. Madde gerekçesinde, "*Devlet İstatistik Enstitüsünün, Türkiye İstatistik Kurumu şeklinde bu Kanun ile yeniden kurulması öngörüldüğünden ve Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı için beş yıllık süre ile birlikte bazı atama şartları getirildiğinden, Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevinin Kanunun yürürlüğe girmesiyle sona ereceğine ve Türkiye İstatistik Kurumu Başkanlığına (…) beş yıllık bir süre için bir ay içerisinde yeniden atama yapılacağına dair düzenleme yapılmaktadır*" denilmiştir.

DİE Başkanı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen genel şartları taşıyanlar arasından müşterek kararnameyle süresiz olarak atanmakta iken yeni durumda, TÜİK Başkanının, 657 sayılı Yasa'da yer alan koşullara ek yeni koşulları da taşıyanlardan beş yıl süre ile Bakanlar Kurulu kararıyla atanabileceği öngörülmüş, Kurumun yapısındaki değişime bağlı olarak başkanın hukuki statüsü de değiştirilmiştir.

Bir kamu kurumunun, buna bağlı olarak bu kurumun gördüğü kamu hizmetinin niteliğinin değiştirilmesine, 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.

Buna göre, TÜİK'in kurulmasıyla Kurumun yapısı ve başkanın statüsü değiştirilerek DİE Başkanının görevine son verilmesi hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelmez. İtiraz konusu kuralda, hak aramayı engelleyecek ve hak kaybına neden olacak bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. DİE Başkanının, koşulları taşıması halinde yeniden başkan olarak atanmasına ya da eski sınıfındaki derecesine uygun diğer bir deyimle buna eşit veya daha üst derece yeni bir göreve atanmasına engel bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun Geçici Madde 7'nin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

30.12.2010 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY YAZISI

İptali istenen yasa hükmüyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanı'nın görevine son verilmiş, yasa çıkmadan önce idareye karşı açtığı dava sonucu verilen göreve iade kararı böylelikle uygulanamaz hale getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesine göre bir hukuk devleti olan ve kuvvetler ayrılığına dayanan bir ülkede yasama organının idari işlem konusu olan bir hususta kanun yapması olağandışı bir yöntem olup, kanunların genel, soyut ve nesnel olması ilkesine de ters düşmektedir.

Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanı'nın taşıması gereken niteliklerin yasa ile değiştirilmesi nedeniyle bulunduğu görevden ayrılarak, yerine yasal nitelikleri taşıyan bir kamu görevlisinin atanması idare hukuku esaslarına uygun olarak İdare tarafından yapılabilecekken bunun yerine

yasa ile atama yapılması Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletine ve ilgilinin idari yargı önünde hak arama olanağını ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.

İptali istenen yasama tasarrufunda Anayasa'ya aykırılık görülmemesi durumunda, aynı yöntemin, listeler halinde yüzlerce kamu görevlisi için de uygulanması yolunun açılabileceği gözetilmeden verilen ret kararına katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

5429 Sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun Geçici 7. maddesinde, "Bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevi sona erer. Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı kadro ve görevine bu Kanunda yer alan şartları taşıyanlar arasından, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içerisinde beş yıl süre için yeni atama yapılır. Atama yapılıncaya kadar, mevcut DİE Başkanı görevine devam eder" denilerek Kurum Başkanı'nın görevine yasa ile son verilmiştir.

Kuvvetler ayrılığı esasını benimseyen Anayasa'da, yasama, yürütme ve yargı erklerinin görev ve yetkileri belirtilirken sınırları da çizilmiştir. Ancak, sert bir kuvvetler ayrılığı sistemi öngörülmemiş, Başlangıç'da da belirtildiği gibi bu ayrımın, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliğine dayandığı kabul edilmiştir. Anayasa, erkler arasında bir uyum ve işbirliği esasına dayansa da kural olarak, bunlardan birinin diğerinin görev alanına girecek bir tasarrufta bulunmasına izin vermemiş, kanun hükmünde kararnamelerde olduğu gibi ayrık durumları da açıkça düzenlemiştir. Buna göre, erklerden birinin kendi görev alanı dışında hukuki işlemler gerçekleştirmesinin, fonksiyon gaspına yol açacağı için, Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur.

Yürütmenin yetkisi içinde bulunduğu tartışmasız olan göreve son verme işleminin, yasama tasarrufu ile gerçekleştirilmesi bir fonksiyon gaspı olup, Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan 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 devlettir. Hukuk güvenliğinin sağlanması da kuşkusuz, hukuk devleti olmanın gereğidir.

Hukuk devletinde ilke olarak yasaların, genel, soyut ve nesnel olmaları kişilere, bu yasalara göre atandıkları statüde önceden belirlenmiş koşullar değişmedikçe görevlerine devam edebilme güvencesi sağlar. Kamu hizmetinin zorunlu kıldığı durumlarda ise idari usullere uyularak göreve son verilebileceği açıktır. İdarenin Anayasal işlevi çerçevesinde ve geleneksel yapısı içinde gerçekleşen bu işleyişe idari usullerin dışına çıkılarak genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan, somut olarak sadece Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanı'nın durumunu düzenleyen bir yasa kuralı ile müdahale edilmesi hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında da, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilmektedir. Kurum Başkanı'nın görevine yasa ile son verilmesi, bu işleme karşı dava açma hakkını ortadan kaldırdığından yargı denetimini bu bağlamda hak arama özgürlüğünün kullanılmasını engellemektedir.

Açıklanan nedenlerle kuralın, Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine, 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Fettah OTO	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun geçici 7. maddesinin birinci cümlesinde *"Bu kanunun yürürlüğe girmesiyle Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanının görevi sona erer"* denilerek, Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanı'nın görevi yasayla sona erdirilmiştir.

Türkiye İstatistik Kurumu'na yasayla verilen görevlerin asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle bunların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken kamu hizmeti, bu hizmeti yürütmek üzere atanan Kurum Başkanı'nın kamu görevlisi, göreve atama ve görevden alma tasarrufunun da bir yürütme işlemi olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Anayasa'da kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyen, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu belirtilmiştir.

Yasaların genel, soyut, sürekli, düzenleyici ve nesnel olması, Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer alan hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu Anayasa'mızda ifade edilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, belli bir statüye atanmış olan kişinin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliğini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufu ile görevinden alınması kuvvetler ayrılığı ilkesine, yine belli bir kişinin hedef alınması suretiyle özel, güncel ve geçici bir durum düzenlenerek yasaların genel, soyut ve nesnel olma özelliğinin göz ardı edilmesi hukuk devleti ilkesine, görevine yasa ile son verilmesi ve yasama tasarrufuna karşı doğrudan dava açma hakkının bulunmaması ise hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle kuralın iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

Esas Sayısı : 2008/96

Karar Sayısı : 2011/3

Karar Günü : 6.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Aydın Bölge İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 21.7.1953 günlü, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan ***"... 7 gün içinde ..."*** ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

27.4.2007 tarihinde tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemiyle 28.5.2007 tarihinde açılan davada idare mahkemesince verilen süre ret kararının bozulması istemiyle yapılan başvurunun incelenmesi sırasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkeme iptali istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"A) MADDİ OLAY VE UYGULANACAK HÜKÜM KONUSU:

Anayasanın 152/1. 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 Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır" hükmüne yer verilmektedir.

Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak

kural 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. (Anayasa Mahkemesi'nin 05.04.2007 gün ve E:2007/35 K:2007/36 sayılı kararı)

Dava konusu ihtilafta, davacıya İmar Kanunun 32 ve 42. maddesi uyarınca 2.500.-YTL idari para cezası ve yıkım kararı verildiği, davacının bu işleme karşı Muğla 1. İdare Mahkemesinin E:2007/498 sayılı dosyasında iptal davası açtığı, bu dava derdest iken davalı idarece bu sefer, para cezasına ilişkin 24.4.2007 gün ve seri no: 9, sıra no: 7, işlem no: 7, takip no:2007/7 sayılı ödeme emri düzenlendiği, ödeme emrinin 27.4.2007 tarihinde tebliği üzerine 28.5.2007 tarihinde Aydın Vergi Mahkemesinde dava açıldığı vergi mahkemesinin davayı görev yönünden reddi üzerine Muğla 1. İdare Mahkemesinin 11.3.2008 gün ve E:2007/2257 K:2008/478 sayılı kararıyla, 6183 sayılı Yasanın 58. maddesi uyarınca " 7 gün içinde dava açılması gerektiği" gerekçesiyle davanın süre yönünden reddedildiği, anılan karara karşı mahkememiz nezdinde itiraz edildiği anlaşılmaktadır.

İdare mahkemesinin itiraz konusu kararının yasal gerekçesi 6183 sayılı Yasanın 8. maddesinin 1. fıkrasının "7 gün içinde" itiraz edilebileceği hükmü olup, mahkememizce yapılan itiraz incelemesinde bu ibare uygulanarak yasa hükmü halini almıştır.

B) İLGİLİ KANUN MADDESİ: 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin 1. fıkrasında; kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın "7 gün içinde" dava açabileceği hükme bağlanmıştır.

C) ANAYASAYA AYKIRILIK SEBEBLERİ :

1) ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN :

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde; insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran bunu sürdürmekte kendini yükümlü sayan bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan

devlettir. Hukuk Devleti ilkesi; Devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve Hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparkenki takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.

Hukuk devletinin unsurları doktrinde belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili olan iki tanesi "belirlilik" ve "hukuki güvenlik" ilkesidir. (Doç. Dr. Bahtiyar Akyılmaz İdare Hukuku 2003) Bunlardan belirlilik ilkesinin gereği ise, maddi hukuk ve usul kararlarının önceden öngörülebilir, bir açıklılıkta ve kişilerin haklı beklentilerini bariz bir şekilde bertaraf etmeyecek bir şekilde düzenlenmesini gerektirir.

Buna göre sözkonusu yasa maddesi incelenecek olursa: Bilindiği üzere yargı sistemimiz çok çeşitli ve çok başlı bir yargı sistemi olup genel ve doğal ayrım olan Adli ve İdari Yargı ayrımı ötesinde Askeri Yargı ve onun alt dalları, Anayasa Yargısı ve Uyuşmazlık Mahkemesi ayrı ayrı yargı kollarını oluşturmakta olup her bir yargı kolunun farklı müracaat yolları ve farklı yargılama usulü mevcuttur. Bu farklılık bazen yapılan görevin doğası gereği olmakla birlikte çoğu zaman hukuk tekniğinin zorunlu sonucu olmayıp siyasi bir sistem tercihinden kaynaklanmaktadır. (Askeri Ceza Yargısı ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi) Bu çok başlılık ve çeşitlilik çoğu zaman yetki ve görev karmaşasına yol açmakta olup, hukuk devleti ilkesinin "belirlilik", "istikrar", "öngörülebilirlik" ve "haklı beklenti" kriterleriyle çelişmektedir. Karmaşanın ve belirsizliğin tek sebebi yargı kollarındaki çok başlılıktan ibaret olmayıp yargı kollarının kendi içinde hukuk tekniği gereği oluşan farklı yargı yerlerinde farklı müracaat şekilleri ve farklı yargılama usulleri uygulanması bu karmaşa ve belirsizliği arttırmaktadır. Örneğin Adli yargıda genel ayrım olan ceza ve hukuk alanlarındaki dava süreleri farklı olduğu gibi hukuk mahkemelerinin her birinde de (Sulh-Asliye-Ticaret-Aile-Tüketici-İcra) ayrı ayrı müracaat süreleri uygulanmaktadır. Yine idari yargı yerleri dört ayrı alandan oluşmakta olup (vergi mahkemesi-idare mahkemesi-Bölge İdare Mahkemesi ve Danıştay) her birisine müracaat süresi ve şekli farklılık arzetmektedir. Konuyu ilk derece davaya indirgeyecek olursak genel dava süresi vergi mahkemelerinde 30 gün, idare mahkemelerinde ve Danıştayda 60 gündür. Bölge İdare Mahkemesinde ilk derece davaya

bakılmamakla birlikte 4483 sayılı yasa uyarınca itirazen bakılan işlerde 10 gün, idare ve vergi mahkemesinin esastan kararlarında 30 gün, yürütmeyi durdurma ile ilgili kararlarında 7 gün ve karar düzeltmelerde 15 gündür. Bunun yanında idare mahkemelerinin görevli olduğu başka dava türlerinde (özellikle idari para cezalarında çok farklı müracaat süreleri öngörülmüş olup, 7 gün-15 gün 30 gün vb.) tam bir süre karmaşası mevcuttur.

Bu karmaşaya ve belirsizliğe katkıda bulunan bir başka yasa hükmü de 6183 sayılı Yasanın 58. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "7 gün"lük süredir. Anılan hüküm ödeme emirlerine karşı dava açılma usul ve süresini düzenlemektedir ve bu süre 7 gündür. Oysa ödeme emri vergilendirmeye ilişkin bir işlemle ilgili ise görevli mahkeme vergi mahkemesi, genel idari işlemle ilgili ise görevli mahkeme idare mahkemesidir. Yukarıda da belirtildiği üzere istisnalar dışında dava süresi genel olarak vergi mahkemesinde 30 gün idare mahkemesinde ise 60 gün olarak bilinmektedir. Oysa ödeme emri söz konusu olunca idare-vergi ayrımı da olmadan sürenin 7 gün olduğu görülmektedir.

Hal böyle olunca, yargıdaki genel çok başlılıktan dolayı belirlilik ve istikrar unsuru ihlal edilmişken idari yargı içindeki farklılıklar yanında ödeme emri söz konusu olunca daha farklı bir müracaat süresi ile karşılaşılması "belirlilik" "hukuki güvenlik" ve "haklı beklenti" unsurlarının dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir.

2) 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, başvuru (dava) surelerindeki belirsizlik-kısalık ve çeşitlilikten kaynaklanan "öngörülebilirlik" ve "haklı beklenti" unsurlarıdır. Hukukta süre, soyut bir kavram olan "zaman"ın somut bir

kesimini ifade eder. İdare hukukunda süre ile ilgili ilkeler hak arama özgürlüğünü yakından ilgilendirdiğinden özellikle yargısal denetimi etkisizleştirmemesi gerekir. İdari dava ve uyuşmazlıkların belli surelere bağlı tutulması bir anlamda kişilerin hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması demek olsa da idare hukukunda "süre" sınırlamasının genel anlamda idarenin faaliyetleri bakımından "istikrar etkisi"ne sahip olduğu kabul edilmektedir. Pek çok ülkenin hukuk düzeninde davayı yargıya taşımak için zamanaşımı süresi öngörülmüştür. İdari işlemler bu süreden sonra hukuka aykırı bile olsa artık yargı organı tarafından denetlenememektedir. Adalete erişim bakımından idare hukukunda yargı yoluna başvurmak için öngörülen süre ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Öğretide idari dava açma süresinin altmış gün veya daha kısa tutulması" otoriter, emreden, ceberrut bir yönetim düzeninin göstergesi" olarak algılanıp hak arama özgürlüğünü engellediği ileri sürülerek eleştirilmektedir. Buna göre, özel hukuk uyuşmazlıklarında idari dava açma süresi olan altmış günden daha uzun bir süre tanındığı halde aynı kişinin, gerçek kişilerle ilişkilerindeki uzun dava açma süresine kıyasla idareyle açılan uyuşmazlıklarda sürenin oldukça kısa tutulması eşitliğe aykırıdır.

Diğer taraftan idari yaptırımlarla ilgili itiraz süresinin yasalarda yedi veya onbeş gün gibi kısa sürelerle sınırlandırılması da idareye karşı hak arama özgürlüğünü daraltarak yargısal korumayı etkisiz hale getirmektedir. Esasında süreler "koruyucu" niteliktedir ve ilgililerin düşünerek karar vermelerini sağlamak üzere konulmuşlardır. Bunların kabulünde idari uyuşmazlıkların gecikmeden yargı önüne çıkarılarak çözüme ulaştırılması isteği de etkili olmuştur. Sürenin bireyi koruyucu niteliği, sürenin kısa tutulması durumunda tersine dönerek idarenin kusur ve sakatlıklarını korur duruma gelmektedir. (Dr. Müslüm Akıncı-İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı.Ankara-2008 Sayfa: 177 ve 181)

Görüldüğü gibi doktrinde sürelerdeki karmaşa ve belirsizlik bir tarafa 60 günlük genel başvuru süresi bile eleştirilip adil yargılama hakkının ihlali olarak görülmekte iken vergi ve idare mahkemelerindeki genel süreler dışında ödeme emrine özgü ve öngörülemez şekilde, idari yargı ile ilgili en alt düzeyde (kısa) 7 günlük süre öngörülmesi adil yargılanma hakkının daha radikal bir ihlalidir.

Öte yandan: bir davanın açılmasındaki veya temyize ilişkin "süre sınırlamaları" adaletin iyi bir biçimde işlemesi açısından kabul edilebilir

sınırlamalardır. Bu hak düşürücü sürelerin varlığı, bazı meşru nedenlere dayanır. Çok eski iddiaların gündeme getirilmesinin zararları savunma tarafının geçmiş olaylara ilişkin iddiaları yanıtlama açısından eskimiş delillere ulaşmada zorluklarla karşılaşmasının önlenmesi gibi nedenler, bu tür sınırlamaları haklı kılar. Ayrıca bu nedenlerin yanı sıra hukuki kesinlik ve hukuk güvenliğinin sağlanması da, bu "meşru nedenler" arasında kabul edilebilir.

Fakat öngörülen sürenin uygulamada davayı açmayı veya temyiz ve itirazı imkansız kılacak kısa tutulmuş ve katı bir biçimde uygulanmış olmaması da gerekmektedir. Bu durum mahkemeye başvurma hakkının özünü zedeleyebilmektedir. Uygulanan usulün karmaşıklığı ve açık olmaması nedenleriyle başvuru süresi aşılmışsa yine mahkemeye başvurma hakkı ihlal edilmiş kabul edilmektedir. (Doç. Dr. Sibel İnceoğlu. Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği. Ankara - 2007. sayfa: 25-26)

Anılan doktrin değerlendirilmesinde de görüldüğü gibi yargıda başvuruların belli sürelerle sınırlandırılması elbette kaçınılmazdır. Ancak bu sınırlama yapılırken, hem hakkın özünü ihlal eder derecede kısa tutulmaması hem ilgili yargı yerinde uygulanan genel sürelerden farklı hale "öngörülemez" ve "haklı beklenti" halinin ihlali biçiminde olmaması gerekmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin De Geouffre de la pradelle Fransa kararında; uygulanan usulün karmaşıklığı ve açık olmaması nedeniyle başvuru süresinin aşılması mahkemeye başvurma hakkının (adil yargılanma) ihlali sayılmıştır. Nitekim ödeme emrine özgü 7 günlük süre idari yargıda öngörülen idare ve vergi mahkemelerine genel başvuru süresiyle bağdaşmamakta olup, "haklı beklenti" "öngörülebilme" unsurları yönünden adli yargılanma hakkını ihmal etmektedir.

SONUÇ VE TALEP:

Dava, davacıya verilen idari (imar) para cezasının tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılmış olup, Muğla 1. İdare Mahkemesinin 6183 sayılı Yasanın 58. maddesinin 1. fıkrası uyarınca davayı süre yönünden reddi üzerine anılan kararın bozulması için mahkememize itiraz edilmiştir.

İtiraz üzerine yapılan inceleme sonunda; 6183 sayılı Yasanın 58. maddesinin 1. fıkrasında bulunan "…7 gün içinde" ibaresinin Anayasanın 2 ve 36. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "7 gün içinde..." 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 dosyanın görüşülmesine, 25.09.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

21.7.1953 günlü, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 58. maddesi şöyledir:

"Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren **7 gün içinde** alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir. İtirazın şekli, incelenmesi ve itiraz incelemelerinin iadesi hususlarında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur.

Borcun bir kısmına itiraz eden borçlunun o kısmın cihet ve miktarını açıkça göstermesi lazımdır, aksi halde itiraz edilmemiş sayılır.

(Mülga üçüncü fıkra: 28/1/2010-5951/1 md.)

İtiraz komisyonu bu itirazları en geç 7 gün içinde karara bağlamak mecburiyetindedir.

İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı % 10 zamla tahsil edilir.

İtiraz komisyonlarının bu konudaki kararları kesindir.

Borcun tamamına bu madde gereğince vaki itirazların tamamen veya kısmen reddi halinde, borçlu ret kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde mal bildiriminde bulunmak mecburiyetindedir.

Borcun bir kısmına karşı bu madde gereğince vaki itirazlar mal bildiriminde bulunma müddetini uzatamaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine dayanılmış, 125. ve 142. 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, A. Necmi ÖZLER, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 13.11.2008 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; ülkemiz yargı sisteminde yer alan mahkemelerin her birinde, farklı yargılama usul ve müracaat şekillerinin uygulandığı, söz konusu farklı uygulamalardan birisinin de 6183 sayılı Kanun'un 58. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "7 gün" lük dava süresi olduğu, zira İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda idare mahkemelerinde açılacak davalar için 60, vergi mahkemelerinde açılacak davalar için 30 günlük dava açma süresi öngörülürken, konusuna göre idare veya vergi mahkemesinde dava konusu edilebilecek olan ödeme emirleri için bu sürenin, itiraz konusu kuralla mahkeme farkı gözetilmeksizin 7 gün olarak öngörüldüğü, bu durumun, karmaşa ve belirsizliğe yol açmak suretiyle hukuk devletinin gerektirdiği "belirlilik", öngörülebilirlik", "hukuki güvenlik", "istikrar" ve "haklı beklenti" ilkeleri ile çelişkili bir sonucun doğmasına neden olduğu ve ödeme emrine karşı açılacak

davalar açısından hak arama özgürlüğünün kullanılmaz hale geldiği, değişik türlerde çok sayıda mahkemenin ve her bir mahkeme için ayrı dava açma süresinin öngörüldüğü bir sistemde, dava açma süresinin bir de işlem türüne göre farklılaştırılmasının Anayasa'nın 2. ve 36. 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 gerekçelerle bağlı 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 125. ve 142. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Başvuran Mahkeme, 21.7.1953 günlü, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasının ***" ... 7 gün içinde ..."*** ibaresinin iptalini istemiştir. İptali istenilen kural uyarınca, ödeme emrine karşı konusuna göre idare veya vergi mahkemesine açılacak olan davaların 7 gün içinde açılması gerekmektedir. Bu sürenin geçirilmesinden sonra açılacak olan davaların esasının incelenmesine imkan bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan 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.

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.

Ödeme emri ile borçludan, tahakkuku itibariyle kesinleşmiş, ödeme vadesi dolmuş bir kamu alacağının ödenmesi istenmektedir. Ödeme

emrinin bir idari işlem olması nedeniyle, bu işlemlerin iptali istemiyle açılacak davalarda da, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uygulanmaktadır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun *"Dava Açma Süresi"* başlıklı 7. maddesinde *"Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür."* hükmü yer almış, burada yapılan gönderme nedeniyle ödeme emrine karşı açılacak davalarda uygulanması zorunluluğu ortaya çıkan, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasında 7 günlük süre öngörülmüş; aynı maddede, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın, böyle bir borcunun olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı iddialarıyla dava açabileceği öngörülmek suretiyle ödeme emrine karşı açılacak davalarda ileri sürülebilecek savlar sınırlandırılmış, kamu alacağının oluşum safhasına ilişkin iddialara burada yer verilmemiştir.

Anayasa'da, idari işlemlere karşı açılacak davaların hangi sürede açılacağına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme yer almamış, 125. maddede, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilip, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin, yazılı bildirim tarihinden başlayacağı öngörülmüş; 142. maddede de "mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin" yasa ile düzenleneceği belirtilerek konu yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bu nedenle, diğer davalarda olduğu gibi, ödeme emrine karşı 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. Öte yandan, yükümlünün ödeme emri tebliğ edilmeden önceki aşamalarda idari işlemlere karşı dava açma hakkı da bulunmaktadır.

Yasakoyucu tarafından, ödeme emrinin özellik ve niteliği ile diğer idari işlemlerin özellik ve niteliklerindeki farklılıklar ve kamu hizmetlerinin aksatılmadan yürütülebilmesi için kamu alacaklarının sürüncemede bırakılmamasındaki kamu yararı gözetilerek, ödeme emrine karşı açılacak davalar için dava açma süresinin 7 gün olarak öngörülmesi, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 142. maddelerine aykırı görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 21.7.1953 günlü, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "… 7 gün içinde…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

6.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/19

Karar Sayısı : 2011/4

Karar Günü : 6.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Şarkışla İcra Hukuk Mahkemesi (E.2009/19)

2- Akçaabat İcra Hukuk Mahkemesi (E.2009/43)

İTİRAZLARIN KONUSU: 1- 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinin, 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının;

2- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı borçlular tarafından yaşlılık aylıkları üzerindeki haczin şikâyet yolu ile kaldırılması istemiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- E. 2009/19 sayılı davada, başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"...Davacı Halk Bankası vekili olarak davacı borçlu aleyhine ilamsız icra takibi başlatmış olup ödeme emri borçluya 03.08.2008 günü tebliğ edilmiş olup davacı - borçlunun bu ödeme emrine süresi içinde itiraz etmemesi nedeni ile takip kesinleşmiş olup, davalı - alacaklı vekilinin başvurusu üzerine borçlunun Sosyal Sigortalar Kurumundan almış

olduğu emekli aylığına haciz konularak 2008 yılı mayıs ayından itibaren borçlu - davacının maaşından aylık 138,00YTL lik kesinti yapılmaya başlanmıştır. Davacı-borçlu bunun üzerine mahkememize şikayet yolu ile başvurarak Sosyal Sigortalar Kurumundan almış olduğu emekli aylığına konulan haczin 506 s. Kanunun 121. maddesi gereğince haczin kaldırılmasını talep etmiştir. Anılan 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Yasasının 121/1 maddesi gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar, nafaka borçları ve bu Kanunun 80 inci maddesine göre takip ve tahsili gereken alacaklar dışında, haciz veya başkasına devir ve temlik edilemeyeceği hüküm altına alınmış, 5510 Sayılı Yasanın 93. maddesinde bu kez tüm sosyal güvenlik mensubu üyeleri kapsama dahil edilerek, bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. Hükmü getirilmiştir.

506 Sayılı Yasanın 80. maddesi (Değişik: 1/12/1993 - 3917/1 md.)

İşveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden kesmeye ve kendisine ait prim tutarlarını da bu miktara ekleyerek en geç ertesi ayın sonuna kadar Kuruma ödemeye mecburdur.

(Ek fıkra: 9/4/2003-4842/32 md.) Prim borçlarının, katma değer vergisi iade alacağından mahsubu suretiyle de ödenmesi mümkündür. Bu takdirde katma değer vergisi iade hakkı sahibi; kendisinin, mal ya da hizmet satın aldığı veya iştirak ya da ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu işverenlerin prim borçları için de mahsup talep edebilir. Kurumun bağlı olduğu Bakanlık, Maliye Bakanlığının uygun görüşü ile bu uygulamadan faydalanacak işverenleri, iştigal konusu, işletme türü ve işletme büyüklüğü itibariyle belirlemeye ve lehine mahsup talebinde bulunulan işverenlerin prim borcu ödeme süresini otuz günü aşmamak üzere uzatmaya yetkilidir.

77 nci maddenin (a) fıkrası gereğince hak edilen ve fakat ödenmemiş olan ücretler üzerinden hesaplanacak primler hakkında da yukarıdaki hüküm uygulanır.

Kuruma fiilen ödenmeyen prim tutarları Gelir ve Kurumlar Vergisi uygulamasında gider yazılamaz.

(Değişik beşinci fıkra: 22/2/2006 - 5458/6 md.) Kurumun, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahlil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 sayılı Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı, diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır. Şu kadar ki; Kurumun prim ve diğer alacaklarının süresi içinde ve tam olarak ödenmemesi halinde, ödenmeyen kısmına, sürenin bittiği tarihten itibaren ilk üç aylık sürede her ay için % 3 oranında gecikme cezası, ayrıca her ay için bulunan bu tutarlara ödeme süresinin bittiği tarihten başlamak üzere borç ödeninceye kadar, her ay için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait YTL cinsinden iskontolu ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetlerinin aylık ortalama faizi, bileşik bazda uygulanarak gecikme zammı hesaplanır. Ancak ödemenin yapıldığı ay için gecikme zammı günlük hesaplanır. Yapılacak takip sonunda tahsilinin imkânsız veya tahsili için yapılacak giderlerin alacaktan fazla olacağı anlaşılan 20 YTL'ye kadar (20 YTL dahil) Kurum alacakları, tahsil zaman aşımı süresi beklenilmeksizin Kurum Yönetim Kurulunca terkin edilebilir. Kurum Yönetim Kurulu, bu miktarı on katına kadar artırmaya, terkin yetkisinin tamamını veya bir kısmını yetki sınırlarını da belirterek Kurum Başkanına, Genel Müdürlere ve Sigorta İl/Sigorta Müdürlerine devretmeye yetkilidir. Bakanlar Kurulu ilk üç ay için uygulanan gecikme cezası oranını iki katına kadar artırmaya veya bu oranı % 1 oranına kadar indirmeye, yeniden kanunî oranına getirmeye ve uygulama tarihini belirlemeye yetkilidir.

Yetkilerin kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle tespit edilir.

Kurum alacaklarının tahsilinde 21.7.1953 tarih ve 6183 sayılı Kanunun uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde, alacaklı Sigorta Müdürlüğünün bulunduğu yer İş Mahkemesi yetkilidir.

Yetkili iş mahkemesine başvurulması alacakların takip ve tahsilini durdurmaz.

Dava ve icra takibi açılmış olsa bile, prim ve diğer alacakların ödenmemiş kısmı için gecikme zammı tahsil olunur.

(Değişik : 29/9/1999 - KHK - 578/1 md.) Yangın, su baskını ve deprem gibi tabii afete uğrayan ve bunu belgeleyen işverenler ile isteğe bağlı sigorta ve topluluk sigortasına devam edenlerin hadisenin vukua geldiği tarihten itibaren üç ay içinde talepte bulunmaları halinde mevcut prim borçları ile afetin meydana geldiği tarihten itibaren tahakkuk edecek üç aylık prim borçları hadisenin vuku bulduğu tarihten itibaren bir yıla kadar ertelenebilir.

Prim borcunun ertelendiği süre zaman aşımından sayılmaz ve ertelenen kısmına gecikme zammı uygulanmaz.

Sigorta primlerini haklı sebepleri olmaksızın, birinci fıkrada belirtilen süre içerisinde tahakkuk ve tediye etmeyen kamu kurum ve kuruluşların tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri mesul muhasip, sayman ile tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri kuruma karşı, işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Bu Kanuna ek 24 üncü maddesinde belirtilen Kurum ve Kuruluşlar tarafından süresi içinde kuruma ödenmeyen sosyal yardım zamları için bu madde hükümleri uygulanır.

Ödenmeyen primler ve verilen cezalar için Kurumca düzenlenecek belgeler şeklindedir.

5510 Sayılı Yasanın 88. maddesi- (Değişik: 17/4/2008-5754/52 md.)

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak sigortalı hissesi prim tutarlarını ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öder.

Hak edilen ancak, ödenmemiş olan ücretler üzerinden hesaplanacak primler hakkında da birinci fıkradaki hüküm uygulanır.

60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b), (c), (d) ve (g) bentleri gereği genel sağlık sigortalısı sayılanlar için, her ay otuz tam gün genel sağlık sigortası primi ödenmesi zorunludur. Şu kadar ki, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında genel sağlık sigortalısı olanların aynı ay içinde zorunlu sigorta kapsamında prim ödeme gün sayısı

bulunması halinde, ayın kalan günleri için isteğe bağlı sigorta gün sayısı kadar genel sağlık sigortası primi ödenir.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olmakla birlikte, 4857 sayılı Kanunun 13 ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerin/3 çalışanlar ile bu Kanuna göre ev hizmetlerinde ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalılar için eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin 30 güne tamamlanması zorunludur. Bu durumda olan sigortalıların eksik günlerine ilişkin genel sağlık sigortası primleri, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi veya (g) bendi kapsamında ödenir. Kamu idaresine ait iş yerlerinde çalıştırılan sigortalıların iş sözleşmesinin askıda kaldığı aylara ait genel sağlık sigortası primi, 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas, günlük kazancın alt sınırının 30 günlük tutarı üzerinden ilgili kamu idaresince ödenir.

60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına girenler için prim ödeme yükümlülerinin ödeyecekleri genel sağlık sigortası primi; primin tahakkuk ettirileceği ay itibarıyla anılan bendin (1) ve (2) numaralı alt bentlerinde sayılan toplam kişi sayısının üçe bölünmesi suretiyle bulunacak kişi sayısına (3) ilâ (10) numaralı alt bentlerde sayılan kişi sayısının eklenmesi suretiyle bulunacak toplam kişi sayısı esas alınarak hesaplanır. Ancak, bu kişilerden aynı zamanda 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamı dışındaki bentlerin kapsamına girerek genel sağlık sigortalısı sayılanlar, bu fıkraya göre tespit edilecek kişi sayısı hesabına dahil edilmez.

87 nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen yükümlüler, her aya ait primlerini takip eden ayda Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öderler. Bu kişiler primlerini en fazla 360 günle sınırlı olmak üzere peşin olarak erken ödeyebilir. Erken ödeme halinde erken ödenen her gün için 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesine göre erken ödeme indirimi hükümleri uygulanır. Ancak yapılan erken ödeme indirimi, prime esas kazançtan indirilmez. Erken ödemede sigortalılık süresi, sigorta priminin ait olduğu her ayın ilk gününden itibaren, prim ödeme gün sayısına dahil edilir. Erken ödeme yapılan ve prim ödeme gün sayısına dahil edilmeyen sürede isteğe bağlı sigortalılığın sona ermesi halinde, sigortalılık süresinden sayılmayan günlere ait primler ilgililere iade edilir.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendine tabi sigortalılar için, genel sağlık sigortası primi ile kısa ve uzun vadeli sigorta kolları primlerini ayrı ayrı veya birlikte tahsil edilecek şekilde prim ödeme tarihlerini veya dönemlerini belirlemeye Kurum yetkilidir.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı sayılanların, her ay için otuz tam gün prim ödemesi zorunludur.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde belirtilen sigortalıları çalıştıran işverenler, çalıştırdığı sigortalıların primlerine esas tutulacak kazançlar toplamı üzerinden bu Kanun gereğince hesaplanacak prim tutarlarını ücretlerinden keserek ve kendisine ait prim tutarlarını da bu tutara ekleyerek, en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar Kuruma öderler.

87 nci maddenin birinci fıkrasının (c) ve (d) bentlerinde belirtilen yükümlüler, her aya ait primleri ilgili ayı takip eden ayın sonuna kadar Kuruma öderler.

Kuruma fiilen ödenmeyen prim tutarları, gelir vergisi ve kurumlar vergisi uygulamasında gider yazılamaz.

4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendi kapsamında sigortalı olarak tescil edilmiş olanların prim borçlarını, sattıkları tarımsal ürün bedellerinden borç tutarını geçmemek şartıyla % 1 ilâ % 5 oranları arasında olmak üzere kesinti yapılmak suretiyle tahsil etmeye Kurum yetkilidir.

Prim borçları katma değer vergisi iade alacağından mahsubu suretiyle de ödenebilir. Bu takdirde katma değer vergisi iade hakkı sahibi kendisinin, mal veya hizmet satın aldığı veya iştirak veya ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu işverenlerin prim borçları için de mahsup talep edebilir. Bu işverenlerin mahsup talebinde bulundukları ayda muaccel olan prim borçlarının birinci fıkrada belirtilen ödeme sürelerini izleyen onbeş gün içinde mahsup suretiyle ödenmesi halinde, yasal süresi içinde ödendiği kabul edilir. Ancak prim borçlarının katma değer vergisi iade alacağından mahsup suretiyle ödenmesi talebinde bulunulduğu halde, süresinde mahsup edilemeyen veya eksik mahsup edilen prim borçları için birinci fıkrada belirtilen ödeme sürelerini izleyen günden başlanarak gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanır. Kurum, Maliye Bakanlığının uygun görüşü ile bu uygulamadan faydalanacak

işverenleri; iştigal konusu, işletme türü ve işletme büyüklüğü itibarıyla belirlemeye ve lehine mahsup talebinde bulunulan işverenlerin prim borcu ödeme süresini otuz günü aşmamak üzere uzatmaya yetkilidir.

Kurum, prim ve her türlü alacaklarını, işverenlere olan borçlarından mahsup etmek suretiyle tahsil etmeye yetkilidir.

Primlerin özel ödeme şekilleri kullanılmak suretiyle ödenmesi zorunluluğu getirmeye ve primlerin yatırılacağı tahsilât kuruluşlarını belirlemeye Kurum yetkilidir.

Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 sayılı Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır.

Kurum, 6183 sayılı Kanun kapsamında takip edilen alacakları hariç olmak üzere her türlü alacağın teminatını teşkil etmek üzere Yeni Türk Lirası ve/veya yabancı para birimi üzerinden ticari işletme, taşınır ve/veya taşınmaz rehni dahil olmak üzere her türlü teminat almaya yetkilidir.

Kurumun 6183 sayılı Kanun kapsamında takip edilen prim ve diğer alacakları amme alacağı niteliğinde olup, imtiyazlı alacaktır. Kurumun taraf olduğu her türlü dava ve icra takiplerinin kısmen veya tamamen aleyhe neticelenmesi halinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda yazılı tazminat ve cezalar Kurum hakkında uygulanmaz.

Kurumun prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanunun uygulamasından doğacak uyuşmazlıkların çözümlenmesinde Kurumun alacaklı biriminin bulunduğu yer iş mahkemesi yetkilidir. Yetkili iş mahkemesine başvurulması alacakların takip ve tahsilini durdurmaz.

Kurumun sigorta primleri ve diğer alacakları haklı bir sebep olmaksızın bu Kanunda belirtilen sürelerde ödenmez ise kamu idarelerinin tahakkuk ve tediye ile görevli kamu görevlileri, tüzel kişiliği haiz diğer işverenlerin şirket yönetim kurulu üyeleri de dahil olmak üzere üst düzeydeki yönetici veya yetkilileri ile kanuni temsilcileri

Kuruma karşı işverenleri ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur.

Kurum, kamu idarelerinde işyerinin özelliği nedeniyle primlerin farklı zamanlarda ödeme süresini belirlemeye yetkilidir. Prim alacaklarının tahsili için muacceliyet tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde icra yoluna başvurmayan Kurum yetkili personeli hakkında genel hükümlere göre kovuşturma yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir" şeklindedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" denilmektedir. Bu ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

İcra Takiplerinde, alacaklı veya borçlu ister gerçek, ister tüzel kişi veya kamu tüzel kişisi ya da hazine olsun, netice itibariyle taraf sıfatını alır. Taraf olma itibariyle alacaklı ya da borçlunun hukuki durumları aynıdır. İtiraz konusu düzenleme ile, hukuki konumları aynı olduğu halde, 506 Sayılı Yasa ya da 5510 sayılı Yasa kapsamındaki borçluların emekli aylıklarına Sosyal Güvenlik Kurumu, süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 Sayılı Yasa Hükümlerinden faydalanarak herhangi bir yasal sınırlama olmaksızın borçlunun emekli maaşına haciz işlemi yaparak kurum alacağını tahsil edebildiği halde Sosyal Güvenlik Kurumu dışındaki diğer gerçek ve tüzel kişi alacaklılar ise anılan yasa hükümleri uyarınca emekli maaşına haciz işlemi yapamamakta ve bu şekilde borçlunun üzerine kayıtlı başkaca menkul ya da gayrı menkulünde bulunmaması durumunda alacaklarını tahsil edememektedirler . Bu şekilde Sosyal Sigortalar Kurumu ile aynı haciz dosyasında alacağını tahsil etmeye çalışan diğer kuruluş ve kişiler

arasında farklı kurallar getirilerek bir taraf lehine ayrıcalık tanınmaktadır. Bu durum da Anayasamızın 10. maddesinde belirlenen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca bu durum Anayasamızın Başlangıç Hükümlerinde yer alan Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu şeklindeki hükmede aykırılık teşkil etmektedir. Zira 506 Sayılı Yasanın 80 ve 5510 sayılı Yasanın 88. maddelerinde ayrıcalıklı konuma getirilen Sosyal Güvenlik Kurumu kendi alacağını hiçbir yasal sınırlama olmaksızın tahsil edebilmekte iken diğer alacaklılar anılan hükümler gereğince alacaklarını tahsil edememe ve maddi varlıklarını geliştirme haklarını tahsil etme hakkından mahrum bırakılmaktadır.

SONUÇ VE İSTEM: Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında; 506 sayılı Kanununun 121/1 maddesinde geçen; "...Bu kanun gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar, nafaka borçları ve bu Kanunun 80 inci maddesine göre takip ve tahsili gereken alacaklar dışında, haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez." İbaresi ile 5510 Sayılı Yasanın 93 maddesinin "Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez." ibaresinin Anayasanın hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılığı iddiasıyla iptali isteminden ibarettir.

İstemin iptali Yüce Anayasa Mahkemesinin yüksek takdirlerine ait olmak üzere itiraz dilekçesi ve dava dosyası saygıyla ve önemle arz olunur. 27.01.2009"

B- E. 2009/43 sayılı davada, başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememiz 2009/29 esas sayılı Akçaabat İcra Müdürlüğü'nün 2008/95 takip sayılı dosyasında davacı emekli maaşına konulan haczin şikayet yolu ile kaldırılması davasında uygulamaya konu 5510 sayılı Yasa'nın 93/1 maddesi hükmü nün Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu

değerlendirilmekle 17.04.2009 tarihli celsede dosyanın somut norm denetimi yapılmak üzere Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

Yasa hükmü:

"MADDE 93- (Değişik birinci fıkra: 17/4/2008-5754/56 md.) Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir." şeklindedir.

Yasanın düzenlemesine göre 5510 sayılı Kanun gereği bağlanan gelir aylık ve ödenekler Yasanın belirttiği istisnalar olan 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemeyecektir.

Anayasa Kuralı:

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

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.

Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

Anayasa kuralına göre her kişi herhangi bir sebep gözetilmeksizin yasa önünde eşittir. Hiçbir kişiye ya da sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Açıklamalar:

-Ülkemizde çalışan nüfusun önemli kısmını asgari ücretle çalışanlar oluşturmaktadır. Çalışan asgari ücretlilerin maaşları da emekli maaşından genel olarak daha düşüktür aynı zamanda da asgari ücretle

çalışanların yaşlarına göre bakmakla yükümlü oldukları eşleri ile birlikte okul çağında bulunan çocukları da bulunmaktadır. Ülkemiz yasa sistemine göre asgari ücretle çalışanlar ile diğer çalışanların maaşlarına haciz konulabilmektedir. Bu noktada emekli olanlara tanınan imtiyazın makul ve hukuksal yönü bulunan bir gerekçesi yoktur. Duygusal gerekçeleri ise geçerli bir hakka akla uygun bir nedene dayanmamaktadır. Bankalarca uygulanan faiz oranlarına tepki de bu ayırımın haklı gerekçesi olamaz, kaldı ki bankalar da faiz oranlarını yasaların izin verdiği çerçevede belirlemektedir. Diğer taraftan borç alacak ilişkilerinde alacaklı taraf çoğu zaman bankalar da değildir.

-Cebri icra ve haciz işlemleri, alacakların yasa düzeni içinde tahsili suretiyle kamu düzeninin ve barışının sağlanmasına, kamu otoritesine güven tesisine hizmet eden ve millete ait olan egemenliğin yargı dalı kapsamında bulunan bir yasal prosedürdür. Cebri icra işlemlerinin neticesiz kalmasına neden olacak şekilde kamu otoritesinin elini zayıflatır mahiyetteki bu yasal düzenleme, anayasal düzenin korumak durumunda olduğu kamu düzen ve barışına -enerjisini kamu otoritesindeki boşlukları ranta çevirmekten alan suç örgütlerinin faaliyet alanını genişletmek suretiyle- zarar verici mahiyettedir.

Sonuç:

Anayasa'nın 10. maddesiyle belirlenen yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olarak 5510 sayılı Yasa kapsamında gelir ve maaş bağlanan kişilere imtiyaz sağlayan 5510 sayılı Kanun'un 93. maddesinin birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlesinin somut norm denetimi suretiyle iptali gerekmektedir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1) 17.7.1964 günlü 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu kuralı da içeren 121. maddesi şöyledir:

"Madde 121- Bu Kanun gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar, nafaka borçları ve bu Kanunun 80 inci maddesine göre takip ve tahsili gereken alacaklar dışında, haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez.

(Ek fıkra: 29.7.2003–4958/47 md.) Ancak, yanlış ve yersiz ödendiği anlaşılan her türlü gelir, aylık ve sigorta yardımları 84 üncü maddenin son fıkrası saklı kalmak kaydıyla, ilgililerin sonraki her çeşit istihkaklarından kesilmek suretiyle geri alınır. Kurumun genel hükümlere göre takip hakkı saklıdır.

(Ek fıkra: 2.7.2005–5386/1 md.) Ölüm geliri ve aylıklarından yapılan yersiz ödeme tutarları, yersiz ödenmiş olan gelir ve aylıkların kesilmesi nedeniyle aynı dosyadan gelir ve aylık ödemesi yapılan diğer hak sahiplerine Kurumca yapılması gereken gelir ve aylık ödeme tutarları nazara alınmak suretiyle tespit edilecek Kurum zararı esas alınarak tahsil edilir. Ancak, diğer hak sahiplerinden itirazda bulunanların hisseleri bu fıkra uygulamasında hariç tutulur."

2) 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu kuralı da içeren 93. maddesi şöyledir:

"Madde 93- (Değişik birinci fıkra: 17.4.2008–5754/56 md.) Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez. **Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez. (Ek cümle 18.2.2009–5838/38 md.)** Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir.

(Değişik ikinci fıkra: 17.4.2008–5754/56 md.) Kurumun prim ve diğer alacakları ödeme süresinin dolduğu tarihi takip eden takvim yılı başından başlayarak on yıllık zamanaşımına tâbidir. Kurumun prim ve diğer alacakları; mahkeme kararı sonucunda doğmuş ise mahkeme kararının kesinleşme tarihinden, Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca yapılan tespitlerden doğmuş ise rapor tarihinden, kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden doğmuş ise bu soruşturma, denetim ve inceleme sonuçlarının Kuruma intikal ettiği tarihten veya bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulmuş kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden

doğmuş ise bilgi ve belgenin Kuruma intikal ettiği tarihten itibaren, zamanaşımı on yıl olarak uygulanır. Bu alacaklar için 89 uncu madde gereğince hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı, 88 inci maddede belirtilen ödeme süresinin son gününü takip eden günden itibaren uygulanır.

Bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücû davaları, on yıllık zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımı tarihi; rücû konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlar.

Zamanaşımından sonra yapılan ödemeler kabul edilir. Ancak, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendine tâbi sigortalıların zamanaşımı nedeniyle prim ödenmeyen süreleri, sigortalılık süresinden sayılmaz ve bu süreye ilişkin sigortalılık hak ve yükümlülükleri düşer."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkemeler başvuru kararlarında, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2. ve 10. maddelerine dayanmışlardır.

IV- İLK İNCELEME

A- E. 2009/19 Sayılı Davada

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;

Öncelikle davada 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 Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve 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, 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinin, 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrası ile 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının iptalini istemiştir.

Bakılmakta olan 12.11.2008 günü açılan davanın konusu, yaşlılık aylığı üzerine 9.1.2008 tarihli kararla konulan haczin şikâyet yolu ile kaldırılmasıdır. Haciz kararına dayanılarak Mayıs 2008 tarihinden itibaren davacının yaşlılık aylığından her ay kesinti yapılmaya devam edilmiştir.

5510 sayılı Yasa, 108. maddesi hükmü uyarınca 1.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu açıdan yaşlılık aylığından haciz nedeniyle yapılan kesintilerin dayanağı 1.10.2008 tarihinden öncesi için 506 sayılı Yasa'nın 121. maddesinin birinci fıkrası, sonrası için 5510 sayılı Yasa'nın 93. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesidir.

Yasa'nın 93. maddesinin birinci fıkrasının iptali istenilen birinci cümlesindeki *"Bu Kanun gereğince sigortalılar ve hak sahiplerinin gelir, aylık ve ödenekleri, sağlık hizmeti sunucularının genel sağlık sigortası hükümlerinin uygulanması sonucu Kurum nezdinde doğan alacakları, devir ve temlik edilemez."* kuralı devir ve temlik yasağına ilişkin olduğundan davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenle;

1- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesi dışında kalan bölümünün, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bölüme ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine, OYBİRLİĞİYLE;

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından;

a) 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinin, 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının,

b) 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesinin,

esasının incelenmesine 12.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E. 2009/43 Sayılı Davada

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

Öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Başvuran mahkeme 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin iptalini istemiştir.

İcra takibi 18.1.2008 tarihinde başlamış ise de, şikâyete konu maaş haciz kararı 19.1.2009 tarihinde olduğundan, kesinti yapılan aylığın niteliğinin belirlenmesinde ve davanın esastan sonuca bağlanmasında 5510 sayılı Yasa'nın 93. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanacak kuraldır.

5510 sayılı Yasa'nın 93. maddesinin üçüncü cümlesindeki *"Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakatı bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir."* kuralının da iptali istenilmişse de, 18.2.2009 tarihli ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesiyle 5510 sayılı Yasa'nın 93. maddesinin birinci fıkrasına eklenen, 28.2.2009 (Mükerrer) günlü ve 27155 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak bu tarihte yürürlüğe giren bu kural, şikâyete konu maaş

haciz talebinin ve kararının 19.1.2009 tarihi olması nedeniyle davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenle;

1- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasına 8.2.2009 günlü, 5838 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin (b) bendiyle eklenen üçüncü tümcenin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu tümceye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine, OYBİRLİĞİYLE;

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesinin esasının incelenmesine,

2.7.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/19 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/19 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 2.7.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna

başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlı tutulmuştur.

İtiraz konusu kurallar, 506 sayılı Yasa'nın 121. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Bu kanun gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar, nafaka borçları ve bu Kanunun 80 inci maddesine göre takip ve tahsili gereken alacaklar dışında, haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez."* hükmü ile 5510 sayılı Yasa'nın 93. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesindeki *"Gelir, aylık ve ödenekler; 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez."* kuralıdır.

Bakılmakta olan davaların konusu SSK yaşlılık aylığının haczinden kaynaklandığından, 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinin 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, fıkrada yer alan *"… aylıklar …"* ve *"… haciz …"* sözcükleri ile 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 56. maddesiyle değiştirilen 5510 sayılı Yasa'nın 93. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine ilişkin incelemenin de *"… aylık …"* sözcüğü ile sınırlı olarak yapılmasına karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararlarında, cebri icra ve haciz işlemlerinin, yasa düzeni içinde tahsili suretiyle kamu düzeninin ve barışın sağlanmasına hizmet ettiği, bu işlemleri sonuçsuz bırakacak şekilde gelir, aylık ve ödeneklere, çalışanların maaşlarından farklı olarak iki istisna dışında öngörülen haczedilmezlik yasağına ilişkin düzenlemelerin, bu kapsamdaki kişiler lehine imtiyaz sağladığı, icra takiplerinde "taraf sıfatı" adı altında aynı hukuki durumda bulunan alacaklılardan, nafaka alacaklısı ve Sosyal Güvenlik Kurumu lehine ayrıcalık tanıdığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde 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 geliştirerek 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.

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

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

Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Bu bağlamda alacak hakkı da mülkiyet hakkı kapsamındadır.

Yaşlılık aylığı, belirli bir süre çalıştıktan sonra çalışamamanın ve kazançtan yoksun kalmanın karşılığı olup, amacı da yaşlılık döneminde çalışamama dolayısıyla gelirden yoksun kalmaya yönelik tehlikenin ortadan kaldırılmasını sağlamaktır. Böylece kişilere, yaşlılık nedeniyle çalışamaz duruma geldiklerinde yaşamlarını sürdürebilecekleri bir geliri sağlama güvencesi verilmektedir.

Sosyal güvenlik her şeyden önce, herhangi bir nedenle kısmen ya da tamamen çalışamayanlara ve bu nedenle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşenlere, insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat sürmeleri için gerekli gelirin sağlanmasını öngörür. Sosyal güvenlik, ekonomik yönden güçsüzleri, insanca yaşamak için yeterli geliri olmayanları koruyup kollar.

Sosyal güvenlik kurumlarında iştirakçi olan kişiler, aktif çalışma yaşamları boyunca miktarı ve süresi yasa tarafından belli edilmiş primleri ödemekte ve belli yaşa geldikten sonra da emekli statüsüne geçerek bu statünün sağladığı, başta yaşlılık aylığı olmak üzere çeşitli sosyal haklardan yararlanmaktadırlar. Primli rejime dayalı sosyal güvenlik sisteminin esası da, önceden alınan payın (primin) yeniden dağıtımına dayanmaktadır.

İtiraz konusu kurallarla öngörülen haciz yasağı Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerinin Devlete verdiği pozitif yükümlülüğün bir gereğidir. Öte yandan 5510 sayılı Yasa'nın 93. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki *"Bu fıkraya göre haczi yasaklanan gelir, aylık ve ödeneklerin haczedilmesine ilişkin talepler, borçlunun muvafakati bulunmaması halinde, icra müdürü tarafından reddedilir."* kuralı gereğince, borçlunun muvafakatinin bulunması halinde yaşlılık aylığının haczi de olanaklıdır.

Kurallardaki haciz yasağı, borçlunun diğer gelir ve malvarlığından alacağın tahsiline engel bir düzenleme içermediğinden, hakkın özüne dokunan ölçüsüz bir müdahaleden de söz edilemez.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir.

Sosyal güvenlik kurumunun işlevini yerine getirebilmesi kurumun yeterli derecede gelir kaynağına sahip olmasına bağlıdır. Türk sosyal sigorta hukuku yapılacak yardımları tam karşılamasa bile primli sosyal sigorta sistemine dayanmaktadır. Kurumun başlıca gelir kaynağı sosyal güvenlik primleridir. İşveren veya sigortalı gerekli primleri yasal süresi içinde ödemekle yükümlüdürler. Bu bağlamda primlerin ödenmesine ilişkin 506 sayılı Yasa'nın 80. ve 5510 sayılı Yasa'nın 88. maddelerinin amacı da primlerin zamanında ve düzenli olarak tahsilini sağlamaya yöneliktir. Primlerin tahsilinin sağlanabilmesinin de Anayasa'nın 5. ve 60. maddelerindeki sosyal güvenlik hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu açıktır.

Nafaka alacakları ise aile bireylerinden birinin yoksulluğu ya da çocukların eğitim ve geçimi için mahkeme kararıyla hükmedilen alacaklardır. Anayasa'nın 41. maddesi gereğince Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Prim ve nafaka alacaklarının bu özellikleri, itiraz konusu kurallardaki haciz yasağında ayrık tutulmalarını gerektirmiştir.

Diğer taraftan, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 83. maddesi gereğince çalışanların maaşlarının 1/4'ü üzerine haciz mümkün iken yaşlılık aylıkları üzerine haciz yasağının eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de çalışanlar ile yaşlılık aylığı alanların statüleri aynı olmadığından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

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

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Nuri NECİPOĞLU ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinin;

a- 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, fıkrada yer alan "… aylıklar …" ve "… haciz …" sözcükleri ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

b- 5198 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasında yer alan "… aylıklar …" ve "… haciz …" sözcüklerinin Anayasa'ya

aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Nuri NECİPOĞLU ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin;

a- 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesine ilişkin esas incelemenin, cümlede yer alan "… aylık …" sözcüğü ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

b- 5754 sayılı Kanun'un 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "… aylık …" sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Nuri NECİPOĞLU ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

6.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY YAZISI

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinin ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin birinci fıkralarında yer alan iptal istemine konu kurallar, borçlu olan sigortalının aldığı emekli/yaşlılık aylığı üzerine haciz konulmasına engeldir. Buna göre, borçlunun haczi kabil başka malı yoksa, alacaklının alacağını tahsil etmesi olanaksız hale gelmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. Yalnızca hukuk devletinin değil, "kanun devleti"nin bile temel görevleri arasında kişiler arasında adaleti sağlayarak kamu düzenini korumak, toplumsal barışı temin etmek gelir. İlkel devletten günümüze kadar devletin değişmeyen görevleri arasında yer alan, hak sahibinin hakkını kamu gücü kullanarak korumak, kuşkusuz hukuk devletinin de asgari görevlerinden olup, "sosyal devlet" olmanın gerekleri, bu temel görevi ortadan kaldıramaz.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Alacak hakkının da mülkiyet hakkı kapsamında olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Alacak hakkının kullanılamaz hale gelmesine yol açan bir yasa kuralı ancak açık, tanımlanabilir bir kamu yararının varlığı halinde, ölçülü ve demokratik toplum gereklerine aykırı olmayacak şekilde sınırlanabilir.

İptal isteminin reddine ilişkin gerekçede, yaşlılık aylığının, kişinin insan onuruna uygun asgari yaşam düzeyini sürdürebilmesi için gerekli olduğu düşüncesine dayanılmış, ancak bunun istisnası olabileceği ve nafaka borcunun ödenmesi için yaşlılık aylığının kısmen haczedilebilmesinin Anayasa'ya aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Bu gerekçe dahi, alacaklının ve borçlunun menfaatleri arasında sosyal hukuk devleti gereklerine göre bir denge kurulması ihtiyacına işaret etmektedir. Halbuki iptal istemine konu kural, belki de sigortalı olmayan, hiçbir geliri de bulunmayan alacaklının alacağını tahsil edememesi halinde nasıl bir zarurete duçar olacağını da sorgulama gereği duymaksızın, borçlu lehine mutlak bir koruma sağlamaktadır. Alacaklı her zaman zengin ve güçlü olmayabileceği gibi, borçlu, üzerine kayıtlı ve haczi kabil hiçbir malı olmayan ancak gerçekte çok iyi koşullarda yaşayan bir kişi de olabilir. Bu nedenle, alacak hakkına

getirilen bu sınırlamada, sosyal devlet gereklerinden kaynaklandığı söylenebilecek, açık bir kamu yararı mevcut değildir. "Alacaklının alacağını borçlunun diğer gelirleri veya malvarlığından alabileceği" varsayımı ise hukuksallık ve nesnellikten uzaktır. Devletin "sosyal devlet" gereklerini, hukukunu korumakla mükellef olduğu diğer vatandaşlarının sırtından gerçekleştirmesi, sonuçta o devletin hem "sosyal" hem de "hukuk devleti" olmaktan çıkmasına yol açacaktır.

Kuralın mülkiyet hakkı kapsamındaki alacak hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle karara katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinin 24.6.2004 günlü 5198 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasında, "Bu kanun gereğince bağlanacak gelir veya aylıklar ve sağlanacak yardımlar, nafaka borçları ve bu Kanun'un 80 inci maddesine göre takip ve tahsili gereken alacaklar dışında, haciz veya başkasına devir ve temlik edilemez."; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin ilk fıkrasının ikinci tümcesinde de "Gelir, aylık ve ödenekler, 88 inci maddeye göre takip ve tahsili gereken alacaklar ile nafaka borçları dışında haczedilemez" denilmiş, 506 ve 5510 sayılı Yasaların itiraz konusu kurallarıyla göndermede bulunulan 80 ve 88. maddelerde ise, primlerin ödenmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, Kurum'dan sağlanan aylıklara, nafaka ve sosyal sigorta prim alacakları dışında haciz konulamayacaktır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası'nın 121. maddesi 1.10.2008 gününde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa'nın 106. maddesinin 1 numaralı bendi ile yürürlükten kaldırılmış ise de İcra Tetkik Mercii'nde bakılmakta olan davada, davacının maaşı üzerindeki haczin dayanağı, 1.10.2008 gününden önce ve sonraki döneme ilişkin olmak üzere her iki Yasa'nın belirtilen kuralları olduğundan, haciz yasağı bakımından aralarında fark bulunmayan bu kuralların birlikte incelenmesi gerekmiştir.

İtiraz konusu kurallarla sigortalıların aylıklarından başka haczedilebilecek gelir ve mallarının bulunmaması durumunda, bu kişilerden alacaklı olanların haklarına kavuşmaları olanaksız hale getirilmiştir.

Mülkiyet hakkını düzenleyen Anayasa'nın 35. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi mülkiyet hakkı için öngörülen anayasal güvence, yalnız menkul ve taşınmaz malları değil, para ile değerlendirilebilen hakları ve mal varlığını da kapsamaktadır. Bu nedenle kişilerin alacak haklarının da 35. maddenin güvencesi altında olduğunda duraksamaya yer yoktur. Maddenin ikinci fıkrasında bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabileceği vurgulanmış ise de bir hak ve özgürlüğün tümüyle kullanılamaz hale getirilmesinin, sınırlamayı aşan onu yok eden bir durum olduğu açıktır.

İtiraz konusu düzenlemeyle borçlu konumunda olan sigortalının, aylığından başka bir mali kaynağının bulunmaması durumunda alacaklının, kesinleşmiş yargı kararlarıyla hüküm altına alınan ve mülkiyet hakkı kapsamında bulunan alacak haklarına haciz yoluyla ulaşmasının tümüyle engellenmesi, Anayasa'nın 35. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca, hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü için, yalnız hakkın aranmasının güvence altına alınması yeterli olmayıp ona ulaşılmasının da sağlanması gerektiğinden, yargı kararıyla kesinleşen bir alacağın haciz yasağı nedeniyle tahsilinin engellenmesi, Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesine de aykırıdır.

Sigorta aylıklarına haciz yasağı getirilmesinin nedeni, kuşkusuz belirli bir miktarı aşmadığı düşünülen bu aylıkları alanları, geçim sıkıntısı içine düşürmemektir. Ancak, bu husus bir varsayım olup, sigortadan yeterli miktarda aylık alanların da bulunduğu bir gerçektir. Hiçbir sosyal güvencesi ve geliri olmaması durumunda alacaklının, sigorta aylığı alan borçludan daha zor durumda kalabileceği de açıktır.

Bir borç, alacak ilişkisinde edimini yerine getirmeyen borçlunun, yükümlülüğünü yerine getiren alacaklıdan daha fazla hukuki koruma görmesi, insan haklarına dayanan adil ve hakkaniyete uygun bir düzen gerçekleştirmekle yükümlü olan hukuk devletinin gerekleriyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu düzenlemelerin Anayasa'nın 2, 35 ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

MUHALEFET ŞERHİ

Anayasa Mahkemesi Hukuk Devletini; "insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasaların bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın olduğu bilincinde olan devlettir." şeklinde tanımlamaktadır. Öncelikle Anayasa'ya ve yukarıdaki tanıma göre devlet, her şeyden önce adaletli bir hukuk düzeni kurmakla yükümlüdür. Adaletli bir hukuk düzeni alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamakla mümkündür. Emekli borçlunun, maaşından başka haczi kabil malı bulunmadığı takdirde alacaklı alacağını nasıl alacaktır? Alacaklının alacağını yasal ve meşru yoldan alamaması, yasaya aykırı yollara başvurulmasına, mafya vb. örgütlerin ortaya çıkmasına neden olmayacak mıdır? Ya da hiçbir sosyal güvencesi bulunmayan alacaklıların haklarını kim nasıl savunacaktır? Bu sorular karşısında "Sosyal Devlet" ilkesi gerekçesi ile emekli borçluları korumak mı? Yoksa "Hukuk Devleti"nin gereklerinden olan her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmak mı? Tercihi ile karşı karşıya kalındığında öncelikli tercih "Adaletli Bir Hukuk Düzeni Kurmak" olmalı ve emekli borçluların maaş haczini engelleyen kuralın iptaline karar verilmedir.

Öte yandan asgari ücretin üzerinde maaş alan çok sayıda emekli bulunduğu, İcra İflas Kanunu'nda borçlunun geçinebilmesi için maaşının ¾ ünün haczedilmesinin yasaklandığı, borçlunun maaşının ancak ¼ ünün haczedilebildiği hususları da göz önüne alındığında, Sosyal Devlet ilkesinden hareketle emekli borçluların maaşına haciz yasağının devam etmesini anlamlandırmak mümkün olamamaktadır.

Ayrıca, alacaklının alacağına kavuşmasının maaş haczi ile engellenmesi, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan "Mülkiyet Hakkı" ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'da mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği ifade olunmuştur. Mülkiyet haklarından olan alacağına kavuşma hakkına, emekli maaşı haczi engeli konulmasında herhangi bir kamu yararı bulunmamakta, aksine adaletli bir hukuk düzeni tesisine engel olması nedeniyle emekli maaşı haczi yasağı bizatihi kamu yararı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

İptali istenen kural Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "Hak Arama Hürriyeti" yönünden değerlendirildiğinde de Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü yasak, alacaklının hakkını aramasına ve hakkına kavuşmasına engel olmaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptali talep olunan kural, Anayasa'nın 2., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğundan çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Nuri NECİPOĞLU	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2010/19

Karar Sayısı : 2011/6

Karar Günü : 6.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Ankara 2. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/84)

2- İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/19)

İTİRAZLARIN KONUSU: 5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

5846 sayılı Yasaya aykırılık suçundan dolayı açılan kamu davalarında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- 2009/84 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"İDDİA: Ankara C. Başsavcılığının 03 Temmuz 2009 tarih ve 2009/173 Basın sayılı iddianamesi ile suç tarihinde Ankaragücü-Beşiktaş futbol takımları arasında oynanan maç yayınının Cemal Gürsel Caddesi Cebeci Ankara adresinde faaliyet gösteren Tostost Cafe isimli işyerinde bireysel kullanıma dayalı 00558423005336 digitürk kartı ile gösterildiği, dijital kartla ticari amaç güderek işyerinde gösterime sunan şüphelinin yargılamasının yapılarak, eylemine uyan; Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 13/4. maddesi yollamasıyla, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasasının 71/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi istemiyle kamu davası açılmıştır.

Anayasaya aykırılık konusunda mütalaa sorulduğunda C. Savcısı bu konuyu mahkemenin takdirine bırakmıştır.

OLAY: Ankaragücü-Beşiktaş takımları arasında oynanan bir futbol maçının sanığa ait işyerindeki TV'de ticari amaçla izin ve yetki almadan bireysel kullanıma dayalı Digitürk kartı ile gelen müşterilere gösterilmesi iddiasıyla 5894 sayılı Kanunun 13/4 maddesi aracılığı ile 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasasının 71/1. maddesine "göre cezalandırılması talep edilmiştir.

DEĞERLENDİRME ve GEREKÇE:

Cumhuriyetle yönetilen demokratik ülkelerde topluma yön veren ve egemen olan sistem "Hukuk Devleti" ilkesidir. Nitekim, Anayasamızın başlangıç kısmında "Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı;

Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" belirtilmiş ve 2 nci maddede "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." şeklinde tanımlanmıştır.

Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri toplumda yaşayan insanların karşılaşabilecekleri olaylarda kendilerine uygulanabilecek hukuk kurallarının ne olduğunu tahmin edebilmeleri-bilebilmeleri imkanını yaşamalarıdır. Toplumda bu husus "Yasallık" olarak bilinmekte olup ceza yargılamasında bu ilke "SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ" olarak tanımlanmaktadır. Nitekim Anayasamızın 38. maddesinde "Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" şeklinde bir düzenleme ile kanunilik prensibi en üst mevzuatta tanımı yapılmış, ll inci maddede de "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer

kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. ... Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." şeklinde tanım yapılarak sonradan getirilebilecek düzenlemelere ışık tutulmuştur. Şu halde, yasa koyucu bir ceza normu ihdas ettiğinde ilk önce Anayasaya uygun davranmak zorunda kalacak olması hukuk devletinin kurallarının işlediğini ortaya çıkaracaktır.

Anayasada tanımı yapılan "yasallık" prensibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 2 nci maddesinde de aynen belirtilmiştir. Buna göre; "1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz." şeklinde kural belirtilerek hukuk devletinin gerektirdiği yasallık ceza adalet sisteminde de aynen yer almıştır. Burada açıkça belirtildiği gibi idare düzenleyici işlemlerle suç ve ceza ihdas edemeyecektir. Yine TCK.nın 5 inci maddesinde "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" denilerek bütün özel yasalardaki suç ve ceza öngören maddelerin TCK prensibini esas alması gerektiği vurgulanmış, TCK.nın yürürlük ve uygulama şekli hakkındaki 5252 sayılı Kanunun geçici 1 inci maddesinde de TCK'na aykırı olan özel kanun hükümlerindeki ceza maddelerinin 31.12.2008 tarihinden itibaren uygulanamayacağı belirtilerek sonraki olası yasal düzenlemelerde de TCK sisteminin esas alınması gerektiği vurgulanarak izlenecek yol haritası gösterilmiştir.

Somut olayda ise mahkememize açılan kamu davasında uygulanması istenilen 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 13/4 maddesinde yer alan "Futbol müsabakası yayınlarının, TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılmışı, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci

maddesindeki cezai hükümler uygulanır." şeklindeki düzenlemede yer alan "TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında" ibaresi Anayasanın 11. ve 38 inci maddeleri ile Türk Ceza Kanunun 2 ve 5 inci maddesine (5252 sayılı TCK.nın yürürlük yasasının geçici 1 inci maddesindeki kritere) aykırı olarak düzenlenerek suç tanımı yapılmamıştır. Buna göre, suç tanımlama yetkisi TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar denilerek idareye yani Türkiye Futbol federasyonuna bırakılmıştır. Bu halde futbol müsabaka yayınlarıyla ilgili olmak üzere TFF her belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde suç ihdas edebilecektir. Bu durumda adı geçen maddede "5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır" şeklindeki yasa koyucu tarafından getirilen düzenleme "kanunilik" prensibinin oluşmasına yeterli değildir. Çünkü atıf yapılan 5894 sayılı Kanun'un 13/4 madde metnindeki terimde suç ihdas keyfiyeti idareye yani TFF'na bırakılmıştır. Bu Anayasanın özüne ve hukuk devletinin kriterlerine tamamen aykırıdır.

Bu itibarla uygulanması talep edilen 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 13/4 maddesinde yer alan "TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında" ibaresi Anayasamızın 2., 11. ve 38. maddelerine aykırı görülerek, Anayasa Mahkemesine başvurma yönüne gidilmiştir.

HUKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle,

1- Her ne kadar sanık Nurettin Ayçiçek hakkında 5894 s. Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri hakkındaki Kanunun 13/4 maddesi aracılığı ile 5846 sayılı K.nun 71/1 maddesine muhalefet ettiği iddiasıyla mahkememize kamu davası açılmış ise de; 5894 sayılı K.nun 13/4 maddesinde geçen "TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında" ibaresi Anayasanın 11 ve 38 inci maddesine aykırı olduğu sonucuna varıldığından 2949 sayılı Yasanın 28. maddesinde öngörülen belgelerle birlikte Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, Anayasanın 152/1 maddesi gereğince Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar DAVANIN GERİ BIRAKILMASINA,

2- Başvurunun Anayasa Mahkemesine ulaşmasından itibaren 5 ay içinde Anayasa Mahkemesince başvuru hakkında karar verilmediği takdirde dosyanın yeniden esasa alınarak yürürlükteki kanun hükümlerine göre davanın yürütülmesine sanık ve şikayetçiler vekilinin

yokluğunda iddia makamından C. Savcısı Gülnur Bolat'ın (32161) huzurunda karar verildi."

B- 2010/19 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"OLAYLAR: İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 20.10.2009 Tarih, 2009/4215 esas, 2009/458 iddianame numaralı iddianamesi ile Sanık Mahmut Okan Iğkı hakkında 5894 Sayılı Kanunun 13/4. maddesi uyarınca cezalandırılması istenerek Mahkememizde 2009/485 esas sayılı kamu davası açılmıştır.

İddianamede, sanığın iş yerinde Müşteki Şirketin şifreli yayınladığı futbol karşılaşmasını, iş yeri aboneliği olmadığı halde, beş müşterisine izlettirirken yakalandığı belirtilmiş, sanığın atılı suçtan dolayı, 5894 Sayılı Kanunun 13/4. maddesinin göndermesiyle, 5846 Sayılı Kanunun 71/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istenmiştir.

Katılan Digitürk Vekili Anayasaya aykırılık olmadığını söylemiştir.

Cumhuriyet Savcısı Anayasaya aykırılık bulunduğunu bildirmiştir.

5894 Sayılı Kanunun 13/4. maddesi şöyledir: 'Futbol müsabakası yayınlarının, TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71'inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır.'

İddiaya göre Sanık, suç tarihinde iş yerinde şifreli olarak Digitürk televizyon yayın platformundan yayınlanan Denizlispor - Fenerbahçe futbol karşılaşmasını, iş yeri aboneliği olmadığı halde çözerek, müşterilerine izletirken yakalanmıştır.

Sanığın şifreli maç yayınlarını çözerek, iş yerinde müşterilere izlettirmek için aboneliği yoktur. Bunun için Digitürk -Lig Tv ile abonelik tesis ettirmesi gerekmektedir.

Bu eylemi, eylemin işleniş şekline ve ağırlığına göre TCK'nin 163/2. maddesi ile 243/2. maddesi zaten cezalandırmaktadır. Şifreli lig maçlarını yayınlama yetkisi sadece Futbol Federasyonu ile sözleşme imzalayan yayıncı kuruluşlara verilmiştir. Belirli gerçek veya tüzel kişilerin menfaatini korumak amacıyla kanun konulamaz. Kanunlar

genel ve objektif olmalıdır. Hiç ihtiyaç olmadığı halde belirli gerçek veya tüzel kişilerin abone sayısını artırmak, çıkarını korumak amacıyla getirilen bu madde Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Eylemin yaptırımı için 5846 Sayılı Kanunun 71. maddesine atıf yapılmış ama hangi fıkra uyarınca ceza verileceği belirtilmemiştir. 5846 Sayılı Kanunun 71. maddesinde bir çok suç düzenlenmiştir. 5846 Sayılı Kanunun 71. maddesindeki eylemlerin çoğu bu suçla ilgili değildir. Yaptırım açıkça gösterilmemiştir. Yorum yoluyla "hakim yaptırım belirleyemez. Yaptırımın belirsiz olması TCK'nin 2. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesine, Anayasanın 2. ve 38. maddesine aykırıdır.

Türkiye Futbol Federasyonun Kuruluş ve Görevlerine İlişkin Kanunda belirli gerçek veya tüzel kişilerin ekonomik çıkarlarını korumaya yönelik suç ve ceza düzenlemesi yapılamaz. İllâ eylem suç olarak düzenlenecek ise bunun 5846 Sayılı Kanununa konulması gerekirdi. İlgisiz bir kanunda yapılan düzenleme ile kanun yapma tekniği ihlal edilmiştir. Bu durum Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

5101, 5846 Sayılı Kanunun 80. maddesinde televizyon yayıncılarının hakları da korunmuş ve televizyon yayın haklarının ihlal edilmesi halinde ceza yaptırımı öngörülmüştür. Ancak 5728 Sayılı Kanunla değişik 5846 Sayılı Kanunun 71/1. maddesinde televizyon yayın haklarının ihlal edilmesi suç olmaktan çıkarılmıştır. Diğer televizyon yayıncı kuruluşlarının ve hatta aynı yayıncı kuruluşun şifreli maç yayınları dışındaki yayınlarından dolayı hak ihlallerinde ceza yaptırımı öngörülmezken, yalnızca şifreli maç yayınlarından dolayı hak ihlallerinde ceza yaptırımı öngörülmesi Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Suçun maddi unsuru Türkiye Futbol Federasyonunun belirlediği usul ve esaslar dışında, şifreli maç yayın haklarının, maddede belirtilen şekilde ihlal edilmesidir. Suçun unsurları idarenin takdirine bırakılmıştır. İdarenin belirleyeceği yayın usul ve esaslarının neler olacağını önceden bilmek mümkün değildir. İdarenin bu usul ve esasları sürekli ve her zaman değiştirmesi de mümkündür. İdarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratılamaz. Bu durum TCK'nin 2/2. maddesine, Anayasanın 2. ve 38. maddesine aykırıdır.

DELİLLER: 1- Dava dosyasının konuya ilişkin kısımlarının onaylı örnekleri,

2- Bilimsel görüşler,

3- Anayasa Mahkemesinin örnek kararları,

4- Diğer deliller,

HUKUKİ SEBEPLER: Anayasanın 146-153. maddeleri ile 2949 sayılı Yasanın 28. maddesi ve ilgili diğer hükümleri

SONUÇ: Mahkememizin bakmakta olduğu davada uygulayacağı, 5894 Sayılı Kanunun 13/4. maddesinin, T.C. Anayasasının 2., 10., 38. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi saygı ile arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 13. maddesi şöyledir:

"**MADDE 13-** (1) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tüm futbol müsabakalarının televizyon, radyo, internet ve her türlü teknik cihaz ve benzeri araçlarla yayınlanmasına, iletilmesine, yayınların düzenlenmesine ve programlanmasına münhasıran Yönetim Kurulu yetkilidir.

(2) Anılan yetki özellikle TFF'nin yayın haklarının merkezi olarak pazarlanmasını ve elde edilen gelirin yetkili organlar tarafından alınan kararlar uyarınca kulüplere dağıtılmasını kapsar.

(3) Milli müsabakalar şifreli olarak yayınlanamaz.

(4) Futbol müsabakası yayınlarının, TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde, TFF'nin veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 71 inci maddesindeki cezai hükümler uygulanır.

(5) Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından spor kulüplerine veya kamu kurum veya kuruluşlarına protokol karşılığında devredilen, kiralanan veya süreli intifa hakkı tesis edilen spor tesislerine ait protokol tribünlerinin kullanılmasında kişi sayılarının tespiti ve protokol yönlendirmesi Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü talimatları dâhilinde gençlik ve spor il ve ilçe müdürlüklerince yapılır. Milli müsabakalarda ise protokol tribünü TFF tarafından düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 2009/84 Esas sayılı dosyanın 3.12.2009, 2010/19 Esas sayılı dosyanın ise 24.3.2010 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan "...TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında..." ibaresinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2010/19 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, 2009/84 esas sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2010/19 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 6.1.2011 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kural ile suç tanımı yapılmadan bu yetkinin Türkiye Futbol Federasyonu (TFF)'na yani idareye bırakıldığı, bu halde futbol müsabakası yayınlarıyla ilgili olmak üzere TFF'nin belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde suç ihdas edebileceği,

itiraz konusu kural ile cezalandırılan eylemlerin TCK.'nun 163/2 ve 243/2 maddeleri uyarınca zaten cezalandırıldığı, belirli gerçek veya tüzel kişilerin abone sayısını arttırmak, çıkarlarını korumak amacıyla bu şekilde kanun konulamayacağı, ayrıca eylem nedeniyle 5846 sayılı Yasa'nın 71. maddesine atıf yapılmasına karşın, hangi fıkra uyarınca ceza verileceğinin belirtilmediği, bu nedenle uygulanacak yaptırımın belirsiz olduğu, söz konusu Kanunda gerçek ve tüzel kişilerin çıkarlarını korumaya yönelik suç ve ceza düzenlemesi yapılamayacağı, eğer bir düzenleme yapılacaksa bunun 5846 sayılı Yasa'da yapılması gerektiği, diğer televizyon yayıncı kuruluşlarının ve hatta aynı yayıncı kuruluşun şifreli maç yayınları dışındaki yayınlarından dolayı hak ihlallerinde ceza yaptırımı öngörülmezken, yalnızca şifreli maç yayınlarından dolayı hak ihlallerinde ceza yaptırımının öngörülmesinin eşitlik ilkesini de ihlal ettiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, futbol müsabakası yayınlarının Türkiye Futbol Federasyonu tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi halinde TFF veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 71. maddesinde belirtilen cezai hükümlerin uygulanacağı öngörülmektedir.

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"* denilerek, *"cezanın yasallığı"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

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 bağlamda, futbol gelirlerini korumak, etkili bir hukuki koruma sağlayarak Türk futbolunun gelişmesini ve kamu düzenini sağlamak amacıyla futbol müsabakası yayınlarının haksız ve yetkisiz olarak radyo, televizyon, internet veya herhangi bir yayın veya iletişim aracıyla canlı veya banttan yayınlanması, çoğaltılması, dağıtılması, satılması, izlenmesi veya izletilmesi hallerinde yaptırım öngörülmesi, yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisinin kapsamındadır.

İtiraz konusu kuralda belirtilen suçların işlenmesi halinde TFF veya yayıncı kuruluşun şikayeti üzerine 5846 sayılı Yasa'nın 71. maddesinin birinci fıkrasında, bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasının uygulanacağı öngörülmektedir. Buna göre, suçun ana unsurlarından birini TFF tarafından belirlenen usul ve esaslar dışında hareket etmek fiili oluşturmaktadır. Kuralda, hangi eylemin gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağı yani suçun unsurlarının neler olduğunun belirlenmesi

TFF'nun takdirine bırakılmakta, böylece ceza yaptırımı uygulanmasını sağlayacak eylemler Yasa'da belirtilmemekte ve TFF'nun belirlediği usul ve esaslara bağlanmaktadır. Öte yandan, itiraz konusu kuralda suç oluşturan fiiller belirlenmediğinden buna bağlı olarak *"haksız ve yetkisiz"* sözcükleri de belirsiz kalmaktadır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi, suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.

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

Kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

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.

5894 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptali nedeniyle doğan hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, iptal kararının, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp

çalışmayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 5894 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının 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 İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

6.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2010/61

Karar Sayısı : 2011/7

Karar Günü : 6.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın 7., 9., 10., 36., 38., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından Türkiye Futbol Federasyonu Statüsü ile Futbol Disiplin Talimatının belirli maddelerinin mutlak butlanla batıl olduklarının tespitiyle Tahkim Kurulu'nun 6.10.2009 günlü kararının iptali ve maddi ve manevi tazminat istemleriyle açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesi şöyledir:

"KONU: Mahkememizin 2010/165 Esas sayılı dava dosyasında 17.06.2010 tarihli ikinci oturumun iki nolu ara kararı gereğince 5894 sayılı Kanunun 6. maddesinin 1, 2, 3, 4. maddelerinin Anayasa'nın 9, 36, 123, 125 ve 155. maddelerine aykırılığı sebebiyle iptali isteminden ibarettir.

İPTALİ İSTENEN MADDE: 5894 sayılı Kanunun 6. maddesi :

Madde-6: (1)Tahkim Kurulu, Bu Kanun uyarınca bağımsız ve tarafsız bir zorunluluk Tahkim mercii olup TFF'nin en üst hukuk kuruludur. Ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir.

(2) Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca karar verme yetkisine sahip kurul ve organlar tarafından verilecek kararları nihai olarak inceleyerek münhasıran karara bağlar. Tahkim Kurulu'na başvuru süreci TFF Talimatlarının yayınından veya itiraz edilen kararın tebliğinden itibaren 7 gündür.

(3) Tahkim Kurulu'nun oluşumu, görev, yetki, hak ve sorumlulukları ile üyelerin sahip olması gereken nitelikler TFF Statüsünde belirlenir. Tahkim Kurulu'nun işleyişi ve usul kuralları TFF tarafından çıkarılacak talimatta yer alır.

(4) Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar. Ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz.

(5)…

Anayasamızın 152. maddesi "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir Kanun veya Kanun Hükmünde Kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır..." hükmü gereğince mahkeme önüne gelen ve görevli olduğu bir konu ile alakalı olarak açılan davalarda uygulanacak maddeyi taraf iddiası veya resen iptalini Anayasa Mahkemesine götürebilir. Yani böyle bir istemde bulunabilmesi için söz konusu davaya bakma yetkisinin bulunması şarttır.

Bu bağlamda davacı Ankaraspor A.Ş. Klübü tarafından Türkiye Spor Federasyonu aleyhine açmış olduğu davada davalı TFF Yönetim Kurulu'nun 06.09.2009 tarih ve 57 sayılı kararı ile Ankaraspor'un bir alt kümeye düşürülerekten bu sezon itibariyle de üç yıl müsabakalardan men'ine karar verildiği, bu karar üzerine davacı klübün yasal süresi içerisinde Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'na müracaatı üzerine TFF, Tahkim Kurulunun 06.10.2009 tarih ve 531/533 sayılı karar ile Ankaraspor A.Ş. adına vekili tarafından yapılan itirazın reddi ile Ankaraspor A.Ş.'nin bir alt lige düşürülmesine dair PFDK'nın 15.09.2009 tarih ve T2009-2010/121, K2009-2010/147 kararının onanmasına kesin olarak karar verildiği anlaşılmıştır.

Bu kararın uygulanması dolayısıyla Ankaraspor'un Turkcell Süper Ligde bir alt gruba düşürülerek karar tarihinden itibarende bu ligde

yapması gereken maçların yaptırılmamasından dolayı hasılat kaybı, televizyon gelirlerinden, stada alınan reklamlar ile formalara alınan reklamlardan elde edilen gelirlerden, toto-loto gelirlerinden, klüpler birliğinden gelen gelirlerden, fair play ligi gelirlerinden, ilk altı sıraya verilen ödül gelirlerinden ve diğer gelirlerden yoksun bırakılmasından, keza futbolcuların değer kaybetmelerinden dolayı 12.000.000 TL ve bu karar dolayısıyla görülen zarardan dolayı 100.000 TL manevi zarar olmak üzere toplam 12.100.000 TL'lik maddi ve manevi zarar davası açmıştır.

Mahkemenin 152. madde gereğince bir davayı Anayasa mahkemesine götürürken davaya bakmakta görevli olması gerekir. 5894 Sayılı Yasanın 6. maddesi TFF'nun tüm işlemlerini Tahkim Kurulu'na havale etmiştir. Yasa gereğince Dernekler Kanunu ve TMK hükümlerine tabi özel hükmi şahsiyete haiz olan TFF bir kamu tüzel kişiliği olmadığı için bu kurulun kararlarına karşı idari yargıda dava açılamaz. Dolayısı ile Federasyonun kararlarına karşı 6. maddenin olmaması halinde adli yargıda dava açılması gerekir. Adli Yargıda gerçek veya tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilen eylem ve işlemler sonucu meydana gelecek zararlara bakmaya yetkili ve görevlidir. Ancak 5894 Sayılı Kanunu'nun 6. maddesi gereğince Türkiye Futbol Federasyonu'nun özelliği gereği ihtilafların kısa yoldan halli için Tahkim Kurulu'na yetki ve görev verilmiştir. Ve aynı madde içerisinde de Tahkim Kurulu'nun kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı adli ve idari yargı yollarına başvurulamayacağı yasada öngörülmüştür. Bu hükmün iptali halinde Türkiye Futbol Federasyonu'nun yapmış olduğu işlem ve eylemlerden dolayı meydana gelecek zararlar ile ilgili adli yargıda davalara bakılabileceği ve dolayısı ile de, mahkememiz davaya bakmakta görevli olduğundan davacı tarafın iptal istemi mahkememizce ciddi görülerek 6. maddenin 1, 2, 3, 4. fıkralarının Yüksek Mahkemeniz'ce iptalini istemek gerekmiştir.

Mahkememiz Türkiye Futbol Federasyonu'nun kararının sonucunda doğacak maddi ve manevi zararlar yönünden inceleme yapmaya yetkili ve görevli olduğundan bu konuda aşağıda detaylı olarak yazılacağı üzere 6. maddenin ilgili fıkralarının iptali istemi çerçevesinde;

1- 5894 Sayılı Kanunun 6: (l) Tahkim Kurulu, Bu Kanun uyarınca bağımsız ve tarafsız bir zorunluluk Tahkim mercii olup TFF'nin en üst hukuk kuruludur. Ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen

nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir. Hükmünün Tahkim Kurulu'nun oluşturulmasını düzenlerken bunun TFF Statüsü ve ilgili talimatlar ile düzenlenmesini öngörmüştür. TFF Statüsün 61. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında Tahkim Kurulu Federasyon Başkanı'nın teklifi ve Yönetim Kurulu'nun kararı ile en az beş yıllık mesleki tecrübeye sahip hukukçular arasından seçilecek bir başkan ve altı asıl ve altı yedek üyeden oluşur. Üyelerin belirlenmesinde FİFA ve UEFA'nın kuralları esas alınır. 2. fıkrasında Tahkim Kurulu'nun görev süresi Federasyon Yönetim Kurulu'nun görev süresi kadardır. Üyeler kendi aralarından bir başkan vekili ve bir raportör seçer. 4. fıkrasında kurul görevinde bağımsızdır. Üyeler istifa etmedikçe veya çekilmiş sayılmadıkça yerlerine yeni üye görevlendirilemez. Herhangi bir nedenle boşalan asıl üyeliğe yedek üyeler sırası ile görevlendirilmiş sayılır. Bu fıkra uyarınca seçilen yedek üyeler kalan süre kadar görev yapar. 9. fıkrasında ise tahkim kurulunun çalışma esas ve usulleri Yönetim Kurulu tarafından çıkarılacak bir talimatla belirlenir. Şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Yasa maddesi ve Statünün 61. maddesi birlikte değerlendirildiğinde yargılama yetkisine haiz olan bir kurulun teşekkülü Anayasa'nın 7. maddesinde belirtilen yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." ve 9. maddesinde "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Yargı yetkisi kullanacak kişilerin nitelikleri, seçilme usulleri ve çalışma esasları yasa ile belirlenmesi zorunludur. Dolayısı ile bu düzenlemelerin Türkiye Futbol Federasyonu Yönetim Kurulu'na bırakılması Anayasa'ya aykırıdır. Yani seçilme şekilleri ve nitelikleri yasa ile belirlenmesi gerekir. Zira ANAYASA MAHKEMESİ'nin: 2006/118 Esas ve 2009/107 Karar sayılı ilamında "3289 sayılı Yasanın Ek 9. maddesinin birinci fıkrasına göre, spor federasyonlarına, talepte bulunmaları durumunda Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Merkez Danışma Kurulunun uygun görüşü, bu Genel Müdürlüğün bağlı olduğu Bakanın teklifi ve Başbakanın onayı ile idarî ve malî özerklik verilebilmekte, Federasyonlar da, kuruluşlarına ilişkin kararın Resmî Gazetede yayımlanması ile tüzel kişilik kazanmaktadırlar.

Özerk spor federasyonları denetim bakımından merkezi idareye bağlıdırlar. Ek Madde 9'un son fıkrasına göre, bu federasyonların her türlü faaliyet ve işlemleri Genel Müdürlüğün bağlı olduğu Bakanlığın denetimine tâbidir. Bu denetim sonucunda görevi başında kalmasında sakınca görülen federasyon başkanı veya yönetim kurulu üyeleri hakkında karar almak üzere, Genel Müdürlüğün bağlı olduğu Bakan, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırabilir. Bunların Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından öngörülen çerçeve statüye uygun şekilde hazırlanması zorunlu olup, ceza veya disiplin kurullarınca verilen kararlara karşı Genel Müdürlük bünyesinde oluşturulacak Tahkim Kurulu'na itiraz edilebilir.

Ek madde 9'da 5340 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü olimpik branşlarda, federasyonun bir önceki yıl gerçekleşen gelirlerinin %75'i kadar, olimpik olmayan federasyonlara ise, %50'si kadar yardımda bulunabilmektedir. Ayrıca Genel Müdürlük, bütçesinden özerk federasyonlara ilgili branşın alt yapısına ve eğitime ilişkin projelerinin desteklenmesi amacıyla gerektiğinde kaynak tahsis edebilmekte ve spor tesislerinin işletilmesini, menkul ve gayrimenkullerini bedelsiz olarak kırkdokuz yıla kadar federasyonların faaliyetlerine devredebilmektedir.

Yukarıda anılan özerk federasyonların kuruluşları, denetimleri, mali yapıları, ve kararlarına karşı merkezi idare içerisinde oluşturulan Tahkim Kurulu'na başvurulabilmesi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, bunların hizmet yerinden yönetim kuruluşları oldukları sonucuna varılmaktadır. Özerk federasyonların hizmet yerinden yönetim ilkesine göre kurulmaları nedeniyle Anayasa'nın 123. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." Gerekçesi ile de bu hususu açıkça vurgulamıştır.

Diğer taraftan bu husus yasa gereği Dernekler Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümlerine tabi olarak çalışması gereken Federasyonun Tahkim Kurulu'nu oluşturma şekli, bu yasalara da aykırı olarak düzenlenmiştir. Zira Dernekler Kanununu ve Türk Medeni Kanunu gereğince derneğin disiplin ve denetim kurulları yönetim kurulunun seçimine bırakılmayıp aksine ilgili derneğin genel kurulu tarafından seçilmesi öngörülmüştür. Bu durumda

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Türkiye Futbol Federasyonu Başkanı'nın kendisini denetleyecek başkan ve üyeleri bizzat kendisinin teklifi ile Yönetim Kurulu'nca belirlenmesi eşitlik ve denetleme ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir. Kendisini denetleyecek kişilerin Başkanın ve Yönetim Kurulu'nun teklifi ile seçilmesinin bu kurulun işlemlerine karşı ne derece tarafsız davranacakları tartışmadan varestedir. Kaldı ki bu üyelerin mali haklarının düzenlemesi de yine aynı Yönetim Kurulu'na ait olduğundan doğrudan doğruya Yönetim Kurulu'nun ve Federasyon Başkanı'nın bu üyeleri etkileyebilecekleri tartışmasızdır. Dolayısı ile 5894 sayılı Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrası Anayasa'nın 7, 9 ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından Yüksek Mahkemenizden iptali istenmesi gerekmiştir.

2- 5894 sayılı Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasında; Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca karar verme yetkisine sahip kurul ve organlar tarafından verilecek kararları nihai olarak inceleyerek münhasıran karara bağlar. Tahkim Kurulu'na başvuru süreci TFF Talimatlarının yayınından veya itiraz edilen kararın tebliğinden itibaren 7 gündür.

Bu fıkrada Tahkim Kurulu'nun kararlarını verirken TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca nihai olarak incelenmesi öngörülmüştür. Oysa Anayasa'nın 138. maddesi "hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, Kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler."

"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye veya telkinde bulunamaz..." hükmü nazara alındığında yargı yetkisini kullanan kişilerin öncelikli olarak gözönünde bulundurmaları gereken kural Anayasa kurallarıdır. Yani Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak inceleme yapmaları gerekirken bunun aksine olaraktan statünün 61/7. maddesinde belirtilen tamamen kendilerini atayan kurul tarafından belirlenen statüye tabi tutularaktan karar vermeleri Anayasa'nın 138. maddesine aykırılık teşkil ettiği kanaatine varılmıştır.

3- 5894 sayılı Kanunun 6. maddesinin 3. fıkrasında; Tahkim Kurulu'nun oluşumu, görev, yetki, hak ve sorumlulukları ile üyelerin sahip olması gereken nitelikler TFF Statüsünde belirlenir. Tahkim Kurulu'nun işleyişi ve usul kuralları TFF tarafından çıkarılacak talimatta yer alır.

Bu fıkra ile ilgili olarak TFF Statüsü'nün 62. maddesi ile Tahkim Kurulu'nun görev ve yetkileri düzenlenmiştir. 62. madde bir bütün halinde değerlendirildiğinde 1. fıkrasının a-g bentleri ile bakacağı uyuşmazlıkları düzenlemiş olup bu uyuşmazlıklarda bir bütün halinde değerlendirildiğinde sonuçları itibariyle yargı yetkisine ilişkin düzenlemeler olup bu düzenlemelerin çözümünün de yine TFF Statüsü ve Talimatlarına uygun olarak yapılması öngörülmüş olup bu görevlerin öncelikle Anayasa'nın 7. maddesi gereğince yasama yetkisi kapsamına girdiği, dolayısı ile yasa ile düzenlenmesi gereken hususlar Statü ile düzenlenmesi ve yine Anayasa'nın 9. maddesi gereğince yargı yetkisini kısıtlar mahiyette olduğu için Anayasa'nın 9. maddesinin ve 38. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden iptali gerekeceği kanaatine varılmıştır.

4- 5894 sayılı Kanunun 6. maddesinin 4. fıkrasında: Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar. Ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz. Şeklindeki düzenleme de Anayasanın 9, 36 ve 125. maddelerine aykırıdır. Bu hususta ANAYASA MAHKEMESİ'nin: 2006/118 Esas ve 2009/107 Karar sayılı ilamında "Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."denilmiştir. 125. maddesinin birinci fıkrasında ise idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesinin öngörülebileceği, milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebileceği belirtilmiştir.

Tahkim genel olarak öğretide, hukuki uyuşmazlıkların, söz konusu uyuşmazlığa taraf olmayan bağımsız kişi veya kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlanması olarak tanımlanmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesindeki tahkim yolu, kamu idarelerinin tamamen dışında bağımsız kişilerden oluşan ve yasalarla belirlenmiş hukuki uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayan bir çeşit özel yargı yoludur. Tahkim kurullarının verdiği kararlar mahkemeler tarafından verilen kararlar gibi uygulanabilme niteliğine sahiptir.

İtiraz konusu fıkrayla düzenlenen "Tahkim Kurulu " ise Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulmakta ve üyeleri Gençlik ve Spor Genel Müdürünün teklifi ve Genel Müdürlüğün bağlı olduğu Bakanın onayı ile altı yıl için görevlendirilmektedirler. Bu nedenle, idare içerisinde oluşturulan bu Kurulun, hukuki uyuşmazlıkların' tarafların isteği üzerine, bağımsız kişi veya kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlandığı ulusal ve uluslar arası tahkim kurulları ile ilgisinin olmadığı açıktır.

Yasakoyucu, uyuşmazlıkların yargı mercilerine götürülmesinden önceki aşamalarda çözümlenebilmesi amacıyla kimi kurullar, müesseseler veya başvuru yolları öngörebilir. Bu durum yasakoyucunun genel kural koyma yetkisinden kaynaklanmakta olup, anılan yolları öngörüp öngörmemek takdir yetkisi içerisindedir. Spor alanında ortaya çıkan uyuşmazlıkları idari olarak çözümlemek üzere bir kurul oluşturulması, bu kurulun asıl ve yedek üyelerinin sayısının, niteliklerinin belirlenmesi ve başkan seçme usulünün düzenlenmesi de yasakoyucunun takdir yetkisi içerisindedir. Bu nedenle fıkranın birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri Anayasa'ya aykırı olmadığından bu tümcelere yönelik iptal isteminin reddi gerekir.

Ek 9. maddenin yedinci fıkrasının beşinci tümcesinde Tahkim Kurulu tarafından verilen kararların kesin olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle 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. Öte yandan, Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olması ilkesine göre, idari işlemlere karşı yargı yolu, Anayasa'da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında yasalarla sınırlandırılamaz.

İptali istenen tümceyle idari bir merci olan tahkim kurulu tarafından verilen kararlara karşı yargı yolu kapatılmış ve bu kurul tarafından verilen kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Yasakoyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere idari bir

kurula başvurma yükümlülüğünü getirebilir ise de, bu kurulun kararlarının kesin olması Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen hak arama özgürlüğüne ve 125. maddesinde belirtilen idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu ilkesine aykırı görülmüştür. Tümcenin iptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Tahkim Kurulu tarafından verilen kararların kesin olduğunu belirten kuralın Anayasa 'ya aykırı olduğu görüşüne katılmamıştır.

Ek madde 9'un yedinci fıkrasının altıncı tümcesine gelince;

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasaya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasaya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 123. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

Anayasa'nın 123. maddesine göre idarenin yasayla düzenlenmesi gerekmektedir. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde oluşturulan Tahkim Kurulu idare içerisinde yer almaktadır. Herhangi bir kamu idaresinin yasa ile düzenlenmiş olduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu idarenin ad olarak yasada belirtilmesi yeterli değildir. Böyle bir düzenlemede temel ilkelerin ortaya konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılmaması gerekmektedir.

Tahkim Kurulunun görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarının yasa ile belirlenmesi gerekirken, yedinci fıkranın altıncı tümcesi ile bu konuların düzenlenmesi Yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu nedenle Kural Anayasa'nın 123. maddesine aykırı görülmüştür. İptali gerekir.

Yedinci fıkranın Anayasa'nın 9. ve 155. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir."

Bu bağlamda hak arama hürriyeti kısıtlayıcı mahiyette düzenlendiğinden iptalinin istenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Netice-i talep: Yukarıda açıklandığı üzere davacı tarafın Anayasa'ya aykırılık iddiası mahkememizce de ciddi bulunduğundan 5894 sayılı Kanunun 6/1-2-3-4. maddelerinin iptali hususunda gereği Yüksek Mahkemenizden arz olunur. 16.06.2010"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 6. maddesi şöyledir:

"MADDE 6- ***(1) Tahkim Kurulu, bu Kanun uyarınca bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim mercii olup TFF'nin en üst hukuk kuruludur ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir.***

(2) Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca karar verme yetkisine sahip kurul ve organlar tarafından verilecek kararları nihai olarak inceleyerek münhasıran karara bağlar. Tahkim Kuruluna başvuru süresi TFF talimatlarının yayımından veya itiraz edilen kararın tebliğinden itibaren yedi gündür.

(3) Tahkim Kurulunun oluşumu, görev, yetki, hak ve sorumlulukları ile üyelerinin sahip olması gereken nitelikler TFF Statüsünde belirlenir. Tahkim Kurulunun işleyişi ve usul kuralları TFF tarafından çıkarılacak talimatta yer alır.

(4) Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz.

(5) Tahkim Kurulu üyeleri de bu Kanunun 5 inci maddesinin altıncı fıkrası hükümlerine tabidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 7., 9., 10., 36., 38., 125. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

IV- 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 15.7.2010 gününde yapılan ilk inceleme

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

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Uygulanacak Kural Sorunu

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 Mahkemenin bakmakta olduğu dava, Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Statüsü'nün 25/5, 54/3, 56/1-c, 57/2-6, 61 ve 62/3 maddeleri ile Futbol Disiplin Talimatı'nın 1, 26 ve 50/1 maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20. maddeleri uyarınca mutlak butlanla batıl olduklarının tespiti ile Tahkim Kurulu'nun 6.10.2009 günlü kararının iptali ve TFF tarafından yasaya aykırı olarak alındığı belirtilen kararlar sonucu meydana gelen zararlardan dolayı istenilen maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

İtiraz konusu kuralın (1), (2) ve (3) numaralı fıkraları Tahkim Kurulu'nun oluşumu, yapısı, niteliği, görev, yetki, işleyiş, usul ve esasları ile ilgili olup, kurallarda geçen nihai kelimesi ise Tahkim Kurulu'nun TFF içinde başvurulacak en son merci olduğunu ifade etmektedir. Bakılmakta olan davanın konusu Tahkim Kurulu kararının

iptali istemine ilişkin olduğundan, itiraz konusu kuralın (4). fıkrası davada uygulanacak kural olup, bunun dışında kalan ilk üç fıkranın davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Bu nedenle,

5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin;

1- (1), (2) ve (3) numaralı fıkralarının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (4) numaralı fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural olduğuna, Fettah OTO'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın hak arama özgürlüğünü kısıtladığı, bu nedenle Anayasa'nın 9., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda Tahkim Kurulu'nun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*" denilmiştir. 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 yargılanmanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi öngörülebilir. Bu durumda yasa koyucu, futbol sporu alanındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere, görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolunun açık tutulması gerekir.

Tahkim genel olarak öğretide, hukuki uyuşmazlıkların, söz konusu uyuşmazlığa taraf olmayan bağımsız kişi veya kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlanması olarak tanımlanmaktadır. İtiraz konusu kuralın da içinde bulunduğu 5894 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin incelenmesinden TFF Tahkim Kurulu'nun, hukuki uyuşmazlıkların, bağımsız kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlandığı, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralın ilk cümlesinde geçen "kesin" ibaresi, Tahkim Kurulunun incelediği konularda vermiş olduğu kararların biçimsel yönden kesin, uygulanabilir ve bağlayıcı nitelikte olduğunu ifade etmekte, "nihai" ibaresi ise Kurul'un TFF içerisinde başvurulacak en son merci olduğunu belirtmektedir. Buna göre, Tahkim Kurulu tarafından verilen kararların TFF içinde kesin ve nihai olması, savunma ve hak arama özgürlüklerini sınırlandırmayacağı gibi, yargı yoluna başvurulmasını da engellemez. Bu nedenle, kuralın bu bölümüne yönelik iptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın kalan bölümünde ise, tahkim kurulu tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağı belirtilerek, tarafların yargı mercileri önünde dava haklarını kullanmaları engellenmektedir. Yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir ise de, bu kurulun kesin ve nihai kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olup, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, kuralın "...ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" bölümü Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 125. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

Fettah OTO ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (4) numaralı fıkrasının;

a- "… ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Fettah OTO ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

6.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

UYGULANACAK KURAL YÖNÜNDEN KARŞI OY GEREKÇESİ

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (4) nolu fıkrasında, yer alan kural ile Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu tarafından verilen kararlara karşı yargı yolu kapatılmakta, bu işlemler yargı denetimi dışında bırakılmaktadır.

5894 sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre, TFF, her türlü futbol faaliyetlerini milli ve milletler arası kurallara göre yürütmek, teşkilatlandırmak, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içinde ve yurt dışında temsil etmekle görevli, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip özerk bir kuruluştur. Sözü edilen bu kuralda TFF'nin tüzel kişiliğinin kamu hukuku tüzel kişiliği mi, özel hukuk tüzel kişiliği mi olduğu hususu belirtilmemiştir.

TFF'nin kanunla kurulması, tüm gelirlerinin her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olması (5794 s.y.l5.mad) disiplin cezası verebilmesi (5894 s.y. mad. 11) ve futbol alanında tekel durumunda olması gibi bir takım kamu gücü ayrıcalıkları ile donatılması; görevleri ve yetkileri yönünden incelendiğinde de; haklarını, sorumluluklarını ve borçlarını doğrudan

etkileyen tek taraflı, idari ve icrai nitelikte işlemler yapabilmesi, işlemlerini kamu gücünü kullanarak yerine getirmesi, ayrıca futbol seyircileri bakımından kamu düzenini doğrudan ilgilendiren konularda kararlar alması ve kararlarla ilgili yaptırımları belirleme yetkisinin bulunması, bu Kuruluşun bir kamu kurumu olduğunu göstermektedir. Öğretide de açıklanan hukuki nitelikleri nedeniyle TFF'nin bir kamu tüzel kişisi olduğu kabul edilmektedir.

5894 sayılı Yasaya göre, Tahkim Kurulu TFF'nin en üst hukuk kuruludur ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar organıdır.

Bir kamu tüzel kişisi olan TFF'nin bünyesinde kurulan Tahkim Kurulunun TFF statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklarla ilgili vermiş olduğu kararların, tek taraflı olması ve kamu gücü kullanılarak yerine getirilmesinin zorunlu bulunması bu kararların idari nitelikte kararlar olduğunu ortaya koymaktadır.

Dava konusu olayda TFF Tahkim Kurulunun 6.10.2009 günlü kararının iptali isteğiyle Asliye Hukuk Mahkemesine dava açılmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi Tahkim Kurulu'nun sözü edilen kararı idari bir karardır. İdari işlemlere karşı açılan davalarda görevli yargı yeri idari yargı yeridir. Adli yargı yerlerinin davayı inceleme görev ve yetkisi bulunmamaktadır.

Bu nedenle itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin, itiraz konusu kuralı davaya uygulama görev ve yetkisi olmadığından işin esasına girmeden davanın görev yönünden reddine karar vermesi gerekirdi.

Açıklanan nedenlerle 5894 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde (4) nolu fıkranın Mahkemenin bakmakta olduğu davaya uygulayacağı kural olmaması nedeniyle, başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE karar verilmesi gerekeceği görüş ve düşüncesiyle çoğunluk kararına karşıyım.

Üye
Fettah OTO

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İtiraz konusu 5.5.2009 günlü, 5894 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlayacağı ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağı hüküm altın alınmaktadır.

Türk hukukunda "Tahkim" özel hukuk alanına özgü bir uyuşmazlık çözme yolu olarak ortaya çıkmış ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 516-536. maddelerinde düzenlenmiş; Anayasa'nın 125. maddesinde 13.8.1999 gün ve 4446 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle de, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesine imkân tanınmıştır.

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının; hür türlü futbol faaliyetlerinin milli ve milletlerarası kurallara göre yürütmek, teşkilatlandırmak, geliştirmek ve Türkiye'yi futbol konusunda yurt içinde ve yurtdışında temsil etmek üzere, özel hukuk hükümlerine tâbi, tüzel kişiliğe sahip, özerk Türkiye Futbol Federasyonu'nun (TFF) kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ait esas ve usulleri düzenlemek olduğu ifade edilmektedir. Aynı Kanun'un 3. maddesinde, TFF'nun, Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FİFA) ve Avrupa Futbol Federasyonları Birliği (UEFA)'nın yetkili organları tarafından konulan kuralların gereği gibi uygulanmasını sağlamakla görevli olduğu, FİFA ve UEFA tarafından konulan statü, talimat ve düzenlemeler ile bunların yetkili kurulları tarafından verilen kararlara uyulmasını sağlamayı yükümlendiği ifade edilmekte; 4. maddesinde de TFF'nun FİFA ve UEFA üyesi olduğu hüküm altına alınmaktadır. FİFA ve UEFA'nın futbol müsabakaları ve bunun kuralları ile ilgili olarak belirleyici milletlerarası teşekküller olduğu 5894 sayılı Kanun'un bütününden ve bir çok maddesinden açıkça anlaşılmaktadır.

İkiyüzün üzerinde ulusal futbol federasyonunun üyesi olduğu FİFA, çeşitli futbol turnuvaları düzenlemenin yanı sıra, dünya futbolunu yöneten, kurallarını uygulayan, değiştiren bir kuruluş mahiyetindedir. Dünya çapında FİFA'ya bağlı birçok uluslararası futbol konfederasyonu mevcut olup, UEFA da bunlardan biridir. FİFA ve UEFA

düzenlemelerine göre federasyonlar, kendi düzenlemelerine, kulüplerin ve üyelerinin bir anlaşmazlığı ulusal mahkemelere götürmelerini yasaklayan ve herhangi bir anlaşmazlığı federasyonun, uygun bir konfederasyonun ya da FİFA'nın yargılama yetkisine sunmalarını gerekli kılan bir hükmü koymakla yükümlüdürler. Diğer bir deyişle, futbol uyuşmazlıklarında zorunlu tahkim yönteminin öngörülmesinin ana nedenlerinden biri FİFA ve UEFA statülerine uyum sağlanması amacıdır. Futbola egemen olan uluslararası kurallar, temel hukuk ilkelerine uygun olarak bütün ülkelerin iç hukuklarına etki edecek şekilde uluslararası niteliktedir. Uluslararası futbol örgütlerine (FİFA ve UEFA'ya) üye olan ülkeler de bu kuruluşların benimsediği ilkelere ve talimatlara uyacaklarını peşinen kabul etmişlerdir ve Türkiye de bu yükümlülüğü üstlenmiştir. Futbol faaliyetlerinden doğan her türlü ihtilafların çözümünde "tahkim" esasının uluslararası düzeyde öngörülmesinin asıl nedeni ise futbol müsabakalarının oynanmasındaki süreklilik ve kısa aralık, futbola ilişkin, başkaca özellikler, hızlı ve kesin sonuç doğuracak şekilde karar alabilme zorunluluğu şeklinde ifade edilebilir.

Futbolun da içinde bulunduğu spor branşları artık uluslararası camiada örgütlenmiş ve uluslararası kural ve normlar spor hukukunun evrensel hukuki çerçevesini belirlemiş bulunmaktadır. Futbol dahil spor müsabakaları ve sportif faaliyetlerin kendine özgü kurallarının bulunuşu, bunların yürüyen ve süregelen özellikleri, zamana yayılan ve uzun bir sürece dayalı yargısal denetime elverişli olmayan, çok kısa sürede çözüm gerektiren yapıları dikkate alındığında; bu faaliyetler nedeniyle oluşabilecek ihtilafları doğrudan "kamu hukuku" ya da "özel hukuk" ayırımına tâbi tutmak ve bu hukuk dallarına özgü kuralları sözkonu ihtilaflara uygulamaya çalışmak, kanımızca doğru olmayacaktır. Kendine özgü bir "hukuki durum" teşkil eden sportif faaliyetler dolayısiyle doğabilecek ihtilafların, kendine özgü çözüm mekanizmalarıyla (somut davada tahkim yoluyla) kısa sürede halledilmesi düşüncesi artık küresel bir kural haline geldiğine ve Türkiye Cumhuriyeti de bu uluslararası teşekküllere (FİFA ve UEFA'ya) üye olmakla bu küresel (uluslararası) kurallara uymayı taahhüt ettiğine göre; artık spor ihtilaflarının yargıya taşınması gerektiği gibi bir yorumun yapılmaması gerekli bulunmaktadır.

2- Futbol dahil uluslar arası spor dallarındaki ihtilaflarda "tahkim" usulü benimsenip genel kabul gördüğüne göre, Anayasa'nın 58. ve 59. maddelerindeki özel düzenlemeleri dikkate olan yasa koyucunun, bu konudaki ihtilaflarda "tahkim" usulünü öngörmesi ve Tahkim Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı ilkesini getirmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön yoktur. Anayasa'nın 58. ve 59. maddelerindeki düzenlemeler, sporun (futbol dahil) değinilen özelliği ve evrenselliği, ülkemizdeki spor federasyonlarının uluslararası spor teşekkülleri ile bu konuda varılan mutabakat ile uluslararası düzeydeki spor kuralları dikkate alındığında, dava konusu kuralda öngörülen yargı kısıntısının Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen yargı yetkisinin devri mahiyetinde olmadığı açık olduğu gibi, bu düzenlemenin Anayasa'nın 36. maddesiyle bağdaşmadığı da söylenemez. Dava konusu kural, Türkiye'nin uluslararası yükümlülüğünün tabii bir sonucu olup, uluslararası kuralların dışına çıkılarak bu konuda kendimize has bir yargı düzeni getirmek de kanımızca mümkün bulunmamaktadır. Dolayısiyle, TFF Tahkim Kurulu'nun futbolla ilgili uyuşmazlıkları kesin olarak sonuçlandırmasında ve uluslararası futbol kuralları gereğince bu Kurul'un kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasında Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralın iptal isteminin reddi gerektiğini düşündüğümüzden, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyoruz.

Üye	Üye
Fettah OTO	Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2010/58

Karar Sayısı : 2011/8

Karar Günü : 6.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onuncu Daire

İTİRAZIN KONUSU: 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan "…kahvehane…" ibaresinin, Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun Hükümlerinin Uygulanması konusunda 16.7.2009 gün ve 27290 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2009/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi'nin 1. maddesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onuncu Daire, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İzmir Kahveciler Odası vekili Av. Mustafa Özgür Bayır tarafından, 16.7.2009 tarih ve 27290 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4207 sayılı Kanun Hükümlerinin Uygulanması konulu Başbakanlık Genelgesinin 1 nci maddesinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle Başbakanlığa karşı açılan davada, dava konusu düzenlemenin dayanaklarından olan 5727 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin Anayasaya aykırı olduğu yolundaki davacı itirazı incelenerek işin gereği görüşüldü:

Dava Konusu İşlem, İşlemin Yasal Dayanakları ve Davacının İstemi:

Türkiye adına 28.4.2004 tarihinde New York'ta imzalanan ve 25.11.2004 tarih ve 5261 sayılı Yasayla onaylanması uygun bulunan Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, 8.12.2004 tarihli Bakanlar Kurulu Kararına istinaden 25.12.2004 tarih ve 25681 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anılan Sözleşme ile "1. Her birey, tütün tüketimi ve tütün dumanına maruz kalmanın neden olduğu sağlık sorunları, bağımlılık ve hayati tehlikeler konusunda bilgilendirilmeli ve bireylerin tütün dumanına maruz kalmalarını önlemek için ilgili hükümet birimlerince etkin yasal, icrai, idari ve diğer önlemler planlanmalıdır.

2. Ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde, kapsamlı çok sektörlü önlemlerin ve eşgüdümlü tepkilerin geliştirilmesi ve desteklenmesi için, aşağıdaki hususlar göz önünde bulundurularak, güçlü siyasi taahhütlerde bulunulması gerekmektedir:

(a) Tüm bireyleri tütün dumanına maruz kalmaktan korumak için önlem alınması gerekliliği;

(b) Her türlü tütün ürünü bakımından; başlamayı önleyici, bırakmayı kolaylaştırıcı ve destekleyici, tüketimi azaltıcı önlemler alınması gerekliliği;

(c) Yerli bireylerin ve toplulukların, sosyal ve kültürel açıdan ihtiyaç ve görüşlerine uygun tütün kontrol programlarının geliştirilmesi, uygulanması ve değerlendirilmesi faaliyetlerine katılmalarını teşvik edici önlemler alınması gerekliliği;

(d) Tütün kontrolü stratejileri geliştirilirken, cinsiyete özgü risklere hitap edilmesini sağlayacak önlemler alınması gerekliliği.

3. Etkili tütün kontrol programlarının oluşturulması ve uygulanması amacıyla, yerel kültürel, sosyal, ekonomik, siyasi ve yasal faktörler göz önüne alınarak, özellikle teknoloji transferi, bilgi ve finansal yardım ve uzman desteği sağlanması konularında uluslararası işbirliği, Sözleşme'nin önemli bir parçasıdır.

4. Her türlü tütün ürününün tüketiminin ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde azaltılmasındaki kapsamlı çok sektörlü önlemler; halk sağlığı ilkeleri doğrultusunda, tütün tüketimi ve tütün dumanına

maruz kalmaya bağlı hastalıklardan, erken ölüm ve sakatlıklardan korunmak açısından vazgeçilmezdir.

5.Tarafların, kendi kanunları çerçevesinde belirlenen yükümlülükleriyle ilgili konular, kapsamlı tütün kontrolünün önemli bir parçasıdır.

6. Gelişmekte olan ve ekonomileri geçiş sürecinde olan ülkelerdeki tütün kontrol programlarının bir sonucu olarak geçimleri olumsuz etkilenen tütün yetiştiricilerine ve işçilerine teknik ve mali destek sağlanmasının önemi kabul edilmeli ve ulusal olarak geliştirilen sürdürülebilir kalkınma stratejileri kapsamında ele alınmalıdır.

7. Sözleşme ve protokollerinin amacına ulaşılmasında sivil toplumun katılımı büyük önem arz etmektedir." şeklinde rehber ilkeler belirlenmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesinde, "1. Taraflar, bilimsel kanıtların tütün dumanına maruz kalmanın ölüm, hastalık ve sakatlıklara neden olduğunun kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanıtladığını kabul ederler.

2. Her bir Taraf, kapalı iş yerlerinde, toplu taşıma araçlarında, kapalı kamu alanlarında ve gerektiğinde, kamuya açık diğer yerlerde tütün dumanına maruz kalmayı engellemek için, ulusal yasalarla belirlenen mevcut resmi yetki alanlarında, etkin, yasal, icrai, idari ve/veya diğer önlemleri alacak ve uygulayacak ve bu önlemlerin, yetkisine giren diğer düzeylerde de kabulü ve uygulanmasını etkin bir şekilde teşvik edecektir." kuralı yer almıştır.

Sözleşmenin taraf Devletlere getirdiği yükümlülükler kapsamında, tütün zararlarının önlenmesi konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilen ve 26.11.1996 tarih ve 22829 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 2. maddesinde; "Sağlık, eğitim-öğretim ve kültür hizmeti veren yerler ile kapalı spor salonlarında ve toplu taşımacılık yapılan her türlü nakil vasıtaları ve bunların bekleme salonlarında, kamu hizmeti yapan kurum ve kuruluşlardan beş veya beşten fazla kişinin görev yaptığı kapalı mekanlarda tütün ve tütün mamullerinin içilmesi yasaktır.

Bu gibi mahallerde tütün ve tütün mamullerinin içilebilmesi için ayrı yerler tahsis edilir. Tahsis edilen yerden, sigara içilmeyen mahallere

duman gidişini engelleyecek, havalandırma, tecrit etme gibi tedbirler alınır." kuralı yer almakta iken; 19.1.2008 tarih ve 26761 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 5727 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 3 üncü maddesi ile, anılan madde değiştirilerek

"(1) Tütün ürünleri;

a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,

b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında,

c) Taksi hizmeti verenler dahil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,

ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,

d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde,

tüketilemez.

(2) Ancak;

a) Yaşlı bakım evlerinde, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde, cezaevlerinde,

b) Şehirlerarası veya uluslararası güzergâhlarda yolcu taşıyan denizyolu araçlarının güvertelerinde tütün ürünleri tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir. Bu alanlara onsekiz yaşını doldurmamış kişiler giremez.

(3) Otelcilik hizmeti verilen işletmelerde, tütün ürünleri tüketen müşterilerin konaklamasına tahsis edilmiş odalar oluşturulabilir.

(4) Açık havada yapılan her türlü spor, kültür, sanat ve eğlence faaliyetlerinin yapıldığı yerler ile bunların seyir yerlerinde tütün ürünleri kullanılamaz. Ancak bu tesislerde, tütün ürünlerinin tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir.

(5) Bu Kanunun tütün ürünleri tüketilmesine tahsis edilen kapalı alanlarının koku ve duman geçişini önleyecek şekilde tecrit edilmesi ve havalandırma tertibatı ile donatılması gerekir.

(6) Bu Kanunun uygulanmasında "tütün ürünü" ibaresi tüttürme, emme, çiğneme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş maddeyi ifade eder." hükmü getirilmiştir.

Kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde ve lokantalarda tütün ürünlerinin tüketilmesine ilişkin olarak 5727 sayılı Yasayla gerçekleştirilen düzenlemelerin 19 Temmuz 2009 tarihi itibarıyla yürürlüğe girecek olması sebebiyle, uygulama birliğinin sağlanması ve herhangi bir aksaklık yaşanmaması bakımından, uyulması gereken hususları göstermek amacıyla 16.7.2009 tarih ve 27290 sayılı Resmi Gazete'de 2009/13 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayımlanmıştır.

Anılan Genelgenin 1 inci maddesinde; "İkamete mahsus konutlar hariç olmak üzere, kahvehane, kafeterya, birahane, nargile içilen mekânlar, dernek ve vakıflara ait lokaller gibi eğlence hizmeti verilen işletmeler ve lokantalar dahil kamu ve özel hukuk kişilerine ait tüm binaların kapalı alanlarında tütün ürünleri tüketilmeyecektir. Kahvehane, kafeterya, birahane, nargile içilen mekânlar, dernek ve vakıflara ait lokaller gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerin ve lokantaların açık alanlarında tütün ürünleri tüketilmesi durumunda diğer kişilerin tütün dumanından etkilenmelerini önleyecek düzenlemeler yapılacak, kapalı alanlara tütün dumanı geçmemesi için gerekli tedbirler alınacaktır.

Sabit veya seyyar bir tavanı veya çatısı (çadır, güneşlik vb. dahil) olan, kapıları, pencereleri ve giriş yolları dışında bütün yan yüzeyleri geçici veya kalıcı olarak tamamen kapatılmış alanlar ile aynı şekilde tavanı veya çatısı olup yan yüzeylerinin yarısından fazlası kapalı bulunan yerler "kapalı alan" olarak değerlendirilecektir." kuralı yer almaktadır.

Davacı İzmir Kahveciler Odası tarafından, 16.7.2009 tarih ve 27290 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4207 sayılı Kanun Hükümlerinin Uygulanması konulu Başbakanlık Genelgesinin, yukarıda aktarılan 1. maddesinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle bakılmakta

olan bu dava açılmış olup; dava konusu düzenlemeye yasal dayanak olan 5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesinin, özel girişim özgürlüğü ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği, eşitlik, ölçülülük ve gereklilik ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle Anayasanın 2. 5. 7. 10. 11. 12. 13. 20. 48. 49. 124. 166. ve 167. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesine başvurulması istenilmektedir.

Bu durumda, davalı Başbakanlık tarafından, 5727 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde ve lokantalarda tütün ürünlerinin tüketilmesine ilişkin olarak getirdiği düzenlemeler uyarınca uygulama birliğinin sağlanması ve uyulması gereken hususları göstermek amacıyla çıkarılan 2009/13 sayılı Genelgenin 1 inci maddesinin iptali istemiyle açılan davada, 5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesi "uygulanacak kural" niteliğindedir.

Kurulumuzca, davacının İzmir Kahveciler Odası olması ve uyuşmazlığın kahvehane esnafını ilgilendirmesi nedeniyle, 5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesindeki "Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde" şeklindeki kuralda yer alan "kahvehane" ibaresi yönünden Anayasanın 13 üncü 17 nci ve 48 inci maddelerine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

Anayasaya Aykırılığın Değerlendirilmesi:

Tütün ürünlerinin tüketilmesinin yaygın bir alışkanlık ve ciddi bir halk sağlığı sorunu olması, bu ürünlerin tüketilmesinin, kullanıcıların yanı sıra pasif olarak tütün dumanına maruz kalanları da etkilemesi, çocukların ve gençlerin günlük hayatta tütün ürünü tüketen yetişkinlerle bir arada bulunmaları ve onlara özenmeleri sonucu gelecek nesillerin sağlığının tehdit altında olması; kısacası, tütün ürünlerinin tüketiminin kamu sağlığı ve çevresel etkiler bakımından büyük sorun yaratması nedeniyle, tütün ve tütün ürünlerinin zararlarından korunmaya yönelik önlemlerin alınması kapsamında yasal düzenleme yapılması Anayasanın 56. maddesi ve Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi'nin gereğidir.

Belirtilen çerçevede yasa koyucu tarafından, genel sağlığın korunması, sağlıklı çevre oluşturulması amacıyla diğer ticari işletmelerle

birlikte kahvehanelerde de tütün ürünlerinin tüketimine bir kısım yasaklar ve sınırlandırmalar getirilebileceğinde duraksama bulunmamaktadır. Ancak, getirilebilecek yasak ve sınırlandırmaların, bu ticari işletmelerin varlıklarını sürdürebilmelerini ölçüsüz bir şekilde zorlaştırmaması; işleticilerin çalışma özgürlüklerini kullanmalarını ağır bir takım şartlara bağlamaması gerekir. Zira işletmecilerin çalışma özgürlüklerini kullanıp, faaliyetlerini güvenli biçimde sürdürmeleri de anayasal güvence altındadır.

Avrupa Birliği Hukukunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'den 11'e kadarki maddeleri ile Ek Birinci Protokolün 1. maddesi hükümlerinde anlamını bulan ölçülülük ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında, yaptırım ve yükümlülüklerin denetiminde kullanılmaktadır. Avrupa Birliği Hukuku bakımından hukukun genel ilkesi kapsamında değerlendirilen ölçülülük ilkesi, 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle Anayasanın 13 ve 15 nci maddelerinde yer alarak pozitif hukuk kuralı haline gelmiştir.

Anayasanın 13 üncü maddesinde ifade edildiği gibi; temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, ölçülülük ilkesine uygun biçimde, yasayla sınırlandırılabilir. Ölçülülük ilkesi gereği olarak kısıtlamada başvurulan araç, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalı, araçla amaç, ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır.

Ölçülülük ilkesi ile temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmakta, sınırlandırılan hak ve özgürlükler arasında denge kurulması ve mümkün olduğunca sınırlanan hak ve özgürlüğe az zarar verilmesi amaçlanmaktadır. Yani önlem elverişli ve zorunlu olmalı, amaca göre dengeli bir orantı içinde kalmalıdır.

Toplum hayatımızda beş yüz yıla yakın geçmişi bulunan kahvehaneler, ilgili kamu idaresinden ruhsat almak suretiyle faaliyette bulunmaktadırlar. Dinlenilip, vakit geçirilen kahvehanelerde, çay, kahve gibi içeceklerin yanı sıra tütün ürünleri de geçmişten bu yana tüketilmektedir. Dolayısıyla tütün ürünleri tüketimi ile ilgili yapılacak yasal düzenlemelerde de, kahvehanelerin bu özellikleri ve nitelikleri mümkün olduğunca korunarak anılan iş yerlerinin işlevlerini sürdürebilmeleri sağlanmalıdır.

5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesinde ise, toplum hayatı içerisinde geçmişten bu yana ortaya çıkan özellikleri ve nitelikleri göz ardı edilerek, kapalı mekanlardan oluşan kahvehanelerde tütün ürünlerinin tüketimi bütünüyle yasaklanmıştır. Böylece, kahvehane işleticilerinin faaliyetlerini sürdürebilmeleri zorlaştırılarak ekonomik çıkarları göz ardı edilmiş; ölçülülük ilkesine aykırı biçimde çalışma özgürlüğü sınırlandırılmıştır.

Öte yandan, üretim ve satışı engellenmemek suretiyle tütün ürünlerinin tüketimi kişilerin tercihine bırakılmıştır. Dolayısıyla, tütün ürünlerini tüketmek, kişi özgürlüğü alanına girmektedir. Genel sağlığın korunması amacıyla bağımlılıkla mücadele edilip, tütün ürünlerinin tüketiminin azaltılması yönünde yasal düzenleme yapılırken; söz konusu tüketimin, sonuçta kişi özgürlüğü alanına girdiği de göz önünde tutulmalıdır.

Tütün ürünlerinin tüketiminde genel sağlığı korumak amacıyla uygulanacak yasak ve sınırlamaların, bir yandan kahvehane işleticilerinin çalışma özgürlükleri, bir yandan da tütün ürünlerini tüketenlerin kişisel özgürlükleri gözetilerek, ölçülülük ilkesine uygun biçimde belirlenmesi hukuki bir zorunluluktur.

Anayasa'nın 48 inci maddesinde, Devletin, ticari işletmelerin güvenli ve kararlı bir biçimde faaliyetlerinin devamı için önlem almakla görevlendirilmiş olması karşısında, kahvehaneler açısından tütün ürünlerinin tüketildiği/tüketilmediği bölüm ayrımına gidilmesi; kahvehanelerin büyüklüklerine göre yasak uygulaması ya da başka ayırt edici özellikler belirlenmesi suretiyle çalışma özgürlüğü ve kişi özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun biçimde sınırlandırma getirilmesi mümkündür.

Sonuç olarak, 5727 sayılı Yasanın 3/1-d maddesindeki "Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde" şeklindeki, tütün ürünleri tüketiminde mutlak yasak getiren kuralda yer alan "kahvehane" ibaresi, Anayasanın 13 üncü 17 nci ve 48 inci maddelerine aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin

Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28 inci maddesinin birinci fıkrası gereğince, 5727 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendindeki "Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde" şeklindeki kuralda yer alan "kahvehane" ibaresinin, Anayasanın 13 üncü 17 inci ve 48 inci maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına; dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 12.4.2010 gününde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu ibareyi de içeren 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesi şöyledir:

"Tütün ürünlerinin yasaklanması

Madde 2- (Değişik: 3/1/2008-5727/3 md.)

(1) Tütün ürünleri;

a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,

b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında,

c) Taksi hizmeti verenler dahil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,

ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,

d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile **kahvehane**, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde,

tüketilemez.

(2) Ancak;

a) Yaşlı bakım evlerinde, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde, cezaevlerinde,

b) Şehirlerarası veya uluslararası güzergâhlarda yolcu taşıyan denizyolu araçlarının güvertelerinde,

tütün ürünleri tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir. Bu alanlara onsekiz yaşını doldurmamış kişiler giremez.

(3) Otelcilik hizmeti verilen işletmelerde, tütün ürünleri tüketen müşterilerin konaklamasına tahsis edilmiş odalar oluşturulabilir.

(4) Açık havada yapılan her türlü spor, kültür, sanat ve eğlence faaliyetlerinin yapıldığı yerler ile bunların seyir yerlerinde tütün ürünleri kullanılamaz. Ancak bu tesislerde, tütün ürünlerinin tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir.

(5) Bu Kanunun tütün ürünleri tüketilmesine tahsis edilen kapalı alanlarının koku ve duman geçişini önleyecek şekilde tecrit edilmesi ve havalandırma tertibatı ile donatılması gerekir.

(6) Bu Kanunun uygulanmasında "tütün ürünü" ibaresi tüttürme, emme, çiğneme ya da buruna çekerek kullanılmak üzere üretilmiş, hammadde olarak tamamen veya kısmen tütün yaprağından imal edilmiş maddeyi ifade eder.

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine dayanılmış; 12. ve 56. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- 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 Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla katılımlarıyla 1.7.2010 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, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun biçimde yasayla sınırlandırılabileceği, kısıtlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli, zorunlu ve amaca göre dengeli bir orantı içinde olması gerektiği, dinlenip vakit geçirilen kahvehanelerde, çay, kahve gibi içeceklerin yanı sıra tütün ürünlerinin de geçmişten bugüne tüketildiği, dolayısıyla tütün ürünleri ile ilgili yapılacak yasal düzenlemelerde de kahvehanelerin bu özellikleri ve nitelikleri mümkün olduğunca korunarak bu iş yerlerinin işlevlerinin sürdürmelerinin sağlanması gerektiği, ancak kural ile kahvehanelerin bu özelliklerinin göz ardı edilerek kapalı mekanlardan oluşan kahvehanelerde tütün ürünlerinin tüketiminin tümüyle yasaklandığı, böylece kahvehane işletmecilerinin faaliyetlerini sürdürebilmeleri zorlaştırılarak ekonomik çıkarlarının göz ardı edilmesi suretiyle çalışma özgürlüğünün sınırlandırıldığı ve ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13., 17. ve 48. 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 12. ve 56. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

İtiraz konusu ibare ile tütün ve tütün ürünlerinin özel hukuk kişilerine ait olan kahvehane gibi işletmelerde tüketilemeyeceği kurala bağlanmış; 4207 sayılı Kanun Hükümlerinin Uygulanması konulu Başbakanlık tarafından hazırlanan 2009/13 sayılı Genelge'nin 1. maddesinde ise anılan işletmelerin açık alanlarında tütün ürünleri tüketilmesi durumunda kapalı alanlara tütün dumanı geçmeyecek ve

diğer kişilerin tütün dumanından etkilenmeyecek şekilde tedbirler alınması gerektiği belirtilmiştir.

Yasa'nın genel gerekçesinde kişilerin tütün ve tütün ürünlerinin zararlarından koruyucu tedbirler almak üzere düzenlemeler yapıldığı; 1. maddesinde ise amacın, kişileri ve gelecek nesilleri tütün ürünlerinin zararlarından, bunların alışkanlıklarını özendirici reklam, tanıtım ve teşvik kampanyalarından koruyucu tertip ve tedbirleri alarak herkesin temiz hava soluyabilmesinin sağlanması yönünden düzenlemeler yapmak olduğu belirtilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti de, mevcut ve gelecek nesilleri, tütün tüketimi ve tütün dumanına maruz kalmanın yıkıcı sağlık, sosyal, çevresel ve ekonomik sonuçlarından korumak amacı olan "*Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesini*" 5261 sayılı Yasa ile onaylayarak tütün tüketimini, nikotin bağımlılığını ve tütün dumanına maruz kalmayı önlemeye ve azaltmaya yönelik uygun politikalar geliştirmede, etkin yasal, icrai, idari ve/veya diğer önlemleri alma, uygulama ve gerektiğinde diğer Sözleşme taraflarıyla işbirliğinde bulunma yükümlülüğü altına girmiştir.

Anayasa'nın 12. maddesinde, "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi Anayasakoyucu kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülemeyeceğini vurgulamıştır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"; 17. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*"; 56. maddesinde "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde*

gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir." denilmiştir.

Tütün ve tütün ürünlerinin kapalı alanlarda kullanılmasının yalnız kullananlara değil, aynı ortamda bulunan diğer kişilere de sağlık açısından zarar verdiği bilinmektedir. Temel hak ve özgürlük kavramı içerisinde öncelikle kişilerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde sürdürme haklarının bulunduğunun kabulü gerekir. Bu açıdan kapalı ortamlarda tütün ve tütün ürünlerini tüketen kişilerin, aynı ortamda bulunan diğer kişilerin sağlıklı yaşam hakkına karşı ödev ve sorumlulukları bulunmaktadır.

Devlete, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama, kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi de verilmiştir. Yasakoyucu, Devlete verilen bu görevin gereği olarak, kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşam sürdürmelerini sağlamak amacıyla gerekli gördüğü yasal önlemleri alabilir.

İtiraz konusu ibare ile kahvehane gibi işletmelerin kapalı alanlarında tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmesinin yasaklanması suretiyle kişilerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde sürdürmelerinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Diğer taraftan kişilerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde sürdürmelerini sağlamak amacıyla, insan sağlığı üzerinde olumsuz etkileri bulunan tütün ve tütün mamüllerinin kullanımının benzeri çağdaş ülkelerde de rastlanan biçimde kişilerin toplu olarak bulundukları kapalı alanlarda kullanımının yasaklanması, Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleriyle Devlete yüklenen pozitif yükümlülüğün bir yansıması olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte Devlet, "*Dünya Sağlık Örgütü Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi*"ne göre üzerine düşen yükümlülüğünü de yerine getirmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" denilmiştir.

Çalışma özgürlüğü herkesin dilediği mesleği seçmede özgür olmasını ve zorla çalıştırılmamayı ifade eder. Birey bu özgürlüğünü kullanarak dilediği alanı ve işi seçebilir. Çalışma hakkı ise bireyin özgür iradesiyle seçtiği mesleği veya işi icra etmesi, devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alması olarak tanımlanabilir. Dava konusu kuralla kahvehanelerin kapalı alanlarında tütün ve tütün ürünlerinin tüketilmesinin yasaklanması, Devletin yukarıda belirtilen pozitif yükümlülüklerinin bir sonucu olup kişilerin özel teşebbüs kurma haklarını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 12., 13., 17., 48., ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un, 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan "… kahvehane …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

6.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY YAZISI

Danıştay Onuncu Daire, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 5727 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan "… kahvehane …" ibaresinin, Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali isteminde bulunmuştur. Mahkememizce, kararın Anayasa'ya aykırı olmadığı yolunda verilen karara aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum.

I- Tütün Kullanımı ve Özgürlükler:

Amerika'nın keşfinden sonra Avrupa'da ve Osmanlı İmparatorluğu topraklarında süratle yaygınlaşan tütün, kapitalizmin gelişimiyle 19. yüzyıldan itibaren sigara üretimindeki ve satışındaki teknolojik ve pazarlama alanındaki gelişmelerin sonucunda global bir olguya dönüşmüş, ancak İkinci Dünya savaşı sonrasında bilim ve tıpta kaydedilen yenilikler sonunda zararları anlaşılıncaya kadar makbul bir madde addedilmiştir. Zararları tam olarak bilinmediği dönemlerde genellikle keyif verici niteliğiyle özel ortamlarda ve belli bir ritüelle içilmesi, tütün içiminin yetişkinlere mahsus bir ayrıcalık olarak kabulü ve büyüklerin yanında sigara içilmesinin toplumsal örf ve adetler

bakımından hoş karşılanmaması, gençlerin de kimliklerini kanıtlamak uğruna her zaman sigaraya ilgi duymalarına ve sigara içmeyi, hak ve özgürlüklerini tam olarak kullanabilmelerinin bir göstergesi gibi algılanmasına yol açmıştır. Tütün kullanımına karşı alınan tüm önlemlere rağmen geçmişten gelen bu algılamanın izleri bugün de devam etmekte, zararları bilimsel şekilde ortaya konmuş olmasına rağmen her yıl sayısız genç sigaraya başlamaktadır. Sigara içeni "ötekileştirmek" ve kötülemek, sigara içenler için yaşamı zorlaştırmak, bu kitlenin arasına her yıl milyonların eklenmesine engel olamamaktadır.

Sigara kullanımının hak ve özgürlükler alanı içerisindeki hukuki değerlendirmesini yapmak için Anayasa'nın 12. ve 17. maddeleri yol gösterici olacaktır. Anayasa'nın 12. maddesinde;

"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder" denilmiştir.

Anayasa'nın 17. maddesinde de "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*

… " hükmü yer almıştır.

Anayasa'nın 12. maddesinde sözü geçen hak ve hürriyetlerin sadece Anayasa'da sayılan hak ve hürriyetler değil, genel olarak hürriyetler olduğu; hürriyetin ise 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinde de belirtildiği gibi "başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmek" anlamına geldiği hususunda duraksama yoktur. Bu nedenle, başkasına zarar vermemek ve Anayasa ile hukukun genel ilkelerine göre sınırlandırılması zorunlu olmamak koşuluyla insanlar, kendi maddi ve manevi varlıklarının geliştirilmesi bağlamında, dilediklerince ve benimsedikleri hayat tarzı ve ilkelere uygun olarak her türlü davranışta bulunabilirler. Sayısız değişik insan davranışı, arzusu ve düşüncesinin tezahür edebileceği gözetildiğinde, insan davranışlarındaki özgürlük alanının sonsuz, ancak devletin bu özgürlüklerin kullanımına getirebileceği sınırlamaların belli kurallarla bağlı tutulmak zorunda olduğunu kabul etmek gerekir.

Sigara kullanımı, genel özgürlükler alanı içinde yer almaktadır. Kişinin, başkalarına ve topluma zarar vermemek şartıyla kendisi için zararlı olsa bile bazı şeyleri yapmak, tasarruflarda bulunmak hakkı olarak tanımlanabilecek bu genel özgürlük alanına devletin müdahalesi, demokratik toplumlarda söz konusu olamaz.

Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, devletin, kişiyi kendisi için zararlı olacak şeylerden koruma amacıyla da olsa, yediği ve içtiğiyle uğraşması, bunlara müdahale etmesi, temel hak ve özgürlükler anlayışıyla bağdaşmaz. Devlet kuşkusuz, toplum ve kişi sağlığı için zararlı olduğu bilimsel olarak kanıtlanan belli maddelerin kullanımını Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla yasaklayabilir veya sınırlandırabilir. Bu alanda alınacak önlemler Anayasa'nın 13. maddesinde de ifadesini bulan ölçütlere ve bu bağlamda amaca elverişlilik, demokratik bir toplumda gereklilik ve ölçülülük gibi esaslara bağlı olmak zorundadır. Örneğin devlet, uyuşturucu maddeleri yasaklamak ve bunlarla her türlü yasal yolla mücadele etmek görev ve yükümlülüğü altında ise de, sırf şişmanlatıcı olduğu veya kalp ve damar hastalıklarına yol açacakları gerekçesiyle kişilerin yeme-içme alışkanlıklarına müdahale edemez. Diğer bir ifadeyle devlet zararlı olan bir maddenin üretimini, imalini ve satışını yasaklayabilir; ancak bir maddenin üretimi, satışı ve ticareti yasak değilse kişilerin bu maddeyi kullanmalarına ancak zorunlu olduğu yerde ve ölçülülük ilkesine göre sınırlama getirebilir. Tütün kullanımına yönelik sınırlamalar da bu kapsamdadır.

II- Tütün Kullanımına İlişkin Kısıtlamalarda Amaca Elverişlilik Unsuru:

Anayasa'nın 56. maddesinde de sağlıklı yaşama hakkı düzenlenmiş olup bu hakkın korunması devletin görevleri arasında bulunmaktadır.

Tütün ve tütün mamulleri, mevzuatımıza göre yasak maddeler değildir. Aksine, Devlet bu alanda çeşitli düzenlemeler yapmış ve tütün mamullerinin üretim-tüketim sürecinde etkin bir rol almıştır. Anayasa'nın 167. maddesinde piyasaların denetimi ve dış ticaretin

düzenlenmesi amacıyla Devletin görevleri belirtilmiştir. 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasasını Denetleme Kurumu Kanunu ile devlete Anayasal anlamda düzenleyici bir rol verilmiştir. Buna göre, toplum sağlığı için zararları bilinmekle beraber Devlet, tütünü önemli bir piyasa unsuru olarak kabul etmiş ve bu piyasayı düzenleme görevini üstlenmiştir.

Diğer yandan devletin vatandaşlarına karşı görevlerinin, zararlı bir madde olan tütünün toplumda tüketimini azaltmak, tedricen ortadan kaldırarak tüm toplumun bu zararlı maddeden kurtulması için gerekli planlamaları yapmak gibi hususları da içermesi gerekir. Devlet, uluslar arası toplumla işbirliği halinde tütünün ekimini, sigara üretim ve ticaretini azaltacak makro plandaki önlemleri de düşünmek ve uygulamaya koymak zorundadır.

Ülkemiz bu alanda Birleşmiş Milletler çerçevesinde akdedilen Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesinin onaylanmasını 5261 sayılı yasayla uygun bularak taraf olmuş, ulusal alanda da 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi Hakkında Kanun'u kabul etmiş, daha sonra da 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Kanun'la adı geçen Kanun'daki önlemleri daha da ilerletmiştir. Kahvehanelerdeki sigara yasağı da bu bağlamda kabul edilmiştir.

Ne var ki:

Birleşmiş Milletler çerçevesinde Dünya Sağlık Örgütü eşgüdümünde uzun müzakereler sonucunda akdedilen 38 maddeden oluşan Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi sigara üretimini değil tüketimini azaltarak tütünün zararlarını kontrol etmek stratejisi üzerine kurulmuş olup, global sermayenin büyük bir kar aracı olan sigara endüstrisini karşısına almaksızın, sadece Sözleşme'ye taraf devletlerin sigara reklamı, perakende satışı vb. konusunda alınabilecekleri önlemler üzerinde yoğunlaşmıştır. Dünyada tütün üretiminin tedricen azaltılarak kaldırılması ve sigara sanayilerin zamanla başka alanlara yönlendirilerek sigara üretimine son verilmesi gibi kökten bir çözümü öngörmeyen, böyle bir hedefe yönelik hukuken bağlayıcı taahhütler içermeyen Sözleşme, sigara tüketimini azaltmak bahanesiyle, taraf devletlerin hükümetlerini yüksek vergilendirme politikalarına teşvik eden hükümler de içermektedir. Yüksek vergilendirme politikaları ise sigara kaçakçılığını, organize suç örgütleri için daha cazip bir alan haline

getirmiştir. Bu haliyle Tütün Kontrolü Çerçeve Sözleşmesi, global sigara sanayinin, hükümetlerin ve ironik olmakla beraber sigara kaçakçılarının çıkarlarına aynı anda hizmet eden ortam yaratmıştır. Sözleşme'de öngörülen stratejiye dayalı olarak çıkarılan ulusal mevzuat da sigara kullanan bireylerin özgürlük alanlarını daraltmıştır. Bu stratejinin global planda sigara tüketimini azaltmadığı, British-American Tobacco, Philip Morris International gibi sigara devlerinin internette yayınladıkları yıllık faaliyet raporları ve bilançolarındaki karların, Tütün Kontrolu Çerçeve Sözleşmesi'nin Birleşmiş Milletler'e üye ülkelerin büyük çoğunluğunca onaylanmış olmasına rağmen artmaya devam etmesinden de anlaşılmaktadır.

Dünyadaki uygulamalardan ve verilerden de görüldüğü üzere, sigara üretimi azalmadığı, uluslar arası veya perakende satışında sınırlamalar getirilmediği müddetçe toplam sigara tüketiminde bir azalma kaydedilememekte, sigara içilebilecek mekanların giderek kısıtlanması toplum sağlını koruma, gençlerin sigaraya başlamasını önleme gibi amaçlara elverişli bir önlem oluşturmamaktadır.

III- Demokratik Bir Toplumda Gereklilik ve Ölçülülük:

Sigaranın bağımlılık yapan maddesi nikotin, vücudun haz aldığı zamanlarda salgıladığı endorfin hormonunu tetikleme sonucunu doğuran özelliği nedeniyle biyolojik bağımlılığa yol açmaktadır. Diğer bir anlatımla vücudun doğal olarak haz alma hissini algılayan biyolojik özelliği, nikotinle uyarıldığına algılanan yapay bir keyif hissine dönüşmektedir. Bu nedenle sigaraya bir kere alışan bir kimsenin, bütün zararlarını bilmesine rağmen bırakması kolay olmamaktadır. Buna karşılık sigaraya başlamak çok kolaydır.

Sigara içiminin iş yerlerinde -haklı olarak- yasaklanmasına ilaveten kahvehanelerde de yasak olması halinde sigara bağımlıları aynı miktarda nikotin ihtiyacını karşılayabilmek için sigarayı evlerinde veya açık alanlarda daha çok içecek, ailelerine ve çocuklarına kötü örnek olacaklardır. Bunun yerine sigara bağımlılarının biraz dinlenmek ve eğlenmek için gidecekleri kahvehanelerin özel olarak ayrılmış bölümlerinde veya sadece sigara içenlere hizmet verecek kahvehanelerde bu ihtiyacı gidermeleri, açık alanda veya evlerinde gençlere örnek olacak şekilde sigara içmelerinden çok daha uygundur.

Bu nedenle, kahvehanelere sigara yasağı getirilmesi, sanıldığının aksine, tütünle mücadelede amaca uygun bir yöntem değildir.

Sigara reklamlarının yasaklanması, sigara paketlerinin üzerine caydırıcı yazı ve resimler konması, beklenen etkiyi sağlamamaktadır. Zira insan psikolojisi, ne kadar korkunç olursa olsun uzak ve düşük olasılıklı bir tehlikeden ziyade, çok daha küçük ama yakın bir zevke veya acıya odaklanacak şekilde yapılanmıştır. Sigaranın bulunmaması, kolayca erişilememesi, böylelikle kişinin sigarayı hiç düşünmemesi, kişiye adeta "sigarayı al ama içme" şeklinde verilen mesajdan çok daha etkilidir. Devlete düşen, bir yandan sigara bağımlılarının bu bağımlılıktan kurtulmalarına yardımcı olacak sağlık hizmetlerini (ilaç, psikolojik danışmanlık vb) sunarken, daha önemli ve öncelikli olarak, gelecek kuşakları korumaya çalışmaktır. Akla uygun ve doğru strateji, sigara içenle değil, tütünle mücadeledir. Bu alanda uluslar arası işbirliği olanakları araştırılmalı, gerekirse ilgili uluslar arası kuruluşlara, dünyada tütün üreticisi ülkelerin zararlarını da karşılamak suretiyle, tütün ekimi ve sigara üretimine tedricen son verilmesine yönelik yeni öneriler götürülmeli, bu alanda vergi kaybı ve dünya sigara endüstrisine hakim olan global sermaye ile karşı karşıya gelmek göze alınmalıdır. Sigara bir yandan devletin denetimi altında serbestçe üretilip satılırken ve her gün birçok insan, özellikle genç, sigaraya başlarken bu konuda gerekli adımları yeterince atmayıp, aslında tütünün mağduru olan sigara kullanıcısı bireylerin özgürlük alanlarını daraltmak suretiyle toplum sağlığını korumak, çağdaş bir hukuk devletinin benimseyeceği bir hal tarzı olamaz.

Sigara içmeyen kişilere zarar vermeksizin, sadece sigara içenlerin devam edeceği, personeli de sigara içenlerden oluşacak kahvehaneler açılması veya kahvehanelerin belli bölümlerinin sigara içenlere ayrılması halinde sigara bağımlılarının sigara içmeyenlere zarar vermeden bu konudaki özgürlükten yararlanmaları mümkün olabilecektir. Ancak iptali istenen kuralla, buna da fırsat verilmeyip sigara kullanımının tümüyle yasaklanması, bu maddenin üretiminin, toptan ve perakende satışının devlet eli ve katkısıyla yapıldığı gözetildiğinde, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen demokratik hukuk devleti ilkesi ile çelişen ve Anayasa'nın 12. maddesinde çerçevesi en geniş biçimde çizilen özgürlük alanın ölçüsüzce kısıtlayan bir müdahaledir.

Bu nedenle toptancı bir yaklaşımla kahvehanelere getirilen sigara yasağı, sadece sigara içenlere mahsus kahvehaneler açılmasına olanak vermediğinden, Anayasa'nın 2., 12. ve 13. maddelerine aykırıdır.

IV- Çalışma Özgürlüğü Yönünden:

Başvuru kararında, kahvehanelerde tütün ürünlerinin kullanımının tümüyle yasaklanmasının kahvehane işletmelerinin faaliyetlerini olumsuz etkilemesinin Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan, herkesin dilediği alanda çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale olduğu belirtilmiştir.

Tütünün global planda üretiminin, uluslar arası ticaretinin, Türkiye'de tütün mamulleri üretiminin ve satışının serbest olduğu ve nüfusun önemli bir kesiminin tüm zararlarına rağmen bu maddeyi kullandığı, kişiye sigarayı bırakması için yasal zorlamada bulunulmasının ve vücuduna müdahale edilmesinin çağdaş bir hukuk devletinde mümkün olmadığı gözetildiğinde, başkalarına zarar vermeksizin, sırf sigara kullananların devam edebilecekleri kahvehanelerin açılması ve işletilmesinin de Anayasa'nın 48. maddesinden kaynaklanan meşru bir hak olduğunun kabulü gerekir.

Almanya Federal Cumhuriyetinde de Anayasa Mahkemesi de, küçük birahane işletmecisi olan iki kişinin bireysel başvuruları üzerine 2008 yılında verdiği bir kararda, bu işletmecilerin Anayasal haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir.

5727 sayılı Yasa ile getirilen itiraz konusu kural, belli bölümlerinde sigara içilebilen kahvehaneler işletilmesine veya sırf sigara içenlere mahsus kahvehaneler açılmasına olanak tanımamaktadır. Kural, çalışma özgürlüğüne, toplum sağlığının korunması için demokratik bir toplumda gerekli olmayan, ölçüsüz bir müdahale anlamına geldiğinden, Anayasa'nın 48. maddesine aykırıdır.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY YAZISI

7.11.1996 günlü, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un, 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan "…kahvehane…" ibaresinin Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırılığı gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Olayın özünde yasakoyucunun, genel sağlığı korumak amacıyla kendisi tütün ürünü kullanmadığı halde insanların toplu olarak bulundukları kapalı yerlerde bu ürünleri kullanan kişilerin dumanına maruz kalarak, dumanda bulunan zararlı maddeleri istemeden solumak zorunda kalan bireylerin sağlıklarını korumak, tütün ürünü kullananlarında kullanımını sınırlayarak, onları bu alışkanlıklarından vazgeçmeye teşvik etmesi yatmaktadır.

Tütün ürünü kullanmayan birisinin tütün dumanına maruz bırakılması pasif içicilik veya bilimsel ifadesiyle Çevresel Tütün İçimi veya Çevresel Sigara Dumanı (*Environmental Tobacco Smoking*) olarak adlandırılmaktadır. İnsan sağlığına zararlı olduğu yönünde kuvvetli bilimsel delillerin olduğu tütün ürünleri kullanımının azaltılmasında kamu sağlığı açısından bir yarar olduğu söylenebilir. Tütün ürünleri kullanımına karşı getirilen sınırlamalar ve yasaklar, tütün dumanının sadece kendi hür iradesiyle tütün ürünü kullananları değil, tütün ürünü kullanmayan kişilerin sağlığına özellikle kapalı ve insanların toplu olarak bulunduğu mekânlarda ve ortamlarda zarar verdiği yönünde bilimsel bazı bulguların ortaya konmasıyla yayılmaya başlamıştır [1]

---

1 Dünyanın pek çok ülkesinde kapalı mekanlarda tütün ürünü kullanımı çeşitli ölçülerde sınırlanmış veya yasaklanmıştır. Bazı ülkelerde, örneğin ABD'de çeşitli kentlerde parklar ve plajlar gibi açık mekânlarda da tütün ürünü kullanımı yasaklanmaktadır. En son New York Belediye Meclisi 12'ye karşı 36 oyla belediyenin idaresinde olan parklar, plajlar ve ünlü Times meydanında da tütün ürünü kullanımını yasaklamıştır. (Bkz.http://www.radikal.com.tr /Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1038901&Date=07.02.2011&CategoryID= 118, erişim tarihi 07.02.2011).

Diğer taraftan, tütün ürünleri kullanımını kapalı mekânlarda yasaklama yönündeki eğilime aykırı bazı yeni gelişmelerde ortaya çıkmaya başlamıştır. Mesela Almanya Federal Anayasa Mahkemesi iki ret oyuna karşı altı oyla, Baden-Württemberg ve Berlin eyaletlerindeki sigara içme yasağını, "birahane ve diskotek sahiplerinin temel haklarını ihlal ettiği" gerekçesiyle Alman Anayasa'sının 12. maddesinde yer alan "herkesin özgürce mesleğini icra etme hakkına sahip olduğu" hükmüne aykırı bulmuştur. İlgili düzenleme

Bununla birlikte tütün ürünü karşıtı kampanyalarda en çok kullanılan pasif içiciliğin akciğer kanserine neden olduğu iddiasına karşı bazı bilimsel eleştirilerde yapılmaktadır.[2]

Anayasa'nın 13. ve 17. Maddeleri Yönünden İnceleme

Anayasa'da tütün ürünü kullanma özgürlüğü diye temel hak ve özgürlükler içinde yer alan bir özgürlük kategorisi bulunmamaktadır. Bununla beraber Anayasa'da yer verilmeyen özgürlükler "isimsiz özgürlükler" olarak değerlendirilmektedir. Bir tütün ürünü olan sigara bağlamında sigara içme özgürlüğü, öğretide bireylerin kendi hür iradeleriyle "sigara içip-içmeme erkine sahip olmaları" olarak tanımlanmaktadır.[3]

Elbette bu özgürlüğün zıddı olarak sigara içmeme ve tütün dumanına maruz kalmama özgürlüğü de mevcuttur. Başkalarının özgürlüklerine ve haklarına zarar verilmesini önlemek için bir özgürlük sınırlandırılabilir. Tütün ürünü içme özgürlüğü ile diğer haklar ve

---

birçok işletmenin aksine, diskoteklere sigaralı bölme hakkı tanımamıştı. Alman Anayasa Mahkemesi kararında eyalet yönetimlerinin hem birahane ve diskotek sahiplerinin çalışma özgürlüğünü hem de sigara içmeyenleri koruyacak daha az sıkı düzenlemeler yapabileceklerini belirtmeyi de ihmal etmemiştir. (Bkz. http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg08-078en.html, erişim tarihi 07.02.2011).

2 Örneğin, pasif içicilerde sigara dumanı maruz kalma ile akciğer kanseri arasında nedensellik ilişkisinden ziyade korelasyona dayanan bir ilişki bulunduğu belirtilerek, korelasyonun nedensellik anlamına gelmediği belirtilmektedir. İki olayın birlikte gerçekleşmesi demek olan korelasyon ile iki olay arasında neden-sonuç ilişkisi kuran nedensellik aynı şey değildir. Nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi için korelasyonun bulunması gereklidir ama bu nedensellik olduğunu göstermek için yeterli değildir. Bu konuda bkz. Zion, Sydney (2007), "Science and Secondhandsmoke: The Need for a Good Puff of Skepticism", *Skeptic*, cilt 13, sayı 3, s.21.

Bu yöntemsel eleştirinin yanı sıra Amerikan Kanser Derneği'nin 2003'de yayınlanan kanser önleme çalışmasına göre sigara içenlerle evli, asla sigara içmeyen 35.000 kişinin 1959-1998 arası sağlık verilerinin analizinde akciğer kanser riskinde artış gözükmemiştir. Benzer şekilde Dünya Sağlık Teşkilatı'na bağlı Uluslararası Kanser Araştırma Dairesi'nin yedi Avrupa ülkesinde on yıllık bir zaman dilimini kapsayan bir çalışmasında, sigara içenlerle çalışan veya yaşayan sigara içmeyenlerle, bunların çalıştıkları veya yaşadıkları yerde sigara içenler arasında akciğer kanserine yakalanma riski açısından istatistiksel olarak anlamlı bir ilişki bulunamamıştır. Bu hususta bkz. Lambert, Thomas A. (2006), "The Case against Smoking Bans", *Missouri Environmental Law and Policy Review*, cilt 13, s.6.

3 Gözler, K.. (1990), Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı ", Ankara Barosu Dergisi, yıl 47, sayı 1, s.36.

özgürlükler çatıştığında her iki özgürlüğünde "varlık ve etkilerini optimal düzeyde" koruyabilmelerini sağlayacak düzenlemeler gerçekleştirilebilir.[4]

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun şekilde, yasayla sınırlandırılabileceği belirtilmektedir. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından *gerekli* olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir *oran* içinde bulunmamasını ifade eder. Burada kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir orantı aranmaktadır.

Bireysel tercihe dayanan bir davranışı yasaklamanın getireceği faydanın bireysel özgürlüğün sınırlandırılmasını haklı gösterecek kadar büyük olması gerekir. Özgürlük bireylerin yaptıkları kötü tercihler için başkalarına zarar vermedikçe kamu otoritesinden baskı ve zorlama görmeden özgürlüğün risklerini anlama ve kabul etmeleri anlamına gelir. Bireyler tütün ürünlerini satın alırken ve kullanırken bunların neden olduğu risklerin genel olarak farkındadırlar. Kahvehanelere giden her birey burada tütün ürünleri tüketildiğini bilerek ve kabullenerek gitmektedir. Genel sağlığı koruma amacı ile insanların yaşam tarzlarına ilişkin tercihlerine müdahale etmeme arasında ince bir çizgi vardır. Trafik kazaları tütün içiminden daha fazla insan yaşamını tehdit eden bir olguyken, otomobil kullanımının ciddi olarak sınırlanması konusunda kısıtlayıcı yasal tedbirlere gidilmemektedir.

İtiraz konusu ibarede yasakoyucu, bireylerin sağlıklı yaşam haklarını korumak amacıyla tütün ürünlerini kullanma özgürlüğünü belli kapalı mekânlarda yasaklamaktadır. Getirilen sınırlama, amacı gerçekleştirmeye elverişli bir araç olduğundan ölçülülük ilkesinin ilk aşaması olan elverişlilik testini geçmektedir. İkinci aşama olan gereklilik testinde sınırlayıcı aracın sınırlama amacını gerçekleştirme açısından zorunlu olup, olmadığı aranmaktadır. Kahvehanelerin kapalı alanlarında tütün ürünlerinin kullanımının tamamen yasaklanması sağlıklı yaşam amacını gerçekleştirmeye dönük zorunlu bir tedbir değildir. Yasaklama yerine özgürlüğü en az sınırlayan başka araç veya araçlar kullanılabilir. Üçüncü aşama olan orantılılık testinde ise gerçekleştirilmesi istenen

4 Gözler,. K. (1990), s. 42

amaç ile kullanılan araç arasında ölçüsüz bir oran olup, olmadığına bakılmaktadır. Tütün ürünü kullanmayanların korunması uğruna tütün ürünü kullanma özgürlüğü orantısız olarak sınırlanmaktadır. Kahvehanelerin kapalı kısımlarında uygulanan tütün ürünleri tüketme yasağı ölçülülük ilkesinin ikinci ve üçüncü testleri olan elverişlilik ve orantılılık testlerini geçemediğinden, Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 17. maddesinin 1'inci fıkrasına göre "herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi, faaliyetlerini özgürce gerçekleştirmesi ile mümkündür. Özerk ve özgür bireyin başkalarının, özellikle de kamu otoritelerinin, koruyup kollamasına ihtiyacı olduğunu varsaymak onun iradesini ve tercih özgürlüğünü hiçe sayan paternalist bir değerlendirmedir. İnsanların kendi hayatlarını yönetemedikleri varsayımına dayanan paternalizm, yurttaşları ergin ve özerk olarak görmediği, kendi iradelerine aykırı olsa bile onlar adına hareket etmeyi uygun gördüğü için otoriter eğilimleri bünyesinde barındıran bir yaklaşımdır. Burada özgürlüğü kısıtlanan insanın mutluluğu, çıkarı, refahı, iyiliği için kişinin iradesinin başka bir kişi veya kurum tarafından hiçe sayılması söz konusudur. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi üyelerinden Yargıç Brandeis 1928'de bir karşı oy yazısında "hükümetin amaçları hayırsever olduğunda özgürlüğü korumak için çok dikkatli olmamız gerektiğini tecrübeler bize göstermiştir" derken yukarıda değinilen noktalara dikkati çekmekteydi.[5] İyi ve sağlıklı olduğu düşünülen hayat tarzlarının dayatılması sadece sigara içimiyle sınırlı kalmayabilir. Tütün ürünlerinin üretimi, ticareti ve tüketimi yasak olmayıp bireylerin tercihlerine bırakılmıştır. Belirtilen gerekçelerle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 17. maddesinin 1'inci fıkrasına aykırıdır.

Anayasa'nın 48. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 48. maddesinde "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır" denilmiştir.

---

5 Pope, Thaddeus Mason (2000), "Balancing Public Health against Individual Liberty: The Ethics of Smoking Regulations", *University of Pittsburgh Law Review*,, cilt 61, s. 493.

5727 sayılı yasanın 3/1-d maddesi kapalı mekânlardan oluşan kahvehanelerde tütün ürünlerinin tüketimini tamamen yasaklamıştır. Böylece kahvehane işletmecilerinin faaliyetlerini sürdürebilmeleri zorlaştırılarak iktisadi çıkarları göz ardı edilmiş, ölçülülük ilkesine aykırı biçimde çalışma özgürlükleri sınırlandırılmıştır. İtiraz konusu ibareden dolayı kahvehane işletmelerinin iktisaden zarar gördüğü de iddia edilmektedir.[6]

İnsanların (genelde erkek) bir araya gelerek, değişik siyasi, iktisadi ve toplumsal konularda sohbet edip, fikir alışverişinde bulunup, dinlenip, oyun oynadıkları, günlük gazeteleri okudukları mekânlar olan kahvehanelerde çay, kahve gibi içeceklerin yanı sıra tütün ürünleri de geleneksel olarak tüketilmektedir. Kahvehaneler önemli bir kamusal alan mekânı olarak düşünülebilir. Bilindiği üzere kamusal alan bireyler arasında fikir alışverişini gerçekleştirerek demokrasinin gelişimine katkı yapar. Alman düşünürü Habermas kamusal alanın İngiltere ve Fransa gibi ülkelerde ilk olarak kahvehaneler ve kafelerde ortaya çıktığını belirmiştir. Buradan hareketle kahvehanelerin varlıklarını sürdürebilmelerinin kamusal alanın gelişimi açısından da önemli olduğunu söyleyebiliriz.

Anayasa'nın 48. maddesinin devlete getirdiği özel girişimlerin güvenli ve kararlı bir biçimde faaliyetlerinin devamı için önlem almak yükümlülüğü çerçevesinde, kahvehanelerde ayırt edici birtakım özellikler temelinde tütün ürünlerinin tüketilip, tüketilmediği bölümlerin oluşturulması imkanı yaratılarak, çalışma özgürlüğü ve kişi özgürlüğünün özüne dokunulmaksızın genel sağlığı korumak adına ölçülülük ilkesine uygun kısıtlamalara yer verilebilirdi. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 48. madde ile devletten beklenenin "Özel girişimlerin gelişmesini sağlayacak doğrultuda iktisadi ve sosyal politikalar uygulamak, özel teşebbüse güvenli çalışma ortamı sunmak" olduğunu vurgulamıştır.[7]

---

6 Kapalı alanlarda sigara yasağının uygulanmaya başladığı 19 Temmuz 2009 tarihinden bu yana Bursa'da 2 bine yakın kahvehanenin kapandığı belirtilmiştir. (Bkz. http://www.uyduturkey.com/t%FCrkiyeden-haberler/42409-sigara-yasa%F0%FD-2-bin-kahvehaneyi-kapatt%FD.html , erişim tarihi, 04.01.2011).

7 E: 2002/32, K: 2003/100, 20.11.2003 tarihli AYM kararı.

Bilindiği gibi kahvehaneler toplu olarak bir arada bulunulan yerlerdir ve bu yerlere tütün ürünleri kullananlar gidebildiği kullanmayanlarda gidebilmektedir. Diğer taraftan bu yerlerde tütün ürünleri tüketmeyen, bunlardan rahatsız olabilecek kişiler de çalışabilmektedir. Kahvehane işletmecileri, kendi mülkiyetlerindeki işletmelerinde tütün ürünleri içimini tamamen yasaklayabilirler ve tütün dumanından rahatsız olan ve tütün ürünleri tüketmeyip, kahvehanede vakit geçirmek isteyen bireyler böyle yerlere gidebilirler. Aynı şekilde tütün dumanından rahatsız olan kahvehane çalışanları, tütün ürünleri kullanımının yasaklandığı kahvehanelerde çalışabilirler. Tütün dumanından rahatsız olan biri bunun içilmesinin serbest olduğu bir kahvehanede çalışmak zorunda değildir. Serbest piyasa mekanizması ve rekabet koşulları içinde işyeri sahipleri kendi işletmelerinde tütün ürünü kullanılıp, kullanılmayacağını karar verebilirler. Tütün dumanından rahatsız olanlar, bunun serbest olduğu işletmelere gitmeyerek kendilerini koruyabilirler.

İlgili mevzuat kahvehanelerin açık alan sayılan kısımlarında tütün ürünleri içilmesine izin vermektedir. İsteyen işletmeciler kahvehanelerinin bazı bölümlerini açık alana uygun hale getirerek tüttün ürünlerini kullananlara hizmet verebilmektedir. Yaz aylarında uygulanması kolay olan bu durum, kış aylarında tütün ürünleri tüketmek isteyenler açısından sıkıntı ve zahmet yaratmaktadır. Dolayısıyla yasal bir faaliyeti özgürce yerine getirebilmeleri orantısız bir şekilde kısıtlanmaktadır.

Kahvehanelerin kapalı mekânlarında tütün ürünleri tüketme yasağı, özel mülkiyet sahiplerinin kendi işyerlerinde, üretimi, ticareti ve tüketimi yasal olan tütün ürünlerinin kullanımını kısıtlayarak devletin gücünün orantısız kullanımına neden olmaktadır. Böylece özel hukuk kişilerine ait olan kahvehane işletmelerine yönelik olarak özel girişim özgürlüğü ölçüsüz olarak sınırlanmaktadır. Mülkiyet hakkı sadece somut fiziksel varlıkların, nesnelerin sahipliği ile sınırlı değildir. Bir iktisadi işletme sahibinin kendi işletmesini nasıl işleteceği, iktisadi olarak nasıl kullanacağı, müşterilerine nasıl hizmet edeceği kendi tasarrufuna ait bir şeydir. Eğer bu konuda kamu çıkarına adına sınırlamaya gidiliyorsa bunun ölçüsüz olmaması gerekir. Bir işletmenin tütün ürünleri tüketimi konusundaki politikasının müşterilerin ve sahiplerinin

arzuları doğrultusunda belirlenmesi mülkiyet hakkının ve tercih özgürlüğünün bir gereğidir.

İtiraz konusu ibare bireysel özgürlüğü sınırlamakta ve özel mülk sahiplerinin çalışma özgürlüğünü ihlal etmektedir. Açıklanan nedenlerden dolayı itiraz konusu ibare Anayasa'nın 48. maddesine aykırıdır.

Sonuç olarak yukarıda ifade edilen gerekçelerle itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak, çoğunluk görüşüne muhalefet edilmiştir.

Üye
Engin YILDIRIM

Esas Sayısı : 2007/2

Karar Sayısı : 2011/1 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 13.1.2011

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNANLAR:

1- Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Haluk KOÇ, Oya ARASLI ile birlikte 122 milletvekili (E. 2007/2)

2- Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali TOPUZ, Haluk KOÇ ile birlikte 118 milletvekili (Esas. 2006/168)

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun, 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının, 6. maddesinin üçüncü fıkrasının, 8. maddesinin birinci fıkrasının, 9. maddesinin ikinci fıkrasının ve 15. maddesinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile, 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçeleri ve ekleri, bu konudaki yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu ile ekleri, iptali istenilen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun:

A- 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… özel hukuk tüzel kişilerine …" ibaresi, 8. maddedeki 'denetim' yönünden, 13.1.2011 günlü, E. 2007/2, K. 2011/13 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu hükmün, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması

için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

B- 1- 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına,

2- 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarına,

3- 6. maddesinin üçüncü fıkrasına,

4- 8. maddesinin birinci fıkrasına,

5- 9. maddesinin ikinci fıkrasına,

6- 15. maddesinin;

a- Birinci fıkrasında yer alan "… özel hukuk tüzel kişilerine …" ibaresinin 8. maddedeki 'denetim' yönünden iptal edilen hükmü dışında kalan bölümüne,

b- İkinci, üçüncü ve son fıkralarına,

yönelik iptal istemleri, 13.1.2011 günlü, E. 2007/2, K. 2011/13 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve bölümlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

13.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2007/2

Karar Sayısı : 2011/13

Karar Günü : 13.1.2011

İPTAL DAVASINI AÇANLAR:

1) Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ali TOPUZ ve Haluk KOÇ ile birlikte 118 Milletvekili (E. 2006/168)

2) Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Haluk KOÇ ve Oya ARASLI ile birlikte 122 Milletvekili (E. 2007/2)

İPTAL DAVASININ KONUSU: 31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun;

1) 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

2) 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının,

3) 6. maddesinin üçüncü fıkrasının,

4) 8. maddesinin birinci fıkrasının,

5) 9. maddesinin ikinci fıkrasının,

6) 15. maddesinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 25.12.2006 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanununun 15 inci Maddesinin Birinci Fıkrasındaki "Özel hukuk tüzelkişilerine" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanununun "Yetki devri" başlıklı 15 inci maddesinin iptali istenen ibareyi de içeren birinci fıkrasında "Bakanlık gerekli gördüğü hâllerde, 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde belirtilen yetkilerini, kısmen veya tamamen Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilir." denilmiştir.

Bu hükme göre Tarım ve Köyişleri Bakanlığı;

- tohumlukların üretimine izin verilmesi(5553 sa.K. m.5),

-tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumluklar, sertifikasyon işlemine tâbi tutulması ve tohumlukların ithal edilmesi ve ihracına izin verilmesi(5553 sa.K. m.6),

-tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek veya tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesi (5553 sa.K.m.7) ve

-ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi (5553 sa.K.m.8),

konularında haiz olduğu yetkilerini, gerekli gördüğü hallerde kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilecektir.

Tohumculuk sektörümüz; hububat, kimi yem bitkileri ve birkaç tarla bitkisi dışında "üstün verimli ve üstün nitelikli bitki çeşitleri ıslahı ve bunların tohumlarının geliştirilerek üretilmesinin çok büyük ölçüde yabancı ülkeler tarafından yapılması" nedenleri ile esasen ileri ülke teknolojilerine bağımlı durumdadır. Ülkenin hububat tohumunun tümüne yakını ile yem bitkisi ve pamuk tohumunun bir kısmı Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı TİGEM işletmelerinde üretilmekte, geri kalan tüm tarla ürünleri ile bağ-bahçe (sebze-meyve) ürünleri tohum ve tohumlukları özel kesim tarafından üretilmektedir. Yerli koşullarımızda yeterince üstün çeşit ıslahı ve onların tohumluğunun üretimi başarılamadığı için, zorunlu olarak özel kesim yabancı ülkelerde ıslah edilmiş çeşitlerin tohumluklarını getirmekte ve üreticiye aktarmaktadır. Bir yandan ıslah edilmiş çeşitlerin ilk melezleri olan F-1 hibritleri ithal edilerek doğrudan üreticiye

satılmakta, bir yandan da ana-baba hatları, ebeveynleri getirilerek bunlardan ülke içerisinde F-" ler elde edilmekte ve pazarlanmaktadır.

Özetlenen bu süreç, çeşit ve çeşit tohumu geliştirme konusunda ülkemizin yeterince gelişememesi ve ileri ülkeler düzeyinde araştırma ve ıslah yapamaması, çeşit ve onların tohumlarını üretilmemesinin doğal sonucudur. Tanımlanan bu süreçte, ülke koşullarında tohum üretmek gibi önemli fonksiyon gören özel sektör olduğu gibi, sadece ithalat yapıp tohum satan özel sektör de vardır. Belirtildiği üzere bu işleyiş, bütünüyle tohum teknolojisinin yabancıların tekelinde olmasının sonucudur.

Ancak bu konunun ekonomik bağımsızlıkla bağdaşmayan yanı, "ülkede hangi tohumun üretileceğine kimin karar vereceği" noktasındadır. 5553 sayılı Kanunun on beşinci maddesinin iptali istenen ibareyi de içeren birinci fıkrasında Kanunun 5 inci maddesine yapılan atıfla, tohumluk üretimiyle ilgili beşinci maddede kamuya tanınan "üretim izni yetkilerinin", diğer kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, tohumculukla ilgili Birlikler ve "özel hukuk tüzel kişilerine" devredilebileceği öngörülmektedir. Kamuda bulunan üretim izninin tohumculuk firmalarını tanımlayan özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi, bu alana egemen olan birkaç gelişmiş ülkenin uluslar üstü ve tekelleşmiş firmalarının ülke içi tohum üretimine karar vermeleri gibi, ekonomik dolayısıyla ulusal bağımsızlıkla bağdaşamayacak vahim sonuçlara yol açabilecektir. Her ne kadar dünya tohumculuğuna sayısı sınırlı bu ülke ve firmalar damga vuruyor ise de, Türkiye'de hangi ürünlerin hangi tohumluklarının, hangi koşullarda üretileceğine ulus adına Türkiye Tarım ve Köyişleri Bakanlığı karar vermektedir.

Anayasa'nın başlangıç kısmı Türk milli menfaatlerine aykırı hiçbir mülahazanın korunma göremeyeceğini ve 5 inci maddesi de Türk Milletinin bağımsızlığını vurgulamaktadır. Bu kavramlar dar bir çerçeve içinde yorumlanamaz. Bağımsızlık, Büyük Atatürk'ün dediği gibi tam bağımsızlıktır. Bunun içerisinde siyasal bağımsızlık yanında ekonomik bağımsızlık da mevcuttur. Oysa iptali istenen ibare, ülkede hangi tohumun üretileceğine karar verme yetkisini dünyada tekel kurmuş yabancıların ortağı olan veya Türkiye ofisi niteliği taşıyan ve bu niteliği gereği yabancının dediğini yapmak zorunda bulunan özel firmalara devredilmesine olanak tanımakta, gelecekte o tekellerin yararları neyi gerektiriyor ise o tohumların üretimine izin verilmesi gibi sonuçları da kaçınılmaz kılmaktadır.

Bu nedenle söz konusu düzenleme, Anayasa'nın başlangıç kısmına ve 5 inci maddesine aykırı bir düzenlemedir.

Öte yandan, Anayasamızın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ile Başlangıç kısmında yer alan Atatürk ilkeleri arasında köklü bir bağlantı bulunmaktadır. Anayasa'nın öngördüğü sosyal devlet, diğer nitelikleri yanında, ekonomik yaklaşımlarında kamu girişimlerine ağırlık veren ve milli ekonomiyi bu anlayışla düzenleyen bir devlettir.

Prof. Dr. Suna KİLİ'nin Atatürk Devrimi Bir Çağdaşlaşma Modeli adlı yazısının sonunda ATATÜRKÇÜLÜK ve ATATÜRK DEVRİM MODELİ başlıklı bölümünde Atatürk Devrim mode1inin özellikleri birer birer sayılmakta; "Cumhuriyetçilik, Ulusçuluk, Halkçılık anlatıldıktan sonra Atatürkçülük çağdaş olma amacında devleti baş görevli sayar. Devlet yasalarla, üst yapıda yapılan değişikliklerle sağlanan hakları, altyapıda gerçekleştirilecek değişikliklerle, sağlanacak olanaklarla desteklenmedikçe, güçlendirilmedikçe halkın korunması, geleneksel toplum yapısının değiştirilmesi o1anaksızdır. DEVLET EKONOMİYE HEM DÜZENLEYİCİ HEM DE İŞLETMECİ OLARAK GİRECEK, ekonomiyi tüm ulusun, halkın yararına yönlendirecektir" cümleleri yer almaktadır.

Prof. Dr. Hamza EROĞLU'nun Atatürk ve Devletçilik adlı yapıtının 102 nci sahifesinde "Anayasamızda zikredilmese bile, devletçilik bir politik uygulama olarak sosyal devlet sıfatı ile varlığını devam ettirmektedir. Sosyal devletin Anayasamızda öngörülen görevleri yerine getirebilmesi, devlet yetkilerini arttırması, teşkilat kurarak hizmetleri gerçekleştirmesi gerekir. Türk Anayasasında yer alan sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler, liberal bir devlet anlayışı ile yerine getirilemez" ifadesi yer almaktadır.

"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.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk

ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. <<Yasaların kamu yararına dayanması>> gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Ekonomik dolayısıyla ulusal bağımsızlıkla bağdaşamayan böyle bir düzenlemenin yöneldiği hedefin Ulusun genel yararları ve tarımın gelişme amaçları olmaması nedeniyle kamu yararına aykırı düşeceği açıktır. Kamu yararı amacına yönelmemiş olan bir düzenlemenin de, hukuk devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı düşeceği açıktır.

5553 sayılı Kanunun "Tohumluk ticareti" başlıklı 7 nci maddesine göre; yurt içinde sadece kayıt altına alınmış çeşitlere ait tohumlukların ticaretine izin verilmesi, tohumlukların ithal edilmesi ve ihracı Bakanlığın iznine tâbidir. Bu Kanunun on beşinci maddesinin iptali istenen ibareyi de içeren birinci fıkrasında Kanunun 7 nci maddesine yapılan atıfla, Bakanlığa tanınan bu yetkilerin de, "özel hukuk tüzel kişilerine" devredilebileceği öngörülmektedir. Üretim izninin devrine ilişkin olan ve yukarıda açıklanmaya çalışılan sakıncalar, tohumluk, ticareti, ithalatı ve ihracatı konusundaki yetki devrinde de aynen geçerlidir. Belirtilen gerekçelerle, tekelleşmiş yabancı firmaların yönetebileceği özel firmalara bu türden dış ticaret yetkilerinin devredilmesi, özel firma hatta yabancı özel firma yararına ithalat ve ihracat gibi sonuçları her zaman doğurabilir. Açıklanan nedenle, Kanunun "altıncı maddesindeki ithalat ve ihracat izni verilmesi yetkilerinin özel hukuk tüzel kişilerine devrini öngören" düzenleme Anayasa'nın 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırıdır.

5553 sayılı Kanunun "Piyasa denetimi" başlığını taşıyan 8 inci maddesinin birinci fıkrasında, tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek veya tüzel kişilerin Bakanlık tarafından yetkilendirilip denetleneceği; ikinci fıkrasında da ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun da yine Bakanlıkça denetleneceği hükme bağlanmıştır. Bu Kanunun on beşinci maddesinin iptali istenen ibareyi de içeren birinci fıkrasında Kanunun 7 nci maddesine yapılan atıfla, Bakanlığa tanınan bu yetkilerin de, "özel hukuk tüzel kişilerine" devredilebileceği öngörülmektedir. Yukarıda etraflıca açıklanan sakıncalar yani üretim izni yetkilerinin ve tohumluk, ticareti, ithalatı ve ihracatı konusundaki yetkilerin özel sektöre devrindeki sakıncalar, "denetim görevinde de" aynen geçerlidir. Zira, bu tür bir yetkinin, süreçte tekelleşmiş yabancıların etkili olacakları bir özel kesim gurubuna

bırakılması, denetimin o yabancı ve yerli firmaların yararları doğrultusunda işletilmesi sonucunu doğurabilir.

Prof. Dr. Tarık Zafer TUNAYA Siyasal Kurumlar ve Anayasa, Hukuku adlı yapıtının 449 uncu sahifesinde SOSYAL DEVLETİ şöyle anlatmaktadır :

Sosyal devlet, kişiyi ekonomik hayatta yenik bırakmayan devlettir. Bu devlet ekonomik hayatı düzenler. Nitekim fiyat iniş çıkışlarını, yatırım oranlarını, insan gücü kullanımını, dış ticaret dengesini kontrol eder ve sorumluluk yüklenir. Plancıdır, kamu kesimine ağırlık verir. Bu Devleti, üretim araçlarının özel sahipleri tek ve hakim kudret olarak kontrol edemezler. Aksine Devlet onları kontrol etmekle ödevlidir. Yatırımları saptayan kararlara hakim olamazlar. Fakat, özel kesim vardır. Kamu kesimine oranla ikinci plandadır. Devlet özel kesimin kontrolü altına girmesi, sosyal niteliğini kaybeder.

Bu nedenle, denetim yetkisinin Bakanlığın ve kamu kurum ve kuruluşlarının elinde bulunması söz konusu olayda sosyal devlet ilkesinin devlete yüklediği görevlerin yerine getirilmesi bakımından gerekli görülmektedir.

Kanunun altıncı maddesinde tanımlanan "sertifikasyon görevindeki yetki" tümüyle teknik nitelikli bir hizmet olduğundan, diğer yetkilerin özel sektöre devrinin iptal edilmesi halinde, bu tür bir yetkinin diğer yetkilerle donatılmadan özel hukuk tüzelkişilerine devri de açıkça görüleceği gibi sakıncalı olacaktır. Belirtilen nedenlerle söz konusu yetki devri Anayasa'nın 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların korunması ve desteklenmesi Devletin ödevidir. Bu ödev, Anayasa'nın 45 inci maddesinde düzenlenmiştir. Devletin bu konudaki görevinin amacı; Tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması yapmak, bu plana uygun bitkisel ve hayvansal üretimi artırmaktır. Tarımsal üretim planlamasının tohumlukların üretimini de kapsadığı açıktır. Bu bakımdan söz konusu yetki devri, Anayasa'nın 45 inci maddesine de aykırı düşmektedir.

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, 31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15 inci Maddesinin birinci fıkrasındaki "Özel hukuk tüzelkişilerine" İbaresi Anayasa'nın 2 nci,5 inci ,11 inci ve 45 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "Özel hukuk tüzelkişilerine" ibaresi, Anayasa'nın hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmadığından ve ülkede hangi tohumun üretileceğine karar verme yetkisini dünyada tekel kurmuş yabancıların ortağı olan veya Türkiye ofisi niteliği taşıyan ve bu niteliği gereği yabancının dediğini yapmak zorunda bulunan özel firmalara devredilmesine olanak tanıyarak gelecekte o tekellerin yararları neyi gerektiriyor ise o tohumların üretimine izin verilmesi gibi sonuçları da kaçınılmaz kıldığından ekonomik bağımsızlığı zedeleyici sonuçlara da yol açtığı için, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceğinden iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulması istemi ile Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, iptali istenen kurallar hakkında yürürlüklerinin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "Özel hukuk tüzelkişilerine" İbaresi Anayasa'nın 2 nci, 5 inci, 11 inci ve 45 inci maddelerine aykırı olduğundan iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

B- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 5.1.2007 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 31.10.2006 Tarih ve 5553 Sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 4 üncü Maddesinin Üçüncü ve Dördüncü Fıkralarının; 5 inci Maddesinin İkinci ve Dördüncü Fıkralarının; 6 ncı Maddesinin Üçüncü Fıkrasının; 8 inci

Maddesinin Birinci Fıkrasının; 9 uncu Maddesinin İkinci Fıkrasının; 15 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 8 inci maddesinde, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ifade edilmiştir. Anayasada gösterilen ayrık haller dışında, yürütmenin yasa ile ilkeleri, genel kuralları belirlenmemiş bir alanda asli düzenleme yapma yetkisi yoktur. Asli düzenleme yetkisi Anayasanın 7 nci maddesinde yasama organına verilmiştir ve bu yetki devredilemez. Devredilmesi halinde ise, kaynağını Anayasadan almayan bir yetki görünümüne girer ve Anayasanın 7 nci maddesinin yanı sıra 6 ncı maddesine de aykırı düşer.

Böyle bir durumun Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ve 11 inci maddesinde ifade edilen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişeceği de açıktır.

Yukarıda sıralanan hükümlerde belirtilen konularda yürütmeye düzenleme yetkisi verilmektedir. Ancak, yürütmeye düzenleme yetkisi bırakılan alanlarla ilgili olarak genel esasların, ilkelerin yasada gösterilmediği yani asli düzenlemenin yasa ile yapılmadığı da görülmektedir.

Söz konusu hükümlerde yürütmeye düzenleme yetkisinin yasa ile verilmiş olmasının, bu alanlarda asli düzenlemenin yapılmış olduğu anlamına gelmeyeceği açıktır.

Bu durumda, iptali istenen hükümlerde yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin, yasamaya tanınmış ve devredilemez olan asli düzenleme yetkisinin devri niteliğini taşıdığında ve Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı düştüğünde kuşku yoktur.

Bu nedenle söz konusu hükümlerin iptali gerekmektedir.

2) 31.10.2006 Tarih ve 5553 Sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15 inci Maddesinin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun "Yetki devri" başlıklı 15 inci maddesinin birinci fıkrasında "Bakanlık gerekli gördüğü hâllerde, 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde belirtilen yetkilerini, kısmen veya tamamen Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilir." denilmiştir.

Bu hükme göre Tarım ve Köyişleri Bakanlığı;

- tohumlukların üretimine izin verilmesi(5553 sa.K. m.5),

- tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumluklar, sertifikasyon işlemine tâbi tutulması ve tohumlukların ithal edilmesi ve ihracına izin verilmesi(5553 sa. K. m.6),

- tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek veya tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesi (5553 sa.K.m.7) ve

- ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi(5553 sa. K.m.8),

konularında haiz olduğu yetkilerini, gerekli gördüğü hallerde kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilecektir.

Tohumculuk sektörümüz; hububat, kimi yem bitkileri ve birkaç tarla bitkisi dışında "üstün verimli ve üstün nitelikli bitki çeşitleri ıslahı ve bunların tohumlarının geliştirilerek üretilmesinin çok büyük ölçüde yabancı ülkeler tarafından yapılması" nedenleri ile esasen ileri ülke teknolojilerine bağımlı durumdadır. Ülkenin hububat tohumunun tümüne yakını ile yem bitkisi ve pamuk tohumunun bir kısmı Tarım ve Köyişleri Bakanlığına bağlı TİGEM işletmelerinde üretilmekte, geri kalan tüm tarla ürünleri ile bağ-bahçe (sebze-meyve) ürünleri tohum ve tohumlukları özel kesim tarafından üretilmektedir. Yerli koşullarımızda yeterince üstün çeşit ıslahı ve onların tohumluğunun üretimi başarılamadığı için, zorunlu olarak özel kesim yabancı ülkelerde ıslah edilmiş çeşitlerin tohumluklarını getirmekte ve üreticiye aktarmaktadır. Bir yandan ıslah edilmiş çeşitlerin ilk melezleri olan F-1 hibritleri ithal edilerek doğrudan üreticiye satılmakta, bir yandan da ana-baba hatları, ebeveynleri getirilerek bunlardan ülke içerisinde F-" ler elde edilmekte ve pazarlanmaktadır.

Özetlenen bu süreç, çeşit ve çeşit tohumu geliştirme konusunda ülkemizin yeterince gelişememesi ve ileri ülkeler düzeyinde araştırma ve ıslah yapamaması, çeşit ve onların tohumlarını üretilmemesinin doğal sonucudur. Tanımlanan bu süreçte, ülke koşullarında tohum üretmek gibi önemli fonksiyon gören özel sektör olduğu gibi, sadece ithalat yapıp

tohum satan özel sektör de vardır. Belirtildiği üzere bu işleyiş, bütünüyle tohum teknolojisinin yabancıların tekelinde olmasının sonucudur.

Ancak bu konunun ekonomik bağımsızlıkla bağdaşmayan yanı, "ülkede hangi tohumun üretileceğine kimin karar vereceği" noktasındadır. 5553 sayılı Kanunun on beşinci maddesinin iptali istenen ibareyi de içeren birinci fıkrasında Kanunun 5 inci maddesine yapılan atıfla, tohumluk üretimiyle ilgili beşinci maddede kamuya tanınan "üretim izni yetkilerinin", diğer kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, tohumculukla ilgili Birlikler ve özel hukuk tüzel kişilerine devredilebileceği öngörülmektedir. Kamuda bulunan üretim izninin tohumculuk firmalarını tanımlayan özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesi, bu alana egemen olan birkaç gelişmiş ülkenin uluslar üstü ve tekelleşmiş firmalarının ülke içi tohum üretimine karar vermeleri gibi, ekonomik dolayısıyla ulusal bağımsızlıkla bağdaşamayacak vahim sonuçlara yol açabilecektir. Her ne kadar dünya tohumculuğuna sayısı sınırlı bu ülke ve firmalar damga vuruyor ise de, Türkiye'de hangi ürünlerin hangi tohumluklarının, hangi koşullarda üretileceğine ulus adına Türkiye Tarım ve Köyişleri Bakanlığı karar vermektedir.

Anayasanın başlangıç kısmı Türk milli menfaatlerine aykırı hiçbir mülahazanın korunma göremeyeceğini ve 5 inci maddesi de Türk Milletinin bağımsızlığını vurgulamaktadır. Bu kavramlar dar bir çerçeve içinde yorumlanamaz. Bağımsızlık, Büyük Atatürk'ün dediği gibi tam bağımsızlıktır. Bunun içerisinde siyasal bağımsızlık yanında ekonomik bağımsızlık da mevcuttur. Oysa iptali istenen ibare, ülkede hangi tohumun üretileceğine karar verme yetkisini dünyada tekel kurmuş yabancıların ortağı olan veya Türkiye ofisi niteliği taşıyan ve bu niteliği gereği yabancının dediğini yapmak zorunda bulunan özel firmalara devredilmesine olanak tanımakta, gelecekte o tekellerin yararları neyi gerektiriyor ise o tohumların üretimine izin verilmesi gibi sonuçları da kaçınılmaz kılmaktadır.

Bu nedenle söz konusu düzenleme, Anayasanın başlangıç kısmına ve 5 inci maddesine aykırı bir düzenlemedir.

Öte yandan, Anayasamızın 2 nci maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ile Başlangıç kısmında yer alan Atatürk ilkeleri arasında köklü bir bağlantı bulunmaktadır. Anayasanın öngördüğü sosyal devlet, diğer

nitelikleri yanında, ekonomik yaklaşımlarında kamu girişimlerine ağırlık veren ve milli ekonomiyi bu anlayışla düzenleyen bir devlettir.

Prof. Dr. Suna KİLİ'nin Atatürk Devrimi Bir Çağdaşlaşma Modeli adlı yazısının sonunda ATATÜRKÇÜLÜK ve ATATÜRK DEVRİM MODELİ başlıklı bölümünde Atatürk Devrim modelinin özellikleri birer birer sayılmakta; "Cumhuriyetçilik, Ulusçuluk, Halkçılık anlatıldıktan sonra Atatürkçülük çağdaş olma amacında devleti baş görevli sayar. Devlet yasalarla, üst yapıda yapılan değişikliklerle sağlanan hakları, altyapıda gerçekleştirilecek değişikliklerle, sağlanacak olanaklarla desteklenmedikçe, güçlendirilmedikçe halkın korunması, geleneksel toplum yapısının değiştirilmesi olanaksızdır. DEVLET EKONOMİYE HEM DÜZENLEYİCİ HEM DE İŞLETMECİ OLARAK GİRECEK, ekonomiyi tüm ulusun, halkın yararına yönlendirecektir" cümleleri yer almaktadır.

Prof. Dr. Hamza EROĞLU'nun Atatürk ve Devletçilik adlı yapıtının 102 nci sahifesinde "Anayasamızda zikredilmese bile, devletçilik bir politik uygulama olarak sosyal devlet sıfatı ile varlığını devam ettirmektedir. Sosyal devletin Anayasamızda öngörülen görevleri yerine getirebilmesi, devlet yetkilerini arttırması, teşkilat kurarak hizmetleri gerçekleştirmesi gerekir. Türk Anayasasında yer alan sosyal ve iktisadi haklar ve ödevler, liberal bir devlet anlayışı ile yerine getirilemez" ifadesi yer almaktadır.

"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. Ekonomik dolayısıyla ulusal bağımsızlıkla bağdaşamayan böyle bir düzenlemenin yöneldiği hedefin kamu yararı olmadığı ortadadır. Kamu yararı amacına yönelmemiş olan bir

düzenlemenin de, hukuk devleti ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşeceği açıktır.

5553 sayılı Kanunun "Tohumluk ticareti" başlıklı 7 nci maddesine göre; yurt içinde sadece kayıt altına alınmış çeşitlere ait tohumlukların ticaretine izin verilmesi, tohumlukların ithal edilmesi ve ihracı Bakanlığın iznine tâbidir. Bu Kanunun on beşinci maddesinin birinci fıkrasında Kanunun 7 nci maddesine yapılan atıfla, Bakanlığa tanınan bu yetkilerin de, "özel hukuk tüzel kişilerine" devredilebileceği öngörülmektedir. Üretim izninin devrine ilişkin olan ve yukarıda açıklanmaya çalışılan sakıncalar, tohumluk, ticareti, ithalatı ve ihracatı konusundaki yetki devrinde de aynen geçerlidir. Belirtilen gerekçelerle, tekelleşmiş yabancı firmaların yönetebileceği özel firmalara bu türden dış ticaret yetkilerinin devredilmesi, özel firma hatta yabancı özel firma yararına ithalat ve ihracat gibi sonuçları her zaman doğurabilir. Açıklanan nedenle, Kanunun "altıncı maddesindeki ithalat ve ihracat izni verilmesi yetkilerinin özel hukuk tüzel kişilerine devrini öngören" düzenleme Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırıdır.

5553 sayılı Kanunun "Piyasa denetimi" başlığını taşıyan 8 inci maddesinin birinci fıkrasında, tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek veya tüzel kişilerin Bakanlık tarafından yetkilendirilip denetleneceği; ikinci fıkrasında da ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun da yine Bakanlıkça denetleneceği hükme bağlanmıştır. Bu Kanunun on beşinci maddesinin iptali istenen ibareyi de içeren birinci fıkrasında Kanunun 7 nci maddesine yapılan atıfla, Bakanlığa tanınan bu yetkilerin de, "özel hukuk tüzel kişilerine" devredilebileceği öngörülmektedir. Yukarıda etraflıca açıklanan sakıncalar yani üretim izni yetkilerinin ve tohumluk, ticareti, ithalatı ve ihracatı konusundaki yetkilerin özel sektöre devrindeki sakıncalar, "denetim görevinde de" aynen geçerlidir. Zira, bu tür bir yetkinin, süreçte tekelleşmiş yabancıların etkili olacakları bir özel kesim gurubuna bırakılması, denetimin o yabancı ve yerli firmaların yararları doğrultusunda işletilmesi sonucunu doğurabilir.

Prof. Dr. Tarık Zafer TUNAYA Siyasal Kurumlar ve Anayasa, Hukuku adlı yapıtının 449 uncu sahifesinde SOSYAL DEVLETİ şöyle anlatmaktadır:

Sosyal devlet, kişiyi ekonomik hayatta yenik bırakmayan devlettir. Bu devlet ekonomik hayatı düzenler. Nitekim fiyat iniş çıkışlarını, yatırım oranlarını, insan gücü kullanımını, dış ticaret dengesini kontrol eder ve sorumluluk yüklenir. Plancıdır, kamu kesimine ağırlık verir. Bu Devleti, üretim araçlarının özel sahipleri tek ve hakim kudret olarak kontrol edemezler. Aksine Devlet onları kontrol etmekle ödevlidir. Yatırımları saptayan kararlara hakim olamazlar. Fakat, özel kesim vardır. Kamu kesimine oranla ikinci plandadır. Devlet özel kesimin kontrolü altına girmesi, sosyal niteliğini kaybeder.

Bu nedenle, denetim yetkisinin Devletin elinde bulunması, söz konusu olayda sosyal devlet ilkesinin devlete yüklediği görevlerin yerine getirilmesi bakımından gerekli görülmektedir.

Kanunun altıncı maddesinde tanımlanan "sertifikasyon görevindeki yetki" tümüyle teknik nitelikli bir hizmet olduğundan, diğer yetkilerin özel sektöre devrinin iptal edilmesi halinde, bu tür bir yetkinin diğer yetkilerle donatılmadan özel hukuk tüzelkişilerine devri de açıkça görüleceği gibi sakıncalı olacaktır. Belirtilen nedenlerle söz konusu yetki devri Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı düşmektedir.

15 inci maddenin birinci fıkrasında Bakanlığa verilen özel hukuk tüzelkişilerine yetki devri imkanı, Anayasanın 8 ve 123 üncü maddeleri ile de bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 8 inci maddesi, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğini; 123 üncü maddesi ise idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığını ve kuruluş ve görevleriyle de bir bütün olduğunu ifade etmektedir. Buradan çıkan anlam yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, merkezden ve yerinden yönetim yönetsel birimleri tarafından kullanılabileceği, özel hukuk tüzelkişileri tarafından ise kullanılamayacağıdır. Bu nedenle Bakanlığa, yetkilerini özel hukuk tüzelkişilerine devretme bakımından tanınan imkan, Anayasanın 8 ve 123 üncü maddelerine de aykırı düşmektedir.

15 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan yetki devri imkanı, yalnız özel hukuk tüzelkişilerine yapılacak yetki devirleri açısından değil, fakat tüm kamu kurum ve kuruluşları ve üniversitelere yapılacak yetki devirleri açısından da Anayasaya aykırı görünüm taşımaktadır.

Anayasanın 123 üncü maddesi idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini ifade etmektedir.

İptali istenen 15 nci maddenin birinci fıkrasında gösterilen yetkilerin hangilerinin, hangi kamu kurum ve kuruluşlarına devredileceğine veya devredilebileceğine ilişkin bir düzenleme 5553 sayılı Kanunda yapılmamıştır.

Bu durumda yetki devri ile, kamu kurum ve kuruluşları kuruluş kanunlarında gösterilmemiş yetkilerle donatılacaklardır. Yetki devri imkanına 15 inci maddede yer verilmiş olması, devredilecek yetkiyi kullanacak kamu kurumunun görevleri açısından "kanunda düzenlenmiş olma" gereğini karşılayamayacak ve Anayasanın 8 ve 123 üncü maddelerindeki idarenin – yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı bir durumun ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Çünkü "görevlerin kanunda gösterilmiş" sayılabilmesi için, kanunda hangi görevin hangi kamu kurum ve kuruluşuna veya üniversiteye verebileceğine ilişkin bir belirlemenin yapılmış olması gerekmektedir. İptali istenen fıkrada ise sadece devredilebilecek yetkiler toptancı biçimde gösterilmekle yetinilmiş; hangi yetkinin hangi kamu kurum, kuruluş veya üniversiteye devredilebileceği hususuna açıklık kazandırılmamıştır.

Kaldı ki, 15 inci maddenin birinci fıkrasındaki yetkilendirme imkanı, aynı konuda birbirinden farklı zamanlarda farklı kurum ve kuruluşların veya üniversitelerin yetkilendirilmesine yol açabilecek; bu da idarenin görevlerinde belirsizlik, görevlendirme ve yetkilendirmede keyfilik gibi sonuçlara götürebilecektir. Böyle bir tablonun ise, hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılabilmesi imkansızdır.

Ayrıca 15 inci maddenin birinci fıkrasında devredilebilmesine imkan tanınan yetkilerin bir kısmı zaten Bakanlığa Yasanın Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı biçimde verdiği asli düzenleme yetkileridir. Bunların hangi yetkiler olduğu yukarıda (1) numaralı başlıktaki Anayasaya aykırılık gerekçesinde gösterilmiştir. Bunların özel hukuk tüzelkişilerine, kamu kurum ve kuruluşlarına veya üniversitelere devri, Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırılık niteliklerini ortadan kaldırmayacak, pekiştirecektir.

Diğer taraftan, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların korunması ve desteklenmesi Devletin ödevidir. Bu ödev, Anayasanın 45 inci maddesinde düzenlenmiştir. Devletin bu konudaki görevinin amacı;

Tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması yapmak, bu plana uygun bitkisel ve hayvansal üretimi artırmaktır. Tarımsal üretim planlamasının tohumlukların üretimini de kapsadığı açıktır. Bu bakımdan söz konusu yetki devri, Devletin Anayasada tarım konusunda kendisine verilen görevleri tam anlamıyla yerine getirmesine engel olarak Anayasanın 45 inci maddesine de aykırı düşmektedir.

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, 31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanununun 15 inci maddesinin birinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 45 inci ve 123 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

15 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise yukarıda Anayasaya aykırılığını açıkladığımız birinci fıkrada tanınan yetki devri ile ilgili esaslar düzenlenmektedir.

Yetki devri imkanı, açıkladığımız nedenlerle Anayasaya aykırı olduğu için, bu yetki devri ile ilgili esasları düzenleyen ikinci ve üçüncü fıkralar da, birinci fıkra için söz konusu olan nedenlerle Anayasaya aykırı nitelik taşımaktadırlar ve iptalleri gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanununun 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında, 5 inci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında, 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında, 8 inci maddesinin birinci fıkrasında, 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, 15 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında yürütmeye Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı biçimde asli düzenleme yetkisi devredilmiştir. Bu yetkilerin kullanılması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

5553 sayılı Kanunun 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerinde Tarım ve Köyişleri Bakanlığına tanınmış kimi yetkilerin Bakanlıkça Anayasaya yukarıda açıklanan nedenlerle aykırı biçimde özel hukuk tüzelkişilerine, kamu kurum ve kuruluşlarına ve üniversitelere devri imkanını getiren

15 inci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki hükümlerin uygulanması durumunda da, yapılacak Anayasaya aykırı nitelikteki yetki devirleri, sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararların doğmasına yol açacaktır.

Sonradan giderilemeyecek bu durum ve zararların oluşmasına engel olunabilmesi için yukarıda belirtilen hükümler hakkında dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 31.10.2006 tarih ve 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun;

1) 4 üncü maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 5 inci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 6 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 8 inci maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 15 inci maddesinin Anayasanın 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 45 inci ve 123 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun iptali istenen kuralları da içeren 4., 5., 6., 8., 9. ve 15. maddeleri şöyledir:

1- "MADDE 4- Bitki çeşitlerinin tescili, üretim izni ve standart tohumluk çeşit kaydı ile genetik kaynakların kütüğe kaydedilmesi Bakanlık tarafından yapılır.

Islah edilmiş çeşitler farklılık, yeknesaklık ve durulmuşluk ve/veya biyolojik, teknolojik özellikleri ile tarımsal değerleri belirlenmek suretiyle; genetik kaynaklar ise morfolojik ve/veya moleküler karakterizasyonu yapılarak kayıt altına alınır. Süs bitkileri ile çiçek tohumlarında kayıt şartı aranmaz.

Tarımsal bitki türlerine ait çeşitlerin; kayıt altına alınması, kütükte kalış süresi, kayıt altına almanın yenilenmesi, kütükten silinmesi, devamlılığın sağlanması, katalog oluşturulması ile ilgili hususlar yönetmelikle belirlenir.

Ayrıca tescil, üretim izni ve standart tohumluk çeşit kaydı ile ilgili usul ve esaslar bitki gruplarına göre yönetmelikle düzenlenir."

2- "MADDE 5- Bakanlık tarafından, bitkisel ve tarımsal özellikleri belirlenerek sadece kayıt altına alınan çeşitlere ait tohumlukların üretimine izin verilir.

Tohumlukların yetiştirileceği özel üretim alanlarının özellikleri ile sınırları içerisinde tohumluk üretimi yapan ve bitkisel ürün yetiştiren gerçek veya tüzel kişilerin uyması gereken hususlar yönetmelikle belirlenir.

Özel üretim alanlarının sınırları içerisinde, Bakanlıkça izin verilmeyen tohumluk veya bitkisel ürün yetiştirilemez.

Tohumculuk sektörü, yurt içinde yatırım yapmak kaydıyla, Avrupa Birliği standartlarında ve uluslararası rekabete uygun bir şekilde gelişmesi amacıyla Bakanlıkça belirlenecek teşvik ve desteklerden yararlandırılır. Destekleme usul ve esasları, Bakanlık tarafından çıkarılacak tebliğ ile düzenlenir."

3- "MADDE 6- Yurt içinde üretilen, 4 üncü maddeye göre tescil edilen veya üretim izni verilen çeşitlerden, tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumluklar, sertifikasyon işlemine tâbi tutulur.

Tarla ve laboratuvar kontrolleri yapılarak, tohumluk standartlarına uygun olarak sertifikalandırılan tohumluklar, usulüne göre ambalajlanarak etiketlenir.

Tohumluk sertifikasyon esasları ile ambalajlama ve etiketlemede uyulacak hususlar, bitki gruplarına göre yönetmelikle belirlenir."

4- "MADDE 8- Tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek veya tüzel kişiler, Bakanlık tarafından yetkilendirilir ve denetlenir. Yetkilendirme ve denetim ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğu Bakanlıkça denetlenir."

5- "MADDE 9- Sunulan hizmetler ile onaylanan ve düzenlenen belgeler karşılığında, aşağıda belirtilen ücretler alınır:

a) Başvuru inceleme ücreti.

b) Tescil ücreti.

c) Üretim izni ücreti.

d) Standart tohumluk kayıt ücreti.

e) Genetik kaynaklar kayıt ücreti.

f) Sertifikasyon hizmetleri ücreti:

1. Tarla kontrolleri ücreti.
2. Laboratuvar kontrolleri ücreti.
3. Belgelendirme ücreti.
4. Etiket ücreti.

g) Yayın ücretleri.

h) Diğer ücretler.

Bu ücretler, her yıl ocak ayında Bakanlık tarafından belirlenerek ilân edilir. Ücretler ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."

6- "MADDE 15- Bakanlık, gerekli gördüğü hâllerde, 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde belirtilen yetkilerini, kısmen veya tamamen Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilir.

Yetkiyi alanın, belirlenen şartlara uymaması hâlinde, devredilen yetkiler Bakanlıkça geri alınır. Yetki devredilen kişilerin, kastî olarak

resmî kontrollerdeki kuralları ihlâl ettiği belirlendiğinde, ilgili tohumlukların belirlenen standartları karşıladığı durumlar haricinde, bunların düzenledikleri sertifikalar hükümsüz kılınır.

Belirli bir süreyle devredilen yetkiler süre bitiminde Bakanlıkça geri alınabilir veya belirlenen şartlarla yeniden devredilebilir.

Yetki devrinin şartları, yetki devredilecek Birlik, kamu kurum ve kuruluşları, özel hukuk tüzel kişileri ve üniversitelerle ilgili teknik ve fizikî şartlara ilişkin usul ve esaslar ile yetki devrinin geri alınmasında uygulanacak hususlar yönetmelikle belirlenir."

B- İlgili Yasa Kuralı

5553 sayılı Yasa'nın 7. maddesi şöyledir:

"MADDE 7- Yurt içinde sadece kayıt altına alınmış çeşitlere ait tohumlukların ticaretine izin verilir.

Bu tohumluklar, Bakanlık tarafından belirlenmiş nitelik ve standartlara uygun, sertifikalı veya kütüğe kaydedilmek üzere kabul edilmiş veya standart tohumluk olarak ambalajlı ve etiketli olarak ticarete arz edilir.

Tohumlukların ithal edilmesi ve ihracı Bakanlığın iznine tâbidir. İthal edilecek tohumluklarda yurt içi standartlara uygun olma şartı aranır. Tohumluk ithalatı ve ihracatına ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınarak Bakanlıkça belirlenir."

C- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine dayanılmış, 128. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 16.1.2007 günü yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...özel hukuk tüzel kişilerine..." ibaresinin iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemiyle açılan davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2007/2 Esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, 2006/168 Esas sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2007/2 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 16.1.2007 gününde OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçeleri ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen ve ilgili görülen Yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince Tarım ve Köyişleri Bakanı M. Mehdi EKER, Tarımsal Üretim ve Geliştirme Genel Müdürü Ali KARACA, l. Hukuk Müşaviri Erdal Celal SUMAYTAOĞLU, Tohumculuk Tescil ve Sertifikasyon Merkezi Müdürü Kamil YILMAZ, Tarla Bitkileri Araştırmaları Daire Başkanı Dr. Vehbi ESER, Tohumculuk Daire Başkanı Metin KAYICIOĞLU, Ankara Üniversitesi Ziraat Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Hasan Hüseyin GEÇİT, Ege Üniversitesi Ziraat Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Tayfun ÖZKAYA, Akdeniz Üniversitesi Ziraat Fakültesi Öğretim Üyesi Doç. Dr. Nedim MUTLU ve Çiftçi Sendikaları Konfederasyonu Başkanı Abdullah AYSU'nun 12.1.2011 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 5553 Sayılı Yasa'nın 4. Maddesinin Üçüncü ve Dördüncü Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kurallarda, belirtilen konularda yürütmeye düzenleme yetkisi verildiği, ancak, bu yetkinin genel esasları ile ilkelerinin yasada gösterilmediği, yürütmeye verilen bu düzenleme yetkisinin yasamaya tanınmış ve devredilemez olan asli düzenleme yetkisinin devri niteliği taşıdığı belirtilerek, kuralların Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5553 sayılı Yasa'nın 4. maddesinin iptali istenilen üçüncü fıkrasında; tarımsal bitki türlerine ait çeşitlerin; kayıt altına alınması, kütükte kalış süresi, kayıt altına almanın yenilenmesi, kütükten silinmesi, devamlılığın sağlanması, katalog oluşturulması ile ilgili hususların yönetmelikle belirleneceği öngörülmekte, dördüncü fıkrasında ise, tescil, üretim izni ve standart tohumluk çeşit kaydı ile ilgili usul ve esasların bitki gruplarına göre yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

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 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmektedir. 8. maddesinde de, "*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*" denilmiştir. Buna göre, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla özel bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir.

5553 sayılı Yasa'nın dördüncü maddesinin birinci fıkrasında, bitki çeşitlerinin tescili, üretim izni ve standart tohumluk çeşit kaydı ile genetik kaynakların kütüğe kaydedilmesinin Bakanlık tarafından yapılacağı, ikinci fıkrasında ise, ıslah edilmiş çeşitlerin farklılık, yeknesaklık ve durulmuşluk ve/veya biyolojik, teknolojik özellikleri ile tarımsal değerleri belirlenmek suretiyle; genetik kaynakların ise morfolojik ve/veya moleküler karakterizasyonu yapılarak kayıt altına alınacağı, süs bitkileri ile çiçek tohumlarında kayıt şartı aranmayacağı öngörülmektedir.

Yasa'nın üçüncü maddesinde ise dördüncü maddede yer alan "çeşit", "durulmuşluk", "farklılık", "yeknesaklık", "genetik kaynak", "ıslah", "kütük", "standart tohumluk", "tescil" ve "üretim izni" sözcüklerinin tanımlarına yer verilmektedir.

İptali istenen kurallarda yürütme organı tarafından yönetmelikle belirlenmesi öngörülen hususların Yasa'nın dördüncü maddesindeki diğer hükümler göz önüne alınarak yapılacağı şüphesizdir. Bu bağlamda, iptali istenen dördüncü maddenin üçüncü fıkrasında yönetmelik ile belirlenecek olan hususlar mutlaka yasa ile düzenlenmesi gerekmeyen, ülke düzeyinde uygulama birliği ve uyumu sağlamak amacıyla idare tarafından konulması gerekli kurallardır. Bu nedenle, Yasa'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, teknik ve uygulamayı esas alan detayların belirlenmesi konusunda idareye yetki verilmesi yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

İptali istenen dördüncü maddenin dördüncü fıkrasında yönetmelikle belirlenmesi öngörülen usul ve esaslar ise her bitki grubuna göre ayrı ayrı düzenlenmesi gereken, uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren hususlardır. Bu bağlamda, Yasa'da temel ilkeler ve sınırlar gösterildikten sonra her bitki grubuna göre ayrı düzenlenecek biçimde ayrıntıları düzenleme yetkisinin idareye verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

B- Yasa'nın 5. Maddesinin İkinci ve Dördüncü Fıkralarının İncelenmesi

1- İkinci Fıkra Yönünden

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devri niteliğini taşıdığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda, tohumlukların yetiştirileceği özel üretim alanlarının özellikleri ile sınırları içerisinde tohumluk üretimi yapan ve bitkisel ürün yetiştiren gerçek veya tüzel kişilerin uyması gereken hususların yönetmelikle belirleneceği öngörülmektedir.

Yasa'nın beşinci maddesinin birinci fıkrasında, Bakanlık tarafından, bitkisel ve tarımsal özellikleri belirlenerek yalnızca kayıt altına alınan çeşitlere ait tohumlukların üretimine izin verileceği, üçüncü fıkrasında ise özel üretim alanlarının sınırları içerisinde, Bakanlıkça izin verilmeyen tohumluk veya bitkisel ürünün yetiştirilemeyeceği belirtilmektedir. Yasa'nın üçüncü maddesinde de özel üretim alanları; tohumluk üretimi yapılması amacıyla, sınırları Bakanlık tarafından belirlenen alanlar şeklinde tanımlanmaktadır.

İptali istenen kuralın da bulunduğu beşinci madde, tohumlukların üretimi, üretim alanları ve tohumculuk sektörünün desteklenmesi ile ilgili hükümleri içermektedir. Madde ile; tohumluk üretim alanları ve bölgelerinin belirlenmesi, herkesin istediği yerde, istediği şekilde tohumluk üretmesinin önüne geçilmesi, böylece ülkesel tohumluk üretimi ve ürün yetiştiriciliğinin disipline edilmesi ve tohumculuk sektörünün desteklenmesi amaçlanmaktadır.

Sağlıklı tohumluk üretmek için, tohumluk üretim alanlarında, birbirini tozlayıp dölleyebilecek tür, cins ve çeşitlerin üretimleri arasında tozlanmayı engelleyecek şekilde belli bir uzaklığın bulunması gerekmekte, bu durum ise her bitki çeşidinin özelliğine göre farklılık göstermektedir. Bu açıdan bakıldığında üretilecek olan tohumluğun çeşidine göre özel üretim alanlarının özellikleri ve bu sınırlar içerisinde tohumluk üretimi yapan ve bitkisel ürün yetiştiren gerçek veya tüzel kişilerin uyması gereken hususlar da değişebilmektedir. Bu bağlamda, Yasa'nın beşinci maddesi uyarınca sadece kayıt altına alınan çeşitlere ait tohumlukların üretimine izin verileceği belirtilerek çerçeve çizildikten sonra, uzmanlık gerektiren ve teknik ayrıntılara ilişkin konuların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması, yasama yetkisinin devri ya da idareye Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkinin kullandırılması şeklinde nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

2- Dördüncü Fıkra Yönünden

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile yürütmeye düzenleme yetkisi bırakılan alan ile ilgili olarak genel esasların ve ilkelerin yasada gösterilmediği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda, tohumculuk sektörünün yurt içinde yatırım yapmak kaydıyla, Avrupa Birliği standartlarında ve uluslararası rekabete uygun bir şekilde gelişmesi amacıyla Bakanlıkça belirlenecek teşvik ve desteklerden yararlandırılacağı, buna ilişkin destekleme usul ve esaslarının Bakanlık tarafından çıkarılacak tebliğ ile düzenleneceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın *"Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması"* başlıklı 45. maddesinde, *"Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır"* hükmüne yer verilmiş, ancak bu tedbirlerin türü ile uygulanma yöntemi yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır. Bu bağlamda, Devlete verilen bu görevin bir gereği olarak, tohumculuk sektörünün, yurt içinde yatırım yapmak kaydıyla Avrupa Birliği standartlarında ve uluslararası rekabete uygun bir şekilde gelişmesini sağlamak amacıyla Bakanlıkça belirlenecek teşvik ve desteklerden yararlandırılması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisinin kapsamındadır.

Öte yandan, tarım politikalarının amaç, kapsam ve konularının belirlenmesi; tarımsal destekleme politikalarının amaç ve ilkeleriyle temel destekleme programlarının tanımlanması; bu programların yürütülmesine ilişkin piyasa düzenlemeleri, finansman ve idarî yapılanmanın tespit edilmesi; tarım sektöründe uygulanacak öncelikli araştırma ve geliştirme programlarıyla ilgili kanunî ve idarî düzenlemelerin yapılması ve tüm bunlarla ilgili uygulama usûl ve esaslarını kapsayan 5488 sayılı Tarım Kanun'unda tarımsal desteklemelerin amacı ve ilkeleri, araçları, uygulama usul ve esasları ile finansmanı konusunda ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Buna göre, iptali istenen kural ile destekleme usul ve

esaslarının Bakanlık tarafından çıkarılacak tebliğ ile düzenleneceğinin öngörülmesi, yasa koyucunun 5488 sayılı Tarım Kanun'unda yer alan hükümler ile asli düzenlemeleri yaparak çerçeveyi belirlemiş olması nedeniyle, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenilen kural, Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 45. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

C- Yasa'nın 6. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin yasama yetkisinin devri niteliği taşıdığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, tohumluk sertifikasyon esasları ile ambalajlama ve etiketlemede uyulacak hususların bitki gruplarına göre yönetmelikle belirleneceği öngörülmektedir.

Çıkarılması öngörülen yönetmeliğin kapsamında yer alacak konulara ilişkin temel ilkeler Yasa'nın çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, Yasa'nın altıncı maddesinin birinci fıkrasında, yurt içinde üretilen ve bu Yasa'nın dördüncü maddesine göre tescil edilen veya üretim izni verilen çeşitlerden, tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumlukların sertifikasyon işlemine tabi tutulacağı belirtilerek, sertifikasyon işleminde hangi esasların gözetileceği belirlenmiş, ikinci fıkrasında ise tarla ve laboratuar kontrolleri yapılarak, tohumluk standartlarına uygun olarak sertifikalandırılan tohumlukların usulüne göre ambalajlanarak etiketleneceği öngörülmüştür. Yasa'nın "Tanımlar" başlıklı üçüncü maddesinde de, tohumluk sertifikasyonunun tanımı; tohumlukların tarla ve laboratuar kontrolleri sonucunda genetik, fiziksel, biyolojik ve sağlıkla ilgili değerlerinin standartlara uygunluğunun tespit edilmesi ve bunun belgelendirilmesi işlemi olarak belirtilmiştir.

Yasa koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla özel bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Tohumluk sertifikasyonu işlemi her bitki grubuna göre farklılık göstermekte, sertifikasyon ve standart sistemleri de gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alınmasını gerektirebilmektedir. Özel bir uzmanlık ve teknik bilgi isteyen ve her bitki

grubuna göre farklılık gösteren tohumluk sertifikasyonu ile ilgili esasların yasayla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi hızlı, teknolojik ve bilimsel gelişmeler karşısında değişen ve gelişen koşul ve esasların zamanında yerine getirilmesini önleyebilir. Bu nedenlerle, yasa ile çizilen bu çerçeve içinde temel kurallar saptandıktan sonra, uzmanlık gerektiren ve teknik ayrıntılara ilişkin konuların düzenlenme yetkisinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle iptali istenilen kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

D- Yasa'nın 8. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin yasamaya tanınmış ve devredilmez olan asli düzenleme yetkisinin devri niteliğinde olduğu belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek ve tüzel kişilerin Bakanlık tarafından yetkilendirileceği ve denetleneceği, yetkilendirme ve denetim ile ilgili usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği öngörülmektedir.

Tohumluk piyasasının sağlıklı işleyebilmesi ve disiplinin sağlanması için tohumculuk faaliyetinde bulunan tüm kişi ve kuruluşların kayıtlı olması ve kontrollü şartlarda tohumculuk faaliyetinde bulunması gerekmektedir. İptali istenilen kuralın da Bakanlık tarafından tohumlukla uğraşanların yetkilendirilmesi ile ülkede kimler tarafından ne kadar tohumluk üretildiği, satıldığı, dağıtıldığı, işlendiği, pazarlandığı ve diğer şekillerde ticarete arzedildiğinin takibe alınması, çiftçilerin yetkilendirilmiş kişi veya kuruluşlardan belirlenmiş kalite standartlarına uygun tohum alması, ülkesel tohumluk üretim ve programı yapılırken ülke tohumluk ihtiyacının ne olduğunun gerçekçi ve bölgeler bazında daha adil olarak yapılabilmesi ve yapılan bu işlerin de denetlenmesi için kamu yararı amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Öte yandan, iptali istenen kuralın birinci cümlesinde yetkilendirilecek olan kişiler genel kurallar dahilinde tanımlandıktan, yetkilendirme ve

denetleme işinin Bakanlık tarafından yapılacağı belirtilerek çerçeve belirlendikten sonra ikinci cümlesinde, yetkilendirme ve denetim ile ilgili usul ve esaslara ilişkin teknik ayrıntıların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN iptali istenilen kuralın birinci cümlesinde yer alan "...denetlenir." sözcüğü ile ikinci cümlesinde yer alan "...denetim..." sözcüğü yönünden bu görüşe katılmamıştır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ iptali istenilen kuralın ikinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

E- Yasa'nın 9. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralda yürütmeye düzenleme yetkisi bırakılan alanla ilgili olarak genel esasların ve ilkelerin yasada gösterilmediği, yani asli düzenlemenin yasa ile yapılmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 9. maddesinin birinci fıkrasında, sunulan hizmetler ile onaylanan ve düzenlenen belgeler karşılığında yasada ismi belirtilen ücretlerin alınacağı öngörülmektedir. İptali istenilen ikinci fıkrada ise birinci fıkrada öngörülen ücretlerin her yıl Ocak ayında Bakanlık tarafından belirlenerek ilan edileceği ve ücretler ile ilgili usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

Maddede alınması öngörülen ücretler, ülkedeki ekonomik duruma ve yapılan işin niteliğine göre değişebilecek nitelikte olup, bu ücretlerin belirlenmesi de teknik ve uzmanlık gerektiren işlerdendir. Bu nedenle, Yasa'nın hangi ücretlerin alınacağını belirtmek suretiyle çerçevesini belirlediği bu hizmetlere karşılık, Bakanlık tarafından ücretlerin her yıl Ocak ayında belirlenip ilan edilerek, teknik ve ayrıntılara ilişkin konuların yönetmelikle düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

F- Yasa'nın 15. Maddesinin İncelenmesi

1- Birinci Fıkra Yönünden

Dava dilekçesinde, tohumculuk sektörünün ileri ülke teknolojileri ile bağımlı olup, tohum teknolojisinin yabancıların tekelinde olduğu, bu madde ile kamuda bulunan üretim izni, sertifikasyon, tohumluk ticareti ve denetim yetkilerinin özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesinin, bu alana egemen olan birkaç gelişmiş ülkenin uluslar üstü ve tekelleşmiş firmalarının ülke içi tohum üretimine karar vermeleri gibi, tohumluk ticareti ve denetim konularında da bu yetkilerin özel firma hatta yabancı özel firma yararına ithalat ve ihracat gibi sonuçları her zaman doğurabileceği, ekonomik dolayısıyla ulusal bağımsızlıkla bağdaşmayan böyle bir düzenlemenin yöneldiği hedefte kamu yararı olmadığı, kuralda Bakanlığa verilen özel hukuk tüzel kişilerine yetki devri imkânının; Anayasa'nın 8. ve 123. maddeleri ile de bağdaşmadığı gibi yalnız özel hukuk tüzel kişilerine yapılacak devirler açısından değil, tüm kamu kurum ve kuruluşları ve üniversitelere yapılacak yetki devirleri açısından da Anayasa'ya aykırı görünüm taşıdığı, maddenin birinci fıkrasında gösterilen yetkilerin hangilerinin hangi kamu kurum ve kuruluşlarına devredileceğine veya devredilebileceğine ilişkin bir düzenlemenin Kanun'da yapılmadığı, bu durumda yetki devri ile kamu kurum ve kuruluşlarının kuruluş kanunlarında gösterilmemiş yetkilerle donatılacağı, yetki devri imkânına 15. maddede yer verilmiş olmasının, devredilecek yetkiyi kullanacak kamu kurumunun görevleri açısından kanunda düzenlenmiş olma gereğini karşılamayacağı, çünkü görevlerin kanunda gösterilmiş sayılabilmesi için kanunda hangi görevin hangi kamu kurum ve kuruluşuna veya üniversiteye verilebileceğine ilişkin belirlemenin yapılmış olması gerektiği, iptali istenen fıkrada sadece devredilebilecek yetkilerin toptancı biçimde gösterilmekle yetinildiği, hangi yetkinin hangi kamu kurum, kuruluş veya üniversiteye devredilebileceği hususuna açıklık kazandırılmadığı, kuraldaki yetkilendirme imkânının aynı konuda birbirinden farklı zamanlarda farklı kurum ve kuruluşların veya üniversitelerin yetkilendirilmesine yol açabileceği, bunun da idarenin görevlerinde belirsizlik, görevlendirme ve

yetkilendirmede keyfilik gibi sonuçlara götürebileceği, bu tablonun ise, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı, ayrıca iptali istenen hükümle Bakanlığa verilen yetkinin, yasamaya tanınmış ve devredilemez olan asli düzenleme yetkisinin devri niteliğini taşıdığı, diğer taraftan yetki devrinin, Devletin Anayasa'da tarım konusunda kendisine verilen görevleri tam anlamıyla yerine getirmesine de engel olduğu belirtilerek, kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, Tarım ve Köyişleri Bakanlığının gerekli gördüğü hallerde Yasa'nın 5., 6., 7. ve 8. maddelerinde belirtilen yetkilerini kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebileceği öngörülmektedir. Kuralda Bakanlığın devredebileceği yetkiler, 5. maddede tohumlukların üretimine izin verilmesine, 6. maddede tohumluk sınıflarına göre yetiştirilen ve üretilen tohumlukların sertifikasyon işlemlerinin yapılmasına, 7. maddede tohumlukların ithal ve ihracatına izin verilmesine, 8. maddede ise tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan, satan gerçek veya tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesine, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesine ilişkindir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlar. Bu bağlamda yasa koyucu sosyal yaşamı düzenlemek için kamu yararı amacı ile kimi kurallar koyabilir. Zaman içinde değişen toplumsal gereksinmeleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemleri güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak, yasa koyucunun görevidir.

Anayasa'nın 45. maddesinde, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların korunması ve desteklenmesi Devlete ödev olarak verilmekte, ancak bu tedbirlerin türü ile uygulanma yöntemi yasa koyucunun takdirine bırakılmaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde de "*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....*" denilmektedir.

Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

Tohumluğun üretimine, ithal ve ihracatına izin verilmesi, tohumluk sertifikasyonu, tohumculuk ile ilgili faaliyetlerde yetkilendirme ve bunların denetlenmesi, ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi işlemlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kuşkusuzdur. İptali istenilen kural ile Bakanlığın bu konuda haiz olduğu yetkileri gerekli gördüğü hallerde kısmen veya tamamen Türkiye Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebileceğinin öngörüldüğü, Bakanlığın kuralda belirtilen yetkileri vermesi halinde de denetim ve gözetim görevinin devam edeceği açıktır.

İptali istenilen kural ile Bakanlığın; Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere devredebileceği yetkilerinden olan denetleme görev ve yetkisi idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre de, kolluk faaliyetleri arasında yer alması nedeniyle denetleme yetkisinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. İptali istenilen kuralda özel hukuk tüzel kişileri dışında yetki devri yapılabilecek Türkiye Tohumcular Birliği, kamu kurum ve kuruluşları ve üniversiteler kamu tüzel kişiliğine sahip olup, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındadır. Ancak, bunlar dışında Bakanlığın denetim yetkisini tümüyle özel hukuk tüzel kişilerine devretmesi veya onlarla paylaşması ise olanaklı değildir. Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralda yer alan "...özel hukuk tüzel kişilerine..."

ibaresi, 8. maddedeki "denetim" yönünden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU ile Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamışlardır.

İptali istenilen kuralın kalan bölümünde ise denetleme yetkisi dışında tohumculuk faaliyetleri ile ilgili devredilebilecek diğer yetkiler gösterilmektedir. İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, onun sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi olanaklıdır.

İptali istenilen kuralda denetleme yetkisi dışında devredilebilecek tohumculuk faaliyeti ile ilgili yetkiler, bütünüyle devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilemez. Dolayısıyla bu hizmetlerin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemeyeceği gibi tohumculuk faaliyeti ile ilgili kuralda belirtilen bu hizmet ve faaliyetlerin de özel hukuk tüzel kişilerine yaptırılabilmesi olanaklıdır.

Ayrıca, yasa koyucunun tarım alanlarının korunması ve amacına uygun kullanılmasını, tarımla uğraşanların korunması ve desteklenmesini sağlamak için aralarında Tohumculuk Kanunu olmak üzere mevzuatta çeşitli hükümlere yer vermiş bulunduğu, iptali istenen kuralın da tohumculuk faaliyetlerini geliştirmek, teşvik etmek, hızlandırmak için kamu yararı amacıyla öngörüldüğü ve bu düzenlemenin de anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Öte yandan, Bakanlığın hangi yetkilerini, kimlere, hangi süreyle devredebileceği iptali istenen kuralda belirtilmekte, devredilebileceği belirtilen yetkilere ilişkin genel esaslar da Yasa'nın 5., 6., 7. ve 8. maddelerinde gösterilmektedir. Bakanlık iptali istenilen kuralda belirtilen yetkilerini devrederken 5553 sayılı Yasa'da belirtilen ilkeleri gözeteceğinden, iptali istenilen kural ile verilen yetki, yasama yetkisinin devri niteliğinde de değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kuralın kalan bölümü Anayasa'nın 2., 7., 8., 45. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı, 5., 6., 11. ve 123. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

2- İkinci ve Üçüncü Fıkraları Yönünden

Dava dilekçesinde, 15. maddenin birinci fıkrasında tanınan yetki devri imkânının Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle bu yetki devri ile ilgili esasları düzenleyen iptali istenen kuralların da birinci fıkra için söz konusu olan nedenlerle Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen 15. maddenin ikinci fıkrasında; birinci fıkrada belirtilen yetkiyi alanın, belirlenen şartlara uymaması halinde, devredilen yetkilerin Bakanlıkça geri alınacağı, yetki devredilen kişilerin, kasti olarak resmi kontrollerdeki kuralları ihlal ettiği belirlendiğinde, ilgili tohumlukların belirlenen standartları karşıladığı durumlar haricinde, bunların düzenledikleri sertifikaların hükümsüz kılınacağı belirtilmektedir. İptali istenilen üçüncü fıkrada ise, belirli bir süreyle devredilen yetkilerin süre bitiminde Bakanlıkça geri alınabileceği veya belirlenen şartlarla yeniden devredilebileceği öngörülmektedir.

İptali istenen kurallar 15. maddenin birinci fıkrası uyarınca tohumculuk faaliyeti ile ilgili devredilen yetkilerin usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığının denetimi ve bunun sonucuna göre uygulanacak işlemlerle ilgili olup, kamu yararı amacıyla öngörüldükleri ve bu düzenlemelerin de anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Kaldı ki, bu yetkileri kullananların şartlara uymadıklarının anlaşılması halinde bu yetkilerin geri alınması, resmi kontrollerdeki kuralları kasti olarak ihlal ettiği belirlendiğinde, ilgili tohumlukların belirlenen standartları karşıladığı durumlar haricinde, düzenledikleri sertifikaların hükümsüz kılınması, belirli bir süreyle devredilen yetkilerin süre bitiminde almış oldukları yetkiyi kullanma şekilleri Bakanlıkça değerlendirilerek, gerektiğinde bu yetkinin geri alınabilmesi veya belirlenen şartlarda yeniden devredilebilmesi Bakanlığın denetim yetkisinin doğal sonucudur.

Öte yandan, Anayasa'nın 45. maddesinde Devlet'e hem tarım arazilerinin varlığını korumak hem de tarımla uğraşanların korunması ve

desteklenmesi görevi verilmiştir. Tohumculuk faaliyetleri ile ilgili işlemlerin de bu kapsamda olduğu kuşkusuzdur. Buna göre devlet, tarımla bizzat ilgili olan tohumculuk faaliyetlerinin sağlıklı ve düzenli işleyişini sağlamak ve tohumculuğun gelişmesini sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür. İptali istenilen kurallarda tohumculuk faaliyetlerinin etkili ve sağlıklı bir biçimde yürütülmesini, tohumculukla uğraşan ve bundan faydalanan kişilerin güvenliğini sağlamak amacıyla çıkarılmıştır. Buna göre iptali istenilen hükümler, Anayasa'nın 45. maddesi uyarınca Devlet'e verilen görevin bir gereğidir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kurallar Anayasa'nın 2. ve 45. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın Başlangıç'ı, 5., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

3- Dördüncü Fıkra Yönünden

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin, yasamaya tanınmış ve devredilemez olan asli düzenleme yetkisinin devri niteliği taşıdığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, yetki devrinin şartları, yetki devredilecek Birlik, kamu kurum ve kuruluşları, özel hukuk tüzel kişileri ve üniversitelerle ilgili teknik ve fiziki şartlara ilişkin usul ve esaslar ile yetki devrinin geri alınmasında uygulanacak hususların yönetmelikle belirleneceği öngörülmektedir.

Yasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasında, hangi yetkilerin kimlere, ne kadar süreyle devredilebileceğinin ve devredilebilecek yetkilerin kapsamlarının belirlendiği, Yasa'nın 5., 6., 7. ve 8. maddelerinde ise gerekli temel ilkelerin gösterildiği görülmektedir. Bu nedenle, yasa ile çizilen çerçeve içinde uzmanlık, özel ihtisas ve teknik bilgi gerektiren, teknik ayrıntılara ilişkin konuların yönetmelikle düzenlenmesi yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI KARARI

31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun;

A- 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...özel hukuk tüzelkişilerine..." ibaresi, 8. maddedeki 'denetim' yönünden, 13.1.2011 günlü, E. 2007/2 , K. 2011/13 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu hükmün, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

B- 1- 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına,

2- 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarına,

3- 6. maddesinin üçüncü fıkrasına,

4- 8. maddesinin birinci fıkrasına,

5- 9. maddesinin ikinci fıkrasına,

6- 15. maddesinin;

a- Birinci fıkrasında yer alan "...özel hukuk tüzel kişilerine..." ibaresinin 8. maddedeki 'denetim' yönünden iptal edilen hükmü dışında kalan bölümüne,

b- İkinci, üçüncü ve son fıkralarına,

yönelik iptal istemleri, 13.1.2011 günlü, E. 2007/2, K. 2011/13 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve bölümlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

13.1.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

A- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp

çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun:

1- 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının,

2- 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının,

3- 6. maddesinin üçüncü fıkrasının,

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

4- 8. maddesinin birinci fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN'in cümlede yer alan "… denetlenir" sözcüğünün iptali gerektiği yolundaki karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın "cümlenin tamamının", Mehmet ERTEN'in ise cümlede yer alan "… denetim …" sözcüğünün iptali gerektiği yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

5- 9. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

6- 15. maddesinin;

a- Birinci fıkrasında yer alan "… özel hukuk tüzel kişilerine …" ibaresinin, 8. maddedeki 'denetim' yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU ile Hicabi DURSUN'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Birinci fıkrasının kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN,

Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- İkinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- Son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

13.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞI OY GEREKÇESİ

31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Kanun'un iptali istenen 15. maddesinde Bakanlıkça gerekli görülen hallerde devri öngörülen yetkiler arasında "denetim yetkisi"nin yer almadığı gerek anılan madde metninin bütününün incelenmesinden, gerekse de maddenin yollama yaptığı 5., 7. ve 8. maddelerin açık metinlerinden anlaşılmaktadır. Gerçekten, 15. madde metninde bu devir yetkisinin "denetim"i kapsadığı yolunda hiçbir açıklık bulunmadığı gibi; ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraların açık anlatımları böyle bir yoruma hak kazandırmamaktadır. Esasen denetim yetkisinin bir idari kolluk faaliyeti olması itibariyle, yetki devrine müsait olmadığı izahtan varestedir. Dolayısıyla 5., 6., 7. ve 8.

maddelerde belirtilen Bakanlık yetkilerinin devrinden söz eden 15. madde metninin de bu çerçevede yorumlanması gerekir. Kaldı ki 8. maddenin açık metninde, piyasa denetimi ile ilgili denetim yetkisinin münhasıran Bakanlığa ait olduğu ifade edilmektedir. Sözlü açıklama sırasında Mahkememiz önünde açıklamada bulunan Bakanlık yetkilileri de bu konuya açıklık getirmiş ve denetim yetkisi konusunda Bakanlığın sahip olduğu bu hakkın devri gibi bir hususun sözkonusu olmadığını belirtmişlerdir.

Bu açıklamalar ışığında, iptal istemine konu maddedeki "özel hukuk tüzel kişilerine" sözcüklerinin yorumunda bunun "denetim yetkisinin devrini kapsamadığı", dolayısıyla ortada denetim yetkisinin devri yönünden iptali gerekli kılan bir Anayasal neden bulunmadığı, bu sebeple sözkonusu sözcükler bakımından yorumlu red kararı verilmesi gerektiği kanısına vardığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılamıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Haşim KILIÇ	Serdar ÖZGÜLDÜR	Burhan ÜSTÜN

Üye	Üye
Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU

KARŞIOY YAZISI

5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 8. maddesinde tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan gerçek ve tüzel kişilerin Bakanlık tarafından yetkilendirileceği ve denetleneceği belirtilmiş; yetkilendirme ve denetim ile ilgili usul ve esasların ise yönetmelikle belirlenmesi öngörülmüştür. Kanun'un 9. maddesinde ise sunulan (İdarece) hizmetler ile onaylanan ve düzenlenen belgeler karşılığında alınacak ücretler sayılmış, bunlar arasında (h) bendinde "Diğer ücretler" gibi tamamen belirsiz bir ücret şekline de yer verildikten sonra, maddenin ikinci fıkrasında, bu ücretlerin her yıl Bakanlık tarafından belirlenerek ilan edileceği ve ücretler ile ilgili usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu; 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinde olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği; 2. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. Buna göre ilke olarak serbest bir ekonomik faaliyet alanı olan tohumculukta kamu yararının gerektirdiği her türlü düzenlemelerin, bu faaliyetleri yapacak gerçek veya tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerinin ve İdarece sağlanacak hizmetler karşılında alınacak ücretleri yasa ile düzenlenmesi, çerçevesi belirsiz, geniş bir alanın İdarenin takdirine bırakılmaması gerekir.

İptali istenen kurallar İdareye çerçevesi yeterince çizilmemiş, belirsiz bir takdir alanı bırakmakta ve yukarıda belirtilen Anayasal ölçüte uymamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduklarından iptalleri gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmamaktayım.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

I- Yasa'nın 8. Maddesinin İlk Fıkrasının Son Tümcesinin İncelenmesi:

5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun 8. maddesinin ilk fıkrasında "Tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek ve tüzelkişiler, Bakanlık tarafından yetkilendirilir ve denetlenir. Yetkilendirme ve denetim ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir" denilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama organı Anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahiptir. Ancak, düzenlenen alanın özelliği, sık, sık değişen koşullara bağlı olarak süratli hareket etme zorunluluğu, buna karşılık, yapısından ve işleyişinden kaynaklanan gecikmeler yasama organının, yürütme organını yetkilendirmesini gerektirebilir. Böyle durumlarda, yasama organı, temel ilke ve esasları, saptadıktan sonra uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususlarda yürütmeyi yetkilendirebilir. Anayasa'nın 8. maddesine göre yürütmenin düzenleme yetkisi, Anayasa ve kanunlara uygun olarak

kullanılabilecek sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğundan, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla sınırları ve kapsamı belirlenmemiş bir alanda, yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yasa'nın 8. maddesinin ilk fıkrasının son tümcesinde, yetkilendirme ve denetim ile ilgili usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği öngörülmüş, ancak yetkilendirme ve denetim yetkisinin, Bakanlığın hangi organları tarafından kullanılacağı, kapsamı, sınırları ve süresinin ne olacağı gibi konularda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca denetim yetkisi, özelliği nedeniyle keyfilikten uzak nesnel kurallara göre kullanılması gereken bir yetki olduğundan, denetim yapacak görevlilerin nitelikleri, atanmaları, görev süreleri, görevlerinin hangi hallerde sona erdirileceği gibi konuların yasa ile düzenlenmesi, hem denetleyenler hem de denetlenenler yönünden hukuk güvenliği sağlanmasının en etkili yoludur. Hukuk devletinde, sınırsız bir alanda usul ve esaslarının belirlenmesi idareye bırakılan bu nedenle de kapsam ve sınırı her an değiştirilebilecek düzenlemelerle hukuk güvenliğinin sağlanması olanaklı değildir.

Açıklanan nedenlerle 8. maddenin ilk fıkrasının son tümcesi, Anayasa'nın 2, 7 ve 8. maddelerine aykırıdır.

II- Yasa'nın 9. Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi:

Madde'nin ilk fıkrasında, sunulan hizmetler ile onaylanan ve düzenlenen belgeler karşılığında alınacak ücretlerin neler olduğu (a) ve (g) bentleri arasında tek tek sayılarak gösterilmiş, (h) bendinde ise "diğer ücretler" adı altında kapsamının belirlenmesi idareye bırakılan bir ücret türüne yer verilmiştir.

Devletin vergi, resim, harç, para ve vergi cezaları gibi gelirleri yanında yaptığı hizmetler karşılığında aldığı ücretlerin de kamu geliri olduğu kuşkusuzdur. Bu husus, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 3. maddesinin (i) bendinde ayrıntılı olarak düzenlenerek kamu gelirinin, Kanunlarına dayanılarak toplanan vergi, resim, harç, fon kesintisi, pay veya benzeri gelirler, faiz, zam ve ceza gelirleri, taşınır ve taşınmazlardan elde edilen her türlü gelirler ile hizmet karşılığı elde edilen gelirler, borçlanma araçlarının primli satışı suretiyle elde edilen gelirler, sosyal güvenlik primi kesintileri, alınan bağış ve yardımlar ile diğer gelirler olduğu ifade edilmiştir. Buna göre,

Yasa'nın 9. maddesinde sayılan ve belirli hizmetler karşılığında alınan ücretlerin kamu geliri kapsamında bulunduğu açıktır.

Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında, "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" denilmektedir. Bu durumda, 9. maddede sayılan hizmetler karşılığı elde edilen gelirler, vergi, resim, harç benzeri mali yükümlülükler içinde yer alan bu nedenle de yasa ile belirlenmesi gereken kamu gelirleridir. Ayrıca Madde'nin (h) bendinde, "diğer ücretler" denilerek içeriği yasa ile düzenlenmemiş bir ücret türüne de yer verilerek bu ücretlerin neler olduğunun belirlenmesi idareye bırakılmıştır. Böylece, idarenin saptayacağı hizmet türleri karşılığında dilediği ücreti alabilmesine olanak tanınmıştır.

Sınırları yasalarla belirlenmemiş konularda, idareye yönetmelik çıkarma yetkisi verilmesi, Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin 7. maddesine yürütme yetkisinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılacağına ilişkin 8. maddesine ve idarenin kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla, yönetmelikler çıkarabileceğine ilişkin 124. maddesine açıkça aykırıdır.

III- Yasa'nın 15. Maddesinin İncelenmesi:

15. Madde'nin ilk fıkrasında, Bakanlık gerekli gördüğü hallerde, 5 inci, 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerde belirtilen yetkilerini, kısmen veya tamamen Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere; şartları belirlenmek kaydıyla, süreli veya süresiz olarak devredebilir" son fıkrasında da "Yetki devrinin şartları, yetki devredilecek Birlik, kamu kurum ve kuruluşları, özel hukuk tüzel kişileri ve üniversitelerle ilgili teknik ve fiziki şartlara ilişkin usul ve esaslar ile yetki devrinin geri alınmasında uygulanacak hususlar yönetmelikle belirlenir" denilmektedir.

Maddenin ilk fıkrasında belirtilen yetkilerden tohumlukların, üretimine, ithal ve ihracatına izin verilmesi, tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek ve tüzel kişilerin yetkilendirilmesi ve denetlenmesi ve ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğunun denetlenmesi, özel idari kolluk (hizmet kolluğu) faaliyetleri, içinde yer aldığından, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü

olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler kapsamında olup, bu tür hizmetlerin, Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. Dolayısıyla söz konusu hizmetlerin, yetki devri yoluyla belirtilen özellikleri taşımayan kurum ve kuruluşlara gördürülmesi olanaklı değildir.

Öte yandan, Madde'nin son fıkrası ile Anayasa'nın 128. maddesi kapsamındaki hizmetleri yürüten kamu kurum ve kuruluşlarına yapılacak yetki devrinin de usul ve esaslarının Yasa'da belirlenmeyerek, bu hususun idarenin takdirine bırakılması yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılan kuralların iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Fettah OTO	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞI OY GEREKÇESİ

Tohumculuk Kanunu'nun, piyasa denetimi kenar başlıklı 8. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen birinci fıkrasında, tohumlukları yetiştiren, işleyen, satışa hazırlayan, dağıtan ve de satan gerçek ve tüzel kişilerin Bakanlık tarafından yetkilendirileceği ve denetleneceği, yetkilendirme ve denetimle ilgili usul ve esasların ise yönetmelik ile belirleneceği ifade edilmektedir.

Yasa ile tohumluk piyasasının sağlıklı işleyebilmesi için bu faaliyette bulunan tüm kişi veya kuruluşların kayıtlı olması ve kontrollü şartlarla tohumculuk uğraşında bulunması, üretiminde disiplinin sağlanması ve böylece kalite standartlarına uygun tohum alınması, etiket ve ambalaj bilgilerinin doğru biçimde yapılması amaçlanmakta, bu amaca ulaşabilmek için de kural ile denetim müessesinin getirildiği anlaşılmaktadır.

Kuralda, Bakanlık tarafından yapılacağına işaret edilen denetimin Bakanlığın hangi organlarınca yerine getirileceği, kapsamının, süresinin ve sınırlarının ne olacağı konularına, yine denetimi gerçekleştirecek

görevlilerin nitelikleri, görev süreleri, görevlerinin hangi nedenlerle ve nasıl sona ereceği, yerlerinin nasıl doldurulacağı gibi denetim müessesi için zorunlu olan hukuki güvencelere yer verilmemiş, bu konudaki düzenlemeler yönetmeliğe terk edilmiştir.

Denetim, yapılması istenilen ile yapılanın karşılaştırılmasına ilişkin kamu gücüne dayanan bir yetki kullanımı olduğu, bu yetkinin de bağımsız, teminatlı olma gibi hukuki güvenceleri haiz kişilerin oluşturduğu kurum ve kuruluşlar tarafından kullanılması gerektiği ve bunun da ancak yasa ile sağlanabileceği konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa ile esas ve usulleri düzenlenmeyen söz konusu güvencelerin yürütme organınca her zaman değiştirilmesi olanaklı bulunan yönetmeliğe bırakılması, denetim görevinin gerekleri ile bağdaşmayacağı gibi denetimle varılmak istenen hedefe ulaşılmayı da engelleyecektir. Bu nedenle denetim konusundaki hukuki güvencelerin esas ve usullerinin yasada gösterilmesi gerekir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinde olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Denetime ilişkin esas ve usullerin temel ilkelerini belirlemeyen, denetimle ilgili konuların tamamının düzenlenmesini yönetmeliğe terk ederek yürütme organının takdirine bırakan kural, yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Yine, aynı Kanunun yetki devri kenar başlıklı 15. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen birinci fıkrası uyarınca, Bakanlık, gerekli gördüğü hallerde, 5., 6., 7. ve 8. maddelerde belirtilen yetkilerini, kısmen veya tamamen Birliğe, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere, şartları belirlenmek kaydıyla süreli veya süresiz olarak devredebilecektir.

Kuralda, Bakanlığın gerekli göreceği hallerin ve belirlenecek şartların nelerden ibaret olduğu konusu yer almamaktadır.

Yasayla düzenleme, konunun tüm ayrıntılarının yasayla belirlenmesi değil, temel ilkelerin, ölçü ve sınırların yasa da gösterilip uzmanlık isteyen konulara yönelik ayrıntıların düzenlenmesi yetkisinin yürütme oranına bırakılmasını ifade eder.

Bahse konu yetkilerin sözü edilen kuruluşlara devrine ilişkin gerek duyulacak hallerin ve belirlenecek şartların temel ilkelerini gösteren usul ve esaslara dolayısıyla bu konudaki ölçü ve sınırlarının ne olacağına iptali istenen kuralda yer verilmemiş, böylece yetki kullanımı konusu sınırsız biçimde yürütme organının takdirine terk edilmiştir. Bu durum, yasama yetkisinin yürütme organına devir edildiğini açıkça göstermektedir.

Yine, aynı Kanunun yetki devri kenar başlıklı 15. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen dördüncü fıkrasında da yetki devrinin şartlarıyla yetki devrinin geri alınmasında uygulanacak usul ve esaslar yönetmeliğe bırakılmıştır.

Bu fıkrada da yetki devrinin şartlarıyla yetki devrinin geri alınmasında uygulanacak usul ve esasların nelerden ibaret olduğu gösterilmeyerek bu konulardaki düzenlemelerin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Diğer kurallar için yukarıda açıklanan gerekçeler bu fıkra içinde geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle Yasa'nın 8. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "ve denetlenir" ibaresiyle ikinci tümcesindeki "ve denetim" ibaresi, 15. maddesinin birinci ve dördüncü fıkraları Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğundan, iptalleri gerekir.

Bu yönden, belirtilen konularla ilgili redde ilişkin çoğunluk görüşüne katılamadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞI OY YAZISI

31.10.2006 günlü, 5553 sayılı Tohumculuk Kanunu'nun, 15. maddesinin birinci fıkrasında ki "özel hukuk tüzel kişilerine" ibaresinin Anayasa'nın 2., 5., 11. ve 45. maddelerine aykırılığı savıyla iptali isteminde bulunulmuş, mahkeme bu maddenin birinci fıkrasında yer alan "…özel hukuk tüzel kişilerine…" ibaresinin 8. maddedeki "denetim" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

5553 sayılı Kanunun Piyasa denetimi ile ilgili 8 nci maddesinde; *"Tohumlukları yetiştiren, işleyen ve satışa hazırlayan, dağıtan ve satan gerçek veya tüzel kişiler, Bakanlık tarafından yetkilendirilir ve denetlenir. Yetkilendirme ve denetim ile ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir. Ticarete arz edilen tohumlukların standartlara uygunluğu ile etiket ve ambalaj bilgilerinin doğruluğu Bakanlıkça denetlenir"* denilmiş aynı kanunun 15. maddesinde de Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın gerekli görmesi halinde bu yetkisini kısmen veya tamamen Tohumcular Birliğine, kamu kurum ve kuruluşlarına, özel hukuk tüzel kişilerine veya üniversitelere şartları belirlenmek kaydıyla süreli veya süresiz devredilebileceği öngörülmüştür. Aynı şekilde 5553 sayılı Kanun'la Tarım ve Köyişleri Bakanlığına yetki ve görev olarak verilen tohumluk üretimi, tohumluk sertifikasyonu ve tohumluk ticaretinin de bakanlığın gerekli görmesi halinde kanunda yazılı özel şartlar dâhilinde süreli veya süresiz olarak adı geçen kurum ve kuruluşlara devredilebileceği öngörülmüştür.

İptali istenen kuralda öngörülen denetim yetkisi Anayasa'nın 128. maddesi anlamında mutlaka memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gördürülmesi gereken hizmetler kapsamında değerlendirilemez. Son yıllarda kamu yönetimi ve idare hukuku alanında ki yeni anlayışlar ve gelişmeler kamu hizmeti kavramının tanımında daraltıcı yorumları beraberinde getirmiştir. Bu yorumlar sunucunda daha önce memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülen hizmetlerin özel hukuk tüzel kişilerine devri söz konusu olmaktadır. Bütün bu gelişmeler nedeniyledir ki 5553 sayılı Kanun'un 15. maddesinde ki yetki devrini öngörülen düzenlemeye benzer düzenlemeler diğer bazı kanunlarda da yer almaya başlamıştır. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (ı) bendinde; Yapı denetim kuruluşu; *Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi* olarak tanımlanmıştır. Yine 5262 sayılı Organik Tarım Kanununun Denetim başlıklı *11.* maddesinde; *"Bakanlık gerekli gördüğü hallerde denetim yetkisini kısmen veya tamamen, akreditasyonu yapılmış; kamu kurum ve kuruluşlarına, özel sektör tüzel kişilerine ve üniversitelere devredebilir"* denilmektedir. Ayrıca 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunun 35. maddesinde; *"Araçların muayeneleri, Ulaştırma Bakanlığına ait muayene istasyonlarında veya bu Bakanlık tarafından işletme yetki belgesi ile yetki verilmesi halinde ise yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait muayene istasyonlarında yapılır"* denilmiştir. Bütün bu düzenlemelerin ana nedeni Anayasa'nın 128. maddesinde yazılı kamu hizmeti

niteliğindeki asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle etkin ve verimli bir şekilde gördürülememiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Denetim; bir kuruluşun ekonomik faaliyetlerine ve olaylarına ilişkin açıklanan bilgilerin, önceden belirlenmiş ölçütlere uygunluk derecesini belirlemek ve raporlamak amacıyla bu ekonomik faaliyetlere ve olaylara ilişkin bilgilerle ilgili kanıtların tarafsızca toplanması, değerlendirilmesi ve sonucun raporlanması olarak tanımlanmaktadır. Başka bir ifade ile denetim, bir bilginin geçerliliğinden ve güvenilirliğinden emin olmak ve aynı zamanda da bir sistemin iç kontrolü için bir değerlendirme sağlamak amacıyla yapılan işlemdir. Denetimin amacı, söz konusu kişi, kurum, sistem v.s. ile ilgili, test sonucu değerlendirmelere dayanan bir fikir belirtmektir. Denetimin kamu hizmeti niteliği literatürde tartışmalıdır. Denetimin idari kolluk anlamında bir kamu hizmeti olarak kabul edilmesi halinde dahi bu hizmetin Anayasa'nın 128. maddesinde ki memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle etkin ve verimli bir şekilde gördürülmesi gelişen kamu yönetimi anlayışına uygun değildir.

5553 sayılı Kanun'un 15. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…özel hukuk tüzel kişilerine…" ibaresinin 8. maddedeki "denetim" yönünden iptali istenmiş ve iptal edilmiştir. Aynı maddede tohumluk sertifikasyonunun özel hukuk tüzel kişilerine devrine ilişkin bölümün de iptali de istenmiş ancak bu istem reddedilmiştir. Tohumculukla ilgili piyasa denetiminin kanunda yazılı şartlarda özel hukuk tüzel kişilerine devri ile tohumluk sertifikasyonunun kanunda yazılı şartlarda özel hukuk tüzel kişilerine devrinin kamu hizmeti açısından benzeşen bir yönü bulunmaktadır ve her ikisinde de anayasaya uygunluk açısından farklılık bulunmamaktadır. Esasen Anayasa'nın 128. maddesinde ki *"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."* ibaresinde geçen kamu hizmetinin tanımını ve çerçevesini önemli ölçüde kanun koyucu belirlemektedir. Bu nedenle iptale konu düzenleme yasa koyucucunun takdir alanı içinde kabul edilmelidir.

İptale konu kuralın, Anayasa'nın 2. maddesinde ki sosyal hukuk devleti ve 7. maddesinde ki yasama yetkisinin TBMM'de olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği ve 45. maddesinde ki tarım ve hayvancılıkla

uğraşanların korunması ve desteklenmesi ile ilgili hükümleriyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptal kararına katılmıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

Esas Sayısı : 2008/13

Karar Sayısı : 2011/14

Karar Günü : 13.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 47. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne ait taşınmazların satışına ilişkin ihale ile bu işlemin dayanağını oluşturan yönetmeliğin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onüçüncü Dairesi iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"12 Nisan 2007 tarihinde yapılacak Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) taşınmaz satışı ihalesi (müzayedesi) ile bu işlemin dayanağı olan 9 Kasım 2006 tarih ve 26341 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve 8.06.1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 21.04.2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 32. maddesi hükümlerine dayanılarak hazırlandığı belirtilen Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları işletmesi Genel Müdürlüğüne Ait Taşınmazların Satışı ve Değerlendirilmesi Hakkındaki" Yönetmeliğin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davaya ait dosya incelendi.

27/4/2005 tarih ve 25798 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 32. maddesi; "T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü mülkiyetindeki işletmecilik fazlası taşınmazların satılarak veya devredilerek satış veya devir bedellerinin yeni demiryolu inşaatı ve mevcut demiryollarının bakım ve onarımı ile iyileştirilmesinde kullanılması kaydıyla, taşınmazların satış veya devrine T.C. Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulu yetkilidir.

Özelleştirme Yüksek Kurulunca özelleştirme programına alınan Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) İşletmesi Genel Müdürlüğü kullanımındaki liman sahaları içinde kalan Hazineye ait taşınmazlar, talep edilmesi halinde bedelsiz olarak TCDD Genel Müdürlüğüne devredilir.

Devri mümkün olmayan taşınmazlar ile liman sahasında kalan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde TCDD Genel Müdürlüğü lehine bedelsiz olarak 49 yıllığına sınırlı ayni hak tesisine veya bedelsiz kullanma izni verilmesine Maliye Bakanlığı yetkilidir.

Liman sahasında kalan Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kullanımına ilişkin olarak, TCDD Genel Müdürlüğü adına tahakkuk ve tebliğ edilen ecrimisillerin tahsilinden vazgeçilir. Daha önce tahsil edilmiş ecrimisil bedelleri iade edilmez.

T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, taşınmazların alımı, kamulaştırma, parselasyon, tevhid, ifraz, irtifak hakkı tesisi ve terkini işlemleri; katma değer vergisi hariç her türlü vergi, resîm, harç, döner sermaye ve hizmet ücretlerinden muaftır. Satışı ve değerlendirilmesi yapılacak taşınmazların, ilgili kuruluşların ve belediyelerin görüşlerini almak ve çevre imar bütünlüğünü bozmamak kaydıyla, her ölçekte imar planı ve parselasyon planı yapımı ve bunlara ilişkin onama işlemleri 3194 sayılı İmar Kanununun 9 uncu maddesine göre Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından askı sürelerine tâbi olmaksızın resen yapılır.

İlgili kuruluş ve belediyeler görüşlerini onbeş gün içinde bildirmek zorundadır. TCDD Genel Müdürlüğü, taşınmazlarının satışı ve değerlendirilmesi uygun görülen yerler için 4.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kanuna tâbi olmaksızın, 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Kanuna

tâbi ekspertiz şirketlerine rayiç bedel tespit ettirmeye, gerçek ve özel hukuk kişilerine her ölçekteki imar planlarını yaptırmaya, ilan, reklam, proje, kontrollük, danışmanlık veya pazarlama gibi konularda hizmet satın almaya ve bütün bu giderler için satılan ve değerlendirilen taşınmazların tahsil edilen bedellerinin % 2'sini geçmemek üzere bu bedellerden ödeme yapmaya yetkilidir." hükmünü taşımaktadır.

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesinin 1. bendinde, kamu iktisadi teşebbüsünün, iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adı olduğu belirtilmiş; aynı maddenin 3. bendinde ise, kamu iktisadi kuruluşu, kuruluş sermayesinin tamamı Devlete ait olup, tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsü olarak tanımlanmıştır. TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin (B) Kamu İktisadi Kuruluşları cetvelinde, kamu iktisadi kuruluşu olarak yer almaktadır. Bu haliyle TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü, kamu yararını gözeterek tekel niteliğinde mal ve hizmet üreten ve pazarlayan gördüğü bu hizmetleri imtiyaz sayılan kamu iktisadi kuruluşudur.

Anayasanın 47. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usulun kanunla gösterileceği; aynı maddenin dördüncü fıkrasında, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceğinin veya devredilebileceğinin yasayla belirleneceği kuralı yer almakta olup; Anayasa, kamu iktisadî teşebbüslerinin gerek işletme ve varlıklarının özelleştirilmesine ilişkin usul ve esasların, gerek yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılmasının veya devredilmesinin yasayla düzenlenmesini öngörmekte; bu konuda izlenecek yöntemi de belirlemektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 1. maddesinin son fıkrasında, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede tanımlanmış bulunan kamu iktisadi kuruluşlarının ve bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, mülkiyetin devri dışında kalan yöntemler ile özelleştirilmesinin bu

kanun hükümlerine tabi olduğu ancak, bu kuruluşların mülkiyetinin devrine ilişkin hususların, kuruluşların gördükleri kamu hizmetinin esaslarına ve özelliklerine göre ayrı Kanunlarla düzenleneceği belirtilmiştir. Aynı Yasanın 18. maddesinin (C) bendinde, (A) bendinde yer alan özelleştirme yöntemlerinin ihale ile yapılacağı öngörülmüş, 37. maddesinde de limanlar hakkında mülkiyetin devri suretiyle özelleştirme yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda yer alan kurallar uyarınca, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede tanımlanmış bulunan kamu iktisadi kuruluşlarının ve bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, mülkiyetinin devrine ilişkin hususların, kuruluşların gördükleri kamu hizmetinin esaslarına ve özelliklerine göre ayrı Kanunlarla düzenlenmesi ve bu Kanunlarda usul ve esasların ayrıntılı olarak gösterilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Bu bağlamda, 27/4/2005 tarih ve 25798 sayılı Resmî Gazetede Yayımlanan 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 32. maddesindeki taşınmazların mülkiyetin devri yoluyla satışı bir özelleştirme uygulaması olduğuna göre, taşınmazların satış ve devrine ait esas ve usullerinin bu Kanunda gösterilmesi Anayasal bir yükümlülüktür. Kanunda taşınmazların satış ve devrine ilişkin esas ve usullerin belirlenmeyip, yalnızca Yönetim Kuruluna yetki verilmesi ile yetinilmesi ve bunun sonucunda Kanun da belirlenmeyen hususların yönetmelikte düzenlenmesi, Anayasanın 47. maddesine ve idarenin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

5335 sayılı Kanunun 32. maddesinde satış ve devir işlemlerinin temel ilke ve esasları konulup, çerçevesi çizilmeden ve sınırları gösterilmeden satış ve devir konusunun, 32. maddesinin birinci fıkrası ile TCDD Yönetim Kuruluna bırakılmasına ilişkin düzenleme, Anayasanın öngördüğü "esas ve usuller kanunla gösterilir." kuralına uygun bir düzenleme olarak görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci bendi gereğince, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 32. maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 47. ve 2. maddelerine aykırı olduğu kanısıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, anılan

Yasaya dayanılarak yayımlanan Yönetmelik uyarınca yapılacak satış ihaleleri ile kamu mülkiyetindeki taşınmazların özel mülkiyete geçeceği gözönüne alınarak esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesinin istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 07.12.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasını da içeren kuralı şöyledir:

"MADDE 32.- T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü mülkiyetindeki işletmecilik fazlası taşınmazların satılarak veya devredilerek satış veya devir bedellerinin yeni demiryolu inşaatı ve mevcut demiryollarının bakım ve onarımı ile iyileştirilmesinde kullanılması kaydıyla, taşınmazların satış veya devrine T.C. Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulu yetkilidir.

Özelleştirme Yüksek Kurulunca özelleştirme programına alınan Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) İşletmesi Genel Müdürlüğü kullanımındaki liman sahaları içinde kalan Hazineye ait taşınmazlar, talep edilmesi halinde bedelsiz olarak TCDD Genel Müdürlüğüne devredilir.

Devri mümkün olmayan taşınmazlar ile liman sahasında kalan Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde TCDD Genel Müdürlüğü lehine bedelsiz olarak 49 yıllığına sınırlı ayni hak tesisine veya bedelsiz kullanma izni verilmesine Maliye Bakanlığı yetkilidir.

Liman sahasında kalan Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin kullanımına ilişkin olarak, TCDD Genel Müdürlüğü adına tahakkuk ve tebliğ edilen ecrimisillerin tahsilinden vazgeçilir. Daha önce tahsil edilmiş ecrimisil bedelleri iade edilmez.

T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, taşınmazların alımı, kamulaştırma, parselasyon, tevhid, ifraz, irtifak hakkı tesisi ve terkini işlemleri; katma değer vergisi hariç her türlü vergi, resim, harç, döner sermaye ve hizmet ücretlerinden muaftır.

Satışı ve değerlendirilmesi yapılacak taşınmazların, ilgili kuruluşların ve belediyelerin görüşlerini almak ve çevre imar bütünlüğünü bozmamak kaydıyla, her ölçekte imar planı ve parselasyon planı yapımı ve bunlara ilişkin onama işlemleri 3194 sayılı İmar Kanununun 9 uncu maddesine göre Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından askı sürelerine tâbi olmaksızın re'sen yapılır. İlgili kuruluş ve belediyeler görüşlerini onbeş gün içinde bildirmek zorundadır. TCDD Genel Müdürlüğü, taşınmazlarının satışı ve değerlendirilmesi uygun görülen yerler için 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kanuna tâbi olmaksızın, 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Kanuna tâbi ekspertiz şirketlerine rayiç bedel tespit ettirmeye, gerçek ve özel hukuk kişilerine her ölçekteki imar planlarını yaptırmaya, ilan, reklam, proje, kontrollük, danışmanlık veya pazarlama gibi konularda hizmet satın almaya ve bütün bu giderler için satılan ve değerlendirilen taşınmazların tahsil edilen bedellerinin %2'sini geçmemek üzere bu bedellerden ödeme yapmaya yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 47. 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, 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, 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:

Başvuru kararında, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü taşınmazlarının mülkiyetin devri yoluyla satışının bir özelleştirme uygulaması olduğu, buna ilişkin esas ve usullerin yasayla düzenlenmesi gerektiği, oysa taşınmazların satış veya

devrine yönetim kurulunun yetkili kılındığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 47. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü mülkiyetindeki işletmecilik fazlası taşınmazların satılarak veya devredilerek satış veya devir bedellerinin yeni demiryolu inşaatı ve mevcut demiryollarının bakım ve onarımı ile iyileştirilmesinde kullanılması kaydıyla, taşınmazların satış veya devrine Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Yönetim Kurulunun yetkili olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'nın *"Devletleştirme ve özelleştirme"* başlıklı 47. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir."* denilmiştir.

Buna göre, özelleştirme uygulamalarında esas ve usullerin yasada düzenlenmesi gerektiği açıktır. Nitekim, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'da özelleştirmenin esas ve usulleri düzenlenmiş, bir taşınmazın satışına ilişkin özelleştirme uygulamasında ihale usul ve işlemlerinin nasıl olacağı, ihale komisyonunun nasıl oluşacağı ve çalışacağı, değer tespitinin nasıl yapılacağı gibi hususlar belirlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinde tanımlanan kamu iktisadi kuruluşlarındandır. 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 1. maddesinde, kamu iktisadî teşebbüslerinden olan kamu iktisadî kuruluşlarının, gördükleri kamu hizmetleri ile doğrudan doğruya ilgili olmayan varlıklarının ve iştiraklerindeki paylarının ekonomide verimlilik artışı ile kamu giderlerinde azalma sağlamak için özelleştirilmelerine ilişkin esasları düzenlemek amacıyla çıkarıldığı belirtildikten sonra maddenin son fıkrasında, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de tanımlanmış bulunan "kamu iktisadî kuruluşları"nın ve bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ve varlıklarının, mülkiyetin devri dışında kalan yöntemler ile özelleştirilmesinin bu Kanun hükümlerine tabi olduğu; varlıklarının mülkiyetinin devrine ilişkin hususların ise bu kuruluşların gördükleri

kamu hizmetinin esas ve özelliklerine göre ayrı kanunlarla düzenleneceği öngörülmüştür.

Bu çerçevede, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün varlıklarının mülkiyetinin devrinin 5335 sayılı Yasa'nın 32. maddesinde düzenlendiği anlaşılmakla beraber, getirilen düzenlemede taşınmazların satışı yoluyla yapılacak özelleştirmeye ilişkin esas ve usullere yer verilmemiş ve bu konuda Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Yönetim Kurulu yetkili kılınmıştır. Oysa, Anayasa'nın 47. maddesine göre, kamu iktisadî teşebbüslerinin mülkiyetinde bulunan varlıklarının özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunla gösterilmesi gerekir.

Bu nedenle, bir kamu iktisadi kuruluşu olan Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün taşınmazlarının özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller yasada düzenlenmeyerek, bu konuda yönetim kurulunun yetkili kılınmasını öngören kural, Anayasa'nın 47. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 47. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, ayrıca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 13.1.2011 OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

13.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/4

Karar Sayısı : 2011/15

Karar Günü : 13.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Serik 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 20.8.2008 günlü 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun, geçici 5. maddesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Vakıf şerhinin terkini için açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir.

"Dava devam ederken yürürlüğe giren 5737 sayılı Yasa'nın geçici 5. maddesinin davamızda uygulanması muhtemeldir. Bu maddede "Vakıf şerhleri ile ilgili devam etmekte olan davalarda; diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere ilişkin hükümler bu Kanun açısından uygulanmaz" denilmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde, herkes din, ırk, renk, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı belirtilmiştir. Ancak iptali istenen maddede böyle bir ayrım yapılarak, diğer kişiler açısından uygulanan, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere ilişkin hükümleri vakıf şerhlerinin terkini ile ilgili davalarda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu durum Anayasa'nın eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır."

III- İPTALİ İSTENEN YASA KURALI

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5737 sayılı Kanun'un iptali istenen Geçici 5. maddesi şöyledir.

"**GEÇİCİ MADDE 5-** Vakıf şerhleri ile ilgili devam etmekte olan davalarda; diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere ilişkin hükümler bu Kanun açısından uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine 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 29.1.2009 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 kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği düşünüldü:

Başvuru kararında, 5737 sayılı Kanun'un Geçici 5. maddesinde, kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere ilişkin hükümlerin vakıf şerhlerinin terkini ile ilgili davalarda uygulanmayacağı belirtildiğinden, diğer kişiler ile vakıflar arasında ayrım yapılmak suretiyle eşitsizlik oluşturulduğu, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Vakıf, bir mülkün menfaatlerinin sosyal ve kültürel hizmetlere tahsis edilmek üzere özel mülkiyetten çıkarılarak temlik ve temellükten yasaklanmak suretiyle kamu yararına özgülenmesidir. Vakıflar sahip oldukları bu özellikler nedeniyle hukukumuzda diğer kurumlardan farklı düzenlemelere bağlı tutulmuşlardır.

Gerek Türk Medeni Kanununda gerekse Vakıflar Kanunu ve diğer kanunlarda, vakıflara ait taşınmazların kazandırıcı zamanaşımı yoluyla kazanılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 117. maddesinde "Vakıfların malları üzerinde zilyetlik yoluyla kazanma hükümleri uygulanmaz" kuralı yer almaktadır. Aynı hüküm 5737 sayılı Kanun'un 23. maddesinde de yer almıştır. Ayrıca aynı Kanun'un 15. maddesinde "Vakıfların hayrat taşınmazları haczedilemez, rehnedilemez, bu taşınmazlarda mülkiyet ve irtifak hakkı için kazandırıcı zamanaşımı işlemez" kuralı, 18. maddesinin son fıkrasında ise "Vakıf şerhleri ile ilgili olarak, diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere ilişkin hükümler uygulanmaz" kuralı yer almaktadır. Tüm bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere yürürlükteki kanunlar uyarınca vakıf mallarının zilyetlik yoluyla kazanılması mümkün değildir. Ancak Türk Medeni Kanunu hükümlerine tabi olmayan eski vakıfların icareteyn ve mukataaya bağlanmış olan taşınmazlarının tasfiyesi amacıyla bu taşınmazlara ait taviz bedellerinin ödenmesi koşuluyla özel mülke konu olabileceği belirtilmiş ve buna ilişkin düzenlemelere 2762 sayılı eski ve 5737 sayılı yeni Vakıflar Kanununda yer verilmiştir. Yasakoyucu her iki kanunda da bu taşınmazların tasfiyesini taviz bedelinin ödenmesi koşuluna bağlamıştır. Dolayısıyla üzerinde vakıf şerhi bulunan bir taşınmazın, kullanıcısının mülkiyetine geçirilmesi ve vakıf şerhinin silinmesi, Kanunda belirtilen taviz bedelinin ödenmesi koşuluyla mümkün kılınmıştır.

5737 sayılı Kanun'un 18. maddesine göre tapu kayıtlarında, icareteyn ve mukataalı vakıf şerhi bulunan gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde veya tasarrufundaki taşınmazlar, işlem tarihindeki emlak vergisi değerinin yüzde onu oranında taviz bedeli alınarak serbest tasarrufa terk edilir. Bu kanun hükümleri gereğince taviz bedelinin tamamı ilgili vakıf adına ödenmedikçe, taşınmaz üzerindeki temliki tasarruflar tapu dairelerince tescil olunmaz.

Yukarıdaki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere tasfiye edilen vakıflara ait mallardan hayrat niteliğinde bulunmayanların mülkiyetinin tasarruf edene geçmesi için getirilen taviz bedeli, bir anlamda taşınmazın takdiri kıymeti niteliğinde olup taşınmazı kullanan tarafından ödenmesi öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralda ise Yasakoyucu, vakıfların hak ve menfaatlerini korumak amacıyla vakıf şerhleri ile ilgili devam etmekte olan davalarda diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü

sürelere ilişkin hükümlerin vakıflar hakkında uygulanmayacağını belirtmiştir. Dava konusu kuralın gerekçesi incelendiğinde kuralın daha çok taviz bedelinin tahsili amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Çünkü madde gerekçesinde düzenlemenin açıkça taviz bedellerine ilişkin olduğu ve vakıfların hak ve menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen 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.

Vakıfların özellikleri dikkate alındığında bu kurumların diğer gerçek veya tüzel kişilerle aynı hukuksal durumda bulunmadıkları açıktır. Farklı hukuksal durumda bulunanların ayrı kurallara tabi tutulması Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

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

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun Geçici 5. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

13.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/21

Karar Sayısı : 2011/16

Karar Günü : 13.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul İkinci Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun, 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen Mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 13., 38. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Gelir ve katma değer vergilerine ilişkin beyannamelerin süresinden sonra elektronik ortamda verilmesi nedeniyle kesilen usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının 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:

"Türkiye Cumhuriyeti'nin bir 'hukuk devleti' olduğu Anayasa'nın 2. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Maddeye göre, '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' şeklinde hüküm yer almaktadır.

Anayasa'nın bu hükmünden de anlaşılacağı üzere 1982 Anayasası Türkiye Cumhuriyetinin 'hukuk devleti' olduğu saptamasında bulunmuş, ancak 'hukuk devleti' kavramını açıklamamış hatta gereklerinin neler olduğuna değinmemiştir.

Hukuk devleti kavramından ne anlaşılması gerektiğine Anayasa Mahkemesi kararları ile açıklık getirilmiştir.

Nitekim, Yüksek Mahkeme bir kararında hukuk devletini; '... 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 bilincinde olan devlettir...' *olarak tanımlamıştır (22.7.2008 günlü, E. 2008/64, K.2008/129 sayılı karar).*

Yüksek Mahkeme bu kararında 'hukuk devleti'ni tanımlamaktan çok hukuk devletinin niteliklerine yer vermiş, hukuk devletinin niteliklerinin neler olduğu hususunu, diğer kararlarında da olduğu gibi, hukuk devletine atıf yaparken kullanmış bazen de bu niteliklere yenilerini eklemiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 'Bilgi Vermekten Çekinenler İle 256, 257 ve Mükerrer 257 nci Madde Hükmüne Uymayanlar İçin Ceza' başlıklı mükerrer 355. maddesinde, bu Kanunun 86, 148, 149, 150, 256 ve 257 nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257 nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan (Kamu idare ve müesseselerinde bilgi verme görevini yerine getirmeyen yöneticiler dâhil); 1. Birinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı hakkında 100.000.000 lira, (378 Sıra No.lu V.U.K Genel Tebliği ile 1.1.2008'den itibaren 1.490-TL) 2. İkinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler hakkında 50.000.000 lira, (378 Sıra No.lu V.U.K Genel Tebliği ile 1.1.2008'den itibaren 680-TL) 3. Yukarıdaki bentlerde yazılı bulunanlar dışında kalanlar hakkında 25.000.000 lira, (378 Sıra No.lu V.U.K Genel Tebliği ile 1.1.2008'den itibaren 320-TL) özel usulsüzlük cezası kesileceği düzenlenmiş elektronik ortamda beyanname verilmesi mecburiyetine uyulmaması halinde özel usulsüzlük cezası kesilmesini öngören 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinin son fıkrası ile özel usulsüzlük cezasının beyannamenin kanuni sürenin sonundan başlayarak elektronik ortamda 15 gün içinde verilmesi halinde 1/4 oranında, bu sürenin dolmasını takip

eden 15 gün içinde verilmesi halinde ise 1/2 oranında uygulanacağı kurala bağlanarak üç ayrı idari ihlal hali için üç ayrı özel usulsüzlük cezası kurala bağlanmıştır.

Buna göre, beyannamenin kanuni süresinin sonundan başlayarak elektronik ortamda 15 gün içinde verilmesi halinde öngörülen idari cezanın 1/4'ü olan 372,50 TL özel usulsüzlük cezası, bu sürenin dolmasını takip eden 15 gün içinde verilmesi halinde ise 1/2'si olan 745,00 TL özel usulsüzlük cezası uygulanacaktır.

Kanunun özel usulsüzlük cezası öngördüğü ihlal fiilleri arasında kanuni süresinin sonundan başlayarak elektronik ortamda 15 gün içinde (yasal beyanname verme süresinden sonraki 15. gün içinde) beyanname verilmesi ile bu süreyi takip eden ikinci 15 gün içinde (yasal beyanname verme süresinden sonraki 30. gün içinde) verilmesi hali dışında, uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi, elektronik ortamda beyannamenin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinin son fıkrasında düzenlenen sürelerden (yasal beyanname verme süresini izleyen 30. günden) sonra verilmesi hali anılan fıkra hükmünde düzenlenmiş olmadığından, anılan Kanunun 'Usulsüzlük Dereceleri ve Cezaları' başlıklı 352. maddesinin 'I inci derece usulsüzlükler' başlıklı 1. bendi gereğince, (vergi ve harç beyannamelerinin süresinde erilmemiş olması halinin 1 inci derece usulsüzlük oluşturacağını düzenleyen madde) sermaye şirketleri dışında kalan birinci sınıf tüccar ve serbest meslek erbabı mükellefler için, 50,00 TL I inci derece usulsüz cezası uygulanması gerekecektir.

Uyuşmazlıkta davalı idarece her ne kadar davacı (...) adına 2007/12 dönemi katma değer vergisi, 2007/10-12 dönemi gelir stopaj vergisi, 2007/10-12 gelir geçici vergi, 2007 takvim yılı gelir vergisi beyannameleri ile 2008/1, 2, 3 dönemlerine ilişkin katma değer vergisi ile 2008/1-3 dönemi gelir (stopaj) vergisi beyannamelerini süresinden sonra Internet ortamında vermiş olduğundan bahisle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ceza uygulanmışsa da 'Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar' başlıklı Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, 'Kimse, işlediği 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' denilmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11., İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 7. maddelerine göre, hiç kimse işlendikleri sırada millî veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.

Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasında, 'Kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılamaz.'; 2. maddesinde ise 'İşlendiği zamanın kanununa göre cürüm veya kabahat sayılmayan fiilden dolayı kimseye ceza verilemez, işlendikten sonra yapılan kanuna göre cürüm veya kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz. Eğer böyle bir ceza hüküm olunmuşsa icrası ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Bir cürüm veya kabahatin işlendiği zamanın kanunu ile sonradan neşir olunan kanunun hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan kanun tatbik ve infaz olunur' denilerek evrensel ilkelere koşut genel hükümler konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin 7.6.1999 günlü, E.1999/10, K.1999/22 sayılı kararında da bahsedildiği üzere, Anayasa'ya ve Türk Ceza Kanunu'na göre suçların kanunla belirlenmesi 'suçta kanunîlik', cezaların da kanunda gösterilmesi 'cezada kanunilik' ilkesini oluşturmaktadır. 'Kanunsuz suç ve ceza olmaz' kuralı çağdaş hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden biridir. Bu ilkelerle kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri sağlanmakta, temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır.

Yasama organı kamu düzeninin korunması için ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, anayasal sınırlar içinde hareket etmek ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak zorundadır. Suç işleyenin suçu işlediği tarihte ne kadar ceza ile karşılaşacağını bilmesi gerekir. Daha sonra cezanın azaltılması durumu hariç, herkes suçu işlediği günde yürürlükte olan kurala göre cezalandırılır. Bu, kişiler için Anayasa ile teminat altına alınmış bir haktır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasının açık bir düzenleme içermemesi nedeniyle yasal beyanname verme süresini izleyen 30. günden sonra elektronik ortamda beyanname verenlere de özel usulsüzlük cezası kesilmesi uygulamada idarenin

(dava konusu olayda olduğu gibi) kıyas yoluyla ceza takdir etmesi gibi hukukun temel ilkelerine aykırı sonuçların doğmasına yol açtığı gibi, farklı uygulamalara ve farklı kararların verilmesine de sebep olmaktadır.

İtiraz konusu kural, para cezasının belirlenmesine ilişkin olduğundan bunun suç ve cezadaki yasallık ilkesi gereği objektiflik ve genellik esaslarına göre kesin ve açık bir biçimde düzenlenmesi gerekmektedir. Dava konusu olayda, davalı idarece davacı adına 'Bilgi Vermekten Çekinenler ile 256, 257 ve Mükerrer 257 nci Madde Hükmüne Uymayanlar İçin Ceza' başlıklı mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrası uyarınca ceza uygulanmışsa da anılan fıkra hükmünde elektronik ortamda beyanname verilmemesi durumunda özel usulsüzlük cezası kesileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesi, yani, suç tanımlarında esnek ve yoruma yer veren ifadeler kullanılmasını yasaklayan ilke, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin vazgeçilmez tamamlayıcısıdır. İdarenin keyfi davranmasını önleyen bu ilkenin idari yaptırımlarda da geçerli kılınması, hukuk devleti iddiasındaki her ülke için vazgeçilmez bir zorunluluktur. Aynı şekilde, yasallık ilkesinin doğal bir sonucu olarak, kıyas yoluyla yeni bir suç öngörülemeyeceği gibi, idari yaptırımı gerektiren davranışlar da kıyas yoluyla uygulanamayacaktır.

Bu nedenlerle, itiraz konusu fıkra Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik 13. maddesinde düzenlenmiş olup, hukuk devletinin zorunlu bir sonucu olarak nitelendirilen ölçülülük ilkesi, idarenin eylem ve işlemlerinde kullandığı imkân, araç ve ölçülerin, idarenin bu davranışı ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanmasını ifade etmektedir. Eşitlik ve ölçülülük arasında bir köprü oluşturan orantılılık ilkesinin hukukun genel ilkeleri arasında olduğu ve hukuk devletinin bir sonucu olarak uygulandığı hem uygulamada hem de öğreti de ifade edilmektedir. Yasayla getirilen sınırlamalarda ölçülülük ilkesine uyulması Anayasal bir zorunluluk oluşturmaktadır.

İdari yaptırımlar alanında da idari düzeni ihlal fiili ile verilen ceza arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun bir nispet bulunması, doğan zararın genişliği ile orantılı bir yaptırımın uygulanması

gerekmekte, hukuka aykırı eylemle yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk aranmaktadır.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinin son fıkrasında öngörülen sürelerde beyanname verenler için düzenlenen cezalar (372,50 TL ile 745,00 TL özel usulsüzlük cezası) ile mükerrer 355. maddenin son fıkrasında düzenlenmiş olan sürelerden sonra beyannamesini elektronik ortamda verenlere öngörülen cezalar (80,00 TL ile 50,00 TL usulsüzlük cezası) arasında çok açık bir orantısızlık hali olduğu gibi, bu durum Anayasal bir ilke olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmakta, vergi kanunları ile getirilmiş olan yükümlülüklere uyma, ödevlerini yerine getirme konusunda özenli davranan mükelleflerin daha ağır bir ceza ile cezalandırılmaları sonucunu doğurmaktadır. Beyannamesini beyannamenin kanuni süresinin sonundan başlayarak elektronik ortamda 15 gün içinde veren mükelleflere öngörülen idari para cezası 372,50 TL, bu sürenin dolmasını takip eden 15 gün içinde verilmesi halinde ise 745,00 TL özel usulsüzlük cezası olduğu halde, elektronik ortamda beyannamesini 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinin son fıkrasında düzenlenen sürelerden (yasal beyanname verme süresini izleyen 30. günden) sonra veren mükelleflere öngörülen ceza 50,00 TL usulsüzlük cezası olmaktadır.

Bu durum Anayasal bir ilke olan ölçülülük ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin vurguladığı üzere, eşitlik ilkesi kanunların genelliğinin teminatıdır. Nitekim, Anayasanın 10. maddesine göre; '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'.

Hukuk devleti hukukun üstünlüğü temeli üzerine kurulmuştur. Bu nedenle her türlü ayrıcalığı reddeder. Anayasa Mahkemesi pek çok kararında kanun önünde eşitlik kavramına değinmiş ve bu konuyu açıklamıştır. Yüksek Mahkeme bir kararında konu hakkında şu kararı vermiştir:

'...yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını

ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi önlenmiştir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez...' (22.7.2008 günlü, E.2008/64, K. 2008/129 sayılı karar)

Yüksek Mahkeme'nin kararından da anlaşılacağı üzere, aynı şartlar ve özdeş durumlar aynı kanuna tabi tutulmalıdır. Eğer farklı bir durum varsa başka bir ifade ile kişinin kanun kapsamına dâhil edilmemesi haklı bir nedene dayanıyorsa veya konumu itibariyle kanun kapsamına girmiyorsa düzenlenen bir kanundan yararlanamaması Anayasayı ihlal anlamına gelmemektedir. Çünkü eşitliğe aykırı olan husus, aynı statüde bulunan kişilerden birinin haklı bir neden olmaksızın kanun kapsamından yararlandırılmaması ve yararlandırılmasıdır.

Dolayısıyla 'yatay eşitlik' anlayışı gereği olarak Yüksek Mahkeme'nin anladığı anlamda 'eşitlik ilkesi' mutlak bir eşitlik anlayışı değildir.

Uyuşmazlık konusu olayda 'yatay eşitlik' anlayışına aykırı olan husus, aynı statüde bulunan mükellefler arasında aynı idari ihlal fiili için farklı cezaların öngörülmüş olmasıdır. Bu durum da, Yüksek Mahkeme içtihatlarına aykırı bir durumun varlığına işaret etmektedir.

SONUÇ

Üstte yer verilen gerekçeler veri alındığında uyuşmazlıkta uygulanacak Yasa maddesi olan itiraz konusu 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 'Bilgi Vermekten Çekinenler ile 256, 257 ve Mükerrer 257 nci Madde Hükmüne Uymayanlar İçin Ceza' başlıklı mükerrer 355. maddesinin, birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 13., 38. ve 125. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılarak konunun incelenmesi için dosyadaki belgelerin onaylı örneklerinin yer aldığı dosyanın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 29.12.2008 tarihinde oybirliği ile 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 13. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralı içeren mükerrer 355. maddesi şöyledir:

"**Bu Kanunun 86, 148, 149, 150, 256 ve 257 nci maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257 nci madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan (Kamu idare ve müesseselerinde bilgi verme görevini yerine getirmeyen yöneticiler dâhil);**

1. Birinci sınıf tüccarlar ile serbest meslek erbabı hakkında 1.000 (1.070 TL)Türk Lirası,

2. İkinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler hakkında 500 (530 TL) Türk Lirası,

3. Yukarıdaki bentlerde yazılı bulunanlar dışında kalanlar hakkında 250 (260 TL) Türk Lirası,

Özel usulsüzlük cezası kesilir.

Bu hükmün uygulanması için, bilgi ve ibraz ödevinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılacak tebliğlerde bilginin verilmesi için tayin olunan sürede cevap verilmemesi, eksik veya yanıltıcı bilgi verilmesi veya defter ve belge ibrazı için tayin olunan süre ile defter ve belgelerin süresinde ibraz edilmemesi durumunda haklarında Kanunun ceza hükümlerinin uygulanması cihetine gidileceğinin ilgililere yazılı olarak bildirilmesi şarttır. (Ek cümle: 16.6.2009–5904/22 md.) Ancak, bu ödevlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığınca yapılan düzenleyici idari işlemlerle duyurulması halinde, ilgililere ayrıca yazılı olarak bildirilme şartı aranmaz.

Özel usulsüzlük cezası kesilmesine rağmen mecburiyetleri yerine getirmeyenlere yeniden süre verilerek bu mecburiyetleri yerine getirmeleri tebliğ olunur. Verilen sürede bu mecburiyetlerin yerine getirilmemesi halinde yukarıda yazılı özel usulsüzlük cezaları bir kat artırılarak uygulanır.

(Ek fıkra: 16.7.2004–5228/10 md.) Tahsilât ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle

tevsik etme zorunluluğuna uymayan mükelleflerden her birine, her bir işlem için bu maddeye göre uygulanan cezalardan az olmamak üzere işleme konu tutarın % 5'i nispetinde özel usulsüzlük cezası kesilir. Bu şekilde ceza kesilen mükellefler hakkında üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz. (Ek cümle: 23.7.2010–6009/12 md.) Ancak, bu fıkra uyarınca bir takvim yılı içinde kesilecek özel usulsüzlük cezasının toplamı 770.000 TL (800.000)'yi geçemez.

(Ek fıkra: 3.7.2005–5398/23 md.) Elektronik ortamda beyanname verilmesi mecburiyetine uyulmaması halinde kesilmesi gereken özel usulsüzlük cezası, beyannamenin kanuni süresinin sonundan başlayarak elektronik ortamda 30 gün içinde verilmesi halinde 1/10 oranında, bu sürenin dolmasını takip eden 30 gün içinde verilmesi halinde ise 1/5 oranında uygulanır.

(Ek fıkra: 16.6.2009–5904/22 md.) Elektronik ortamda verilme zorunluluğu getirilen bildirim veya formlara ilişkin olarak süresinden sonra düzeltme amacıyla verilen bildirim ve formların, belirlenen sürelerin sonundan itibaren 10 gün içinde verilmesi halinde özel usulsüzlük cezası kesilmez, takip eden 15 gün içinde verilmesi halinde ise kesilmesi gereken özel usulsüzlük cezası 1/5 oranında uygulanır.

(Ek fıkra: 16.6.2009–5904/22 md.) Elektronik ortamda beyanname ile bildirim ve form verme mecburiyetine uymayanlara bu maddeye göre ceza kesilmesi halinde, 352 nci maddenin birinci derece usulsüzlüklerle ilgili (1) numaralı bendi ile ikinci derece usulsüzlüklerle ilgili (7) numaralı bendi uyarınca ayrıca ceza kesilmez."

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 257. maddesi şöyledir:

"Maliye Bakanlığı;

1. Mükellef ve meslek grupları itibariyle muhasebe usul ve esaslarını tespit etmeye, bu Kanuna göre tutulmakta olan defter ve belgeler ile bunlara ilaveten tutulmasını veya düzenlenmesini uygun gördüğü defter ve belgelerin mahiyet, şekil ve ihtiva etmesi zorunlu bilgileri belirlemeye, bunlarda değişiklik yapmaya; bedeli karşılığında basıp dağıtmaya veya üçüncü kişilere bastırıp dağıtmaya veya dağıttırmaya, bunların kayıtlarını tutturmaya, bu defter ve belgelere tasdik, muhafaza

ve ibraz zorunluluğu getirmeye veya kaldırmaya, bu Kanuna göre tutulacak defter ve düzenlenecek belgelerin tutulması ve düzenlenmesi zorunluluğunu kaldırmaya,

2. Mükelleflere muameleleri ile ilgili tahsilât ve ödemelerini banka, benzeri finans kurumları veya posta idarelerince düzenlenen belgelerle tevsik etmeleri zorunluluğunu getirmeye ve bu zorunluluğun kapsamını ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslarını belirlemeye,

3. Tutulması ve düzenlenmesi zorunlu defter, kayıt ve belgelerin mikro film, mikro fiş veya elektronik bilgi ve kayıt araçlarıyla yapılması veya bu kayıt ortamlarında saklanması hususunda izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, bu şekilde tutulacak defter ve kayıtların kopyalarının Maliye Bakanlığında veya Muhafaza etmekle görevlendireceği kurumlarda saklanması zorunluluğu getirmeye, bu konuda uygulama usul ve esaslarını belirlemeye,

4. (Değişik: 16.7.2004–5228/8 md.) Bu Kanunun 149 uncu maddesine göre devamlı bilgi vermek zorunda olanlardan istenilen bilgiler ile vergi beyannameleri ve bildirimlerin, şifre, elektronik imza veya diğer güvenlik araçları konulmak suretiyle internet de dâhil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında verilmesi, beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususlarında izin vermeye veya zorunluluk getirmeye, beyanname, bildirim ve bilgilerin aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu zorunluluğu beyanname, bildirim veya bilgi çeşitleri, mükellef grupları ve faaliyet konuları itibarıyla ayrı ayrı uygulatmaya, (Ek ibare: 3.7.2005 – 5398/23 md.) kanuni süresinden sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannameler üzerine düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya ihbarnameleri mükellefe, vergi sorumlusuna veya bunların elektronik ortamda beyanname gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda tebliğ etmeye ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye,

5. Vergi kanunlarının uygulanmasıyla ilgili olarak levha kullandırma ve asma zorunluluğu getirmeye ve kaldırmaya,

6. (Ek: 3.7.2005 – 5398/23 md.) Vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullandırmaya, bu cihaz ve sistemler

vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, halogram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, uygulamaya ait usul ve esasları belirlemeye,

Yetkilidir.

(Değişik: 21.1.1983 – 2791/5 md.) Bu Kanuna göre düzenlenecek belgelerle bunlara ek olarak düzenlenecek belgelerin, üçüncü şahıslara basım ve dağıtım işlerinin yaptırılması ile ilgili şekil, şart, usul ve esaslar ve bunlara uyulmaması halinde uygulanacak cezai şartlar Maliye Bakanlığınca hazırlanacak ve Resmi Gazete'de yayınlanacak yönetmelikle belirlenir.

(Ek: 24.6.1994 – 4008/7 md.) Maliye Bakanlığı, birinci fıkrada yazılı belge tasdik işlemini; noterlere, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlara veya uygun göreceği diğer mercilere yaptırmaya, ticari kazançları (basit usulde) tespit edilen gelir vergisi mükelleflerine özel bir defter tutturmaya ve bu konulara ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

(Ek fıkra: 16.7.2004–5228/8 md.) Birinci fıkranın (4) numaralı bendi uyarınca Maliye Bakanlığının beyanname ve bildirimlerin yetki verilmiş gerçek veya tüzel kişiler aracı kılınarak gönderilmesi hususunda izin vermesi veya zorunluluk getirmesi halinde, (mükellef veya vergi sorumlusu ile gönderme işini yapacak kişiler arasında özel sözleşme düzenlenmek kaydıyla) elektronik ortamda gönderilen beyanname ve bildirimler, mükellef veya vergi sorumlusu tarafından verilmiş addolunur.

(Ek fıkra: 3.7.2005 – 5398/23 md.) Kanuni süresi geçtikten sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannamelerin elektronik ortamda gönderilmesi üzerine elektronik ortamda düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya ihbarnameler mükellef, vergi sorumlusu veya bunların elektronik ortamda beyanname gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda iletilir. Bu ileti tahakkuk fişi ve/veya ihbarnamenin muhatabına tebliği yerine geçer."

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 13., 38. ve 125. 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 yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, 7.5.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

V- SINIRLAMA SORUNU

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

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme 213 sayılı Yasa'nın mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek iptalini istemiştir.

Mükerrer 355. maddenin birinci fıkrasında, 213 sayılı Yasa'nın 86., 148., 149., 150., 256. ve 257. maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257. madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlara kesilecek özel usulsüzlük cezaları belirlenmiştir. Fıkrada geçen söz konusu maddelerden; 86. madde, zirai kazançlar il ve merkez komisyonlarının bilgi isteme ve inceleme yetkilerini, 148. madde, Maliye Bakanlığı ve vergi incelemeye yetkili olanlara bilgi verilmesini, 149. madde, devamlı bilgi verilmesini, 150. madde, ölüm olayları ve intikallerin bildirilmesini, 256. madde, defter ve belgelerle diğer kayıtların ibrazı mecburiyetini, 257. madde, muhafaza ve ibrazla ilgili diğer ödevleri, mükerrer 257. madde ise Maliye Bakanlığına verilen yetkileri ve bu yetkilere ilişkin usul ve esasları kapsamaktadır.

Bakılmakta olan dava, gelir ve katma değer vergilerine ilişkin beyannamelerin süresinden sonra elektronik ortamda verildiğinden bahisle kesilen usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezalarının iptali istemiyle açılmıştır. Cezalar, 213 sayılı Yasa'nın, usulsüzlük yönünden 352. maddesine, özel usulsüzlük yönünden ise mükerrer 257. maddesinin birinci fıkrasının (4) numaralı bendindeki, beyannamelerin elektronik

ortamda verilme zorunluluğuna dayandırılmıştır. Dava bu cezaların kaldırılması istemine ilişkin olduğundan davanın fıkrada yer alan diğer maddelerle ilgisi bulunmamaktadır.

Bu nedenle, 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle değiştirilen mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, aynı Yasa'nın mükerrer 257. maddesi yönünden yapılmasına, 7.5.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

213 sayılı Yasa'nın mükerrer 355. maddesinde, aynı Yasa'nın 86., 148., 149., 150., 256., ve 257. maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257. madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlara kesilecek özel usulsüzlük cezalarına yer verilmiştir.

Mükerrer 257. maddede, Maliye Bakanlığı'na çeşitli konularda, izin verme veya zorunluluk getirme ve kaldırma, kapsam belirleme, değişiklik yapma, ilave belge ve defter yükümlülüğü getirme, tebliğ etme, kullandırma, usul ve esasları tespit etme yetkisi verilmiştir. Ayrıca bu Kanuna göre düzenlenecek belgelerle bunlara ek olarak düzenlenecek belgelerin, üçüncü şahıslara basım ve dağıtım işlerinin yaptırılması ile ilgili şekil, şart, usul ve esaslar ile bunlara uyulmaması halinde uygulanacak cezai şartların, Maliye Bakanlığı'nca hazırlanacak ve Resmi Gazete'de yayımlanacak yönetmelikle belirlenmesi öngörülmüştür. Maliye Bakanlığı, maddenin birinci fıkrasında yazılı belge tasdik işlemini; noterlere, kanunla kurulmuş mesleki kuruluşlara veya uygun göreceği diğer mercilere yaptırmaya, ticari kazançları basit usulde tespit edilen gelir vergisi mükelleflerine özel bir defter tutturmaya ve bu konulara ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye de yetkili kılınmıştır. Aynı maddeye göre, yasal süresi geçtikten sonra kendiliğinden veya pişmanlık talepli olarak verilen beyannamelerin elektronik ortamda gönderilmesi üzerine bu ortamda düzenlenen tahakkuk fişi ve/veya

ihbarnameler mükellef, vergi sorumlusu veya bunların elektronik ortamda beyanname gönderme yetkisi verdiği gerçek veya tüzel kişiye elektronik ortamda iletilecektir.

Maliye Bakanlığı, verilen yetkileri Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğleri, Uygulama İç Genelgeleri ve Sirkülerlerle kullanmaktadır.

213 sayılı Yasa'nın mükerrer 355. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında, mükerrer 257. madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayan, kamu idare ve müesseselerinde bilgi verme görevini yerine getirmeyen yöneticiler dâhil, birinci sınıf tüccarlar, serbest meslek erbabı, ikinci sınıf tüccarlar, defter tutan çiftçiler ile kazancı basit usulde tespit edilenler ve bunlar dışında kalanlar hakkında kesilecek özel usulsüzlük cezaları belirlenmiştir.

Mükerrer 355. maddede yer alan ceza tutarları, 213 sayılı Yasa'nın mükerrer 414. maddesinin üçüncü fıkrasına göre her yıl için tespit edilen yeniden değerleme oranında artırılması suretiyle uygulanmaktadır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, mükerrer 355. maddenin birinci fıkrasında, elektronik ortamda beyanname verilmemesi durumunda özel usulsüzlük cezası kesileceğine ilişkin kuralın yer almadığı, sadece cezaların belirlendiği, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun olarak suçun açıkça yasayla düzenlenmediği, maddede belirtilen sürelerde beyanname verenler ile bu sürelerden sonra beyannamesini elektronik ortamda verenlere öngörülen cezalar arasında orantısızlık bulunduğu, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, aynı statüde bulunan mükelleflerin aynı fiilleri için farklı cezaların öngörüldüğü, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 10., 13., 38. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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.

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", üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek suç ve cezanın yasallığı esası benimsenmiştir.

Yasa koyucu, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi ve cezaların caydırıcılığı gibi nedenleri gözeterek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezaların tür ve miktarını saptayabileceği gibi toplumsal sonuçları bakımından doğurduğu tehlikenin ağırlığına göre, kimi eylemlere hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında, idari yaptırımlar uygulanmasını da öngörebilir.

Kamu giderlerinin karşılanması, Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenen vergi ödevinin zamanında ve eksiksiz yerine getirilmesi, yasaların etkinliğinin sağlanması için vergi suç ve cezalarına yer verilmiştir. Vergi cezaları, mükelleflerin ya da sorumluların yasalarda belirtilen suçları işlemeleri durumunda uygulanması gereken yaptırımlardır. Vergi suç ve cezalarına ilişkin kurallar esas olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, vergi ödevinin gerekleri yanında ceza hukukunun ilkeleri de göz önünde bulundurulmuştur.

213 sayılı Yasa'nın mükerrer 355. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında, bu Yasa'nın mükerrer 257. maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uyulmaması durumunda kesilecek olan özel usulsüzlük cezalarına yer verilmiştir. Kuralda, cezalar belirlenmiş, cezaya tabi tutulan eylemler ise mükerrer 257. maddeye göre getirilen zorunluluklara uymama olarak gösterilmiştir. Mükerrer 257. maddede, Maliye Bakanlığı'nın hangi konularda düzenleme yapacağı belirlenmiştir.

Maliye Bakanlığı'na yetki yasayla verilmiştir. Bu yetkiye dayanılarak, genel nitelikte olan tebliğlerle yapılan düzenlemeler Resmi Gazetede yayımlanmakta, mükelleflere hangi zorunlulukların getirildiği duyurulmakta ve güvence sağlanmaktadır.

Suç sayılan eylem ve cezası yasada gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda önlemler alınması amacıyla yürütme organına yetki vermesi, suçun idari düzenlemelerle ortaya konulması anlamına gelmez.

Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Mükerrer 355. maddede, belirli sürelerde beyanname verilmesi halinde cezaların indirimli uygulanması, bu süreler dışında beyanname verilmesi veya hiç beyanname verilmemesi hallerinde yasada belirtilen cezaların uygulanması öngörüldüğünden, eylemler ayrılarak bu eylemlere bağlı ceza getirildiğinden, eşitlik ilkesinin ihlalinden söz edilemeyecektir.

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

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 13. ve 125. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen Mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasının, aynı Kanun'un Mükerrer 257. maddesi yönünden, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

13.1.2011 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 Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile değiştirilen mükerrer 355. maddesinde, bu Kanun'un 86., 148., 149., 150., 256. ve 257. maddelerinde yer alan zorunluluklar ile mükerrer 257. madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlar (Kamu idare ve müesseselerinde bilgi verme görevini yerine getirmeyen yöneticiler dahil); hakkında uygulanacak özel usulsüzlük cezası miktarları belirlenmiş, bu fıkraya ilişkin incelemenin, Yasa'nın mükerrer 257. maddesi yönünden yapılmasına karar verilmiştir. Mükerrer 257. madde ile Maliye Bakanlığı'na birçok konuda düzenleme yetkisi verilmiştir. Buna göre, itiraz konusu kuralla cezaya bağlı tutulan eylem, mükerrer 257. madde uyarınca Maliye Bakanlığı tarafından getirilen zorunluluklara uymamaktır. Böylece, vergi suçunun ne olduğunu belirleme yetkisi idareye bırakılmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezaların yasallığı ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke, suç oluşturan eylemlerin ve bunların cezalarının kuşku ve duraksamaya yol açmayacak biçimde, açık, net ve anlaşılabilir biçimde yasa ile düzenlenmesini gerektirmektedir. Kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı, kişi güvenliğinin sağlanmasındaki üstün hukuki yarar da böyle bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. İtiraz

konusu kuralla göndermede bulunulan 257. madde uyarınca, mükelleflerin uyması gereken zorunlulukları belirleyecek olan Maliye Bakanlığı'nın, bunlara ilişkin kuralları ne zaman getireceği, değiştireceği veya kaldıracağı belli olmadığından, suç oluşturan eylemin, yasaya bakılarak saptanması olanaklı değildir. İdare tarafından suçun, tebliğ gibi düzenleyici tasarruflarla belirlenmesinin ise yasallık ilkesinin içerdiği temel güvenceleri sağlayamayacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Fettah OTO

KARŞIOY GEREKÇESİ

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 355. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasında, aynı Yasa'nın mükerrer 257. maddesi uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlara özel usulsüzlük cezası kesileceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz, …." üçüncü fıkrasında da "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" demek suretiyle Anayasa, suç ve cezada kanunilik esasını kabul etmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan vergi ödevinin, zamanında, eksiksiz ve usulüne uygun olarak yerine getirilmesinin sağlanması için ilgili yasalarda hürriyeti bağlayıcı cezaların yanı sıra, adli veya idari nitelikte para cezalarına yer verilmiştir.

Vergi cezaları, mükelleflerin ya da sorumluların yasalarda belirtilen suçları işlemeleri durumunda uygulanması gereken yaptırımlardır.

Mükerrer 355. maddenin itiraz konusu birinci fıkrasında, uygulanacak cezalar belirlenmiş, bu cezaların uygulanmasını gerektiren ve suç sayılan fiiller (suçlar) ise mükerrer 257. madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymama olarak gösterilmiştir. Fıkranın yollama yaptığı mükerrer 257. maddede uyulması gereken zorunluluklar ise

gösterilmemiş, bu konuları düzenleme yetkisi Maliye Bakanlığı'na verilmiştir. Böylece Maliye Bakanlığı'nca belirlenecek olan zorunlu hallere uyumama suç teşkil edecek ve Anayasa uyarınca kanunla konulması gereken ve suç sayılan fiiller ile aynı sonuçları doğuracaktır. Bu durum ise Anayasa'nın öngördüğü suçta kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenle kanunla konulması gereken suçun, belirlenme yetkisini Maliye Bakanlığı'na bırakan itiraz konusu kural, Anayasa'nın 38. maddesindeki "suçta kanunilik" ilkesine aykırıdır.

İptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Yasa'nın 13. maddesiyle değiştirilen mükerrer 355. maddesinde bilgi vermekten çekinenler ile aynı Yasa'nın 256., 257. ve mükerrer 257. madde hükmüne uymayanlara kesilecek özel usulsüzlük cezaları düzenlenmektedir. Yasa'nın mükerrer 257. maddesinde ise Maliye Bakanlığı'na çeşitli konularda düzenleme yapma yetkisi verilmektedir.

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

Anayasa'nın 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." denilerek "suç ve cezanın yasallığı" esası benimsenmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinde düzenlenen vergi ödevinin zamanında eksiksiz ve usulune uygun yerine getirilmesi için ilgili yasalarda hürriyeti bağlayıcı cezaların yanı sıra, adli veya idari nitelikte para cezalarına da yer verilmiştir. Bu bağlamda vergi suç ve cezalarına ilişkin kurallar 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda düzenlenmekte olup bu düzenlemelerde ceza hukukunun genel ilkeleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle "suç ve cezada yasallık" ilkesi benimsenmiştir. Anayasa'nın 38. maddesindeki yasallık ilkesinin belirlilik ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda suç ve cezalara ilişkin yasal düzenlemenin her hangi bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır uygulanabilir ve nesnel olması, kamu otoritesinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekmektedir.

İtiraza konu kuralda ise cezalar belirlenmekte, cezaya tabi tutulan eylem ise "mükerrer 257. maddeye göre getirilen zorunluluklara uymama" olarak gösterilmektedir. Mükerrer 257. maddede sözü geçen "zorunluluklar" ise Maliye Bakanlığı tarafından yapılan düzenlemelerle belirleneceği anlaşılmaktadır.

Bu durumda itiraza konu kuralda öngörülen cezaların hangi suç ya da eyleme bağlı olarak uygulanacağı yasa ile belirgin olarak düzenlenmediği bunun Maliye Bakanlığı'nca getirilen zorunluluklar kapsamında belirlenmesine bırakıldığı açık olup; bu haliyle kural Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların yasallığı ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 4369 sayılı Yasa ile değişik mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasında yer alan... "mükerrer 257 inci madde uyarınca getirilen..." ibaresi ile "zorunluluklar ile" sözcüklerinin iptali gerektiği oyu ile verilen karara katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2009/53

Karar Sayısı : 2011/19

Karar Günü : 20.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine 12.12.2003 günlü, 5020 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen beşinci paragrafın sondan bir önceki cümlesinde yer alan "… iyiniyet iddiasında bulunamazlar" ibaresinin üçüncü kişiler yönünden, Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilen Banka'nın sahibi olduğu Gruba ait Şirket hisselerinin Fon'un yasal takiplerinden mal kaçırmak amacıyla üçüncü kişi konumundaki davacıya devredildiğinden bahisle tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada, Danıştay 13. Dairesi'nce verilen yürütmenin durdurulması isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılması istemiyle yapılan başvuruda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İnterbank A.Ş. hakim ortağının ve/veya yöneticilerinin Bankalar Kanunu'nda belirtilen şekilde banka kaynağını kullanarak kendilerinin edindikleri ve/veya üçüncü kişilere edindirdikleri banka kaynaklarının ve malvarlıklarının tahsilinin veya Fonun bahse konu hakim ortaklardan olan alacaklarına karşılık Fon mülkiyetine intikalinin sağlanmasına

yönelik olarak; İnterbank A.Ş.'den şirket merkezi olarak 'Esentepe Mah. Kasap Sk. No: 13 Asma Kat Şişli' adresinde toplanmış bulunan ve herhangi bir aktif varlığı bulunmayan 'tabela şirketleri' niteliğindeki Çağlar Grubunun denetim ve kontrolündeki firmalarına 9.2.1998 tarihinde toplamda 2.849.566,72 YTL (aktarım tarihi itibari ile 13.022.424 USD) tutarında kredi kullandırılarak bu kaynakların muhtelif işlemlerle grubun hakim ortağı gerçek ve tüzel kişi hesaplarına köprü/aracı hesap niteliğinde aktarıldığı ve bahse konu hesaplardan 'hisse devir bedeli' açıklamasıyla aktarım yapılmak suretiyle Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin hisselerinin banka kaynağı kullanılarak Cevahir Grubundan satın alındığı ve akabinde Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'ye kaynak aktarımlarına yukarıda belirtilen kredi kullandırımı ve muhtelif işlemler dahilinde devam edilerek sonucunda 3.552.107,91 YTL (aktarım tarihleri ile 13.797.160 USD) tutarında ilave banka kaynağının da edindirilmiş olduğu, bununla birlikte şirketin hisselerinin devralınması ile şirket ihtiyaçları için edindirilmiş bulunan banka kaynaklarının halen tahsil edilememesi üzerine; davalı idare, İnterbank A.Ş.'nin 7.1.1999 tarihinde Fona intikalinden sonra Nergis Grubu firmalarından olan ve yukarıda belirtildiği şekilde hisseleri ve işletme sermayesi önemli ölçüde banka kaynağından edindirilmiş bulunan Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'deki hisselerin Fonun yasal takiplerinden mal kaçırma amacıyla öncelikle Fona borçlu olmayan ve hissedarları arasında hakim ortağın yer almadığı Cavit Çağlar'ın eşi ve yakınları ile Leon Nihat Barha adlı şahsa devredildiğinin 16.2.1999 günlü sermaye yapısından anlaşıldığı, akabinde yine aynı amaçla gerçekleştirilen ve pek çok hakim ortak grubunun da Fondan mal kaçırmak amacına yönelik olarak kullandığı bir yöntemle yapılan sermaye artırımlarına katılmamaları, rüçhan haklarını kullanmamaları ve hisse satışları sonucunda Leon Nihat Barha adlı şahsın hisse oranının 25.2.2002 günlü şirket olağanüstü genel kurulunda %75 oranına yükseltilmesi sağlanarak Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin Fonun icrai takibinden tamamen uzaklaştırıldığını kabul ederek, dava konusu 21.2.2008 günlü 2008/51 sayılı işlem ile 5020 sayılı Kanunla değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15 inci maddesinin 7 nci fıkrasının (b) bendi hükümleri uyarınca; Yasemin Turizm ve Ticaret Anonim Şirketinde Leon Nihat Barha adına kayıtlı %75 oranındaki hisselerinin, nominal değerleri üzerinden Çağlar Grubunun borcuna mahsuben Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu mülkiyetine intikal ettirilerek Fon adına tescil ettirilmesine, bahse konu hisselerin bilahare satış bedeli

ile nominal değerleri arasındaki fark olması durumunda pozitif farkın aynı hakim ortak grubunun borcundan düşülmesine, negatif farkın ise borcuna ilave edilmesine; Yasemin Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi'ne aktarılan hisse alış bedeli dışında aktarılan ve şirketin işletme ihtiyaçları için kullanılmış olan 3.552.107,91 YTL tutarındaki banka kaynağının (aktarım tarihleri itibari ile 13.797.160 USD) fon alacağı sayılmasına, bu tutarın aktarıldığı tarih itibarıyla, 'Fon alacağı'nın ana parasını oluşturmasına, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15 inci maddesinin 7 nci fıkrasının (b) bendinde belirtildiği üzere, söz konusu fon alacağının tahsiline yönelik olarak, Yasemin Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında ihtiyati haciz de dahil olmak üzere, takip ve tahsil işlemlerine başlanmasına ve alacağın doğmasına sebebiyet veren haksız işlemin yapıldığı tarihten itibaren, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 51 inci maddesinde belirtilen oranda gecikme zammı uygulanmasına, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 11 inci maddesinin verdiği yetkiye istinaden 5020 sayılı Kanun ile değişik mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15 inci maddesinin 7 nci fıkrasının (a) bendi ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134 üncü maddesi gereğince, fon alacaklarının tahsilini teminen, Yasemin Turizm ve Ticaret Anonim Şirketinin yönetim ve denetiminin Fon tarafından devralınmasına ve mevcut yönetim ve denetim kurulu üyelerinin tamamının görevden alınarak şirket ana sözleşmesi ve genel kurul kararlarına bağlı kalınmaksızın şirketin yönetim ve denetim kurulu üyelerinin yeniden belirlenmesine karar verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının, üçüncü kişi konumunda olup, iyiniyetli ve gerçek hisse devirleri ile kaynağı ispatlı bedellerle şirket payına sahip olduğu; geçmişe yürür şekilde Yasa kuralları ile Anayasa'da yer bulan mülkiyet hakkının ölçülülük ve orantılılık ilkelerine aykırı olarak hukuk güvenliğini zedeler biçimde ihlal edildiği, işlemin dayanağı Yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu iddialarıyla dava konusu işlemin iptali istemiyle bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Yasa Kuralları

1.11.2005 günlü, 25983 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 11. maddesinde: 'Bu Kanunun yayımı tarihinden önce, 26.12.2003 tarihine kadar temettü hariç ortaklık hakları

ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilişkili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında başlatılan işlemler sonuçlanıncaya ve her türlü Fon alacakları tahsil edilinceye kadar bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanunun 14, 15, 15/a, 16, 17, 17/a ve 18'nci maddeleri, ek 1, 2, 3, 4, 5 ve 6'ncı maddeleri ile geçici 4'ncü maddesi hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Bu Kanunun yayımı tarihinden önce haklarında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanun gereği mal bildiriminde bulunması gerekenlerin, bildirimde belirtmedikleri veya gerçeğe aykırı olarak bildirdikleri her türlü taşınır ve taşınmaz mal, hak ve alacak ile gelir ve harcamalar da haksız mal edinme hükümlerine tabidir. Haksız mal edinmediğini ispat edene bu hüküm uygulanmaz.

Bu Kanunun yayımı tarihinden önce mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 64 ve 65'inci maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14 üncü maddesi uyarınca işlem yapılan bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankalar hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkraları hükümlerinin uygulanmasına devam edilir' kuralı yer almıştır.

Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu 23.6.1999 günlü, 23734 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup, 15. maddesi "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu"nu düzenlemiştir. Söz konusu 15. maddenin bazı bölümleri 26.12.2003 günlü, 25328 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramış veya yeni paragraflar eklenmiştir.

Bu düzenleme sonucu 4389 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (7) numaralı bendinin (b) bölümü (5) paragrafında 'Fon alacaklarından; yönetim ve denetimi Fona geçen ve/veya bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankaların kaynağını kullanmış olmasından dolayı Fona borçlu olması kaydıyla Fona intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra, bu bendin birinci cümlesinde belirtilen gerçek ve tüzel kişilerin, edindikleri ve/veya bu

suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklarının banka kaynağı kullanılmak suretiyle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilir ve bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında bu fıkra hükümlerini uygulamaya Fon yetkilidir. Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen ayni ve şahsi tüm haklar Fona karşı hüküm ifade etmez. Bu hukuki işlemlere taraf olan tüm şahısların külli ve cüzi halefleri dahi, yukarıda belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır. Yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, bu fıkranın birinci paragrafında sayılan kişiler ise bankanın Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Bankanın Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile ayni ve şahsi hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorundadırlar' hükmü yer bulmuştur.

Yine 5020 sayılı Kanunla 4389 sayılı Kanuna eklenen Geçici 3. maddesinde; "Bu Kanunla, 4208 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin (a) bendine (5) numaralı alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (6) numaralı alt bendi, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 9'uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine eklenen paragraf, 15'inci maddenin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine eklenen paragraflar, (9) numaralı fıkrasının (c) bendinde yapılan değişiklik, 15'inci maddeye eklenen (10) numaralı fıkra, Bankalar Kanununa eklenen 15/a maddesi, 17/a maddesi ve ek madde 2, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında uygulanır." kuralı belirtilmiştir.

5020 sayılı Kanun ile 4389 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 7 numaralı fıkrasının (b) bendine eklenen paragrafın gerekçesinde 'Fona intikal eden banka kaynaklarını kullanan hakim ortaklardan Fon alacaklarının

tahsiline geçmiş dönemde yapılan muvazaalı işlemlerin ispatında mevzuat karşısında yetersiz kalınması ve objektif delil tespitinin her zaman mümkün olması nedeniyle bu muvazaalı işlemler Fona karşı geçersiz sayılmak ve aksinin ispatı karşı tarafa yükletilmek suretiyle Fon alacağının tahsilinin hızlandırılması amaçlanmıştır' denilmiştir.

Değinilen düzenlemeler ile 5020 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında 4389 sayılı Yasa'nın 15/7-(b) bendinde yer alan ve yukarıda belirtilen kuralın uygulanacağı açıktır.

Buna göre, bankaların kaynağını kullanmış olmasından dolayı Fona borçlu olması kaydıyla Fona intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra gerçek ve tüzel kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen tüm haklar Fona karşı hüküm ifade etmeyecek, bu işlemlere taraf olan üçüncü kişiler de bankanın Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunamayacaklardır.

Olayda da, İnterbank A.Ş.'nin Fona intikalinden sonra Nergis Grubu firmalarından olan ve hisseleri ve işletme sermayesi banka kaynağından edindirilmiş bulunduğu iddia edilen Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'deki hisselerin Fonun yasal takiplerinden mal kaçırma amacıyla davacıya devredildiğinden bahisle tesis edilen işleme karşı açılan bu davada davacı 4389 sayılı Yasanın 15/7-b maddesinde yer alan "...işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle… iyiniyet iddiasında bulunamazlar" kuralı uyarınca mahkeme önünde iyiniyetli olduğunu iddia ve ispat edememektedir. Dolayısıyla, 4389 sayılı Yasanın 15/7-b maddesinde yer alan değinilen kural uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kural niteliğindedir.

İptali İstenilen Yasa Hükmü

4389 sayılı Bankalar Kanunu'na 5020 sayılı Kanun ile eklenen 15. maddesinin (7) numaralı bendinin (b) bölümünün, 5. paragrafında yer alan sondan bir önceki cümledeki (üçüncü kişiler yönünden) '...iyi niyet

iddiasında bulunamazlar' ibaresinin Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

Anayasa'nın 2. ve 36. Maddeleri Yönünden Yasa Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığı

5020 sayılı Yasa'nın gerekçesinden, mevzuat karşısında muvazaalı işlemlerin ispatında yetersiz kalındığı görüşünden hareketle maddede sayılan bazı işlemlerin muvazaalı olduğu kabul edilerek Fona karşı geçersiz sayıldığı; ispat külfetinin karşı tarafa yüklendiği, bu düzenlemenin de Fon tahsilâtının hızlandırılması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bir yasa maddesinin hukuka uygun amaç taşımasının yanısıra bu amacın gerçekleştirilmesini sağlayacak yol ve yöntemlerin de hukuka uygun olması gerektiği kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi 4.5.2005 günlü, E.2004/4, K.2005/25 sayılı kararında hukuk devletini, 'İnsan 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 tutum ve durumlardan 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 tanımlamakta ve bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucunun, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülen madde metninin gerekçesinde iyiniyetin ispatının karşı tarafa yüklendiğinin belirtilmesine karşın, madde metninde bu hususun ikiye ayrılarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle iyi niyet iddiasında bulunamayacaklar; Bankanın Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile ayni ve şahsi hakkın tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler ise iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorunda kalacaklardır. Görüldüğü üzere, Banka'nın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarına yasal engel getirilmiştir.

Bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının ortaya konulabilmesi için iyiniyet ve muvazaa kavramlarının anlamı, hukukumuzdaki yeri üzerinde durulmasına gerek görülmüştür. Her iki kavramda öncelikle özel hukuka ilişkin kavramlar olup iyi niyet kuralları özel hukukun bütün alanlarında uygulanacak bir kural niteliğindedir. Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde 'Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz' hükmü yer almıştır. İyiniyet kuralı, hakların kazanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde temel ilke olma özelliğini taşımaktadır. Öğretide yapılan açıklamalarda, bir hakkın doğmasına engel olan bir nedeninin varlığını bilmeyen, bilmesi de gerekmeyen kişi iyi niyetli olarak tanımlanmaktadır. Yine öğretide yapılan değerlendirmelerde iyiniyetin aranmasında ve korunmasında kamunun çıkarı bulunmaktadır. Yaptığı tüm işlemlerde güvence duymak zorunda olan bireylerin iyi niyetli oldukları sürece lehlerine doğacak hukuki sonuçların korunmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu kuşkusuzdur. Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise iyiniyetin hangi anda aranacağı sorunudur. Medeni Kanun'daki düzenlemeden de anlaşıldığı üzere kural olarak iyiniyetin hukuki sonucun doğduğu anda aranması gerekmektedir. Medeni Kanun kişide iyiniyetin varlığını kabul etmekte olup buna 'İyiniyet Karinesi' denilmektedir. Dolayısıyla kişinin iyiniyetli olmadığı karşı tarafça ispatlanmalıdır. Medeni Kanun madde 3/2'ye göre iyiniyetin aksi de hakkı kazanan kişinin, hakkı kazanırken gereken özeni göstermediğini kanıtlamakla ortaya konulacaktır.

İptali istenilen maddenin gerekçesinde, muvazaadan da bahsedildiği için kısaca bu kavrama da değinilmesi zorunlu görülmüştür. Muvazaa, irade ile beyan arasında yaratılan uyumsuzluk olarak tanımlanabilir. Medeni Kanun'un 6. maddesine göre muvazaanın varlığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat etmek zorundadır.

Yukarıda yapılan açıklamaları özetlemek gerekirse özel hukukta bir hakkın kazanılmasında iyiniyet asıl olup 'İyiniyet Karinesinin' aksini iddia eden bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Aynı şekilde muvazaa iddiasında bulunan taraf da bu iddiasını ispat etmelidir.

Söz konusu düzenleme ile iyiniyete ilişkin ispat külfeti özel hukuk hükümlerinin aksine yer değiştirmiş bulunmaktadır. Söz konusu

alacağın Fon alacağı dolayısıyla kamu alacağı olması, Fona devredilen bankalardaki işlemlerin niteliği, bankacılık işlemlerindeki muvazaanın ispatındaki zorluk, kamu alacağının tahsilinin biran önce yapılması gibi nedenlerin farklı düzenlemelere dayanak oluşturacak hukuken haklı nedenler olduğu açıktır. Bu itibarla, ispat külfeti yönünden Medeni Kanun'daki düzenlemelerden farklı düzenlemeler getirilmesi hukuken kabul edilebilirse de bu düzenlemelerin hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaması, hukuk devleti gereklerine aykırı olmaması zorunludur.

Ayrıca, getirilen düzenlemelerle kişilerin yargı önünde hukuken geçerli araç ve yollardan kendilerini savunabilme hakları ellerinden alınmamalıdır. Bu hak Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi 4.5.2005 günlü, E.2004/4, K.2005/25 sayılı kararında da 'iptali istenilen kuralda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına bu tarihten geriye doğru bir ay içinde kıyı bankalarındaki hesapları Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacıyla, muhabir bankaca karşılığı nakden veya bankacılık işlemleri yapma veya mevduat kabul etme izni kaldırılan banka dışındaki bir başka banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca herhangi bir ödemenin yapılmayacağı belirtilmiştir' diyerek düzenlemeyi ortaya koyduktan sonra iptal gerekçelerinin arasında 'Kaldı ki muvazzalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tesbit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca herhangi bir ödeme yapılmayacağı, bu konuda uyuşmazlık çıkması durumunda da konunun yargı organlarınca karara bağlanacağı kuşkusuzdur' demek suretiyle muvazaalı işlemlerin kapsamının yasama organı tarafından değil yargı organınca tespitinin asıl olduğunu kabul etmiştir.

Söz konusu düzenlemenin Bankaların Fona devrinden sonraki işlemleri kapsadığı dolayısıyla düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı savı da kabul edilemez. Zira bu uyuşmazlıklarda sorumluluk için Bankanın yönetim ve denetiminin Fona geçmesi yeterli olmamakta, bankanın kaynağı kullanılmak suretiyle para, her türlü mal, hak ve alacakların edinildiği ve/veya edindirildiğinin saptanması gerekmektedir. Bunun da Bankanın Fona devrinden sonra yapılacak bir

incelemeyi gerektireceği ve bu incelemenin de uzun bir zaman alacağı kuşkusuzdur.

Bu itibarla iyiniyetin saptanmasında değişik tarihlere göre farklı çözümlere ulaşılması mümkün olduğundan bankanın Fona devrinden sonra taşınmaz edinen üçüncü kişilerin bu edinimde gerekli özeni gösterdikleri hususunu gerek idari makamlar gerekse yargı mercileri önünde ispatlayabilme olanağına sahip olmaları hukuk güvenliliğini esas alan hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmelidir.

Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden Yasa Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığı

Anayasa'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen ve 2001 yılında değişikliğe uğrayan 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' başlıklı ikinci bölümünün 35. maddesinde 'Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz' kuralı yer almıştır.

Anayasa'nın 35. maddesinin gerekçesinde de 'mülkiyetin korunması, hürriyeti de güvence altına alır' denilmiştir.

Dolayısıyla, mülkiyet hakkının toplum yararı uyarınca ve ancak yasayla yapılabilecek olan sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektiği açıktır.

Ölçülülük ilkesi gereği olarak kısıtlamada başvurulan araç sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalı, araçla amaç ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır.

AHİM'nin uygulamasında da ölçülülük ilkesi, korunan bir hakkın sınırlandırılmasında sınırlandırmanın amaçlarına ulaşmak için gerekenden fazla bir sınırlandırmanın yapılmaması şeklinde anlaşılmaktadır.

Ölçülülük ilkesi ile temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmakta, sınırlandırılan hak ve özgürlükler arasında denge kurulması ve mümkün olduğunca sınırlanan hak ve özgürlüğe az zarar verilmesi amaçlanmaktadır. Yani önlem elverişli ve zorunlu olmalı, amaca göre dengeli bir orantı içinde kalmalıdır.

Bu durumda, bankanın Fona devrinden sonra üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına ancak ölçülülük ilkesi çerçevesinde toplum yararına uygun olarak yasayla müdahale edilebileceği açıktır.

İptali istenilen Yasa kuralı ise ölçülülük ilkesi kapsamını aşar biçimde Fona üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadıklarına dahi bakılmaksızın, mülkiyet hakkına müdahale edebilme yetkisi vermekte olup, kural bu haliyle Anayasa'nın 35. maddesine de aykırı görülmüştür.

Anayasa'nın 125. Maddesi Yönünden Yasa Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığı

Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, yargı yetkisi kullanılırken hukuka uygunluk denetiminin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca iptal davalarında idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğu denetlenmektedir.

AHİM kararlarında da belirtildiği üzere yargılama sürecinde taraflar iddialarını 'silahların eşitliği' ilkesi çerçevesinde yargı mercilerine sunabilmelidirler. Ayrıca tarafların iddialarıyla bağlı kalmaksızın idari yargıç re'sen araştırma ilkesi uyarınca inceleme ve araştırma yapmak suretiyle idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını saptayabilmelidir.

İdari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olmasına ilişkin Anayasanın 125. maddesi idari işlemin yargısal denetiminin işlemin tüm unsurları (yetki, şekil, sebep, konu ve maksat) üzerinde kısıtlamaya tabi olmadan etkin biçimde yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Dava konusu uyuşmazlığın çözümü esas olarak davacının "iyi niyetli" olup, olmadığının saptanmasına bağlı bulunmaktadır.

Ancak, iptali istenilen kural uyarınca kişiler iyiniyetli olduklarını iddia ve ispat edemeyeceklerinden idari yargı mercileri işlemin esas yönünden hukuka uygunluğunu denetleyemeyecekler veya bu denetim

çok sınırlı olarak yapılabilecektir. Bu itibarla yasa kuralının idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan Anayasanın 125. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir Yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrası gereğince 4389 sayılı Bankalar Kanun'a 5020 sayılı Yasa ile eklenen 15. maddesinin (7) numaralı bendinin (b) bölümünün 5. paragrafında yer alan sondan bir önceki cümledeki (üçüncü kişiler yönünden) '...iyiniyet iddiasında bulunamazlar' ibaresinin Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 4.6.2009 gününde oyçokluğu ile verildi".

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine 12.12.2003 günlü, 5020 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle eklenen ve itiraz konusu kuralı da içeren beşinci paragrafı şöyledir:

"Fon alacaklarından; yönetim ve denetimi Fona geçen ve/veya bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankaların kaynağını kullanmış olmasından dolayı Fona borçlu olması kaydıyla Fona intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra, bu bendin birinci cümlesinde belirtilen gerçek ve tüzel kişilerin, edindikleri ve/veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklarının banka kaynağı

kullanılmak suretiyle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilir ve bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında bu fıkra hükümlerini uygulamaya Fon yetkilidir. Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen ayni ve şahsi tüm haklar Fona karşı hüküm ifade etmez. Bu hukuki işlemlere taraf olan tüm şahısların külli ve cüzi halefleri dahil, yukarıda belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır. Yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, bu fıkranın birinci paragrafında sayılan kişiler ise bankanın Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle **iyiniyet iddiasında bulunamazlar**. Bankanın Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile ayni ve şahsi hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorundadırlar".

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince 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 9.9.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından, 18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine 12.12.2003 günlü, 5020 sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile eklenen beşinci paragrafında yer alan sondan bir önceki tümcedeki "… iyiniyet iddiasında bulunamazlar" ibaresinin üçüncü kişiler yönünden 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 ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine 5020 sayılı Yasa'yla eklenen beşinci paragrafında, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu alacaklarından yönetim ve denetimi Fona geçen ve/veya bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri kaldırılan bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankaların kaynağını kullanmış olmasından dolayı Fona borçlu olması kaydıyla Fona intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra, bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının veya yöneticilerinin edindikleri ve/veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklarının banka kaynağı kullanılmak suretiyle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilmiştir. Söz konusu gerçek ve tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında (7) numaralı fıkra hükümlerini uygulamaya Fon yetkili kılınmıştır. Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen ayni ve şahsi tüm hakların Fona karşı hüküm ifade etmeyeceği öngörülmüştür. Bu hukuki işlemlere taraf olan tüm şahısların külli ve cüzi halefleri dahil, belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu fıkra hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Aynı paragrafın itiraz konusu kuralın da yer aldığı tümcesinde, yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişilerin bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, Fona intikal eden bankanın tüzelkişi ortakları, yönetim ve denetimine sahip iştirakleri, gerçek ve tüzelkişi ortaklarının yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak elinde bulundurdukları şirketlerin ortaklarının ise bankanın Fona

devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunamayacakları kuralı getirilmiştir.

4389 sayılı Bankalar Kanunu, bunun ek ve değişiklikleriyle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na, alacakların daha emin, hızlı ve istikrarlı takibinin sağlanması amacıyla geniş yetkiler tanınmış, alacakların tedbir, tahsil ve takibi konusunda kimi muafiyet, istisna ve kolaylıklar ile ayrıcalıklara yer verilmiştir. İptali istenilen kural da, Fon'a bu amaçla tanınan yetkiler arasında olup, bankanın Fona devrinden sonraki satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile sınırlı ayni hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmaları engellenmiştir.

İyiniyet, hakların kazanılması ve sonuçlarını meydana getirmesinde temel ilkelerden biri olup, Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesine göre, "*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*". Türk Medeni Kanunu dışında çeşitli yasa hükümlerinde, bazı hukuki sonuçlar sadece iyiniyetin varlığı veya yokluğuna bağlanmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, bankaların Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarına yasal engel getirildiği, iyiniyetin, hakların kazanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde temel ilke olduğu, hukuk devletinde kişiler iyi niyetli oldukları sürece lehlerine doğacak hukuki sonuçların korunması gerektiği, yasayla kişilerin yargı önünde hukuken geçerli araç ve yollardan kendilerini savunabilme haklarının ellerinden alınamayacağı, muvazaalı işlemlerin kapsamının yasama organı tarafından değil yargı organınca tespitinin asıl olduğu, mülkiyet hakkının toplum yararı uyarınca ve ancak yasayla sınırlanabileceği, iyiniyetin iddia ve ispat edilememesinin yargı denetimini sınırlandırdığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, bankaların Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devrinden sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler nedeniyle, söz konusu işlemlere taraf olan üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunamayacakları belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklere dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda eşitliği gözeten, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan, hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir. Anayasa'da, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti niteliği vurgulanırken, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Yargı denetimi, hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

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, kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde hakkını arayabilmesi ve davada ileri sürülen iddiaların ve delillerin, karşı tarafın iddia ve delilleriyle eşit imkânlarda araştırılması ve eşit değerlemeye tabi tutulmasıdır.

Dava konusu kuralla, Fon'un işlem ya da eylemleri yargı denetimi dışında tutulmamış, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmaları engellenmiştir. İyiniyet kuralı genel bir hukuk kuralı olmakla birlikte, karşılaşılan her uyuşmazlığın, ilgili yasa hükümleri yok sayılarak, sadece iyiniyet kuralı ile çözüleceği anlamına gelmez. Bir yasa kuralının hukuka uygun amaç taşımasıyla birlikte, bu amacın gerçekleşmesini sağlayacak yöntemlerin de hukuka uygun olması gerekir. Tarafın iyiniyetinin olup olmadığı kararının, mahkeme tarafından yapılan inceleme ve araştırma sonucu ortaya çıkacağı kuşkusuzdur.

"Kamu alacağının tahsilinin hızlandırılması" gibi soyut bir gerekçe, iyiniyete ilişkin ispat kuralının uygulanmamasının nedeni olamaz. Kuralda geçen tüm üçüncü kişilerin işlemleri muvazaalı kabul edilerek, iyiniyetli üçüncü kişilerin dava açma haklarının özü zedelenmekte, mahkemeye etkili erişim ve savunma hakları engellenmekte, korunmasında kamu yararı bulunan iyiniyetli kimsenin, idare ve mahkeme önünde iyiniyetli olduğunu iddia ve ispat etme hakkı elinden alınmaktadır.

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

Kural iptal edilmiş olduğundan, Anayasa'nın 35. ve 125. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine 12.12.2003 günlü, 5020 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen beşinci paragrafında yer alan sondan bir önceki cümledeki "… iyiniyet iddiasında bulunamazlar" ibaresinin üçüncü kişiler yönünden yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 20.1.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine 12.12.2003 günlü, 5020 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen beşinci paragrafında yer alan sondan bir önceki cümledeki "… iyiniyet iddiasında bulunamazlar" ibaresinin

üçüncü kişiler yönünden, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

20.1.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/44

Karar Sayısı : 2011/21

Karar Günü : 20.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Ankara 9. İdare Mahkemesi (Esas Sayısı: 2008/44)

2- Şanlıurfa 3. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/109)

İTİRAZLARIN KONUSU: 25.5.2005 günlü, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun;

1- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin,

2- 10. maddesinin,

3- 12. maddesinin,

4- Geçici 2. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20. ve 40. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Arşive alınan mahkumiyet kararlarının arşiv kayıtlarından çıkartılması istemiyle açılan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- Ankara 9. İdare Mahkemesinin Başvuru Kararının Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 9. maddesinin l/a

bendinde "adli sicildeki bilgiler cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek arşiv kaydına alınır" aynı maddenin 3. bendinin son cümlesinde "Adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir." ve yine aynı Kanunun 12. maddesinin 1. bendinde ise, "Arşiv bilgileri ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle tamamen silinir" hükümleri yer almıştır.

Hukuk, devleti bütün faaliyetlerinde hukukun genel ilkeleri ile bağlayıcılığı ve üstünlüğü olan Anayasa hükümlerine uygun hareket etmek zorundadır.

T.C Anayasasının 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlandıran ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, yine Anayasanın 2. maddesinde sosyal hukuk devleti niteliği vurgulanan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Öte yandan, Anayasanın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almıştır.

T.C Anayasasının 11. maddesinde de, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının, 1988 yılındaki evrakta sahtekarlık suçundan dolayı 19.07.1991 tarih ve E: 1991/49, K:1991/81 sayılı Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesinin kararıyla 1 ay müddetle hapis cezasına çarptırıldığı, Türk Ceza Kanununun 59. maddesi uyarınca cezası 1/6 oranında indirildiği ve neticeden 10.000 TL Ağır Para Cezası ile tecziyesine karar verildiği, davacının 26.03.2003 tarihli dilekçesi

üzerine Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesince 26.03.2003 tarih ve E:2003/56 kararı ile adli sicil kaydının silinmesine karar verildiği, adli sicil kaydı silinen davacının arşiv kaydına alındığı, bu arşiv kaydının silinmesi istemiyle yaptığı başvurunun 26.01.2007 tarih ve 1712 sayılı Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü işlemi ile reddedildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının 1988 yılında işlediği suçtan dolayı 10.000 TL Ağır Para Cezası ile cezalandırıldığı, 26.03.2003 tarih ve E:2003/56 sayılı Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesi kararıyla Adli Sicil kaydının silindiği ve adli sicil kaydının silinmesi ile işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasının sağlanıp tekrar topluma kazandırılması amaçlanmış olduğuna göre, aynı amacın arşiv kaydına alınmasına ilişkin 5352 sayılı Yasa hükümleri için de gözetilmesi gerekecektir.

Her ne kadar Adli Sicil Kanununda arşiv bilgilerinin kişinin kendisi veya vekaletnamede belirtilmiş olmak koşuluyla vekili, Cumhuriyet başsavcılıkları, hakim veya mahkemeler ve yetkili seçim kurulları tarafından istenebileceği belirtilmiş ise de, Adli Sicil Kayıtlarında sicil kayıtları silinen kişilerin arşiv kayıtlarının olduğu, arşiv sicil kayıtlarının hangi koşullarla silindiği 5352 sayılı Yasanın 12. maddesinde açıkça düzenlendiği ve bu arşiv kaydının da ya ilgilinin ölümü ya da kaydın girildiği tarihten itibaren 80 yılın geçmesiyle silineceği göz önüne alındığında, topluma kazandırma amacının gerçekleştirilemeyeceği açıktır.

Bu durumda, adli sicil kaydı silinen kişilerin Adli sicil bilgilerinin arşiv kaydına alınmasını ve 80 yıl boyunca arşiv kaydında tutulmasının, Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve insan haklarına saygılı, sosyal hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği anlaşıldığından, 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 9. maddesinin l/a bendinde "adli sicildeki bilgiler; cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek arşiv kaydına alınır" aynı maddenin 3. bendinin son cümlesinde "Adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir." Aynı Kanunun 12. maddesinin 1. bendinde ise, "Arşiv bilgileri ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle

tamamen silinir" hükümlerinin, Anayasanın 2., 5., 10. ve 11. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 0l.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun 9. maddesinin l/a bendinde "adli sicildeki bilgiler; cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması halinde Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek arşiv kaydına alınır" aynı maddenin 3. bendinin son cümlesinde "Adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adli sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir." aynı Kanunun 12. maddesinin 1. bendinde ise, "Arşiv bilgileri ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydının girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle tamamen silinir" hükümlerinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, kararın taraflara tebliğine, 14.12.2.007 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

B- Şanlıurfa 3. Asliye Ceza Mahkemesinin Başvuru Kararının Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"İncelenen evrak kapsamına göre talep eden H.A.'nın silinmesini istediği arşiv kaydı 5352 sayılı Adli Sicil Kanunun geçici 2. maddesi ile Mülga 3682 sayılı Adli Sicil Kanununun 8. maddesindeki şartların oluşması halinde madde metinlerinde "Affa uğramış olsalar bile" ibaresi bulunan başta Anayasanın 76. maddesi ile bazı özel kanunlarda (2839sayılı Milletvekili Seçim Kanunun 11. maddesi, 657 s. K.nun 48. maddesi, 6136. s. K.7 .md.vb. gibi) sayılan suç ve cezalar hakkında 5352 sayılı Adli Sicil Kanunun 10. maddesine istinaden istenildiğinde verilmek üzere arşiv kaydına alınmasına, aynı Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesine ilişkin olup 1993 yılında Özel Belgede Sahtecilik suçundan erteli ceza alan ve aynı zamanda doktor olan talep edenin adli sicil kaydını 11/07/2000 tarihinde İstanbul 5.Ağır Ceza Mahkemesine müracaatı ile sildirmesine karşın talep dosyasında ayrıntılı geçtiği üzere özetle, sonradan doktor olması ve yeniden suç işlememesine karşın memuriyetinde tıpda uzmanlık sınavında ve hayatının her aşamasında karşısına çıkarak kendisine mağdur ettiği ve bu durumun onurunu ve vicdanını uzun yıllar rencide eden ve her an hatırladıkça sanki o andaymışçasına pişmanlık ve üzüntü yaşadığından bahisle arşiv

kaydının silinmesini istediği anlaşılan olayda her ne kadar mahkememizin 08/07/2010 tarih ve 2010/121 değişik iş sayılı kararı ile talebi kabul edilmiş ve arşiv kaydının silinmesine karar verilmiş ise de, 12.08.2010 tarih 2379 sayılı Adlı Sicil İstatistik Genel Müdürlüğünün yazısı üzerine Cumhuriyet Savcılığının talebi uyarınca kararımızın kaldırılması talep edilmiş ise de,

Kararın kaldırılmasına mesnet yapılan 5352 sayılı Adli Sicil Kanununun geçici 2.maddesi ile arşiv kaydına ilişkin 10. ve silinmesine ilişkin 12. maddelerinin;

a- Anayasamızın 5. maddesindeki Devletin Temel Amaç ve Görevleri içinde sayılan kişilerin sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlamaların giderilmesi ilkesine, talep edenin doktor olması, toplumda bir konumu olması, 1993 yılında işlemiş olduğu bir suçun erteleme şartlarını karşılamasına, bir daha hiç bir suç işlememesine ve adli sicil kaydının silinmesine karşın arşiv kaydında sürekli görünmesi nedeniyle tayin, terfi, tıpta uzmanlık sınavı ve benzeri resmi işlemler nedeni ile sürekli yüz kızartıcı mahiyette karşısına çıkması nedeni ile aykırı olması,

b- Anayasamızın 10/1. maddesindeki herkesin kanun önünde ayrım gözetilmeksizin eşitliği ilkesi ile 10/5. fıkrasındaki Devlet Organları ve İdare Makamlarının bütün işlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olmaları ilkesine, (a) fıkrasında yazılı resmi işlemler için müracaat etmesinde ve yükselmesinde sürekli karşısına getirilmesi nedeni ile eşit şartlarda hayat yarışına katılmasına engel teşkil etmesi,

c- Anayasamızın 11/2. fıkrasındaki kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı ilkesine, (a) ve (b) fıkralarındaki gerekçelerle aykırı olması,

d- Anayasamızın 12/1. fıkrasındaki herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olması ilkesine, (a) ve (b)fıkralarındaki gerekçelerle aykırı olması,

e- Anayasamızın 17/1. fıkrasındaki herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olması ilkesine, (a) ve (b) fıkralarındaki gerekçelerle aykırı olması,

f- Anayasamızın 20/3. fıkrasındaki herkesin kendisi ile ilgili verilerin silinmesini talep etme ilkesine, (a) ve (b) fıkralarındaki gerekçelerle aykırı olması,

g- Anayasamızın 40/1. fıkrasındaki Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyeti ihlal eden herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahip olma ilkesine, (a) ve (b) fıkralarındaki gerekçelerle aykırı olması nedenleri ile aykırılık teşkil ettiği,

Kaldı ki 2709 sayılı 1982 Anayasasının 76. maddesi lafzi ve ga-i yorumunda adli sicil kaydının silinmesi koşulları oluşmayan ilgili süreleri suç işleme tarihinden itibaren henüz dolmayan kişilerin işledikleri bir kısım suçlara yönelik affa uğramış olsalar bile millet vekili seçilemeyeceklerine yönelik olup, ömür boyu arşiv kaydında bulunduğundan bahisle ilk defa suç işledikten sonra kalan ömürlerinde suç işlemeyerek topluma yeniden uyum sağlayan ve kazandırılan insanları kapsamamaktadır. Aksini düşünmek bir insanın bir defa 76. maddeye giren suçlardan birini işledikten sonra, ömür boyu milletvekili seçilememe, 657 sayılı Yasa gereği memur olamama ve benzeri kısıtlamaları gündeme getirebileceğinden, ayrıca ilk defa suç işledikten sonra yeniden suç işleyen insanla arasındaki ayrımı ortadan kaldıracağından eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir ve bu durumda yeniden suç işleyen insanla arasında hiç bir ayrım kalmadığını gören bir kısım insanlar madem farkımız yok yeniden suç işleyebilirim diye düşünebilecektir.

Profesör Doktor Faruk EREM'in "Bir Ceza Avukatının Anıları" isimli kitabının ön sözünde de belirttiği üzere "Suçluyu kazıyınız, altından insan çıkar" sözünden de anlaşılacağı üzere neticede herkes insan olup bir defa suç işledi diye, adli sicil kaydından çıkarılması koşulları oluşmasına karşın, arşiv kaydında ömür boyu sabıkalı görülmesini sağlamak Anayasanın yukarıda belirtilen ilgili maddelerine aykırılık teşkil edebilecek, insanlık onurunu zedeleyebilecek mahiyette görülmüş olduğundan 2709 sayılı 1982 Anayasasının 152/1. fıkrası gereği Anayasa Mahkemesine müracaat ve vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına karar verilmesi gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun iptali istenen bent ve cümleyi de içeren 9. maddesi şöyledir:

"Adlî sicil bilgilerinin silinmesi

Madde 9- (1) Adlî sicildeki bilgiler;

a) Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması,

b) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık,

c) Ceza zamanaşımının dolması,

d) Genel af,

Halinde Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce silinerek, arşiv kaydına alınır.

(2) Adlî sicil bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine tamamen silinir.

(3) Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adlî sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkûmiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce adlî sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. **Adlî para cezasına mahkûmiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adlî sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir."**

2- 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun iptali istenen 10. maddesi şöyledir:

"Arşiv bilgilerinin istenmesi

Madde 10- (1) Arşiv bilgileri;

a) Kullanılış amacı belirtilmek suretiyle, kişinin kendisi veya vekâletnamede açıkça belirtilmiş olmak koşuluyla vekili,

b) Bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemeler,

c) Yetkili seçim kurulları,

d) Özel kanunlarda gösterilen hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşları,

Tarafından istenebilir.

(2) Kanunda açıkça belirtilmediği takdirde, kişi hakkında alınacak bir karar veya yapılacak bir işlemle ilgili olarak, bir yakınının adlî sicil ve arşiv kayıtları istenemez ve bu bilgiler, kişiyi herhangi bir haktan yoksun bırakmak için dayanak olarak kullanılamaz.

(3) Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adlî sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir."

3- 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun iptali istenen 12. maddesi şöyledir:

"Adlî sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi

Madde 12- (1) Arşiv bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle tamamen silinir.

(2) Fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adlî sicil ve arşiv kayıtları, talep aranmaksızın tamamen silinir.

(3) Kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararına ilişkin adlî sicil ve arşiv kaydı tamamen silinir."

4- 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun iptali istenen Geçici 2. maddesi şöyledir:

"Geçici Madde 2- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, Adalet Bakanlığı Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce toplanmış olsun veya olmasın, suç tarihi itibarıyla bu Kanunun yürürlük tarihinden önceki kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanuna göre süre yönünden silinme koşulu oluşanlar silinir; diğer kayıtlar için bu Kanun hükümlerine göre işlem yapılır. Anayasanın 76 ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır.

(2) Birinci fıkra gereğince işlem yapılarak arşive alınan kayıtlar hakkında, 3682 sayılı Kanunun 8 inci maddesinde öngörülen sürelerin dolduğu veya ertelenmiş olan hükmün esasen vâki olmamış sayıldığı hallerde bu tarih esas alınarak, Anayasanın 76 ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkûmiyetler dışındaki kayıtlar için ilgilinin, Cumhuriyet Başsavcılığının veya Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünün talebi üzerine hükmü veren mahkemece veya talep edenin bulunduğu yer asliye ceza mahkemesince arşiv kaydının silinmesine karar verilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20. ve 40. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla E. 2008/44 sayılı dosyada 21.5.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılmalarıyla E. 2010/109 sayılı dosyada 8.12.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında ise öncelikle davada 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 Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin

Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Şanlıurfa 3. Asliye Ceza Mahkemesi, 5352 sayılı Kanun'un 10., 12. ve Geçici 2. maddelerinin iptalini istemektedir.

Kanun'un 10. maddesinde, arşiv bilgilerinin kimler tarafından ve hangi gerekçelerle istenebileceğine, arşiv bilgilerinin kişiyi herhangi bir haktan yoksun bırakmak için dayanak olarak kullanılamayacağına; 12. maddesinde, adli sicil ve arşiv kayıtlarının hangi hallerde silinebileceğine; Geçici 2. maddesinde ise 5352 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenmiş, ancak 3682 sayılı Kanun'a göre süre yönünden silinme koşulları oluşmayan kayıtlar hakkında ne tür bir işlem yapılacağına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada talepte bulunan, hakkında mevcut olan arşiv kaydının silinmesini istemektedir. Bu durumda, arşiv bilgilerinin kimler ve hangi gerekçelerle istenebileceği hususlarını düzenleyen, bir başka ifadeyle arşiv kayıtlarının silinmesine ilişkin hükümler içermeyen 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin davada uygulanacak kural niteliğinde bulunmadığı açıktır.

Bu nedenle, 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

25.5.2005 günlü, 5352 sayılı Adlî Sicil Kanunu'nun 12. ve Geçici 2. maddesinin, iptallerine karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2010/109 esas sayılı dosyanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2008/44 esas sayılı dosya ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2008/44 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 20.1.2011 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Uygulanacak Kural Sorunu

İtiraz yoluna başvuran Ankara 9. İdare Mahkemesince, 5352 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ve (3) numaralı fıkrasının son cümlesi ile 12. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istenmektedir.

5352 sayılı Kanun'un iptali istenen 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, adli sicile kaydedilen bilgilerin, cezanın ve güvenlik tedbirinin infazının tamamlanmasından sonra; (3) numaralı fıkrasının son cümlesinde ise adli para cezasına mahkumiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümlerin, adli sicil kaydına alınmaksızın doğrudan arşiv kaydına alınacağı hükmü yer almaktadır.

5352 sayılı Kanun'un 19. maddesi uyarınca arşiv kaydına alma işlemi, ancak 1.6.2005 tarihinden sonra işlenmiş ve karara bağlanmış suçlara ilişkin mahkumiyet kararları hakkında uygulanabilecektir. Bir başka ifadeyle, 5352 sayılı Kanun'un 9. maddesinin iptali istenen kurallarında öngörülen arşive alınma işlemi, 1.6.2005 tarihinden önce işlenmiş suçlardan dolayı verilen mahkumiyet kararları için uygulanamayacaktır.

Başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada, davacının silinmesini istediği arşiv kaydına ilişkin mahkumiyet kararı, 5352 sayılı Kanun'un iptali istenen kuralları uyarınca değil, 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5352 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 3682 sayılı Kanun'un 9. maddesinin ikinci fıkrası gereğince arşiv kaydına alınmıştır. Bu durumda, 5352 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 3682 sayılı Kanun uyarınca arşiv kaydına alınan bir kayıt hakkında, 5352 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin iptali istenen kuralları davada uygulanacak kural niteliğinde bulunmamaktadır.

Bu nedenle 5352 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada

uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bent ve cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır.

İtiraz yoluna başvuran Şanlıurfa 3. Asliye Ceza Mahkemesi, 5352 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesinin tümünün iptalini istemektedir.

5352 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesinde, Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenmiş suçlara ilişkin tüm kayıtlar ile Anayasa'nın 76. maddesi ve özel kanunlarda belirtilen mahkumiyet kararlarının adli sicilden silinmesi ve arşiv kaydına alınmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle Geçici 2. maddede 5352 sayılı Kanun'dan önce işlenmiş suçlara ilişkin tüm kayıtlar için bir düzenleme söz konusudur. Oysa, başvuran Mahkeme "özel belgede sahtecilik suçu"na ilişkin arşiv kaydının silinememesinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmektedir. Söz konusu suç Anayasa'nın 76. maddesi ile diğer özel kanunlarda belirtilen suçlar kapsamına girmektedir. Bu nedenle, 5352 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesine ilişkin esas incelemenin, maddenin (1) numaralı fıkrasının "Anayasanın 76 ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır." biçimindeki son cümlesi ile (2) numaralı fıkrasının "…Anayasa'nın 76 ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkumiyetler dışındaki kayıtlar için…" bölümüyle sınırlı olarak yapılmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- 5352 sayılı Kanun'un 12. Maddesinin İncelenmesi

Başvuru kararlarında, kişinin geçmişte işlediği bir suçun üzerinden uzun yıllar geçmiş olmasına karşın bunun sosyal ve mesleki yaşamında sürekli bir engel olarak karşısına çıkarılmasının sosyal hukuk devleti, eşitlik, adalet, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi ilkelerine, cezalandırmanın suçluları yeniden topluma kazandırması amacına, kişinin kendisiyle ilgili verilerin silinmesini talep etme hakkına,

Anayasa'yla tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvuru imkanının sağlanmasını isteme hakkına aykırı olduğu belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20. ve 40. maddeleriyle bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.

a) Maddenin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

5352 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, aynı Kanun'un 4. maddesi uyarınca adli sicile kaydedilen bilgilerin hangi hallerde arşiv kaydına alınacağı belirtilmiştir. İtiraz konusu fıkrada ise aynı Kanun'un 9. maddesi gereğince arşive alınan kayıtların ilgilinin ölümü üzerine veya her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl geçtikten sonra silineceği hükmü yer almaktadır.

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. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, "İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 17. maddesinin birinci fıkrasında ise herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralla, 5352 sayılı Kanun'un 5. maddesinde sayılan istisnalar dışında, Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve adli sicile kaydedilmiş tüm mahkumiyet hükümlerinin infaz edilmesinden sonra arşiv kayıtlarında ilgilinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi öngörülmektedir.

5352 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere, Türk Ceza adalet sisteminde öngörülen tekerrür, erteleme, temel cezanın belirlenmesi, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kurumların hayata geçirilebilmesi, bir kişinin işlediği suçun ya da aldığı cezanın milletvekili seçilmesini engelleyen Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilenlerden olup olmadığının saptanabilmesi ve mahkumiyete bağlı hak yoksunluğu öngören bazı özel yasalardaki hükümler nedeniyle mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının kayıt altına alınmasında yasal ve anayasal bir takım gereklilikler bulunmaktadır. Ancak söz konusu gerekliliklerin, itiraz konusu kuralda öngörüldüğü üzere arşiv kayıtlarının kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi noktasında geçerli olmadığı açıktır.

Mahkemelerce verilen mahkumiyet kararlarının arşiv kaydına alınmasının gerekçesini oluşturan durumlar, bazı istisnalar dışında, kişi hakkında ömür boyu hak yoksunluğu getirmemektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ömür boyu hak yoksunluğu durumuna yer verilmemiş, hak yoksunluğu belli bir süreyle sınırlandırılmıştır. 5237 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen bir mahkumiyet nedeniyle hak yoksunluğu, kural olarak, cezanın infazıyla sona ererken; Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkumiyete bağladığı hak yoksunlukları ise 5352 sayılı Kanun'un 13/A maddesi gereğince ilk mahkumiyet kararının infaz edilmesinden itibaren belli sürenin geçmesiyle birlikte yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluyla sona erdirilebilmektedir. Bir başka ifadeyle, arşiv kaydına alınmanın gerekçesini oluşturan kurumlar ilk mahkumiyet kararından belli bir süre geçtikten sonra kişi hakkında aleyhe bir sonuç doğurmadığı halde, söz konusu kayıtların kişinin ölümüne kadar veya kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yıl süreyle arşivde muhafaza edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, tüm suçlara ilişkin arşiv kayıtlarının bu kadar uzun süre muhafaza edilmesi, suç ve cezaların nitelikleri veya ağırlıkları dikkate alınmadan tüm suçlar için geçerli tek bir sürenin belirlenmesi, bu sürenin arşiv kaydına alınmayı gerekli kılan amaçla orantılı ve makul olmaması nedeniyle Kural, adil ve hakkaniyete uygun bir düzenleme niteliğinde değildir.

Diğer taraftan, kişinin belli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkumiyet kararına ilişkin kaydın kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi, Anayasa'nın 5. ve 17. maddelerinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların ıslah edici olma amacı ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine dayanılarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 10., 11., 12., 20. ve 40. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

b) Maddenin (2) ve (3) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

5352 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci fıkrasında, fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adlî sicil ve arşiv kayıtlarının, talep aranmaksızın; üçüncü fıkrasında ise kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararına ilişkin adlî sicil ve arşiv kaydının tamamen silineceği hükmü yer almaktadır.

İlgili hakkında verilen mahkumiyet kararına dayanak olan eylemin sonradan yapılan yasal değişiklikle suç olmaktan çıkarılması, kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat ya da ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi hallerinde, arşive alınan kaydın arşive alınmasını gerektiren hukuksal etki ve değerinin ortadan kalkması nedeniyle arşivden silinmesinin, Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk Devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 5., 10., 11., 12., 17., 20. ve 40. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- 5352 sayılı Kanun'un Geçici 2. Maddesinin İncelenmesi

Şanlıurfa 3. Asliye Ceza Mahkemesinin başvuru kararında, Kanun'un 12. maddesi için belirttiği gerekçelerle itiraz konusu kuralın

Anayasa'nın 5., 10., 11., 12., 17., 20. ve 40. 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 2. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

İtiraz konusu kuralda, 5352 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenmiş ancak yürürlükten kaldırılan 3682 sayılı Kanun'a göre süre yönünden silinme koşulları oluşmayan kayıtlar hakkında ne tür bir işlem yapılacağına ilişkin kurallar yer almaktadır. Buna göre, Anayasa'nın 76. maddesi ile özel kanunlarda yer alan hükümler saklı kalmak koşuluyla, 5352 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenmiş suçlar için önceki Yasa'da öngörülen silinme sürelerini dolduran kayıtlar adli sicil kayıtlarından silinecek; süre yönünden silinme koşulunu doldurmayanlar ise arşive alınacak ve önceki Kanun'da belirtilen silinme sürelerini tamamladıktan sonra arşiv kayıtları da silinecektir. İtiraz konusu kural, 5352 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenmiş suçlara ilişkin mahkumiyet kararlarının adli sicil ve arşivden silinmesini mümkün hale getirirken, Anayasa'nın 76. maddesi ile özel kanunlarda yer alan bazı suçlara ilişkin mahkumiyet kayıtlarını kapsam dışında tutmuştur.

5352 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin gerekçelerle, itiraz konusu Geçici 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının "Anayasanın 76 ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır." biçimindeki son cümlesi ve (2) numaralı fıkrasının "… Anayasanın 76 ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkûmiyetler dışındaki kayıtlar için …" bölümü Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine dayanılarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 10., 11., 12., 20. ve 40. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, 2949 sayılı 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.

5352 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Anayasanın 76 ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır." biçimindeki son cümlesi ve (2) numaralı fıkrasının "… Anayasanın 76 ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkûmiyetler dışındaki kayıtlar için …" bölümünün, 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 İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 20.1.2011 gününde karar verilmiştir.

VIII- SONUÇ

A- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ

ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 25.5.2005 günlü, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun:

1- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bent ve cümleye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- Geçici 2. maddesine ilişkin esas incelemenin, maddenin, (1) numaralı fıkrasının "Anayasanın 76 ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır." biçimindeki son cümlesi ve (2) numaralı fıkrasının "… Anayasanın 76 ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkûmiyetler dışındaki kayıtlar için …" bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına,

C- 5352 sayılı Kanun'un;

1- 12. maddesinin,

a- (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

b- (2) ve (3) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

2- Geçici 2. maddesinin, (1) numaralı fıkrasının "Anayasanın 76 ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır." biçimindeki son cümlesi ve (2) numaralı fıkrasının "… Anayasanın 76 ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkûmiyetler dışındaki kayıtlar için …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

D- 5352 sayılı Kanun'un;

1- 12. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

2- Geçici 2. maddesinin, (1) numaralı fıkrasının "Anayasanın 76 ncı maddesi ile özel kanun hükümleri saklıdır." biçimindeki son cümlesi ve (2) numaralı fıkrasının"… Anayasanın 76 ncı maddesi ve özel kanunlarda sayılan suç ve mahkûmiyetler dışındaki kayıtlar için …" bölümünün,

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 İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE,

20.1.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/13

Karar Sayısı : 2011/4 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 20.1.2011

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Danıştay Altıncı Dairesi

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilen birinci fıkrasında yer alan "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmaksızın …" ibaresinin,

Anayasa'nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu ile ekleri, iptali istenilen kural, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" bölümünün;

1- "… imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" ibaresi, 20.1.2011 günlü, E. 2009/13, K. 2011/23 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri …" ibaresine yönelik iptal istemi, 20.1.2011 günlü, E. 2009/13, K. 2011/23 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

20.1.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/13

Karar Sayısı : 2011/23

Karar Günü : 20.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Altıncı Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının *"İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın…"* bölümünün, Anayasa'nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Hazine adına tapuya kayıtlı iki parselin ifraz edilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasıyla, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir yasa veya kanun hükmünde kararname hükümlerini Anayasa'ya aykırı görür yahut taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, 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 kuralı, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kuraldır.

Uyuşmazlık konusu olayda, 3194 sayılı İmar Kanununun 15. ve 16. maddelerinin yanı sıra 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6. maddesi ile değişik 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasının davada uygulanacak kural olduğu tartışmasızdır.

4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6. maddesi ile değişik 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 7. maddesinin eklenen 1. fıkrasında; "Hazineye ait taşınmazların değerlendirilmesi ile ilgili işlemlerde Bakanlık tarafından istenilen bilgi ve belgeler, kamu kurum ve kuruluşlarınca öncelikle gönderilir ve görüş yazıları en geç iki ay içinde cevaplandırılır. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde olumlu görüş verilmiş sayılır. İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın ve herhangi bir ücret, bedel ve gider karşılığı talep edilmeksizin ilgili kuruluşlarca talebi izleyen iki ay içinde yerine getirilir." hükmü yer almıştır.

3194 sayılı İmar Kanununun 15. maddesinde; "İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez.

İmar parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin bu planlara uygun olması şarttır.

İmar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir.

İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez" hükmü, 16. maddesinde ise; "Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki gayrimenkullerin re'sen

veya müracaat üzerine tevhid veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkini, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurullarınca onaylanır.

Onaylama işlemi, müracaatın belediyelere veya valiliklere intikalinden itibaren en geç 30 gün içinde sonuçlandırılır ve tescil veya terkini için 15 gün içinde tapuya bildirilir.

Tapu dairesi, tescil veya terkin işlemini bir ay içinde sonuçlandırmak zorundadır.

Bu Kanun hükümlerine göre şüyulandırılan gayrimenkullerin sahipleri ilgili idarenin tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde aralarında anlaşamadıkları veya şüyuun izalesi için, mahkemeye müracaat edilmediği takdirde ilgili idare hissedarmış gibi, şüyuun izalesi davası açabilir.

Tarafların rızası veya mahkeme kararı ile şüyuun izalesi ve arazi taksimi de yukarıdaki hükümlere tabidir."hükmü yer almıştır.

Belirtilen hükümlerde ifraz, tevhid ve tescil işlemlerinin hangi şartlarda ve nasıl yapılacağı belirtilmiştir.

T.C. Anayasasının Devletin Temel Amaç ve Görevleri Başlıklı 5. maddesinde:

"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." hükmü ile,

Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması başlıklı 56. maddesinde: "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir..." hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 5. ve 56. maddesiyle Devlete verilen görevlerin imar mevzuatıyla getirilen düzenlemelerle de yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmaması gerekir.

4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrası ile, Hazineye ait taşınmazların değerlendirilmesi ile ilgili işlemlerde Bakanlık tarafından istenilen bilgi ve belgeler, kamu kurum ve kuruluşlarınca öncelikle gönderilir ve görüş yazıları en geç iki ay içinde cevaplandırılır. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde olumlu görüş verilmiş sayılır. İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın ve herhangi bir ücret, bedel ve gider karşılığı talep edilmeksizin ilgili kuruluşlarca talebi izleyen iki ay içinde yerine getirilir şeklinde getirilen düzenleme, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasa'nın 10 uncu maddesinde: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." kuralı yer almıştır. Anılan hükümde düzenlenen yasak, insan hakları belgelerinde olduğu gibi, birbirinin aynı durumunda olanlara aynı kuralların uygulanmasını, ayrıca ve açıkça ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme getirilmesi eşitliğe aykırılık oluşturur. T.C. Anayasası'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngörüldüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz (Anayasa Mahkemesi'nin 17.3.2004 günlü, E:2001/282, K:2004/34 sayılı Kararı).

Uyuşmazlığın çözümünde uygulanan ve iptali istenilen Yasa kuralı ile şahısların mülkiyetinde bulunan taşınmazlardan hiç bir farkı bulunmayan Hazineye ait taşınmaza ilişkin olarak aynı hukuksal durumdaki diğer kişilere tanınmayan bir biçimde ayrıcalık getirilmiş, bu taşınmazın maliki Hazine ile diğer taşınmaz malikleri arasında imar mevzuatınca uygulanacak işlemler açısından ayrım yapılmıştır.

Bu bağlamda, Anayasanın yukarıda içeriği yazılı 5. ve 56. maddelerinde ifadesini bulan Devletin temel amaçları çerçevesinde

belirtilen ödevlerini yerine getirirken, idarenin imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışında tutulması sözü edilen 5. ve 56. maddeleri ile yukarıda açılımı yazılı Anayasanın 10. maddesine aykırılık oluşturduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir Yasanın Anayasaya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi gereğince 4706 sayılı Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasındaki "ifraz, tevhid, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmaksızın" ibaresinin Anayasa'nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle re'sen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve Anayasa Mahkemesince verilecek olan kararın gecikmesi halinde hem yargısal hem de kişisel bazda giderilmesi güç veya olanaksız zararlar doğabileceği göz önünde bulundurularak esas hakkında karar verilinceye kadar itiraz konusu kuralın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesinin istenilmesine, dosyada bulunan konuyla ilgili belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine 09.10.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrası şöyledir:

"Hazineye ait taşınmazların değerlendirilmesi ile ilgili işlemlerde Bakanlık tarafından istenilen bilgi ve belgeler, kamu kurum ve kuruluşlarınca öncelikle gönderilir ve görüş yazıları en geç iki ay içinde cevaplandırılır. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde olumlu görüş verilmiş sayılır. ***İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın*** *ve herhangi bir ücret, bedel ve gider karşılığı talep edilmeksizin ilgili kuruluşlarca talebi izleyen iki ay içinde yerine getirilir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İtiraz başvurusunda, Anayasa'nın 5., 10. ve 56. 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 26.2.2009 tarihinde 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, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesiyle aynı durumda olanlar için farklı kurallar getirilmesinin yasaklandığı, Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevlerinin belirtildiği, 56. maddesinde de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunun ve çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğunun ifade edildiği, Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleriyle Devlete verilen görevlerin imar mevzuatıyla getirilen düzenlemelerle de yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmadığı, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 15. ve 16. maddelerinde ifraz, tevhit ve tescil işlemlerinin hangi şartlarda ve nasıl yapılacağının belirtildiği, itiraz konusu kuralla şahısların mülkiyetinde bulunan taşınmazlardan hiçbir farkı bulunmayan Hazine'ye ait taşınmazlar yönünden diğer kişilere tanınmayan bir biçimde ayrıcalıklı kurallar getirilmek suretiyle imar mevzuatı yönünden Hazine ile diğer taşınmaz malikleri arasında ayrım yapıldığı, Hazine'nin imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışında tutulmasının Anayasa'nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural, Hazine'ye ait taşınmazların ifraz, tevhit, tescil ve tespit işlemlerinin imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın yerine getirileceğini öngörmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, *"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* denilmektedir.

Anayasa'nın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesinde de, *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir…"* hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 5. maddesiyle kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ödevi Devlete verilirken, 56. maddesiyle de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır.

Devlete verilen bu görevlerin yaşama geçirilmesi bakımından, imar mevzuatıyla getirilen düzenlemeler büyük önem taşımaktadır. Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesi, belli bir plan ve program çerçevesinde gözetim ve denetim ile gerçekleşebilir. Anayasa'da yer alan "sağlıklı ve dengeli çevre" kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de gireceği kuşkusuzdur.

İmar hukukuna ilişkin kurallar temel olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nda yer almaktadır. İmar Kanunu'nun "İfraz ve tevhid" başlıklı 15. maddesinde, *"İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez. İmar parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin bu planlara uygun olması şarttır. İmar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte*

belirtilen esaslara göre tespit edilir. İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez.", "Tescil ve şüyuun izalesi" başlıklı 16. maddesinde ise *"Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki gayrimenkullerin re'sen veya müracaat üzerine tevhid veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkini, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurullarınca onaylanır. Onaylama işlemi, müracaatın belediyelere veya valiliklere intikalinden itibaren en geç 30 gün içinde sonuçlandırılır ve tescil veya terkini için 15 gün içinde tapuya bildirilir. Tapu dairesi, tescil veya terkin işlemini bir ay içinde sonuçlandırmak zorundadır…"* hükümleri yer almaktadır.

Anılan maddelerde, imar planlarında umumi hizmetlere ayrılan taşınmazların bu kısımlarının ifraz ve tevhidi yasaklanmış, imar parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde ifraz ve tevhidin yapılabilmesi ise imar planına uygun olması koşuluna bağlanmış ve imar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerler ile imar planı dışında kalan alanlarda yapılacak ifrazlar yönünden ise yönetmeliklerde belirtilen kurallara uyulması koşulu aranmıştır. Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki taşınmazların tevhit veya ifrazı ile bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkini işlemlerinin tapu dairesince sonuçlandırılması ise bu işlemlerin İmar Kanunu ve yönetmelik hükümlerine uygunluğunun ilgili idari kurullarca onaylanması şartına bağlanmıştır. Kısaca, ifraz ve tevhit işlemlerinin yapılabilmesi, imar mevzuatına uygun olmalarına ve bu uygunluğun ilgili idari kurullarca tespit edilerek onaylanmasına bağlıdır. Getirilen bu düzenleme ile sağlanmak istenen nihai amacın kamu yararı olduğu kuşkusuzdur.

İtiraz konusu kuralda yer alan *"imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın"* ibaresi, Hazine'ye ait taşınmazların ifraz, tevhit ve tescil işlemlerinin imar mevzuatındaki kısıtlamaların dışına çıkarılması sonucunu doğurmakta ve İmar Kanunu ile konuya ilişkin yönetmeliklerde öngörülen kurallara aykırı da olsa Maliye Bakanlığı'nın bu yöndeki taleplerinin ilgili idarelerce yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Söz konusu işlemlerin yapılabilmesi için imar mevzuatına uygun olma koşulunun ortadan kalkması ve bu uygunluğun idari kurullarca denetiminin olanaksız kılınması ise imar hukukunda denetimsiz bir alan

oluşturmakta, bu da Devletin bu konudaki gözetim ve denetim görevini yerine getirmesine engel olmaktadır.

Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleriyle Devlete verilen ödevlerin somut tedbirlerle nasıl yerine getirileceği yasa koyucunun takdirinde ise de söz konusu ödevler yerine getirilirken Hazineye ait taşınmazların ifraz ve tevhit işlemleri yönünden ayrıcalık tanınarak bu işlemlerin imar mevzuatındaki kısıtlamalar dışında tutulması, Anayasa'nın anılan maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralda yer alan *"imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın"* ibaresi, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırı görülerek iptal edilen ibarenin ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

İtiraz konusu kuralın, iptal edilen ibare dışında kalan *"İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri"* ibaresinin ise Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığından, bu ibareye yönelik iptal isteminin reddi gerekir.

VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa'nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

4706 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin, 4916 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasındaki "…imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden sonra gelen "… ve …" sözcüğünün de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince iptali gerekir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik

Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" bölümünün;

1- "… imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" ibaresi, 20.1.2011 günlü, E.2009/13, K.2011/23 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri …" ibaresine yönelik iptal istemi, 20.1.2011 günlü, E.2009/13, K.2011/23 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

20.1.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VIII- SONUÇ

A- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" bölümünün;

1- "… imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri …" ibaresinin ise Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

C- 4706 sayılı Kanun'un 7. maddesinin, 4916 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" bölümünün, "… imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın …" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden sonra yer alan "… ve …" sözcüğünün de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE,

OYBİRLİĞİYLE,

20.1.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/65

Karar Sayısı : 2011/24

Karar Günü : 20.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 1. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 18.2.1963 günlü, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun, 25.12.2003 günlü, 5035 sayılı Yasa'nın;

1- 21. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin,

2- 23. maddesiyle değiştirilen 5. maddesindeki (I) SAYILI TARİFE'de yer alan "…arazi taşıtları …" ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Motorlu taşıtlar vergisinin eksik ödendiği gerekçesiyle vergi dairesi müdürlüğünce ikmalen salınan verginin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununda 5035 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonucu vergileme ölçüleri, oranları ve vergi tarifeleri yeniden düzenlenmiştir.

(I) sayılı tarifede yer alan motorlu taşıtlar iki kritere göre vergilendirilmektedir. Bu kriterler motorlu aracın yaşı ve silindir hacmidir.

(II) sayılı tarifede yer alan motorlu taşıtlardan; minibüste aracın yaşına, panelvan ve motorlu karavanlar yaş ve silindir hacminin 1900 cm3 aşağı ve yukarı olmasına, otobüs ve benzerlerinin yaş ve oturma yerine, kamyonet, kamyon, çekici ve benzerleri aracın azami toplam ağırlığı ve yaşına göre vergilendirilmektedir.

Bu iki tarife karşılaştırıldığında, iki tarifenin de yaş hariç, vergilendirmede esas alınan kriterlerin araçların üretim ve kullanım amaçlarına göre düzenlendiği; binek araçların silindir hacmine göre, ticari olarak yolcu taşıyan araçların koltuk sayısına, yük taşımaya elverişli araçların ise azami ağırlığına göre vergilendirmeye esas alındığı görülmektedir.

Vergilendirmede kullanılan bu kriterler dikkate alınarak, arazi taşıtı tanımı ve kavramının Anayasa'ya aykırılık sorunu irdelenmelidir.

Arazi taşıtının tanımından, motorlu taşıtın bütün tekerlerinin motordan güç alması aracın arazi taşıtı olarak sayılması için yeterli görülmüştür. Motorlu taşıtın bütün tekerlerinin motordan güç alması halinde aracın sınıfının; otomobil, kaptı kaçtı, minibüs, panelvan, otobüs, kamyon, kamyonet ve çekici olmasına yönelik ayrımın bir önemi kalmamaktadır. Yani diğer bir anlatımla, trafikte teknik belgesine uygun bir şekilde tescil edilmiş motorlu taşıt, (II) sayılı tarifede yer alan bir araç tanımlamasına girse de, eğer bütün tekerleri motordan güç alıyorsa bu araç arazi taşıtı sayılacak ve (I) sayılı tarifeden vergilendirilecektir. Kanun tarafından getirilen diğer bütün tanımlar ve tarife ayrımları yok sayılacaktır.

Buna bağlı olarak ta, yolcu ve yük taşımacılığına elverişli olan otobüs ve kamyonet gibi araçlar yüksek silindir hacmine sahip olduklarından (I) sayılı tarifenin de en üst diliminden vergilendirilerek ve araç sahipleri mali güçlerini aşan bir vergi yüküyle karşı karşıya bırakılmaktadırlar.

Nitekim, kamyonet olarak tescil edilen ve 4038 cm3 silindir hacmine sahip bir aracın (II) sayılı tarife uyarınca 2007 yılında ödeyeceği vergi 709,00 TL iken, bu aracın bütün tekerlekleri motordan güç aldığı takdirde arazi taşıtı kabul edileceğinden 2007 yılında ödeyeceği vergi ise 11.845,00 TL'dir.

Öncelikle, arazi taşıtına getirilen tanım, üretici firmaların aracın zorlu yol koşullarında rahat kullanılabilmesi için geliştirilmiş, aracın daha rahat kullanımına yönelik bir sistemdir. Vergilendirmeye esas

alınabilecek nitelikte, aracın kullanım amacında değişiklik yapabilecek, kamyon, kamyonet ve otobüsün otomobil sınıfında vergilendirilmesine esas olabilecek nitelikte bir sistem değildir. Bu sistem üretilen bütün modellerde sunulmamakta, aynı marka ve modelin her üretiminde bulunmamaktadır. Kaldı ki 4x4 dediğimiz bütün tekerlekleri motordan güç alan araçlar gibi, aynı marka ve modele ait 4x2 denilen iki tekerin motordan güç aldığı sisteme sahip araçlarda mevcuttur. Yine aynı aracın tekerleri motordan güç olmayan modelleri de üretilebilmektedir.

Bu durumda, arazi taşıtı tanımının motorlu taşıtlar vergisi yönünden yol açtığı durumu ihtilafa konu araç modeli üzerinde örnekle açıklarsak;

1- Dodge Marka AS 250 WD açık kasalı kamyonet için 2007 yılında ödenecek motorlu taşıtlar vergisi 709,00 TL'dir.

2- Dodge Marka AS 250 WD 4x2 (iki tekeri motordan güç alan) açık kasalı kamyonet için 2007 yılında ödenecek motorlu taşıtlar vergisi 709,00 TL'dir.

3- Dodge Marka AS 250 WD 4x4 (bütün tekerleri motordan güç alan ve arazi taşıtı kavramına giren) açık kasalı kamyonet için 2007 yılında ödenecek motorlu taşıtlar vergisi 11.845,00 TL'dir.

Anayasa'nın "Vergi ödevi" başlıklı 73. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür" denilerek, kamu giderlerini karşılamak üzere ödenen verginin "malî güce göre alınması" ve "genelliği" ilkeleri benimsenmiştir.

Genellik ilkesi, malî gücü olan herkesin, vergi yükümlüsü olmasını ve ayırım gözetilmeksizin gelir, servet veya harcamaları üzerinden vergi ödemesini gerektirir.

Malî güce göre vergilendirme ise, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, malî gücü fazla olanın, az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirtir. "Malî güç", genellikle "ödeme gücü" anlamında kullanılmaktadır. Kamu maliyesi yönünden gelir, servet ve harcamalar malî gücün göstergesidir. Verginin, herkesten malî gücüne göre alınması, aynı zamanda eşitlik ilkesinin vergilendirme alanına yansımasıdır. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "yasa önünde eşitlik" ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlayarak

yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğundan, bu ilkenin, vergi yükünün dağılımında gözetilmesi gereken temel bir unsur olduğu kuşkusuzdur. Malî gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan da farklı tutarda vergi alınması vergide eşitlik ilkesinin esasını oluşturur. Bu bağlamda, 73. maddenin ikinci fıkrasında da vergi yükünün adaletli ve dengeli bir biçimde dağılımı öngörülerek eşitlik ve hukuk devleti temelinde maliye politikasının sosyal amacı vurgulanmıştır.

Motorlu taşıtlar vergisi, konusu motorlu kara, hava ve deniz taşıtları olan bir servet vergisi niteliğindedir. Servet, genelde ekonomik bir anlam taşır. Ekonomik anlamda servetin vergilendirilmesinde, servetin değerini aşan bir ölçünün hukuk devleti, mali güç ve eşitlik ilkesine uygun olduğu düşünülemez.

Trafikte kamyon veya kamyonet olarak tescil edilmiş olan ve yük taşımaya elverişli bulunan araçlara ait motorlu taşıtlar vergisi (II) sayılı tarife üzerinden ödenirken, aynı araçların (4x4) özelliği bulunan modellerinin (I) sayılı tarife üzerinden vergilendirilmesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırıdır.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

Uygulamada, (II) sayılı tarife üzerinden vergilendirilmesi gereken motorlu taşıtların, arazi taşıtı kabul edilerek (I) sayılı tarife üzerinden vergilendirilmesi sonucu, araç sahipleri araçlarının değerini aşan bir vergi yüküyle karşı karşıya kaldıklarından bu durum telafisi güç ve imkansız zararlara neden olacağından, bu zararların oluşmasını engelleyebilmek için iptal davası sonuçlanıncaya kadar iptali istenilen hükümlerin yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

HÜKÜM :

18.2.1963 tarih ve 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 25.12.2003 tarih ve 5035 sayılı Kanunla değişik 2'nci maddesinin 7'nci bendinin; "7- Arazi taşıtı Karayollarında yolcu veya yük taşıyabilecek şekilde imal edilmiş olmakla beraber bütün tekerlekleri motordan güç alan veya alabilen motorlu araçtır." ibaresinin, Kanunun 25.12.2003 tarih ve 5035 sayılı Kanunla değişik 5'inci maddesindeki (I) sayılı tarifede yer alan "arazi taşıtları" ibaresinin Anayasa'nın 2, 10, 11 ve 73'üncü maddelerine aykırı oldukları gerekçesiyle ANAYASA'NIN 152'NCİ

MADDESİ UYARINCA İPTALİ VE YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASI HAKKINDA KARAR VERİLMEK ÜZERE DOSYANIN ONAYLI BİR ÖRNEĞİNİN ANAYASA MAHKEMESİ'NE GÖNDERİLMESİNE, bu konuda bir karar verilinceye kadar ve en fazla kararımızın Anayasa Mahkemesi'ne tebliğinden itibaren beş ay süre ile dosyanın geri bırakılmasına, 15.7.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

18.2.1963 günlü, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun;

1- 5035 sayılı Yasa'nın 21. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendi şöyledir:

"Arazi taşıtı: Karayollarında yolcu veya yük taşıyabilecek şekilde imal edilmiş olmakla beraber bütün tekerlekleri motordan güç alan veya alabilen motorlu araçtır."

2- 5035 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle değiştirilen ve iptali istenilen *"…arazi taşıtları …"* ibaresinin yer aldığı 5. maddesi şöyledir:

"Otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri ile motosikletler aşağıdaki (I) sayılı tarifeye göre vergilendirilir.

(I) SAYILI TARİFE

Motor Silindir Hacmi (cm³)	Taşıtların Yaşları İle Ödenecek Yıllık Vergi Tutarı (TL)				
	1-3 yaş	4-6 yaş	7-11 yaş	12-15 yaş	16 ve yukarı yaş
1- Otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerleri					
1300 cm³ ve aşağısı	250.000.000	175.000.000	100.000.000	75.000.000	30.000.000
1301-1600 cm³'e kadar	400.000.000	300.000.000	175.000.000	125.000.000	50.000.000
1601-1800 cm³'e kadar	700.000.000	550.000.000	325.000.000	200.000.000	80.000.000
1801-2000 cm³'e kadar	1.100.000.000	850.000.000	500.000.000	300.000.000	120.000.000
2001-2500 cm³'e kadar	1.650.000.000	1.200.000.000	750.000.000	450.000.000	180.000.000
2501-3000 cm³'e kadar	2.300.000.000	2.000.000.000	1.250.000.000	675.000.000	250.000.000

3001-3500 cm³'e kadar	3.500.000.000	3.150.000.000	1.900.000.000	950.000.000	350.000.000
3501-4000 cm³'e kadar	5.500.000.000	4.750.000.000	2.800.000.000	1.250.000.000	500.000.000
4001 cm³ ve yukarısı	9.000.000.000	6.750.000.000	4.000.000.000	1.800.000.000	700.000.000
2- Motosikletler					
100-250 cm³'e kadar	50.000.000	40.000.000	30.000.000	20.000.000	10.000.000
251-650 cm³' e kadar	100.000.000	75.000.000	50.000.000	30.000.000	20.000.000
651-1200 cm³'e kadar	250.000.000	150.000.000	75.000.000	50.000.000	30.000.000
1201 cm³ ve yukarısı	600.000.000	400.000.000	250.000.000	200.000.000	100.000.000

(I) sayılı tarifede yer alan otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtları ve benzerlerine ait vergi tutarlarının Türkiye Sigorta ve Reasürans Birliği tarafından her yılın Ocak ayında ilan edilen kasko sigortası değerlerinin % 6'sını aşması halinde, aynı yaş grubunda bulunan taşıtlara ait vergi tutarlarını, bir alt kademedeki taşıtlara isabet eden vergi tutarı olarak belirlemeye, bu oranı % 4'e kadar indirmeye ve kanuni oranına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla 16.9.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantısında;

A- Öncelikle on yıllık başvuru yasağı sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. maddesi ile 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı yasa

hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 5035 sayılı Yasa'yla değiştirilen 5. maddesine yönelik iptal başvurusu, Anayasa Mahkemesi'nin 23.6.2004 günlü, E.2004/14, K.2004/84 sayılı kararıyla, Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile esastan reddedilmiş ve bu karar 22.10.2005 günlü, 25974 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nce işin esasına girilerek reddedilen kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için, önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 22.10.2005 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Bu nedenle, 18.2.1963 günlü, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun, 25.12.2003 günlü, 5035 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle değiştirilen 5. maddesindeki (I) SAYILI TARİFE'de yer alan "…arazi taşıtları …" ibaresinin iptaline ilişkin itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi gereğince REDDİNE,

B- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 18.2.1963 günlü, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun, 25.12.2003 günlü, 5035 sayılı Yasa'nın 21. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nda yer alan (I) ve (II) sayılı tarifelerin karşılaştırıldığında taşıt yaşı hariç olmak üzere her iki tarifede de araçların üretim ve kullanım amaçlarının vergilendirmede esas alınan kriterler olduğu, binek araçların silindir hacmine, ticari olarak yolcu taşıyan araçların koltuk sayısına, yük taşımaya elverişli araçların ise azami ağırlığına göre vergilendirildiği, bir motorlu taşıtın bütün tekerlerinin motordan güç alması halinde ise bu

aracın sınıfının otomobil, kaptıkaçtı, minibüs, panelvan, otobüs, kamyon, kamyonet ve çekici olmasına bakılmaksızın "arazi taşıtı" olarak kabul edildiği ve bu suretle vergilendirildiği, bu düzenlemenin yasayla getirilen diğer bütün tanımları ve tarife ayrımlarını yok saydığı, bir kamyonet için ödenecek vergi 709 TL iken aynı marka, model ve yaştaki kamyonetin bütün tekerlerinin motordan güç alması halinde bu aracın arazi taşıtı sayılarak 11.845 TL vergiye tabi tutulduğu, motorlu taşıt vergisinin bir servet vergisi niteliğinde olduğu, ekonomik anlamda servetin vergilendirilmesinde servetin değerini aşan bir ölçünün hukuk devleti ilkesine, mali güce göre vergilendirilme ilkesine ve eşitlik ilkesine uygun olmayacağı, bu nedenle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde, bu Kanun'da kullanılan terimlerin taşıdığı anlamlar gösterilmiş ve itiraz konusu kuralla, karayollarında yolcu veya yük taşıyabilecek şekilde imal edilmiş olmakla beraber bütün tekerlekleri motordan güç alan veya alabilen motorlu araçlar, arazi taşıtı olarak tanımlanmıştır.

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 gereklidir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

İtiraz konusu kural ile yapılan "arazi taşıtı" tanımı açık, net, anlaşılır ve nesnel olduğundan bu tanımda bir belirsizlik ve hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

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

Anayasa'nın 10., 11. ve 73. maddeleri ile ilgili olarak başvuru kararında ileri sürülen hususlar ise arazi taşıtlarının vergilendirilmesine yönelik olup, "arazi taşıtı" tanımının yapıldığı itiraz konusu kuralla söz konusu maddelerin ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

18.2.1963 günlü, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun, 25.12.2003 günlü, 5035 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendine yönelik iptal istemi, 20.1.2011 günlü, E. 2009/65, K. 2011/24 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bende ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 20.1.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 18.2.1963 günlü, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun, 25.12.2003 günlü, 5035 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

20.1.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/109

Karar Sayısı : 2011/25

Karar Günü : 26.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kadıköy 1. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan ***"...hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde…"*** ibaresinin Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sosyal sigorta kapsamındaki işyerindeki çalışmasının sona erdiği yılın sonundan itibaren 5 yıl geçtikten sonra, bu çalışmasına ilişkin sigorta işlemlerinin yaptırılmadığını ve sigorta primlerinin ödenmediği ileri sürülerek davacı tarafından açılan hizmet tespiti davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı tarafından mahkememize açılan davada, davacı davalıya ait (…) isimli firmasında 01.03.1995 tarihinde işe başladığını, 30.12.1998 tarihinde işten ayrıldığını, Kuruma yaptığı başvuruda bu işyerindeki çalışmalarının Kurum kayıtlarına geçmediğini ve bildirilmediğini belirterek çalıştığı günlerin 506 sayılı Yasa'nın 79/10 maddesine göre tespitini istemiştir. Davalı SSK vekili davanın yersiz olduğunu, işyerinin 13.08.1998 tarihi itibariyle 506 sayılı Yasa kapsamına alındığını, davacı adına bildirim yapılmadığını davanın hak düşürücü süre yönünden reddi gerektiğini beyan etmiştir.

Diğer davalı (…) vekili davacının müvekkilinin işçisi olmadığını, davanın reddini istemiştir. Diğer davalı duruşmaya gelmemiş, savunmada bulunmamıştır.

Davacının talebi 506 sayılı Yasa'nın 10/10. maddesine dayanan hizmet tespiti davasıdır.

Davacıya ait hizmet cetvelinin incelenmesinde davacının, tespit konusu edilen 01.03.1995-30.12.1998 tarihleri arası SSK.lı olarak çalışmasının bulunmadığı ve çalıştığını iddia ettiği davalılardan (…)'a ait olduğu anlaşılan ve 13.08.1998 tarihinde kapsama alınan 071058482.34 sicil sayılı işyerinde çalışmasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu haliyle davacı hakkında 506 sayılı Yasa'nın 10/10. maddesinin uygulanarak SSK vekilinin savunmasında belirtilen hak düşürücü 5 yıllık sürenin geçmiş bulunması nedeni ile davanın öncelikle bu nedenle reddi gerekmektedir. Zira çalışmanın sona erdiği tarih 31.12.1998 olup 5 yıllık hak düşürücü süre eklendiğinde en son dava açma tarihi 31.12.2003 tarihidir. Bu nedenle davada iptali talep edilen hükmün uygulanması söz konusu olduğundan, Mahkememizce Yasa'nın 79/10. maddesinde belirtilen 5 yıllık hak düşürücü sürenin Anayasası'nın 11, 13, 49, 60. maddelerine aykırı bulunması ve 506 sayılı Yasanın 6. maddesi ile açık olarak çelişmesi nedeni ile iptali için resen Anayasa'nın 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurmaya karar verilmiştir.

Uygulanması gereken Anayasa hükümleri:

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

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Anayasa Madde 13: Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasa Madde 49: Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır.

Devlet işçi-işveren ilişkilerinde çalışma barışının sağlanmasını kolaylaştırıcı ve koruyucu tedbirleri alır.

Anayasa Madde 60: Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."

İncelenen dava dosyasında, davacının işe giriş tarihinin talebinde 01.03.1995 olarak gösterdiği, iş yerinin SSK kapsamına alınma tarihinin 13.08.1998 olmasına rağmen, dosyaya ibraz edilen S.S Sevgican Karakolu ifade tutanağında davacının adresinin davalı işyerinin işyeri bildirim belgesindeki adres olması ve ifadenin 13.03.1998 tarihinde verilmiş olması, işyerinin SSK.ya bildiriminden önce davacının bu işyerinde çalıştığını göstermektedir. Ancak davacının bu işyerindeki çalışmalarının 5510 sayılı Yasa'nın 86/9 maddesi gereğince kabul edilebilmesi, bu çalışmaların diğer delillerle kanıtlanması durumunda söz konusudur. Davamızda ise öncelikle çözülmesi gereken husus hak düşürücü süredir. Hak düşürücü sürenin geçmiş bulunması durumlarında Yasa'nın amir hükmü gereği çalışma kanıtlansa dahi kabulü mümkün değildir. Böyle durumlarda delil toplanmasına gerek görülmeden davanın hak düşürücü süre nedeni ile reddi gerekmektedir. Bu nedenle davada uygulanması gereken hüküm yeni yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa'nın 86/9. maddesidir.

Davamızda iptali talep edilen 506 sayılı Yasa'nın 79/10. maddesi Yasa'nın yürürlüğe girdiği dönemlerde 5 yıl iken, 20.06.1987 tarih ve 3395 sayılı Yasa'nın 5. maddesi ile on yıla çıkarılmış, 01.06.1994 tarih 3995 sayılı Yasa'nın üçüncü maddesi ile tekrar 5 yıla indirilmiştir.

Ülkemizde bilindiği gibi kayıt dışılık söz konusu olup çalışanların SSK'ya bildirimleri zamanında ve tam olarak yapılmamakta olup yasakoyucu bunun önlenmesi için Yasa'ya söz konusu hükmü getirmiş bulunmaktadır. Yasa'nın bu hükmüne rağmen kayıt dışılık önlenememiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlere sınırlama getirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Yasa'daki bu 5 yıllık hak

düşürücü süre hükmünün de sınırlama kapsamı içinde düşünülmesi mümkündür. Ancak 13. maddede belirtilen sınırlamalar yasakoyucu tarafından sayılmıştır. Söz konusu hak bir sosyal güvenlik hakkı olup bu hak Anayasa'nın 60. maddesi ile güvence kapsamına alınmıştır. Sınırlamaların Anayasa'nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını belirttiğinden, bu nedenle söz konusu hükmün sınırlama kapsamı dışında olması gerekmektedir.

Ayrıca söz konusu sınırlama Anayasa'nın 49. maddesi ile de bu kapsam dışında bulunmaktadır. Zira bu maddede Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmektedir. Görüldüğü gibi sosyal güvenliğin bir bölümü olan çalışma hayatının ve bunun sonunda emeklilik hakkının kazanılması için böyle bir sınırlandırılmanın getirilmesi mümkün bulunmadığından Yasa'da ki bu hüküm Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlamalar dışında kalması gerekmektedir. Bu nedenle temel hak ve hürriyetlerden sınırlama yapmaya yönelik Anayasa hükmünün bu madde yönünden uygulanmasının mümkün bulunmadığını düşünmek gerekmiştir.

Anayasa'nın 60. maddesi ise herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı belirtilmiştir.

Böylece Anayasa, sosyal güvenlik hakkının kaçınılamaz ve vazgeçilemez bir hak olarak kabul etmiştir. Bunun gerekçesi ise, sosyal güvenlik hakkının bulunmaması durumunda işçi olarak çalışanların bu çalışmalarının sonunda yasalarla kendilerine tanınan emeklilik haklarından faydalanması ve çalışmalarının sonucunda emekli döneminde rahat bir yaşam sürmelerinin teminidir. Aksi halde çalışanlar sosyal güvenlik hakkından mahrum bırakıldıklarında emeklilik döneminde rahat bir yaşam tarzı bulmaları mümkün olmayacağından mağdur duruma düşeceklerdir. Bu da açık olarak Anayasa'nın 60. maddesine aykırıdır. Zaten yasakoyucu Anayasa'nın 60. maddesi ile bu tür işlemleri yapmak için Devlete teşkilat kurması ve gerekli tedbirleri alması için görev vermiştir. Sosyal güvenlik yasaları bu nedenle çıkarılmıştır. Böyle bir görevi Devlete veren Anayasa bu hakkın sınırlandırılmasını da elbette öngörmemiştir.

Sigortalı olmak hak yükümünden vazgeçilemeyeceği ve kaçınılamayacağı Yasa'da belirtilmiş olduğundan Yargıtay 10. ve 21. H. D. lerinin ve YHGK.nun kararlılık kazanmış kararlarında hizmet tespiti davalarından feragatin söz konusu olamayacağı açık olarak belirtilmekte olup bu husus 506 sayılı Yasa'nın 6. maddesi doğrultusunda yerinde bulunmaktadır. Feragat edilemeyen ve vazgeçilemeyen ve kaçınılamayan bir hak olan sigortalı olmak hakkının işten ayrıldıktan belli bir süre sonra aranamayacağını kabul etmekte çelişki yaratmaktadır.

Anayasa'nın 49. maddesinde Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak ve çalışmayı desteklemekle yükümlü kılınmıştır. Çalışanların hayat seviyelerinin yükseltilmesi ve çalışanların korunması için sosyal güvenlik hakkının bulunması gerekmektedir. Sosyal güvenlik hakkından yoksun olan bir bireyin hayat seviyesinin yükselmesi mümkün bulunmadığı gibi, çalışma hayatı sonunda primlerinin yatırılmamış olması durumunda sosyal güvenlik hakkı olan emekliliği hak kazanması mümkün olmayacaktır. Bu hak düşürücü sürenin varlığı halinde çalışanların korunması mümkün bulunmamaktadır. Zira çalıştığı işyerinden ayrılan bir çalışanın belgelerinin Kuruma verilmemiş olması halinde 5 yıllık sürenin geçmesi halinde artık bu çalışmalarını sosyal güvenlik kapsamı içine alması olanaksız bulunduğundan işçi korumasız hâle gelmiş olacaktır. Bu durum açıkça Anayasa'nın 49. maddesine aykırıdır. İşçiyi sigortasız olarak çalıştıran işveren korumuş, Anayasa'ya göre korunması gereken işçi ise korunmamış hâle gelecektir.

Açıklanmasına çalışılan nedenlerle, özellikle ülkemizde herkesin kabul ettiği gibi kayıt dışı çalışma yüksek boyutlardadır. 506 sayılı Yasa'nın yine 79/2-3. maddeleri ile getirilen önlemlere rağmen kayıt dışılık önlenememiştir. Hâlen aylık 30 günden az çalışmalar Kurum kayıtlarına belge verilmeden bildirilmekte ve ilgililer hakkında gerekli işlemler yapılmadığı için çalışanlar mahkemelere bu yönde davalar açmaya devam etmektedir. Bu nedenle kayıt dışı çalışmanın fazla olduğu ülkemizde bir de çalışanların bu tür hizmetlerini tespit ettirmek için dava açmalarına sınırlandırma ve hak düşürücü süre getirmek sosyal devlet ilkesine aykırı bulunmaktadır.

5510 sayılı Yasa'nın 86/9 maddesinde 5 yıllık hak düşürücü süre bu hâliyle Anayasa'nın 11., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu,

Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlandırma kapsamı dışında bulunduğundan resen Anayasa Mahkemesine iptali için başvurmak gerektiği kanaatine varılmıştır.

Yukarda açıklanan nedenle Mahkemenize yapılan başvuru 28.08.2007 tarihinde kabul edilmiş ve 2007/90 Esasına kaydedilmiştir.

Yargılama devam ederken 5510 sayılı Yasa 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 506 sayılı Yasa'yı yürürlükten kaldırmış ve bu arada iptali istenen Yasa maddesi de yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır.

01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasa'nın 86/9 fıkrası da iptali talep edilen hükmü ihtiva etmektedir. 5510 sayılı Yasa'nın bu davada uygulama olanağı söz konusu olduğundan 5510 sayılı Yasa'nın 86/9 fıkrasındaki "hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içinde" ibaresinin Anayasa'nın 11., 13., 49., 60. maddelerine aykırı bulunması nedeni ile yukarda açıklanan gerekçeler ile iptali yönünden ek talebimizin kabulü ile:

Bu talebimizin 2007/90 Esas sayılı dosya ile birleştirilerek ek talebimiz doğrultusunda 5510 sayılı Yasa'nın yukarda belirtilen hükmünün iptali için talepte ek talepte bulunmak gerektiği sonucuna varılmıştır.

SONUÇ VE TALEP:

Yukarda açıklanmasına çalışan nedenlerle:

5510 sayılı Yasa'nın 86/9 maddesinin "hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak 5 yıl içersinde..." hükmünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden iptaline karar verilmesi hususu,

Anayasa'nın 152. maddesine göre ek olarak talep olunur. (…)"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 86. maddesi şöyledir:

"Prim belgeleri ve işyeri kayıtları

MADDE 86- İşveren bir ay içinde 4 üncü ve 5 inci maddeye tâbi çalıştırdığı sigortalıların ve sosyal güvenlik destek primine tâbi sigortalıların;

a) Ad ve soyadlarını, T.C. kimlik numaralarını,

b) 80 inci maddeye göre hesaplanacak prime esas kazançlarını,

c) Prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını,

gösteren ve örneği Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenen asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini, (Değişik ibare: 5754 - 17.4.2008 / m.50) "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındakiler için en geç Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar, diğer sigortalılar için ise ait olduğu ayı takip eden ayda Kurumca belirlenecek günün sonuna kadar" Kuruma vermekle veya sigortalı çalıştırmadığı takdirde, bu hususu sigortalı çalıştırmaya son verdiği tarihten itibaren, onbeş gün içinde Kuruma bildirmekle yükümlüdür.

İşveren, işyeri sahipleri; işyeri defter, kayıt ve belgelerini ilgili olduğu yılı takip eden yılbaşından başlamak üzere on yıl süreyle, kamu idareleri otuz yıl süreyle, tasfiye ve iflâs idaresi memurları ise görevleri süresince, saklamak ve Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilen memurlarınca istenilmesi halinde onbeş gün içinde ibraz etmek zorundadır.

İşverenin, sigortalıyı, 4857 sayılı İş Kanununun 7 nci maddesine göre başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devretmesi halinde, sigortalıyı devir alan, geçici iş ilişkisi süresine ilişkin birinci fıkrada belirtilen belgelerin aynı süre içinde işverene ait işyerinden Kuruma verilmesinden, işveren ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların, otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklenmesi şarttır. Kamu idareleri ile toplu iş sözleşmesi imzalanan işyerlerinde bu şart aranmaz.

Sigortalıların otuz günden az çalıştığını gösteren bilgi ve belgelerin aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi gereken süre içinde Kuruma verilmemesi veya verilen bilgi ve belgelerin Kurumca geçerli sayılmaması halinde, otuz günden az bildirilen sürelere ait aylık prim ve

hizmet belgesi Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı primler, bu Kanun hükümlerine göre tahsil olunur.

Sigortalıyı çalıştıran işveren ile alt işveren ve iş görme edimini yerini getirmek üzere sigortalıyı geçici olarak devralan işveren; aylık prim ve hizmet belgesinin Kurumca onaylanan bir nüshasını sigortalının çalıştığı işyerinde, birden ziyade işyeri olması halinde ise sigortalının çalıştığı her işyerinde ayrı ayrı olmak üzere, Kuruma verilmesi gereken sürenin son gününü takip eden günden başlanarak, müteakip belgenin verilmesi gereken sürenin sonuna kadar, sigortalılar tarafından görülebilecek bir yere asmak zorundadır.

Fiilen veya işyeri kayıtlarından tespit edilecek her türlü bilgiden veya kamu kurum ve kuruluşları tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir. İşveren, bu maddeye göre tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde, ilgili Kurum ünitesine itiraz edebilir. İtiraz, takibi durdurur. İtirazın reddi halinde, işveren kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Yetkili mahkemeye başvurulması, prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz. Mahkemenin Kurum lehine karar vermesi halinde, 88 inci ve 89 uncu maddelerin prim borcuna ilişkin hükümleri uygulanır. (Değişik 7. fıkra: 5754 - 17.4.2008 / m.50) Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ edilir. İşveren, bu maddeye göre tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde, ilgili Kurum ünitesine itiraz edebilir. İtiraz, takibi durdurur. İtirazın reddi halinde, işveren kararın tebliğ

tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Yetkili mahkemeye başvurulması, prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz. Mahkemenin Kurum lehine karar vermesi halinde, 88 inci ve 89 uncu maddelerin prim borcuna ilişkin hükümleri uygulanır.

(Ek fıkra: 5754 - 17.4.2008 / m.50) Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarınca işyerinde fiilen yapılan tespitlerden ve kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemelerden kayıt ve belgelere dayanmaksızın çalıştığı belirlendiği halde, hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının Kuruma bildirilmediği anlaşılan veya eksik bildirildiği tespit edilen sigortalıların geriye yönelik hizmetlerinin veya prime esas kazançlarının, en fazla tespitin yapıldığı tarihten geriye yönelik bir yıllık süreye ilişkin kısmı dikkate alınır.

Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını **hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde** iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.

Sigortalının çalıştığı bir veya birden fazla işte, bu Kanunda yazılı şartları yerine getirmiş olmasına rağmen, kendisi için verilmesi gereken aylık prim ve hizmet belgesinin işveren tarafından verilmediği veya verilen aylık prim ve hizmet belgesinde kazançların veya prim ödeme gün sayılarının eksik gösterildiği Kurumca tespit edilirse, hastalık ve analık sigortalarından gerekli ödemeler yapılır.

Bu maddede belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, 102 nci maddeye göre işlem yapılır.

Kamu idarelerinde işyerinin özelliği nedeniyle prim belgelerinin farklı sürelerde verilme zamanını belirlemeye, Kurum yetkilidir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usûl ve esaslar ile belgelerin içerik ve şekli, Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. 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 yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine 18.12.2008 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, Anayasa'da sosyal güvenlik hakkının kaçınılmaz ve vazgeçilmez bir hak olarak kabul edilerek bu yolla çalışanların emeklilik dönemlerinde mağdur duruma düşmelerinin önüne geçilmesinin ve rahat bir yaşam sürmelerinin sağlanmasının amaçlandığı, Devlete bunun için gerekli teşkilatı kurması ve önlemleri alması konusunda görevler verildiği belirtilerek, Yasa'nın çalışanlarca hizmet tespiti davası açılabilmesi için benimsediği 5 yıllık hak düşürücü sürenin Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında olan ya da bu kapsama alınması mümkün bulunan işyerlerinde çalışanların sigortalılık ilişkisi içinde geçen çalışmalarına ait aylık prim ve hizmet belgelerinin işveren tarafından verilmemesi veya çalıştıklarının Sosyal Güvenlik Kurumunca tespit edilememesi durumlarında tespit davası açabilmelerini çalışmanın geçtiği ileri sürülen yılın sonundan başlayarak beş yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır. Bu süre içinde mahkemeye başvurmayan sigortalının geçmiş yıllara ilişkin çalışmasının tespitini talep ve bu döneme ilişkin aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayılarının sigortalılık bakımından dikkate alınması imkânı bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen

sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 49. maddesinde, Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 60. maddesinde, *"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar"* denilmektedir. Buna göre, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek ise Devlet için bir görevdir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal sigorta kuruluşlarınca kendi kuralları çerçevesinde yerine getirilir. Sosyal sigortanın kapsamı, sigorta alanı ve içerdiği riskler ile alınacak primler yasalarla belirlenmiştir. Sosyal güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır.

Devletin Anayasa'da güvence altına alınan sosyal güvenlik haklarının yaşama geçirilmesi için gerekli teşkilatı kurması ve diğer önlemleri alması, sosyal güvenlik politikalarını bilimsel verilere göre belirlemesi ve bunun için gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. Sosyal sigorta programlarının sigortacılık ilkeleri ve çağdaş standartlarla uyumu ve malî açıdan sürdürülebilirliği, sosyal sigorta kuruluşlarının idarî ve malî etkinliklerinin artırılması için gerekli rejimin oluşturulmasını zorunlu kılar. Nesnel ve sürekli kurallarla sağlam ve sağlıklı temellere oturtulmayan bir sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilir olması düşünülemez. Bu düzenin korunması Anayasa'nın 60. maddesinde yer alan sosyal güvenlik hakkının güvenceye alınması için de zorunludur.

5510 sayılı Yasa'da sosyal sigorta kapsamına dâhil edilmesi mümkün olan işyerlerindeki çalışmaların kaydını sağlamaya yönelik tedbirler bağlamında işe giriş, çalışma süreleri, sigorta primine esas kazanç toplamları ve işten ayrılışların hatasız biçimde Kurum kayıtlarına geçirilebilmesi için başta Kurum, işveren ve çalışan olmak üzere, tüm kamu kurum ve kuruluşları ile bankalara görevler verildiği; bu görevlerini yapmayanlar hakkında Yasa'nın 102. maddesinde

yaptırımlar getirildiği görülmektedir. Yine bu kayıtların doğruluğunun denetlenebilmesi amacıyla sigortalının Kurum işlemlerine dayanak oluşturan *"aylık çalışma cetvelleri"*nin, çalışanın görebileceği şekilde bir sonraki ayın cetvelinin tanzim edilmesine kadar işyerinde asılı tutulması zorunluluğu ile çalışma süreleri ve aylık prime esas kazançlara dair en doğru bilgi sahibi konumundaki sigortalının, gerekli kontrolleri yapabilmesi olanağı sağlanmıştır. Ayrıca bu konudaki kayıtların sigortalı ya da ilgilisi tarafından Kurum'dan talep edilebilmesinin yanı sıra Kurumun elektronik veri tabanından da temini olanaklı hâle getirilmiştir.

Yasa'nın 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, prim belgeleri işveren tarafından Kuruma verilmeyen veya çalışmaları Kurumca saptanamayan sigortalılara, hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan itibaren 5 yıl içinde mahkemeye başvurarak, Kurum kayıtlarında yer almayan fiili hizmet ve kazançlarını, mahkeme kararıyla kanıtlama imkânı tanınmıştır. Hizmet tespiti davaları olarak adlandırılan bu davalar sonucunda mahkemelerce hükme bağlanan aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları, sigortalılık açısından dikkate alınmaktadır.

Hizmet tespiti davalarının, çalışanların Kurum kayıtlarına geçirilmemiş aylık kazanç toplamları ve prim ödeme gün sayılarının sigortalılığın hesabında esas alınmasına yönelik olmaları nedeniyle, sosyal güvenlik sistemi üzerindeki etkileri açıktır. Dolayısıyla bu davalar için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin, sistemin süreklilik arz edecek şekilde veya makul olmayacak ölçüde uzun bir süre dava tehdidi altında tutulmasını önlemek suretiyle sosyal güvenlik sisteminin istikrarının sağlanması amacıyla getirildiği anlaşıldığından bunun bir sınırlama olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel

bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan "… hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Nuri NECİPOĞLU ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

26.1.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN

Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY YAZISI

İtiraz konusu kural, sosyal sigorta kapsamındaki işyerinde sigorta işlemleri yaptırılmayan ve primleri ödenmeyen kişinin, çalışmanın sona erdiği yılın sonundan itibaren 5 yıl geçtikten sonra hizmet tesbiti davası açmasına engel oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu, 49. maddesinde Devletin çalışanları korumak için gerekli tedbirleri alacağı, 60. maddesinde de Devletin sosyal güvenliği sağlayacak tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın çalışanı özel olarak korumasına rağmen ekonomik şartlardan ve yüksek oranlı işsizlikten kaynaklanan sigortasız çalışma gerçeğinin artarak sürdüğü, kişinin çoğu kez bu duruma bilerek razı olduğu, sigorta işlemlerinin yaptırılmamasının ve primlerin ödenmemesinin insan onuruna yakışır asgari sigorta olanaklarına kavuşmada kişi açısından ciddi ve onarılamayacak kayıplara yol açabildiği, zamanında yaptırılmayan sigorta işlemlerinin ve ödenmeyen primlerin telafisi yolunun alelade bir hak düşürücü gibi mütalaa edilmesinin sosyal hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşmadığı, bu bağlamda 5 yıllık hak düşürücü sürenin genel hukuk düzeni içindeki hak düşürücü sürelere kıyasla dahi yetersiz sayılabileceği, sosyal güvenlik hakkının kullanımına getirilen böyle bir kısıtlamanın demokratik bir düzende gerekli olmayan ölçüsüz bir kısıtlama olduğu, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 49. ve 60. maddelerine aykırılık nedeniyle iptali gerektiği düşüncesiyle, çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY GEREKÇESİ

Başvuran mahkeme 31.5.2006 günlü 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan, "…hizmetlerin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde …" ibaresinin iptalini istemiştir.

Ülkemizde çalışanlar hizmetlerinin bildirilmediğini, sigorta primlerinin işverenlerince ödenmediğini çoğunlukla ancak emeklilik başvurusu yaptıklarında, hizmetlerinin toplanmasını, birleştirilmesini talep ettiklerinde öğrenmekte ancak bu süreçte de beş yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle çalıştıklarını kanıtlama imkanına sahip olamadıklarından büyük bir mağduriyet yaşamaktadırlar.

Anayasa'nın 49. maddesinde, "Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." denilmekte, 60. maddesinde ise, " Herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin, bu güvenliği sağlayacak tedbirleri almak ve teşkilatı kurmakla yükümlü olduğu" ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesi de Hukuk Devletini; "insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasaların bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın olduğu bilincinde olan devlettir." şeklinde tanımlamaktadır. Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesi'nin tanımına göre devlet, her şeyden önce adaletli bir hukuk düzeni kurmakla yükümlüdür.

Ayrıca, adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde de, "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" denilmiştir. Burada güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, temel bir hak

olması niteliği dışında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa karşı hakkını arayabilmesinin, zararını giderebilmesinin kendisini savunabilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkının tanınması adil yargılanmanın ön koşuludur. Bu değerlendirmeden sonra iptali istenen kural, İşveren ve Sosyal Güvenlik Kurumu karşısında zayıf ve korunmaya muhtaç olan işçinin, hizmet tespiti davası açmasını ve hak aramasını engelleyen ve adil yargılanma hakkına da aykırı bir kuraldır. Hak düşürücü süre, 3395 sayılı Yasa ile 1987 – 1994 yılları arasında "…on yıl…" olarak uygulandıktan sonra, sürenin tekrar beş yıla indirilmesi hak aramayı sınırlamış, adil yargılanma kuralını ihlal ederek çalışanların aleyhine olmuştur. Hak düşürücü sürenin "beş yıl" yerine "on yıl" olarak uygulanması, çalışanın lehine daha adil, ölçülü, makul bir kural ve tedbirdir.

Feragat edilemeyen, vazgeçilemeyen ve kaçınılamayan bir hak olan sosyal sigorta kapsamında olmak hakkının işten ayrıldıktan belli bir süre sonra aranamayacağının kabulü, hak ve nasfet kurallarına aykırıdır. Uzun bir çalışma hayatının sonunda hizmetlerin kuruma bildirilmemiş, primlerin yatırılmamış olması durumu ile karşı karşıya kalan işçi, sosyal güvenlik hakkının en önemli sonuçlarından biri olan emekliliğe hak kazanamamış ya da kazanabilmek için yasal olarak çalışması gereken süreden daha uzun süre çalışmak zorunda kalmış olacaktır. Bu durum Anayasa'nın 49. maddesine açık bir aykırılık teşkil etmektedir. Kuruma bildirilmeyen hizmetlerin tespiti için dava açılmasına getirilen sınırlandırma (hak düşürücü süre) "Sosyal Devlet" ilkesine aykırı olduğu gibi "Hak Arama Özgürlüğü"ne de engeldir.

Açıklanan nedenlerle iptali talep olunan kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Nuri NECİPOĞLU	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/42

Karar Sayısı : 2011/26

Karar Günü : 26.1.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 2. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 4.12.1985 günlü, 3239 sayılı Kanun'un 125. maddesiyle değiştirilen 97. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 73. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

"Ruhsat ve İşgaliye Ücreti" olarak istenilen miktarın tahsili amacıyla düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Uyuşmazlık konusu ödeme emri, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun itiraza konu 97. maddesi hükmüne istinaden Ankara Büyükşehir Belediye Meclisi'nce düzenlenen tarifeye göre belirlenen ruhsat ve işgaliye ücretinin tahsili amacıyla davacıya tebliğ edilmiştir.

Davalı belediye vekilince dava dosyasına ibraz edilen savunma dilekçesinde, Ankara Büyükşehir Belediyesi Mezarlıklar Yönetmeliği'nin 31. ve 33. maddelerinde açıklanan ruhsat ve işgaliye ücretinin Belediye Meclisi kararı ile belirlendiği belirtilmiş, savunma ekine 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesi ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesi uyarınca belirlenen 2007 yılı Mezar Ücret Tarifesi eklenmiştir.

Bu durumda; dava konusu ödeme emri ile tahsili amaçlanan ruhsat ve işgaliye ücreti, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97.

maddesine ve bu maddenin verdiği yetkiye istinaden Ankara Büyükşehir Belediye Meclisi'nce düzenlenen tarifeye göre alındığından, Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesinin bakılan uyuşmazlıkta uygulanması gereken hüküm olduğu kanaatine varılmıştır.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesinin itiraza konu hükmünün Anayasaya aykırılık gerekçeleri açıklanmadan önce, söz konusu madde hükmünde geçen "ücret" sözcüğünün, hükmün içindeki hukuki niteliğinin ve bu kapsamda bu ücretin resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerden olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Ücret, kiralanan veya satın alman bir şey için ödenen paradır. (Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük) Satın alınan birşey bir mal olabileceği gibi yapılan bir hizmet de olabilmektedir. Bu kapsamda, olayla ilgili olarak ücret, bir hizmet karşılığı ödenen para olarak tanımlanabilir. Nitekim, madde hükmünde belediyelerin ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre alınacak ücretten bahsedilmektedir.

Madde hükmündeki "ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için alınacak ücret"in, resim veya harç yahut benzeri mali yükümlülük olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğinin de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Harç, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun gerekçesinde "fertlerin özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu kurumları ve hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödemelerdir." şeklinde tanımlanmıştır.

Buna göre, bir hizmetin harç konusu olabilmesi için kişilerin bir kamu kurumundan yararlanmaları, kişilere kamu eliyle özel bir yarar sağlanması ve kamu idaresinin kişilerin özel bir işiyle uğraşması gerekmektedir.

Resim ise; belirli bir işin veya hizmetin yapılması için yetkili makamlar tarafından verilen izin karşılığında elde edilen vergi benzeri bir gelir olarak tanımlanmaktadır (Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük). Yüksek Mahkeme'nin 31.3.1987 gün ve E:1986/20, K: 1987/9 sayılı kararında ise, resim, "devlet dairelerinde ve kamu kuruluşlarında görülen hizmet ve yapılan giderlerin karşılığı olarak yalnız o işle ilgili olan gerçek ve tüzelkişilerden sağlanan gelirlerdir." şeklinde tanımlanmıştır.

Öte yandan; 97. maddede, alınacak ücretin, harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edilecek tekel olarak verilmiş işler hariç her türlü hizmetlere ilişkin olduğu belirtilmiştir.

Bu tespitler ışığında, maddedeki ücretin; belediyece yapılacak tekel olarak verilmiş işler hariç her türlü hizmet karşılığında alınacak olması ve maddenin başındaki "harç veya katılma payı konusu yapılmayan" ifadesi nedeniyle, her ne kadar harç adı altında anılmasa da, harç benzeri mali yükümlülük olduğu ve Anayasa'nın 73. maddesi ile ilişkilendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Nitekim, vergi mahkemeleri anılan maddeye istinaden belediyelerce düzenlenen tarifelere göre alınan ücretlere ilişkin davalara, ücretin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olması nedeniyle bakmakta, vergi mahkemesi kararlarının temyizi üzerine Danıştay'ın ilgili vergi dava dairesi tarafından da temyiz istemleri esastan karara bağlanmaktadır. (Örnek olarak, Danıştay Dokuzuncu Dairesi'nin 11.11.2004 gün ve E:2002/6407, K:2004/5621 sayılı kararı)

İTİRAZ GEREKÇELERİ

İTİRAZ KONUSU HÜKÜM ANAYASA 73. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Anayasanın 73. maddesinin 3. fıkrasında; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirileceği veya kaldırılacağı, 4. fıkrasında ise; vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği öngörülmüştür.

Verginin yasallığı ilkesi, Anayasa'nın yukarıda aktarılan 73. maddesinin 3. fıkrasında ifadesini bulmuştur.

Vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması, anayasal demokrasinin gelişimiyle paralellik arz eder. Vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasının en temel aracından birisi olan verginin yasallığı ilkesi, tarihi süreç içerisinde demokratik mücadelenin bir sonucu olarak bugünkü anayasal konumunu kazanmıştır. Vergilendirmeye ilişkin düzenlemelerin halkoyu ile seçilen parlamento tarafından kanunla yapılması ile vergilemede keyfiliğin yerini temsil, hukukun üstünlüğü ve

hukuki güvenlik almıştır. Başka bir deyişle, verginin yasallığı ilkesi, keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması zorunluluğunu getirerek bireyin temel hak ve hürriyetlerini devlete karşı korur. Bu kapsamda; vergide yasallık ilkesi, vergiyi doğuran olayın, verginin konusunun, matrahının ve oranının kanun ile belirlenmesini gerektirmektedir.

Öte yandan; verginin yasallığı ilkesi kamu gücüne dayalı olarak getirilen bütün mali yükümlülükleri kapsar. Bir başka deyişle, verginin yanında, resim, harç ve benzeri yükümlülükler de bu ilkenin kapsamındadır.

Anayasada verginin yasallığı ilkesinin iki istisnasından biri; 73. maddenin yukarıda aktarılan 4. fıkrası ile Bakanlar Kuruluna, muaflık, istisna, indirim ve oranlara ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği aşağı ve yukarı hadler içinde değişiklik yapma yetkisinin verilmiş olmasıdır.

Bunun dışında, Anayasa'nın 91. maddesine göre, sıkıyönetim ve olağanüstü hal durumunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na vereceği kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi çerçevesinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca vergi ödevi ile ilgili düzenleme yapılabilecektir.

Biri olağan dönemlerde, diğeri olağanüstü dönemlerdeki bu iki durum dışında hiçbir şekilde vergiye ilişkin bir düzenlenme yasama organı dışındaki bir devlet organı tarafından yapılamaz. Zaten, bu iki istisnai durumda da, yasama organının etkili bir belirleme ve denetim gücüne sahip olduğu tartışmasızdır.

Neticede; Yüksek Mahkeme'nin 18.7.1994 gün ve E: 1994/46, K: 1994/57 sayılı kararında da belirtildiği üzere, vergi ve malî yükümlülüklerin kanunla konulmasını öngören 73. madde, malî yükümlülüğün yalnızca yasa ile konulabileceği ve yasanın hiçbir şekilde bu konuda yürütme organını ve idareyi yetkili kılamayacağı anlamındadır.

Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesinin itiraza konu "Belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir." şeklindeki hükmünde, mali yükümlülüğü doğuran olay, mali yükümlülüğün konusu, matrahı ve oranı ile ilgili hiçbir düzenleme

yapılmamış, bu konudaki tüm yetki belediye meclislerine verilmiştir. Maddede "ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet" ibaresi ile mali yükümlülüğü doğuran olay ve mali yükümlülüğün konusu hususunda, "belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre" ibaresi ile de mali yükümlülüğün matrahı ve oranı hususunda yetki belediye meclislerine verilmektedir. Böylece, itiraza konu madde hükmü, belediye meclislerine geniş takdir yetkisi çerçevesinde keyfi mali yükümlülük getirme hususunda hukuki dayanak olabilecek niteliktedir.

Vergilendirme konusunda yasama organı tarafından Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasında açıklandığı şekilde sadece Bakanlar Kurulu'na yetki verilebilir. Bunun dışında, olağan dönemlerde vergilendirme konusunda takdir yetkisine ve keyfiliğe yol açabilecek bir yetki belediye meclisleri de dahil olmak üzere hiçbir merciye verilemez. Aksi takdirde, anayasal demokrasinin gelişiminde bir mihenk taşı niteliğinde olan verginin yasallığı ilkesi zedelenmiş olur ve bunun sonucu olarak da, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin, takdiri ve keyfi idare uygulamalarından korunması olanaksız hale gelir.

Sonuç olarak; mali yükümlülüğü doğuran olayı, mali yükümlülüğün konusunu, matrahını, oranını göstermeyen yasa ile getirilen mali yükümlülük, yasayla düzenleme zorunluluğunu anlamsız kılacağından, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesinde yer alan "Belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir." hükmü, Anayasanın 73. maddesinin 3. fıkrasındaki "Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." hükmüne aykırı bulunmaktadır.

HÜKÜM : Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dâva sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanun'un 28. maddesinin 1. fıkrası gereğince 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesinde yer alan "Belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir." hükmünün, Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu

kanaati ile bu hükmün iptali ve bakılan davalar açısından bu hükmün uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptali istenilen hükmün yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dosyadaki belgelerin onaylı birer örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 17/03/2009 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, iptali istenilen cümleyi de içeren 4.12.1985 günlü, 3239 sayılı Kanun'un 125. maddesiyle değiştirilen 97. maddesi şöyledir:

"**Belediyeler bu Kanunda harç veya katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri her türlü hizmet (...) için belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret almaya yetkilidir.** Belediye'ye tekel olarak verilmiş işler kendi özel hükümlerine tabidir.

(İkinci fıkra iptal: An. Mah. nin 31/3/1987 tarih ve E: 86/20, K: 87/9 sayılı kararı ile)"

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 73. 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, Mustafa YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 2.7.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve 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 ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, kiralanan veya satın alınan bir mal veya hizmet için ödenen para anlamına gelen ücretin, itiraz konusu kural gereğince harç veya katılma payı konusu yapılmayan konulara ilişkin ve belediyeye tekel olarak verilmiş işler hariç her türlü hizmet karşılığında alınacak olması nedeniyle, harç benzeri bir mali yükümlülük olarak kabul edilmesi icap ettiği, harç benzeri mali yükümlülük olarak kabul edildiğinde de matrah ve oranının kanunda belli edilmesi gerektiği, itiraz konusu kuralla bu konulardaki yetkinin belediye meclislerine bırakılmasının Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu savlarına dayanılmıştır.

İtiraz konusu kuralda, belediyelere, 2464 sayılı Kanun'da harç veya katılma payı konusu yapılmamış olan ve ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edilecek olan hizmetler için, belediye meclislerince düzenlenecek tarifelere göre ücret alma yetkisi verilmektedir. Kural uyarınca, belediyeler tarafından yapılacak bir hizmetin ücret konusu yapılabilmesi için, o hizmetin harç veya katılım payına konu edilmemiş olması ve hizmetten yararlanacak kişilerin bizzat belediyeden bu hizmetin yapılmasını talep etmiş olmaları gerekmektedir. Bir başka anlatımla, harç veya katılma payı konusu yapılmamış olan ve ilgililerin isteği üzerine sunulacak olan hizmetler için belediyelerce sadece "ücret" istenilebilecektir. Kurala göre, ilgililerin isteği olmaksızın yapılan hizmetler ile kanunlarda veya sair mevzuatta belediyece yapılması zorunlu kılınan hizmetler için ücret alma yetkisi bulunmamaktadır. Kuralın verdiği yetki çerçevesinde belediye meclislerince ücret tarifesine konu edilebilecek hizmetler, kişilerin tamamen kendi isteklerine ve tercihlerine bağlı olarak yararlanacakları hizmetlerdir.

Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş ve diğer fıkralarında da bu yükümlülüğün ilkeleri gösterilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*"

denilerek verginin kanuniliği ilkesi benimsenmiştir. Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfî uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide, yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur.

İtiraz konu kuralla, belediye meclislerine verilen, "ücret" adı altında vergi, resim, harç veya benzeri mali yüküm tarifesi belirleme yetkisi değil, ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri hizmetlerin karşılığı olarak ücret tarifesi belirleme yetkisidir. Belediyelere tekel olarak verilmemiş, kişilerin isteği üzerine sunulan hizmetler için bir tarifeye dayalı olarak istenilen "ücret"in vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

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

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 4.12.1985 günlü, 3239 sayılı Kanun'un 125. maddesiyle değiştirilen 97. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine yönelik iptal istemi, 26.1.2011 günlü, E. 2009/42, K. 2011/26 sayılı kararla reddedildiğinden, bu cümleye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 26.1.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 4.12.1985 günlü, 3239 sayılı Kanun'un 125. maddesiyle değiştirilen 97. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

26.1.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN

Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/44

Karar Sayısı : 2011/27

Karar Günü : 26.1.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY ile Kemal KILIÇDAROĞLU

İPTAL DAVASININ KONUSU: 29.4.2009 günlü, 5893 sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 2.3.1950 günlü, 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. maddesine eklenen fıkranın, Anayasa'nın 2., 20., 22., 90. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

29.04.2009 Tarih ve 5893 Sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesi ile 02.03.1950 Tarihli ve 5584 Sayılı Posta Kanununun 10 uncu Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

5893 sayılı Yasa'nın 1 nci maddesi ile 5584 sayılı Posta Kanununun 10 uncu maddesine eklenen ve iptali istenen fıkrada "PTT İdaresi postaların ayrım ve dağıtım işlerini ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürebilir." denilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğünün (PTT'nin), doğrudan, genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu posta hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilmesi, Anayasanın 128 inci maddesinin gereğidir. Anayasanın 128 inci

maddesinin birinci fıkrası; *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* hükmünü içermektedir.

Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda istihdam şekilleri, Anayasanın 128 inci maddesinin anılan hükmüne paralel biçimde düzenlenmiş; 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında "Kamu hizmetleri, memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür." hükmüne yer verilmiş; 5 inci maddesinde de, dört istihdam şekli dışında personel çalıştırılması yasaklanmıştır.

5584 sayılı Posta Kanununun 10 uncu maddesine, 29.04.2009 tarih ve 5893 sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile eklenen ve iptali istenen fıkra ise, Anayasanın "kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler" başlıklı 128 inci maddesinde öngörülmeyen bir istihdam şeklini düzenlemekte; idarenin doğrudan genel idare esaslarına göre yürüttüğü posta hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin "hizmet satın alınması" yoluyla gördürülmesi şeklinde, dolaylı olarak bir özelleştirme getirmektedir.

Temel işlevi, 5584 sayılı Posta Kanunu ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile diğer Kanunlarda tekel olarak verilen "Yurdun her tarafında açık ve kapalı mektuplar ve posta kartlarını kabul etmek, taşımak ve dağıtmak, 2813 sayılı Telsiz Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla, halka hizmet veren gişelerdeki telgraf, teleks, tele – post gibi uç tesisleri ile telgraf muhabere cihazlarını kurmak ve işletmek" olan Türkiye Cumhuriyeti Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü (PTT), idarenin bütünlüğü içinde yer alan, görev alanına ilişin sektörde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı olarak, kamu yararı amacıyla düzenleyici işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, gördüğü hizmet sürekli ve asli nitelik taşıyan Tüzel Kişiliğe sahip faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir Kamu İktisadi Kuruluşudur (PTT Genel Müdürlüğü Ana Statüsü, R.G. 22.02.2000, Sa.23972)

Anayasanın özelleştirmeyi düzenleyen 47 nci maddesinin dördüncü fıkrası, özelleştirme konusu alanları, devletin yürüttüğü yatırım ve hizmetler olarak öngörmüş olup, itiraz konusu kural hizmet satın

alınmasına ilişkin olması nedeniyle Anayasanın 47 nci maddesi ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasanın 128 inci maddesine ve 2 nci maddesinde belirtilen Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesine aykırı olup iptali gerekmektedir.

Diğer taraftan Anayasanın 22 nci maddesi *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır"* hükmüne amirdir.

Bu maddenin gerekçesinde de,

"Burada söz konusu olan haberleşme, kişilerin kendi aralarında P.T.T. araçları aracılığıyla serbestçe haberleşmesidir. Bu husus dahi özel hayatın bir unsurunu teşkil etmektedir; bu sıfatla haberleşmenin de gizliliğini korumak gerekir ve bu gizlilik maddenin ikinci fıkrasıyla hüküm altına alınmıştır.

Özel hayatın gizliliğinin korunması ve konut dokunulmazlığında olduğu gibi, haberleşmenin gizliliği de: ancak hakim kararıyla kaldırılabilecek; fakat kanunun açıkça yetkili kıldığı başka bir merci dahi, acele hallerde, istisnaen. Bu yolda emir verebilecektir."

denilmiştir. Görüldüğü gibi, Anayasa, temel hak ve özgürlüklerden olan "Haberleşme hürriyeti"ni, "P.T.T. araçları aracılığıyla serbestçe haberleşme" olarak tanımlamıştır.

"Özel kanaatlerin gizliliği, haberleşme ve düşüncelerin serbest iletişimi ve bunların özel yaşam alanı bağlamında koruma görmesi ile sağlanabilir. Mektuplaşma, telefon görüşmeleri, düşüncelerin değişik biçimlerde iletilmesi bu kapsama girmektedir. Bu bakımdan posta hizmetlerinin tabi olduğu rejim önem taşımaktadır. Haberleşmede ilke, hak öznesinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin, ilgililerin izin ve onayı olmadan, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasıdır." (Kaboğlu İ.Ö., Özgürlükler Hukuku, İstanbul, 1999, s.192)

Posta hizmetlerinin tabi olduğu rejim bu kadar önemli olmasına karşın, iptali istenilen kural ile; hizmet alımı suretiyle üçüncü kişilerin (taşeron şirketlerin) algı ve müdahalesinin önünün açılması, Anayasanın 22 nci maddesine açıkça aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 20 nci maddesinde, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu

hükme bağlandığı gibi, Türkiye tarafından da onaylanan "İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS)" nin "Özel hayatın ve aile hayatının korunması" başlıklı 8 inci maddesinde de,

"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 güvenliği, 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."

denilmiştir. Görüldüğü üzere bu Sözleşme'ye göre haberleşme hakkının kullanılmasına ancak bir kamu otoritesinin müdahale edebileceği öngörülmüş, bu müdahale de belirli şartlara bağlanmıştır.

Postaların ayrım ve dağıtım işlerinin ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülmesini öngören iptali istenen kural, özel hayatın gizliliği ilkesi ile bağdaşmadığından ve haberleşme hakkına kamu otoritesi dışında üçüncü şahısların müdahalesinin de önünü açtığından, bu yönüyle de Anayasanın 20 nci maddesi ile AİHS'ne ve dolayısıyla Anayasa'nın 90 ıncı maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 29.04.2009 tarih ve 5893 sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile 02.03.1950 tarihli ve 5584 sayılı Posta Kanununun 10 uncu maddesine eklenen fıkranın, Anayasanın 2 nci, 20 nci, 22 nci, 90 ıncı ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan, iptal edilmesi gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasanın temel hak ve özgürlüklerden olan "Haberleşme hürriyeti" ni düzenleyen 22 nci maddesine ve belirtilen diğer hükümlerine açıkça aykırı olan iptali istenilen kuralın uygulanması durumunda sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

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 kuralın, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 29.04.2009 tarihli ve 5893 sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile 02.03.1950 tarihli ve 5584 sayılı Posta Kanununun 10 uncu maddesine eklenen fıkranın, Anayasanın 2 nci, 20 nci, 22 nci, 90 ıncı ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

İptal konusu kuralı da içeren 2.3.1950 günlü, 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. maddesi şöyledir:

" **Ulaştırma sözleşmeleri:**

Madde 10- P.T.T. İdaresi posta ulaştırmalarını düzenlemek için gerçek ve tüzelkişilerle ve taşıma ortaklıklariyle sözleşmeler yapabilir.

(Ek fıkra: 29/4/2009 – 5893/1 md.) PTT İdaresi postaların ayrım ve dağıtım işlerini ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürebilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 20., 22., 90. ve 128. maddelerine dayanılmış; 47. maddesi ise ilgili görülmüştür.

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, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE, 2.7.2009 gününde karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerden olan haberleşme hürriyetini PTT araçları aracılığıyla serbestçe haberleşme olarak tanımladığı, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, Türkiye tarafından da onaylanan İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinde haberleşme hakkının kullanılmasına ancak bir kamu otoritesince müdahale edilebileceğinin öngörüldüğü ve bunun belirli şartlara bağlandığı, iptali istenilen kural ile hizmet alımı suretiyle kamu otoritesi dışında üçüncü kişiler ile taşeron şirketlerin müdahalesinin yolunun açıldığı, posta hizmetlerinin niteliği gereği Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilmesinin gerektiği, asli ve sürekli kamu görevlerinin hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesinin dolaylı bir özelleştirme olduğu belirtilerek iptal konusu kuralın Anayasa'nın 2., 20., 22., 90. ve 128. 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 karar verebileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi

nedeniyle Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası yönünden de inceleme yapılmıştır.

Posta Kanunu'nun 1. maddesinde açık ve kapalı mektupları, kartları, gazetelerle belli zamanlarda çıkan dergileri, kitapları, her türlü basılmış kağıtları, küçük paketleri, değer konulmuş mektupları ve kutuları, değer konulmuş veya değer konulmamış posta kolilerini ve tebliğ kağıtlarını kabul etmek, taşımak ve dağıtmak PTT idaresinin görevleri arasında sayılmış; 2. maddesinde açık ve kapalı mektuplar ile üzerinde haberleşme mahiyetinde yazı bulunan kartların kabul edilmesinin, taşınmasının ve dağıtılmasının PTT idaresinin tekeli altında olduğu belirtilmiştir. Dava konusu kuralda ise PTT idaresinin kabul etmek, taşımak ve dağıtmakla görevli olduğu postaların ayrım ve dağıtım işlerinin ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."*; 128. maddesinin birinci fıkrasında *"Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür"* denilmiştir.

233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tabi olarak 22.2.2000 gün ve 23972 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ana Statü ile teşkil olunan Türkiye Cumhuriyeti Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü tüzel kişiliğe sahip, faaliyetlerinde özerk ve sorumluluğu sermayesiyle sınırlı bir kamu iktisadi kuruluşudur. Ana Statü'nün 20. maddesinde kuruluş, müessese ve bağlı ortaklık personelinin istihdam şekilleri konusunda 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (1) sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen personel, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye tabi kamu iktisadi teşebbüsleri ile bağlı ortaklıkların genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevleri yürütmekle görevli personel grubunu oluşturmaktadır. Teşebbüs ve

bağlı ortaklıkların, Devlet tarafından tahsis edilen kamu sermayesinin kârlı, verimli ve ekonominin kurallarına uygun bir şekilde kullanılmasında bulunduğu teşkilat, hiyerarşik kademe ve görev unvanı itibariyle kuruluşun çalışmalarını doğrudan doğruya etkileyebilecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme görev ve yetkisi, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde kadro unvanları gösterilen personel tarafından yerine getirilmektedir. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı cetvelde yer alan kadrolar, genel müdür, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı, kurul ve daire başkanları, müessese, bölge, fabrika, işletme ve şube müdürleri, müfettiş ve müfettiş yardımcıları başta olmak üzere üst düzey yönetici ve denetleyici konumunda bulunan personele ait kadrolardan oluşmaktadır.

Açık ve kapalı mektuplar ile üzerinde haberleşme mahiyetinde yazı bulunan kartların kabul edilmesinin, taşınmasının ve dağıtılmasının PTT idaresinin tekeli altında bulunması nedeniyle ertelenemeyeceğinden ve başka bir kurum tarafından yerine getirilemeyeceğinden dolayı posta hizmetinin kamu hizmeti olduğu açıktır. Buna karşılık 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin yukarıda anılan hükümleri göz önüne alındığında, posta hizmetlerinin etkili, verimli ve düzenli bir şekilde sunumunu doğrudan etkileyecek karar alma, alınan kararları uygulatma ve uygulamayı denetleme görev ve yetkisini içermeyen postaların ayrım ve dağıtım işlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmesi gereken bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir.

Öte yandan, Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" denilmiştir. Böylece kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile üçüncü kişilere yaptırılabileceği veya bunlara devredilebileceği konusunda yasama organı yetkili kılınmıştır.

PTT idaresinin tekeli altında olan hizmetler başka bir kurum tarafından yerine getirilemeyeceğinden ülke sınırları içinde coğrafi konumlardan bağımsız olarak herkes tarafından erişilebilir olması, önceden belirlenmiş kalitede ve makul bir bedel karşılığında asgari standartta sunulması gerekmektedir. Posta hizmet talebinin hizmette etkinlik ve verimlilik sağlayarak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet

sunumunu yapmak Devlet için bir kamusal görev ise de bunun karşılanması için Devletin genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan postaların ayrım ve dağıtım işlerinin ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilmesinin Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası karşısında yasakoyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğunun kabulü gerekir.

Diğer yandan, Anayasa'nın 20. maddesi ile özel hayatın gizliliği ve korunması güvence altına alınmıştır. Maddenin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı; ikinci fıkrasında ise özel hayatın gizliliğine ilişkin hakkın sınırlandırılma koşulları belirtilmiştir.

Anayasa'nın 22. maddesinde herkesin haberleşme hürriyetine sahip olup haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu, maddede sayılan durumlar dışında herhangi bir nedenle bu hürriyetin engellenemeyeceği öngörülmüştür.

Posta Kanunu'nun "*Posta Gizliliği*" başlıklı 16. maddesinde kendilerine posta servisinde bir iş verilmiş olanların, posta münasebetlerini açığa vurmalarının, kapalı mektupları açmalarının, içlerinde ne olduğunu araştırmalarının, haberleşme kağıtlarındaki yazılar hakkında üçüncü kişilere bilgi vermelerinin ya da her hangi birinin bunları yapmasına meydan bırakmalarının yasak olduğu belirtilmiş; bu yasağa uymayanların eylemleri ise Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak tanımlanmıştır.

Özel hayatın gizliliği ile haberleşmenin gizliliği, her türlü yasa dışı müdahaleye karşı Anayasa ve diğer yasalarla güvence altına alınmıştır. Bu güvence, postaların ayrım ve dağıtım işlerini ihale yolu ile alan üçüncü şahısların yasa dışı müdahalelerini de kapsamaktadır. Dolayısıyla Kural'ın, güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ile haberleşmenin gizliliğini zedeleyen ya da güvence altına alınan bu haklara yasa dışı müdahale etmeme yükümlülüğü altında bulunanların sorumluluklarını ortadan kaldıran bir yönü bulunmamaktadır. Ayrıca PTT idaresinin, hizmetin düzenli, istikrarlı ve güvenli bir biçimde yürütülmesini sağlamak bakımından sorumluluğu ile denetim ve gözetim yetkisinin devam edeceği açıktır.

Belirtilen nedenlerle iptal konusu kural, Anayasa'nın 2., 20., 22., 47. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptal konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

29.4.2009 günlü, 5893 sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 2.3.1950 günlü, 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. maddesine eklenen fıkrasına yönelik iptal istemi, 26.1.2011 günlü, E. 2009/44, K. 2011/27 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkraya ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 26.1.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 29.4.2009 günlü, 5893 sayılı Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 2.3.1950 günlü, 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

26.1.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN

Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2009/83

Karar Sayısı : 2011/29

Karar Günü : 3.2.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- İstanbul 2. Vergi Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/83)

2- Eskişehir 1. İdare Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/34)

İTİRAZLARIN KONUSU: 21.7.1953 günlü, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

6183 sayılı Yasa gereğince düzenlenip tebliğ edilen ödeme emirlerine karşı dava açan amme borçlularının davalarının ret edilmesi üzerine, reddolunan itiraza konu amme alacaklarının %10 miktardaki zamla birlikte tahsili için gönderilen ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- 2009/83 Esas Sayılı İtirazın Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Davacı vekili tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrası gereğince 2003/1 dönemi için 2 nolu ceza ihbarnamesi ile hesaplanan 7.099,48 TL tutarındaki haksız çıkma zammının takibi amacıyla davacı adına düzenlenen 18.03.2009 tarih ve 2008 … 133686 takip numaralı ödeme emrinin iptali istemiyle Sultanbeyli Vergi Dairesi Müdürlüğü'ne karşı bakılmakta olan dava açılmıştır.

Mahkememiz Hakimliği'nce yapılan incelemede, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun "Ödeme emrine itiraz" başlıklı 58. maddesinin 5. fıkrasının Anayasa'nın 2. 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanaati oluşmuştur.

Mahkememiz Hakimliği'nin 23.07.2009 tarihli ara kararı ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun "Ödeme emrine itiraz" başlıklı 58. maddesinin 5. fıkrasının Anayasa'nın 2. 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu görüşüyle Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na başvurulması kararı alındığı, Mahkememiz Hakimliği'nce Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na başvurulması konusunda, varsa, iddia ve görüşlerin Mahkememize bildirilmesi gerektiği hususu taraflara tebliğ olunduğu, ara kararımıza taraflarca cevap verildiği, davacı vekilince, özetle, söz konusu haksız çıkma zammının Anayasal bir hak olan hak arama özgürlüğünü kısıtlayıcı olduğu, idari işlemlere karşı dava açılmasının böyle bir cezai şartla sınırlandırılmaması gerektiği, yargılamanın eşit şartlarda yapılması önünde bir engel olduğu belirtilerek İstanbul 2. Vergi Mahkemesinin, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrasının Anayasanın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu görüşüne katıldıklarını, davalı idarenin ise, özetle, amme alacağının tahsilinin gecikmesinin önlenmesi ve hazinenin vergi kaybının engellenebilmesi amacıyla düzenlenen söz konusu maddenin anılan fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığı, bakılmakta olan davanın açılmasında hak arama hürriyetine hiçbir müdahale olmadığı ileri sürülerek 6183 sayılı Yasanın 58. maddesinin 5. fıkrasının Anayasa Mahkemesi'nde iptal istemine konu edilmesine gerek bulunmadığı görüşünde oldukları anlaşılmıştır.

Mahkememiz Hakimliği'nce Anayasaya aykırılık konusu ile ilgili olarak dava dosyasındaki bilgi ve belgeler incelenerek işin gereği düşünüldü:

1. UYUŞMAZLIKTA UYGULANACAK KANUN MADDESİ

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55. maddesinde, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı, 58. maddesi 1. fıkrasında, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı iddiası ile tebliğ tarihinden itibaren

7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait davalara bakan vergi mahkemesi nezdinde dava açabileceği, 5. fıkrasında ise; itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağının %10 zamla tahsil edileceği hükmü yer almaktadır.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrasının Anayasa'nın 2. 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

2. KANUNUN AYKIRI OLDUĞU DÜŞÜNÜLEN ANAYASA MADDELERİ:

2.1. ANAYASA'NIN 2'NCİ MADDESİ

Anayasa'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2'nci maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü öngörülmüştür.

2.2. ANAYASA'NIN 13'ÜNCÜ MADDESİ

Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13'üncü maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." hükmü yer almaktadır.

2.3. ANAYASA'NIN 36'NCI MADDESİ

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36'ncı 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." düzenlemesi bulunmaktadır.

3. DOSYANIN İNCELENMESİ

Davanın konusunu, davacı vekili tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrası

gereğince 2003/1 dönemi için 2 nolu ceza ihbarnamesi ile hesaplanan 7.099,48 TL tutarındaki haksız çıkma zammının takibi amacıyla davacı adına düzenlenen 18.03.2009 tarih ve 2008 ...133686 takip numaralı ödeme emri oluşturmaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; davacı tarafından, adına yapılan vergi tahakkuk ve tarhiyatlarına karşı aynı dilekçe ile İstanbul 8. Vergi Mahkemesi'nin E: 2007/2286 sayılı dosyasında dava açıldığı, Mahkemece, ihbarnamelere karşı ayrı tahakkuklara karşı ayrı dava açılması gerektiğinden bahisle iki ayrı dava açılmak üzere 20.09.2007 tarih ve K: 2007/2172 sayılı kararla dilekçe ret kararı verildiği ve davacıya 05.10.2007 tarihinde tebliğ edildiği halde yasal süresinden sonra dilekçenin yenilendiği gerekçesiyle İstanbul 8. Vergi Mahkemesi'nin 07.05.2008 tarih ve E: 2007/3054, K: 2008/1401 sayılı ve E: 2007/3055, K: 2008/1402 sayılı kararları ile davaların süre yönünden reddine karar verildiği ve temyiz edilmeksizin kesinleştiği, söz konusu amme alacağının takibi amacıyla düzenlenen 27.09.2007 ve 06.07.2005 tarihli 14 adet ödeme emrine karşı İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin E: 2008/481 sayılı dosyasında açılan davada ise; 06.07.2005 tarihli ödeme emirlerine konu amme alacağının dava tarihinden önce ödendiğinden idarece takipten kaldırıldığı, 27.09.2007 tarihli ödeme emri içeriği amme alacağının ise Mahkemelerinin E: 2007/3054 ve E: 2007/3055 sayılı dosyalarında açılan davaların süre aşımı yönünden reddedilmesi neticesinde kesinleştiği gerekçesiyle davanın takipten kaldırılan ödeme emirleri için karar verilmesine yer olmadığına kalan diğer ödeme emirleri için ise 17.09.2008 tarih ve K: 2008/2521 sayılı karar ile davanın reddine karar verildiği, iş bu kararında temyiz edilmeksizin kesinleştiği, bilahare 2007/3055 esas sayılı dosyada uyuşmazlığa konu amme alacağı için 5736 sayılı Yasa'dan faydalanmak amacıyla uzlaşma talep edildiği ve 21.05.2008 tarihinde düzenlenen uzlaşma tutanağı ile uzlaşmaya varıldığı, bu bağlamda uzlaşmaya konu amme alacağının takibine devam edilmediği, diğer taraftan 2007/3054 esas sayılı dosyada dava konusu edilen amme alacağı hakkında uzlaşma talebi olmaması, vergi borcuna karşı açılan davanın süre ret kararı ile sonuçlanması ve temyiz edilmeksizin kesinleşmesi, bu sebeple amme alacağının takibi için düzenlenen ödeme emirlerinin İstanbul 8. Vergi Mahkemesinin 17.09.2008 tarih ve E: 2008/481, K: 2008/2521 sayılı karar ile onanması üzerine, 6183 sayılı Yasanın 58. maddesinin 5. fıkrası gereğince ödeme emrine karşı dava açan davacının itirazında haksız çıktığından bahisle

itiraza konu miktarın %10'u oranında zam kesilmiş ve bildirim niteliğinde 2 nolu ceza ihbarnamesi düzenlenmiş, ancak zamanında ödenmeyen %10 zam nedeniyle Mahkememizde bakılmakta olan davaya konu ödeme emri düzenlenmiş ve davacıya tebliğ edilmiştir.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55. maddesinde, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı, 58. maddesi 1. fıkrasında, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı iddiası ile tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait davalara bakan vergi mahkemesi nezdinde dava açabileceği, 5. fıkrasında ise; itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağının %10 zamla tahsil edileceği kurala bağlanmıştır.

4. ANAYASAYA AYKIRILIK VE İTİRAZ GEREKÇELERİ

Türkiye Cumhuriyeti'nin bir "hukuk devleti" olduğu Anayasamızın 2'nci maddesinde açıkça belirtilmiştir. 2'nci maddeye göre, "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." şeklinde hüküm yer almaktadır.

Anayasanın bu hükmünden de anlaşılacağı üzere 1982 Anayasası Türkiye Cumhuriyeti'nin "hukuk devleti" olduğu saptamasında bulunmuş, ancak "hukuk devleti" kavramını açıklamamış hatta gereklerinin neler olduğuna değinmemiştir.

Hukuk devleti kavramından ne anlaşılması gerektiğine Anayasa Mahkemesi kararları ile açıklık getirilmiştir.

Nitekim, Yüksek Mahkeme bir kararında hukuk devletini; *"...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 bilincinde olan devlettir..." olarak tanımlamıştır (22.7.2008 gün ve E: 2008/64, K: 2008/129 sayılı karar).

Yüksek Mahkeme bu kararında "hukuk devleti"ni tanımlamaktan çok hukuk devletinin niteliklerine yer vermiş, hukuk devletinin niteliklerinin neler olduğu hususunu, diğer kararlarında da olduğu gibi, hukuk devletine atıf yaparken kullanmış bazen de bu niteliklere yenilerini eklemiştir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin korunması altındaki haklarını elde edebilmeleri için her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 55. maddesinde, amme alacağını vadesinde ödemeyenlere 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumunun bir ödeme emri ile tebliğ olunacağı, 58. maddesi 1.fıkrasında, kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahsın böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı iddiası ile tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait davalara bakan vergi mahkemesi nezdinde dava açabileceği, 5. fıkrasında ise; itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağının % 10 zamla tahsil edileceği kurala bağlanmıştır.

Kendisine ödeme emri tebliğ olunan amme borçlusu, tebliğ edildiği tarihten itibaren 7 gün içinde, "böyle bir borcun olmadığı", "kısmen ödendiği" veya "zamanaşımına uğradığı" şeklinde Kanunda sınırlandırılan nedenlerle Vergi ya da İdare Mahkemesi'nde dava açabilecektir. Ödeme emrine karşı açılan dava takip işlemlerini durdurmayacak, dava konusu yapılan borç için teminat gösterildiği takdirde Mahkemece uyuşmazlık hakkında bir karar verilinceye kadar tahsil dairesince takip işlemleri durdurulabilecektir. Takip işlemlerinin durdurulması için bir başka yol ise amme borçlusunun ödeme emrine karşı açmış olduğu davada Mahkemeden yürütmenin durdurulmasını talep etmesidir. Mahkemece, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe

göstererek teminat karşılığında veya teminat aranmaksızın yürütmenin durdurulmasına karar verebilecektir.

Ödeme emrine karşı dava açıldıktan sonra davanın kaybedilmesi durumunda 6183 sayılı Kanun'un 51. maddesi uyarınca ödeme emrine konu kamu alacağı için gecikme zammı işlemeye devam etmektedir. Buna ilave olarak dava konusu yapılan toplam tutar üzerinden ayrıca %10 haksız çıkma zammı hesaplanmaktadır. Amme borçlusunun kısmen haklı kısmen haksız çıkması durumunda ise haksız çıktığı toplam tutar zerinden %10 haksız çıkma zammı hesaplanmaktadır.

Yukarıdaki düzenlemelerin ve yapılan açıklamaların birlikte değerlendirilmesinden; amme borçlusuna ödeme emri tebliğ edilmesinin takip işlemlerini durdurmadığı, takip işlemlerinin ancak teminat karşılığında idarece veya açılacak bir dava sırasında Mahkemece verilen yürütmenin durdurulması kararı ile durdurulabileceği, dolayısıyla Mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verilmediği durumlarda yapılan yargılama sonucunda verilecek karara kadar takip işlemlerinin herhangi bir şekilde etkilenmeyeceği açıktır. 6183 sayılı Yasanın 58. maddesinin 5. fıkrası ile getirilen düzenlemenin amme alacağının tahsilinin gecikmesini önlemeye yönelik olduğu düşünülecek olsa dahi yukarıda bahsedilen durum karşısında, ödeme emrine karşı açılacak dava, amme alacağının takibine herhangi bir engel teşkil etmemekte yani idari işleyişi ve amme alacağının tahsil sürecini sekteye uğratmamaktadır.

Diğer taraftan, ödeme emrine karşı açılan davalarda haksız çıkma zammı uygulamasıyla, mükelleflerin gereksiz yere dava açmalarının önüne geçmek amaçlanmakta ise de bu konuda özel hukukta benzeri bir düzenleme 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda ilamsız takipler için söz konusudur. Bu Kanun uyarınca tebliğ edilen ödeme emrine süresi içerisinde yapılan itiraz aynı Yasanın 66. maddesi gereğince takibi kendiliğinden durdurmakta, borçlu, borcun yalnız bir kısmına itirazda bulunmuşsa takip, kabul ettiği miktar için devam etmektedir. Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak, genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle İcra ve İflas Kanununun 67. maddesine göre itirazın iptalini dava edebilir. Yine aynı Yasa'nın 67/2. maddesine göre ise, açılan davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı; diğer tarafın talebi

üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre, red veya hükmolunan meblağın yüzde kırkından aşağı olmamak üzere, uygun bir tazminata mahkum edilir.

Özel hukuktaki bu düzenlemelerin kamu hukukundaki iptal istemine konu bu benzer düzenleme ile birlikte değerlendirilmesi sonucunda; İcra ve İflas Kanunu uyarınca tebliğ edilen ödeme emrine süresi içerisinde yapılan itirazın aynı Yasanın 66. maddesi gereğince takibi kendiliğinden durdurmasına karşın 2577 sayılı Yasanın 27. maddesine göre, Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması halinde dava edilen idari işlemin yürütmesi kendiliğinden durmamaktadır. Bu yönüyle İcra Hukukunda öngörülmüş olan icra inkar tazminatı düzenleniş amacına uygun düşmekte ve şahsi bir alacağın tahsilinin gecikmesi tazminat sayesinde önlenmeye çalışılmaktadır. Benzer bir şekilde 6183 sayılı Yasa gereğince takibi yapılan amme alacaklarının tahsilinin gecikmemesi ve bu konuda gereksiz yere dava açılmaması için bir tedbir niteliğinde düzenlenen 58. maddesinin 5. fıkrasında öngörülmüş olan zam bu anlamda düzenleniş amacına uygun düşmemekte, keza 2577 sayılı Yasanın 27. maddesi uyarınca zaten ödeme emri hakkında dava açılması takip işlemlerini durdurmamakta, idare açılan davada hüküm verilmeden önce de mahkemece yürütmenin durdurulması hakkında verilecek karara göre takibe devam edebilmektedir. Bu durumda amme alacağının geç tahsilinden söz edilemeyecektir.

Öte yandan, İcra İflas Kanunu'nda tazminata ancak borçlunun kötü niyetli olduğu hallerde ve davasının haksız olduğu durumlarda, borçlunun durumuna göre kanunda belirtilen üst sınıra kadar olmak kaydı ile hâkim tarafından, diğer tarafça talep edilmiş olunması halinde hükmedilmektedir. Diğer taraftan hâkime, alacaklının haksız çıkması halinde alacaklıyı da borçlu lehine aynı ödemeyi yapmaya mahkûm etme yetkisi tanınmıştır. Özel hukuk düzeni içerisinde eşit taraflar arasında haksız ve kötü niyetli başvuruları cezalandırma amacı güden İcra İflas Kanununun bu düzenlemesi gerek borçlu gerekse alacaklı açısından hukuki ve adil görünmektedir.

6183 sayılı Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrasında ise sadece davacı haksız çıkma zammı ödemekle yükümlü kılınmıştır. Oysa ki idarenin yargılama aşaması sona erdikten sonra yargı kararına göre haksız çıkması her zaman ihtimal dahilinde olmasına rağmen, yapılan bu tek

taraflı düzenleme ile eşitlik ilkesine aykırı adalet ve hakkaniyet gereklerine de uygun olmayan sonuçlar doğmaktadır. Mahkemede taraf olarak karşı karşıya gelen 6183 sayılı Yasada tanımlı olan amme alacaklarının takibine yetkili olan kamu idareleri ile amme borçlusu olan gerçek ve tüzel kişiler kamu hukuku alanında eşit değillerdir. Kamu idareleri tek taraflı ve kamu kudretine haiz biçimde işlem tesis etmekte ve bu işlemler bazen idari davalara konu olabilmektedir. İdari Yargının varoluşundaki sebepte zaten başlangıçta eşit olmayan bu taraflar arasında adil bir denge kurmaya yönelik girişimlerin sonucudur. Öyleyse, sonuçta Mahkeme kararı üzerine haksızlığına hükmedilen bir taraf var ise bu taraflar arasında da dava sonuçları bakımından bir yasal eşitlik sağlanmalıdır.

6183 sayılı Yasanın 58. maddesi 5. fıkrası ile getirilen yasal düzenlemeye göre, haksız çıkma zammı, ödeme emri aleyhine açılan dava sonucunda haksız çıkan borçludan talep olunabilmektedir. Ancak bazen ödeme emrine karşı açılan dava uyuşmazlık konusu olayda da olduğu gibi mahkemece işin esasına girilmeksizin ödeme emrine ilişkin itiraz sebepleri incelenmeden usul hükümleri gereğince reddedilmiş olabilmektedir. Bu tip durumlarda dahi mevcut yasal düzenleme usul ve esas hakkında verilmiş mahkeme kararları açısından bir belirleme ve sınırlama yapmadığından usul hükümleri gereğince reddedilmiş dava neticesinde idarece haksız çıkma zammı talep edilebilmektedir. Oysaki, bu tip durumlarda uyuşmazlığın esasını çözecek bir mahkeme kararı ortada bulunmadığından ve usul hükümleri gereğince verilen Mahkeme kararı ile de haklı veya haksız olan tarafın ortaya çıkması mümkün olamayacağından söz konusu yasal düzenleme bu haliyle uygulamada tereddüte yol açmaktadır.

Bu anlamda, ödeme emrine karşı açılmış davaların neticesinde, idarenin davacıdan haksız çıkma zammı talep edebilmesi için mahkemece davanın esasına girilmek suretiyle davacının haksızlığına kanaat getirilmiş ve davanın reddolunmuş olması gerekmektedir. Örneğin, vergi mahkemesince ödeme emrine ilişkin itiraz sebepleri incelenmeyerek ödeme emrine karşı açılan davanın süre aşımından reddedilmiş olması halinde, davacının davasında haksız çıktığından söz edilemeyecektir. Böyle bir durumda ödeme emri aleyhine dava açmış olan davacının davasında haksız çıktığı sebebiyle kendisinden haksız çıkma zammı talep edilememesi gerekmektedir. Ancak, haksız çıkma

zammı hesaplanmasına ilişkin olarak mevcut düzenlemede usul ve esastan verilecek mahkeme kararları açısından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir.

Diğer taraftan, idarenin aynı kökten doğan bir borç için asıl borçludan dolayı asıl borçlunun birden çok kanuni temsilcisine aynı anda takip yaptığı ve bu kişiler tarafından da ayrı ayrı dava açılmak zorunluluğu hallerinde aynı konu için birden çok haksız çıkma zammı talebi gündeme gelebilmektedir. Çünkü, bu tür olaylarda borç tek kaynaktan çıkmakta ve bu borç için birden çok kişiye ödeme emirleri tebliğ olunabilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak Yasa maddesinde mükerrer uygulamaya yol açacak bu durumu engeller bir düzenleme yer almadığından bu gibi hallerde haksız çıkma zammı ciddi bir cezaya dönüşebilmektedir.

Sonuçta; idarece tek taraflı olarak tesis edilen ödeme emrine karşı açılan ve takibin hiçbir safhasını durdurmayan ya da teminat karşılığı veya mahkemece verilecek yürütmenin durdurulması kararı ile takibin engellenebildiği idari davalarda, çoğu zaman ilanen tebliğ edilerek kesinleştirilen ihbarnameler nedeniyle kendisine ödeme emri gelene kadar borçtan haberdar olmayan amme borçlusunun içeriğinde herhangi bir açıklama ve gerekçe bulunmayan ödeme emrine karşı henüz dava açmadan önce haksız olduğunu bilebilmesi çoğu zaman mümkün olamamakta, pek çok defa ödeme emri içeriği borç ile ilgili olarak borçluların ulaşamayacakları bilgilere dava açma yoluyla ulaşabilmeleri mümkün olduğundan ve davacı açısından dava açılmaya gerek olup olmadığına ilişkin kararın çoğu zaman ancak dava açıldıktan sonra ulaşılabilen bilgiler sayesinde verilebilmesinden, ilk etapta haklı ve haksız olanın belirlenebilmesi için dava açılması gerekli olabilmektedir. Bu yüzden dava açılmasından önce amme borçlusunun başlangıçta haksız olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği, dolayısıyla kötü niyetli olabileceği genellemesinin yapılması ve özel hukukta var olan birtakım caydırıcı tazminatlara benzer ek mali yükümler getirmek suretiyle dava açılmasının engellemesi yoluna gidilmesi kamu hukukuna özgü kurallar ve durumlar karşısında uygun düşmemektedir.

6183 sayılı Yasanın 58. maddesinin 5. fıkrası ile getirilen haksız çıkma zammı, hem amme borçlularını yargı haklarını kullanmaktan caydırıcı bir niteliğe dönüşmüş ve dava açılması önünde engel bir durum halini almış hem de mahkemelerce verilecek ret kararları açısından bir

sınırlandırma yapmadığı içinde usul ve esastan verilecek ret kararlarını haksız çıkma hususunda idarenin yeterli saymasına yol açmış ve her türlü ret kararı sonrasında haksız çıkma zammı alınmasına imkan tanımış olmaktadır. Bu durumda, söz konusu yaptırım tehdidi ile kişilerin yargı haklarını kullanmamalarının teşvik edilmesi veya bu hakkı kullanmaktan caydırılması ise Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş olan hak arama hürriyetini yine Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında dikkat edilmesi gereken ilkelerden olan demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırmakta ve Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte yine Anayasa Mahkemesi'nce çerçevesi çizilmiş olan hukuk devleti ilkesinin gerçekleşme aracı olan idari işlemlerin yargı denetimine tabi olması ilkesini zedelemektedir. Üstelik sadece davacının haksız çıkması halinde bu zammı ödemek durumunda kalması, haklı çıkması halinde ise haksız işlem tesis eden idarenin zam veya tazminat ödemesinin yasada öngörülmemiş olması da ayrı bir eşitsizliktir.

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 mahkemelerde hak arama özgürlüğü, aynı zamanda temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisini oluşturmaktadır. Kişinin maruz kaldığı bir haksızlık veya idari işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

İptali istenilen düzenlemeyle, kendisine 6183 sayılı Yasa uyarınca düzenlenip tebliğ edilen ödeme emrine karşı dava açan amme borçlusu davanın reddine karar verildiği durumlarda reddolunan miktardaki amme alacağının davacıdan %10 zamla birlikte tahsili gündeme gelecektir. Zaten mahkemece ret kararı verilmesini müteakip yargılama aşamasında da işlemeye devam eden 6183 sayılı Yasa'nın 51. maddesi uyarınca talep edilecek olan ve amme alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı % 4 oranında hesaplanacak gecikme zammı bile başlı başına 58.

maddenin 5. fıkrası ile getirilen düzenleme ile gereksiz yere dava açılmasını önleme amacını gerçekleştirmeye matuftur.

Hal böyle olunca, 6183 sayılı Yasa gereğince takibi yapılan amme alacaklarının tahsilinin gecikmemesi ve bu konuda gereksiz yere dava açılmaması için bir tedbir niteliğinde düzenlenen 58. maddesinin 5. fıkrasında öngörülmüş olan zam ile dava açıldığı takdirde ret ile sonuçlanması durumunda amme alacağının %10 zamla tahsil edileceği yolunda bir yaptırım tehdidi ile temel hak ve hürriyetlerden olan hak arama hürriyeti sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Anayasada yer alan hak arama hürriyetinin eksiksiz kullanılmasını engelleyecek nitelikteki 6183 sayılı Yasanın 58. maddesinin 5. fıkrasında yer alan düzenlemenin Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Keza Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bir kararında; (Anayasa Mahkemesi'nin 28.03.2002 tarih ve E.2001/5, K.2002/42 sayılı kararı)

"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. 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 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 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca harcamalara katılma payı tahakkuk ettirilen bir mükellefin buna karşı dava açabilmesi, söz konusu payın yarısının önceden ilgili belediyeye ödemesi şartına bağlanmıştır. Harcamalara katılma paylarına karşı dava açılabilmesinin böyle bir şarta bağlanarak sınırlandırılmasının, ilgili belediyelerin söz konusu gelirleri öncelikle tahsil ederek projelerini kısa sürede tamamlamaları ve bu konudaki dava sayısının azaltılarak mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi gibi kamu yararına yönelik nedenlere dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Ancak Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasa'nın ilgili maddelerinde özel sınırlandırma nedeni bulunmasına bağlı tutulmuştur. Anayasa'nın dava hakkının düzenlendiği 36. maddesinde bu hakkın sınırlandırılması konusunda özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu nedenlerle, dava hakkının sınırlandırılması Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır."

şeklindeki gerekçe ile söz konusu Yasa maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

5. SONUÇ

Üstte yer verilen gerekçeler veri alındığında uyuşmazlıkta uygulanacak Yasa maddesi olan itiraz konusu 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrasının Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılarak konunun incelenmesi için dosyadaki belgelerin onaylı örneklerinin yer aldığı dosyanın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 09.10.2009 tarihinde karar verildi."

B- 2010/34 Esas Sayılı İtirazın Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"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 Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmü yer almaktadır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un İtiraz Yoluyla Mahkemelerden gönderilecek işler Başlıklı 28. maddesinde: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme: (1) O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya karar 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." kuralına yer verilmiştir.

Uygulanacak Yasa kuralı, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kuraldır.

I- OLAY

Uyuşmazlık, davacıdan 6183 sayılı Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrasına istinaden davacıdan 827,44-TL haksız çıkma zammı istenilmesine ilişkin 19/01/2009 tarih ve 20090119395071 sayılı 2 No'lu ceza ihbarnamesinin iptali isteminden kaynaklanmaktadır.

Dosyada, 2002 ve 2003 yılı "Doğrudan Gelir Desteği" ödemelerinden haksız olarak yararlandığı gerekçesiyle davacı adına düzenlenen toplam 8.274,41 TL'lik 10/01/2008 tarih ve 1293 ve 1294 sayılı ödeme emirlerine karşı dava açıldığı, söz konusu davada Eskişehir 1. İdare Mahkemesinin 17/12/2008 gün ve E.2008/113, K.2008/1043 sayılı kararı ile davanın reddine karar verildiği, temyiz edilen bu kararın Danıştay 10. Dairesinin 29/06/2008 günlü E:2009/2734, K:2009/7092 sayılı kararı ile onandığı, söz konusu karara istinaden ödeme emirlerine karşı açmış olduğu davanın reddedildiği gerekçesiyle davacıdan itiraz konu hükme istinaden 827,44 TL tutarındaki haksız çıkma zammı istenildiği, bunun üzeri bakılan davanın açıldığı görülmektedir.

Hakimliğimizce, iptal isteminin incelenebilmesi için dava konusu işleme dayanak gösterilen 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin 5. fıkrasında yer alan "İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı %10 zamla tahsil edilir."

hükmünün, yapılan değerlendirmede, Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

II- İPTALİ İSTENEN YASA HÜKMÜ

İtiraz konusu AMME ALACAKLARININ TAHSİL USULÜ HAKKINDA KANUN'un "Ödeme Emrine itiraz" başlıklı 58. maddesinde "Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir. İtirazın şekli, incelenmesi ve itiraz incelemelerinin iadesi hususlarında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur.

Borcun bir kısmına itiraz eden borçlunun o kısmın cihet ve miktarını açıkça göstermesi lazımdır, aksi halde itiraz edilmemiş sayılır.

İtirazda bulunan borçlu bu kanuna göre teminat gösterdiği takdirde takip muamelesi itirazlı borç miktarı için ve itiraz komisyonunca bu hususta karar verilinceye kadar durdurulur.

İtiraz komisyonu bu itirazları en geç 7 gün içinde karara bağlamak mecburiyetindedir.

İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı % 10 zamla tahsil edilir.

İtiraz komisyonlarının bu konudaki kararları kesindir.

Borcun tamamına bu madde gereğince vaki itirazların tamamen veya kısmen reddi halinde, borçlu ret kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde mal bildiriminde bulunmak mecburiyetindedir.

Borcun bir kısmına karşı bu madde gereğince vaki itirazlar mal bildiriminde bulunma müddetini uzatamaz," hükmüne yer verilmiştir.

III- ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ

Madde 2- "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine

bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir."

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."

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

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

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." hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 2.10.2003 gün ve E.2003/73, K.2003/86 sayılı kararında, "Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasanın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet" olduğu belirtilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin tam olarak geçerli olabilmesinin en önemli koşulu vatandaşlara hukuk güvenliği temelinde kendilerini yargı organları önünde savunabilme gereklerinin tam olarak yerine getirebildiği bir Devletin algılanması gerekir.

Uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi, idare tarafından düzenlenen idari işlemin yargı mercileri önünde dava edilebilmesi mümkün olmakla birlikte, söz konusu işleme karşı açılan davanın reddedilmesi halinde, hukuk devleti ilkesi gereğince yargı mercileri önünde hakkını araması

sonucunda, itiraza konu kural ile ayrıca bir külfet altına girilmesine yönelik düzenleme nedeniyle kişilerin hukuk güvenliği temelinde kendilerini yargı organları önünde savunabilme gereklerinin tam olarak yerine getirilemediğini göstermektedir.

2- İTİRAZ KONUSU HÜKÜM ANAYASA'NIN 36. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Hak arama özgürlüğünü düzenleyen 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" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun tabii sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörülmemiştir.

Kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri, sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmek ve bu davada haklılığını ortaya koyabilmektir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere, hak arama özgürlüğü, yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil, aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır.

İtiraza konu hüküm ile, kişilerin kendisine yönelik tesis edilen idari bir işleme karşı yargı yoluna başvurmaları halinde ve davanın reddedilmesi durumunda ayrıca bir külfet altına alınmasına neden olduğu görüldüğünden, söz konusu düzenlemenin, Anayasal bir hak olan "Hak Arama Hürriyeti"ni zorlaştıran, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı güçleştiren ve belki de yok eden bir düzenleme olduğu sonucuna varılmıştır. Bu hale göre itiraza konu hüküm Anayasanın 36. maddesinde yer alan "Hak Arama Hürriyeti"ne aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

3- İTİRAZ KONUSU HÜKÜM ANAYASA'NIN 125. MADDESİNE AYKIRIDIR.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmekte, aynı Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasında da, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmektedir.

Hukuk devleti, kişiye tüm hak ve özgürlükleri tanıyıp, bunlara saygı gösteren ve bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan bir devlet, demektir.

Hukuk devletinin dayandığı hukuki temellerden birisi ve belki de en önemlisi idarenin hukuka bağlılığının sağlanmasıdır. Bu da ancak İdarenin, İdare Hukuku sahasında tesis ettiği işlem ve eylemlere karşı İdari Yargı yolunun, Özel Hukuk hükümlerine göre yaptığı faaliyetlerine karşı ise Adli Yargı Yolunun açık tutulmasıyla mümkün olabilir.

Görüldüğü gibi, Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmü, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucu olmaktadır. Hukuk devleti ilkesi uyarınca, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açıklığının, yalnızca şekli olarak değil, aynı zamanda yargı yoluna başvurulmayı engelleyici, zorlaştırıcı ve dava açmaktan caydırıcı olmasına yol açan hükümlerin konulmamasını da gerektirmektedir.

İtiraza konu 6183 sayılı Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrası uyarınca düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle dava açıldığı görülmekle birlikte, kendisine ödeme emri tebliğ edilen davacının, söz konusu ödeme emrine dava açması ve bu davanın aleyhine sonuçlanması neticesinde, -uyuşmazlık konusu olayda da olduğu gibi- amme alacağının %10'u kadar zammın yeniden düzenlenecek bir ödeme emri ile istenilmesi halinde bunun dava konusu edilmesi durumunda buna karşı açılacak dava, ilk davanın reddedilmesi nedeniyle yargı yolunun şekli olarak açık olduğunu göstermektedir.

Ayrıca, dava açmayı düşünen yani idarenin işlem ve eylemine karşı yargı yoluna başvurmak isteyen şahıslar, itiraz konusu kuralın varlığı nedeniyle, yargı yoluna başvurmaktan vazgeçebilirler. Çünkü yargı yoluna başvurulması halinde açılan davanın reddi durumunda dava açmak isteyen şahıslardan itiraz konusu hüküm nedeniyle ayrıca % 10

gibi "haksız çıkma zammı" şeklinde fazla bir tutar daha ödemesi istenilmektedir. Bu hükmün varlığı, kişilerin yargı yoluna başvurmasını zorlaştırıcı veya caydırıcı bir etki yaratmaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kural, Anayasanın 125. maddesinde yer alan, idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolunun açık olduğu hükmüne aykırı olduğu kanaatine varılmaktadır.

V- SONUÇ

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince, itiraza konu 6183 sayılı Kanunun 58. maddesinin 5. fıkrasının Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu kanaati ile iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dava dosyasının tüm belgeleriyle birlikte onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesine sunulmasına, işbu karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre davanın görülmesine, 12/04/2010 talihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

21.7.1953 günlü, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 58. maddesi şöyledir:

"Ödeme emrine itiraz

MADDE 58- Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir. İtirazın şekli, incelenmesi ve itiraz incelemelerinin iadesi hususlarında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur.

Borcun bir kısmına itiraz eden borçlunun o kısmın cihet ve miktarını açıkça göstermesi lazımdır, aksi halde itiraz edilmemiş sayılır.

(Mülga üçüncü fıkra: 28/1/2010-5951/1 md.)

İtiraz komisyonu bu itirazları en geç 7 gün içinde karara bağlamak mecburiyetindedir.

İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı % 10 zamla tahsil edilir.

İtiraz komisyonlarının bu konudaki kararları kesindir.

Borcun tamamına bu madde gereğince vâkı itirazların tamamen veya kısmen reddi halinde, borçlu ret kararının kendisine tebliği tarihinden itibaren 7 gün içinde mal bildiriminde bulunmak mecburiyetindedir.

Borcun bir kısmına karşı bu madde gereğince vâkı itirazlar mal bildiriminde bulunma müddetini uzatamaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 2009/83 Esas sayılı dosyanın 5.11.2009, 2010/34 Esas sayılı dosyanın ise 13.5.2010 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

21.7.1953 günlü, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "İtirazında tamamen veya kısmen haksız çıkan borçludan, hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki amme alacağı % 10 zamla tahsil edilir." kuralının iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/83 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, 2010/34 esas sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/83 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 13.5.2010 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, idare tarafından düzenlenen bir idari işlem niteliğindeki ödeme emrinin yargı mercileri önünde dava edilebilmesi mümkün olmakla birlikte, itiraz konusu kural ile ödeme emrine karşı açılan davanın reddi hâlinde öngörülen haksız çıkma tazminatının, bir sınırlandırma yapılmaksızın her türlü red kararı sonrasında alınmasına imkân verilmesi nedeniyle kişilerin yargı yoluna başvurmasını zorlaştırıcı ve caydırıcı bir etki yarattığı, söz konusu yaptırım tehdidi ile hak arama özgürlüğünün engellendiği, hukuk devleti ilkesinin gerçekleşme aracı olan idarî işlemlerin yargı denetimine tâbi olması ilkesinin zedelendiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, kamu alacağı ile ilgili kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlunun itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkması hâlinde hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki kamu alacağının %10 zamla tahsil edileceği öngörülmektedir.

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

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

güvencelerden birisidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

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

6183 sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre kamu alacakları, Devlete ve diğer kamu tüzel kişilerine ait vergi, resim, harç, mahkeme masrafı, vergi cezası, para cezası, gecikme zammı ve gecikme faizi gibi alacaklardır. Kamu alacakları kamu hizmetlerinin ifasında kullanıldığından tahsilinde öncelik ve ayrıcalık tanınmıştır. 6183 sayılı Yasa'nın esası, vergiler başta olmak üzere kamu alacağını güvence altına almak ve ödenmediği taktirde kamu alacağını zora dayanarak, Devlet gücü ve memurları eliyle tahsil etmektir. İtiraz konusu kural ile yapılan düzenleme de kamu alacağının mümkün olduğunca kısa sürede tahsiline yöneliktir.

Kamu alacağını ödemekle yükümlü olan borçlunun, bu alacak ile ilgili ödeme emri çıkartılması aşamasına gelmeden alacağın esasına ilişkin yargı mercilerine başvurma hakkı bulunmaktadır. Özel yasasında hüküm bulunan hâllerde ödeme vadesinde, yoksa 6183 sayılı Yasa'nın 37. maddesine göre tebliğden itibaren bir aylık süre içinde yargı yerlerine başvurarak kamu alacağının esası dava konusu edilebilecektir. Ödeme emri çıkartılmadan önce kamu alacağının esasına ilişkin hukuki sakatlıkla ilgili iddiaların borçlunun talep etmesi hâlinde yargı denetiminden geçtiği ya da borçlu dava yoluna gitmeye gerek görmediği için itirazsız kesinleşmiş olduğu açıktır. 6183 sayılı Yasa'nın 58. maddesinin birinci fıkrasına göre bu aşamada ödeme emrine itiraz hâlinde mahkeme davayı sırf tahsile ilişkin olarak, böyle bir borcun olmadığı, borcun kısmen ödendiği ve borcun zamanaşımına uğradığı nedenleriyle sınırlı olarak inceleyebilecektir.

İtiraz konusu kural, kamu alacakları için özel bir takip ve tahsil esasını düzenleyen 6183 sayılı Yasa'nın öngördüğü süratli ve etkin takip ve tahsilatın sağlanmasına yöneliktir. Öte yandan bireylerin idarenin faaliyetlerine karşı korunması, adaletin sağlanması ve hukuk devleti ilkesinin geçerli olabilmesi için idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması gerekmektedir. İtiraz konusu kural ile ödeme emrine karşı itirazın reddi durumunda haksız çıkma tazminatı koşulu bulunmakla birlikte idarenin yapmış olduğu işlemler yargı

denetimi kapsamındadır. Kamu borçlusu ödeme emrinin tebliğinden önce kamu alacağının esası hakkında yargı yoluna başvurabileceği gibi, itiraz konusu kural ile ödeme emrinin tebliğinden sonra da tahsile ilişkin olarak dava açabilme olanağına sahiptir. Ayrıca, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar engellenmemiş; idari bir işlem niteliğinde olan kamu alacağı ile ilgili ödeme emrine karşı yargı yolu kapatılmamış; mahkemeler, bu işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmamıştır. Bu nedenle kuralın hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 21.7.1953 günlü, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3.2.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/87

Karar Sayısı : 2011/30

Karar Günü : 3.2.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Adana 3. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Uyuşturucu ve uyarıcı madde satma 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:

"5237 sayılı TCK'nun 38/2. maddesinde, "Üstsoy, altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme halinde azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. Bu maddedeki düzenleme ile bir failin üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfus kullanılmak suretiyle bir kişiyi suça azmettirmesi veya 18 yaşından küçük bir kişiyi yani çocuğu, suç işlemeye azmettirmesi halinde cezanın 1/3 den 1/2 ye kadar artırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuzu kullanmak ya da 18 yaşından küçükleri suça azmettirme ayrı bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş ve bu düzenleme ile söz konusu durumun hasıl olması durumunda her suç işlendiğinde maddeye uygun azmettiren her failin cezasında 1/3 den yarıya kadar artırım yapılması gerektiği açıktır. Ancak bu maddedeki artırımın süresiz cezada da yani ağırlaştırılmış müebbet hapis ya da müebbet hapis cezalarında cezada artırımın nasıl yapılacağı

hüküm altına alınmamıştır. Bu nedenle, teknik olarak artırımın ancak süreli cezalarda uygulanabileceği, süresiz cezalarda yani ömür boyu hapis cezalarında artırımın teknik olarak yapılması mümkün değildir. Örneğin fail A, 15 yaşındaki fail B'yi, maktul C'yi öldürmesi için azmettirdiğinde yaşı küçük fail B'nin, maktul C'yi öldürmesi halinde fail A'ya, suça azmettirdiği için müebbet hapis cezası verilecek, müebbet hapis cezası verildiği için teknik olarak cezada TCK'nun 38/2. maddesi ile artırım yapmak mümkün olmayacaktır. Ancak yukarıdaki olayda fail B, maktul C'yi öldürmeye teşebbüs ettiğinde yani eylem nedeni ile C'nin ölmemesi, eylemin teşebbüs aşamasında kalması durumunda fail A'nın cezasında TCK'nun 35/2. maddesine göre indirim yapılacak ve ceza süreli hale gelecek ve bu durumda fail A, yaşı küçük fail B'yi suça azmettirmesi nedeni ile "süreli hale gelen cezadan, TCK'nun 38/2. maddesi ile 1/3 den 1/2 ye kadar artırım yapılacaktır. Böyle bir durumda cezanın daha ağır halinde yani müebbet hapis cezası uygulandığı halde cezada artırım yapılması kanunda öngörülmediği halde cezanın daha az olduğu durumda belirlenen temel ceza üzerinden yarı oranına kadar indirim yapılmasının söz konusu olacağından daha hafif fiile daha ağır ceza, daha ağır eyleme ise artırım söz konusu olamayacağından bir nevi daha az ceza uygulanması söz konusu olacaktır.

Anayasa'nın 10. maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğunu açıkça ve ayrıntılı bir şekilde vurgulamıştır. Buna göre yukarıda TCK'nun 38/2. maddesinin örnekle değerlendirilmesinden de anlaşılacağı üzere, süreli cezalarda bu madde ile cezada artırım yapılmasının söz konusu olacağı, süresiz cezalarda yani müebbet hapis cezalarında ise kanunda herhangi bir artırımın düzenlenmemiş olması, müebbet hapis cezalarında da teknik olarak maddede belirtilen oransal artırım yapılmasının mümkün olmaması karşısında TCK'nun 38/2. maddesi açıkça Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

KARAR:

Yukarıda açıklandığı üzere T.C. Anayasası'nın 152. maddesindeki yetkiye dayanılarak 5237 sayılı Kanunun 38/2. maddesi T.C. Anayasası'nın 10. maddesine aykırı olduğundan, iptaline karar verilmesi,

Mahkememizin 2008/535 sayılı dosyasının yargılanması sırasında oy birliği ile verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 38. maddesi şöyledir:

"(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.

(2) Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır. Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz.

(3) Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 2. 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, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 3.12.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasaya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu

kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, "*Üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle suça azmettirme hâlinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılır*"; ikinci cümlesinde ise "*Çocukların suça azmettirilmesi hâlinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz*" hükmü yer almaktadır.

Bakılmakta olan davada, sanıklar arasında üstsoy ve altsoy ilişkisi bulunmayıp, azmettirilen sanığın çocuk olması nedeniyle azmettirenin cezasında ikinci cümlede yer alan düzenleme gereğince artırım uygulanması söz konusudur. Bu bakımdan fıkranın birinci cümlesinin dava ile ilgisi bulunmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

A- Birinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B- İkinci cümlenin dosyada eksiklik bulunmadığından, esasının incelenmesine,

Oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, ceza artırımının süresiz cezalarda uygulanmasının mümkün olmadığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Yasa'nın 38. maddesinde, suça iştirak hallerinden "azmettirme" düzenlenmiştir. Azmettirme, belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesidir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, azmettirenin, fail gibi cezalandırılacağı esası kabul edilmiş; azmettirenin, işlenen suçun cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. (2) numaralı fıkrasında ise azmettirenin cezasını "artıran" nedenler gösterilmiştir. Fıkranın birinci cümlesinde, üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle bir kişinin suça azmettirilmesi halinde, azmettirenin cezasının, üçte birden yarısına kadar artırılacağı belirtilmiştir. Üstsoy ve altsoy kavramları, Türk Medeni Kanunu'nun 17. maddesine göre "biri diğerinden gelen kişiler" arasındaki kan hısımlığı anlamına gelmektedir. Fıkranın, itiraz konusu, ikinci cümlesinde, üstsoy ve altsoy ilişkisi aranmaksızın, çocukların suça azmettirilmesi, cezayı artıran neden olarak görülmüştür. Buna göre çocuklara suç işlettirilmesi durumunda azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Buradaki "çocuk", Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki tanıma göre, henüz "18 yaşını doldurmamış kişi"dir. Azmettirenin cezasında artırım öngören kuralın gerekçesinde, "*Bu durumlarda azmettirenin cezasında artırım öngörülmesinin hukukî dayanağı, ayrıca, azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir*" denilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, 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 ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile ceza hukukunun temel ilkeleri başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir.

Yasa koyucu, cezalandırmada güdülen amacı, suçların niteliği, işlenme biçimi, işlenme oranındaki artış, azalma ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi, suçluların özelliklerini de gözeterek toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebep olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Yasa koyucu bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir.

Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerinde, çocuklara yönelik koruyucu hükümlere yer verilmiş, çocuklar için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı, her çocuğun korunma hakkına sahip olduğu, Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı öngörülmüştür.

Yaşamının ilk anından itibaren korunmaya ve yardıma muhtaç olan çocuk, erişkinden farklıdır. Erişkinlerden farklı fiziksel, fizyolojik, davranış ve psikolojik özelliklerinin olması, henüz kişiliklerinin, davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş bulunması, bireysel kavrama, karar verme, ahlaki ve toplumsal sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesi, çocuk ve çocuk haklarının, ulusal ve uluslararası alanda özel olarak korunmasını gerektirmiştir. Çocuğun korunmasını toplum artı bir değer olarak kabul etmektedir. Modern hukuk sistemleri çocuğun korunmasını, "kamu yararına koruma" şeklinde geliştirmiştir. Bu nedenle, çocuk kamu yararına korunacaktır ve bu ise çıkarılacak yasalarla sağlanacaktır.

Nitekim Türkiye'nin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesinin birinci fıkrasında da, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu vurgulanmış; çocuk hukukunda uluslararası standartları tespit eden ve çocuk haklarını koruyan hükümlere yer verilmiştir.

İtiraz konusu kuralda, çocukların suça azmettirilmesi halinde, üstsoy ve altsoy ilişkisi bulunmasa da, azmettirenin cezasının artırılması öngörülmüştür. Suçun, kamu düzenini ve aile düzenini ileri düzeyde bozması göz önünde bulundurularak daha ağır bir yaptırım öngörülmesi anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdiri kapsamındadır. Kuralla korunmak istenen hukuki yarar, suçun niteliği ile öngörülen cezanın tür ve miktarı gözetildiğinde kuralda yer alan cezanın adaletsiz ve ölçüsüz olduğundan söz edilemez. Cezanın artırımlı uygulanması, gerekçede belirtildiği gibi, işlenen haksızlığın ağırlığıyla ilgilidir. Bir suçun işlenmesine çocuğun daha kolay azmettirilebileceği gözetildiğinde, söz konusu düzenlemenin bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi ve çocuğun daha etkin bir koruma altına alınması, toplumsal barışın ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Herhangi bir çocuğu suça azmettiren kişinin, kamu düzenine karşı gelme ve toplum huzurunu bozma iradesinin, çocuğun maddi ve hukuksal durumu gözetildiğinde, suç ve ceza politikaları yönünden, erişkini azmettirenden farklı olarak değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Çocuklar, temyiz kabiliyeti, işlenen suçun sebep ve sonuçlarını değerlendirebilecek akli, ruhi ve fiziki olgunluğa sahip olma, geçerli hukuki işlem yapabilme, kendini savunma ve kendini üçüncü kişilere karşı temsil etme bakımından reşit kişilerden farklı konumdadırlar.

Öte yandan, başvuru kararında belirtildiği gibi, artırımın süreli cezalarda uygulanıp, süresiz cezalarda uygulanamaması şeklinde bir eşitlik karşılaştırılması yapılamaz. Yasa koyucunun, suç ve ceza siyasetine ilişkin takdiri kapsamında değerlendirilen ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak düzenlediği kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü görülmemiştir. İstemin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır.

VI- SONUÇ

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda;

Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 38. Maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3.2.2011 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 Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN

Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 29.3.1984 günlü, 2992 sayılı **Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'**a 12.5.1988 günlü 3446 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile eklenen Ek Madde 1'in üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2010/71, E: 2008/8)** **73**

2. 25.5.2005 günlü, 5352 sayılı **Adli Sicil Kanunu'**nun; 1- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin, 2- 10. maddesinin, 3- 12. maddesinin, 4- Geçici 2. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20. ve 40. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/21, E: 2008/44)** **531**

3. 21.7.1953 günlü, 6183 sayılı **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**'un 58. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"... 7 gün içinde ..."* ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2011/3, E: 2008/96)** **331**

4. 21.7.1953 günlü, 6183 sayılı **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun**'un 58. maddesinin beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/29, E: 2009/83)** **613**

B

5. 18.6.1999 günlü, 4389 sayılı **Bankalar Kanunu**'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine 12.12.2003 günlü, 5020 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen beşinci paragrafın sondan bir önceki cümlesinde yer alan "… iyiniyet iddiasında bulunamazlar" ibaresinin üçüncü kişiler yönünden, Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2011/19, E: 2009/53)** **513**

6. 28.3.2007 günlü, 5614 sayılı **Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 1. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 5. maddesine eklenen fıkranın, 2- 2. maddesiyle değiştirilen, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'un 2. maddesinin son tümcesinin, 3- 4. maddesiyle değiştirilen, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasındaki "…Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde…" ibaresinin, ikinci fıkrasının ve son fıkrasının ilk tümcesinin, Anayasa'nın, 2., 5., 6., 7., 8., 11., 17., 48., 56., 90., 128., 130., 131. ve 177. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2010/119, E: 2007/60)** **245**

7. 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı **Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 32. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 47. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2011/14, E: 2008/13)** **477**

8. 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı **Belediye Gelirleri Kanunu**'nun, 4.12.1985 günlü, 3239 sayılı Kanun'un 125. maddesiyle değiştirilen 97. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 73. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2011/26, E: 2009/42)**..... **591**

9. 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı **Belediye Kanunu**'nun 15. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 10., 12., 18., 123., 125. ve 176. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/114, E: 2007/37)** **201**

C

10. 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'un 106. maddesinin 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen (9) numaralı fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/64, E: 2009/15)** **57**

11. 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'un, 110. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"Kadın veya…"* ibaresinin, Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/111, E: 2005/86)** **167**

Ç

12. 1- 3.7.2005 günlü, 5395 sayılı **Çocuk Koruma Kanunu'**nun 23. maddesinin; a) (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin, b) (4) numaralı fıkrasının, 2- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrasının, 3- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun; a) 253. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının, b) 255. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 61., 73. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/124, E: 2006/106)** **19**

D

13. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun 125. maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin "Toplu müracaat veya şikâyet etmek" biçimindeki (h) alt bendinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 74. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/22, E: 2008/111)** **35**

14. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun 64. maddesinin son fıkrasında yer alan *"... 72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından ..."* ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2010/118, E: 2008/103)** **237**

G

15. 2.7.1993 günlü, 485 sayılı **Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'ye 9.2.2006 günlü, 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen geçici 10. maddenin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemi **(K: 2010/32, E: 2007/97)** **45**

H

16. 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı **Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilen birinci fıkrasında yer alan "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmaksızın …" ibaresinin, Anayasa'nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/4, E: 2009/13) (YD)** **551**

17. 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı **Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının *"İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın…"* bölümünün, Anayasa'nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2011/23, E: 2009/13)** **553**

18. 25.4.2007 günlü, 5634 sayılı **Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 7. maddesi ile 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen geçici madde 2'nin son fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2.,7., 8., 9., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2010/120, E: 2007/78)** **277**

K

19. 16.7.2008 günlü, 5787 sayılı **Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1) 5. maddesiyle 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen tümcenin, 2) 16. maddesiyle 4749 sayılı Kanun'un Geçici 12. maddesine eklenen fıkranın ikinci tümcesinin, 3) 18. maddesiyle 4749 sayılı Kanun'a eklenen; a- Geçici Madde 16'nın, b- Geçici Madde 17'nin birinci fıkrasının ilk tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2010/121, E: 2008/84)** **295**

20. 22.1.1990 günlü, 399 sayılı **Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname**'nin 5.2.1992 günlü, 3771 sayılı Yasa'nın 8. maddesiyle değiştirilen 45. maddesinin (a) bendinin Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2010/115, E: 2008/24)** **219**

M

21. 27.12.2005 günlü, 5437 sayılı 2006 Yılı **Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu**'nun 32. maddesinin (d) fıkrasının, Anayasa'nın 87., 88., 161. ve 162. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/116, E: 2008/37)** .. **227**

22. 18.2.1963 günlü, 197 sayılı **Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu**'nun, 25.12.2003 günlü, 5035 sayılı Yasa'nın; 1- 21. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin, 2- 23. maddesiyle değiştirilen 5. maddesindeki (I) SAYILI TARİFE'de yer alan "…arazi taşıtları …" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2011/24, E: 2009/65)** **565**

P

23. 29.4.2009 günlü, 5893 sayılı **Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 1. maddesiyle 2.3.1950 günlü, 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. maddesine eklenen fıkranın, Anayasa'nın 2., 20., 22., 90. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2011/27, E: 2009/44)** **601**

S

24. 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı **Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1-1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 4'ün üçüncü fıkrasının, 2- 2. maddesiyle 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 6'nın, Anayasa'nın 5., 10., 11., 13. ve 18. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/113, E: 2007/24)** **187**

25. 14.7.2004 günlü, 5220 sayılı **Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'**un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "… ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya …" ibaresinin, Anayasa'nın 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2009/8, E: 2004/85) (YD)** **1**

26. 14.7.2004 günlü, 5220 sayılı **Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'**un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 2'nin birinci fıkrasında yer alan "ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya" ibaresinin Anayasa'nın 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemi **(K: 2009/69, E: 2004/85)** **3**

27. 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı **Siyasi Partiler Kanunu**'nun 108. maddesinin Anayasa'nın 2., 67., 68. ve 69. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/112, E: 2010/17)** **177**

28. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı **Sosyal Sigortalar Kanunu**'nun 26. maddesinin, 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (**K: 2010/122, E: 2008/76)** **311**

29. 1- 17.7.1964 günlü, 506 sayılı **Sosyal Sigortalar Kanunu**'nun 121. maddesinin, 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının; 2- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/4, E: 2009/19)** **343**

30. 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'**nun 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan *"...hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde…"* ibaresinin Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2011/25, E: 2008/109)** **575**

T

31. 31.10.2006 günlü, 5553 sayılı **Tohumculuk Kanunu**'nun, 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının, 6. maddesinin üçüncü fıkrasının, 8. maddesinin birinci fıkrasının, 9. maddesinin ikinci fıkrasının ve 15. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile, 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/1, E: 2007/2) (YD)** **429**

32. 31.10.2006 günlü, 5553 sayılı **Tohumculuk Kanunu**'nun; 1) 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 2) 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının, 3) 6. maddesinin üçüncü fıkrasının, 4) 8. maddesinin birinci fıkrasının, 5) 9. maddesinin ikinci fıkrasının, 6) 15. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2011/13, E: 2007/2)** **431**

33. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/30, E: 2009/87)** **637**

34. 5.5.2009 günlü, 5894 sayılı **Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/6, E: 2010/19)** **369**

35. 5.5.2009 günlü, 5894 sayılı **Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 6. maddesinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın 7., 9., 10., 36., 38., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/7, E: 2010/61)** **381**

36. 10.11.2005 günlü, 5429 sayılı **Türkiye İstatistik Kanunu**'nun geçici 7. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2010/123, E: 2008/105)** **319**

37. 7.11.1996 günlü, 4207 sayılı **Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun**'un 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan "…kahvehane…" ibaresinin, Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/8, E: 2010/58)** **401**

V

38. 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı **Vakıflar Kanunu**'nun; 1) 5. maddesinin üçüncü fıkrasının, 2) 6. maddesinin üçüncü fıkrasının, 3) 11. maddesinin son cümlesinin, 4) 12. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 5) 14. maddesinin, 6) 25. maddesinin, 7) 26. maddesinin, 8) 41. maddesinin ikinci fıkrasının, 9) 68. maddesinde yer alan "…Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla,…" ibaresinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 8., 10., 14., 33., 90., 104., 105., 125., 128., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2010/82, E: 2008/22)** **83**

39. 20.8.2008 günlü 5737 sayılı **Vakıflar Kanunu**'nun, geçici 5. maddesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/15, E: 2009/4)** **487**

40. 4.1.1961 günlü, 213 sayılı **Vergi Usul Kanunu**'nun, 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen Mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 13., 38. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/16, E: 2009/21)** **493**

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
197	Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun, 25.12.2003 günlü, 5035 sayılı Yasa'nın; 1- 21. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin, 2- 23. maddesiyle değiştirilen 5. maddesindeki (I) SAYILI TARİFE'de yer alan "…arazi taşıtları …" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2011/24	2009/65	İTZ	565
213	Vergi Usul Kanunu'nun, 22.7.1998 günlü, 4369 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle değiştirilen Mükerrer 355. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 13., 38. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/16	2009/21	İTZ	493
399	Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 5.2.1992 günlü, 3771 sayılı Yasa'nın 8. maddesiyle değiştirilen 45. maddesinin (a) bendinin Anayasa'nın 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi	2010/115	2008/24	İTZ	219
485	Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 9.2.2006 günlü, 5456 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen geçici 10. maddenin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali istemi	2010/32	2007/97	İTZ	45
506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin, 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/122	2008/76	İTZ	311
506	1- Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 121. maddesinin, 24.6.2004 günlü, 5198 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının; 2- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 93. maddesinin, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 56. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/4	2009/19	İTZ	343
657	Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin "Toplu müracaat veya şikâyet etmek" biçimindeki (h) alt bendinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 74. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/22	2008/111	İTZ	35

657	Devlet Memurları Kanunu'nun 64. maddesinin son fıkrasında yer alan *" ... 72 nci madde gereğince belirli bir süre görev yapmak üzere mecburi olarak sürekli görevle atanan Devlet Memurlarından ..."* ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi	2010/118	2008/103	İTZ	237
2464	Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 4.12.1985 günlü, 3239 sayılı Kanun'un 125. maddesiyle değiştirilen 97. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 73. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2011/26	2009/42	İTZ	591
2820	Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesinin Anayasa'nın 2., 67., 68. ve 69. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/112	2010/17	İTZ	177
2992	Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a 12.5.1988 günlü 3446 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile eklenen Ek Madde 1'in üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 138., 139. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2010/71	2008/8	İTZ	73
4207	Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un 3.1.2008 günlü, 5727 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan "…kahvehane…" ibaresinin, Anayasa'nın 13., 17. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/8	2010/58	İTZ	401
4389	Bankalar Kanunu'nun 15. maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine 12.12.2003 günlü, 5020 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen beşinci paragrafın sondan bir önceki cümlesinde yer alan "… iyiniyet iddiasında bulunamazlar" ibaresinin üçüncü kişiler yönünden, Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2011/19	2009/53	İTZ	513
4706	Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilen birinci fıkrasında yer alan "İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tabi olmaksızın …" ibaresinin, Anayasa'nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/4	2009/13	İTZ YD	551

4706	Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 7. maddesinin, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının *"İfraz, tevhit, tescil ve tespit işlemleri imar mevzuatındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın…"* bölümünün, Anayasa'nın 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2011/23	2009/13	İTZ	553
5220	Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "… ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya …" ibaresinin, Anayasa'nın 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi	2009/8	2004/85	İPT YD	1
5220	Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 2'nin birinci fıkrasında yer alan "ve 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 24 üncü maddesine bağlı olmaksızın satmaya" ibaresinin Anayasa'nın 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemi	2009/69	2004/85	İPT	3
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 38. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/30	2009/87	İTZ	637
5275	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 106. maddesinin 26.2.2008 günlü, 5739 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen (9) numaralı fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/64	2009/15	İTZ	57
5275	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un, 110. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"Kadın veya…"* ibaresinin, Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/111	2005/86	İTZ	167
5335	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 47. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2011/14	2008/13	İTZ	477

5352	Adli Sicil Kanunu'nun; 1- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin, 2- 10. maddesinin, 3- 12. maddesinin, 4- Geçici 2. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20. ve 40. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/21	2008/44	İTZ	531
5371	Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 4'ün üçüncü fıkrasının, 2- 2. maddesiyle 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici Madde 6'nın, Anayasa'nın 5., 10., 11., 13. ve 18. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/113	2007/24	İTZ	187
5393	Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 10., 12., 18., 123., 125. ve 176. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/114	2007/37	İTZ	201
5395	1- Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddesinin; a) (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin, b) (4) numaralı fıkrasının, 2- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrasının, 3- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun; a) 253. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının, b) 255. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 61., 73. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/124	2006/106	İTZ	19
5429	Türkiye İstatistik Kanunu'nun geçici 7. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/123	2008/105	İTZ	319
5437	2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'nun 32. maddesinin (d) fıkrasının, Anayasa'nın 87., 88., 161. ve 162. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2010/116	2008/37	İTZ	227
5510	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan *"...hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde…"* ibaresinin Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi	2011/25	2008/109	İTZ	575
5553	Tohumculuk Kanunu'nun, 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının, 6. maddesinin üçüncü fıkrasının, 8. maddesinin birinci fıkrasının, 9. maddesinin ikinci fıkrasının ve 15. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile, 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45.	2011/1	2007/2	İPT YD	429

	ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi				
5553	Tohumculuk Kanunu'nun; 1) 4. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 2) 5. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarının, 3) 6. maddesinin üçüncü fıkrasının, 4) 8. maddesinin birinci fıkrasının, 5) 9. maddesinin ikinci fıkrasının, 6) 15. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 11., 45. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2011/13	2007/2	İPT	431
5614	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 1. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 5. maddesine eklenen fıkranın, 2- 2. maddesiyle değiştirilen, 31.12.1980 günlü, 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'un 2. maddesinin son tümcesinin, 3- 4. maddesiyle değiştirilen, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasındaki "…Sağlık Bakanlığının sürekli kurulu niteliğinde…" ibaresinin, ikinci fıkrasının ve son fıkrasının ilk tümcesinin, Anayasa'nın, 2., 5., 6., 7., 8., 11., 17., 48., 56., 90., 128., 130., 131. ve 177. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2010/119	2007/60	İPT	245
5634	Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi ile 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen geçici madde 2'nin son fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2.,7., 8., 9., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2010/120	2007/78	İPT	277
5737	Vakıflar Kanunu'nun; 1) 5. maddesinin üçüncü fıkrasının, 2) 6. maddesinin üçüncü fıkrasının, 3) 11. maddesinin son cümlesinin, 4) 12. maddesinin birinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının, 5) 14. maddesinin, 6) 25. maddesinin, 7) 26. maddesinin, 8) 41. maddesinin ikinci fıkrasının, 9) 68. maddesinde yer alan "…Rehberlik ve Teftiş Başkanı ile Daire Başkanı, Genel Müdürün teklifi Başbakanın veya görevlendirdiği Devlet Bakanının onayıyla,…" ibaresinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 8., 10., 14., 33., 90., 104., 105., 125., 128., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2010/82	2008/22	İPT	83
5737	Vakıflar Kanunu'nun, geçici 5. maddesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/15	2009/4	İTZ	487

5787	Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1) 5. maddesiyle 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen tümcenin, 2) 16. maddesiyle 4749 sayılı Kanun'un Geçici 12. maddesine eklenen fıkranın ikinci tümcesinin, 3) 18. maddesiyle 4749 sayılı Kanun'a eklenen; a- Geçici Madde 16'nın, b- Geçici Madde 17'nin birinci fıkrasının ilk tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2010/121	2008/84	İPT	295
5893	Posta Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 2.3.1950 günlü, 5584 sayılı Posta Kanunu'nun 10. maddesine eklenen fıkranın, Anayasa'nın 2., 20., 22., 90. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2011/27	2009/44	İPT	601
5894	Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/6	2010/19	İTZ	369
5894	Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın 7., 9., 10., 36., 38., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/7	2010/61	İTZ	381
6183	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"... 7 gün içinde ..."* ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi	2011/3	2008/96	İTZ	331
6183	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 58. maddesinin beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/29	2009/83	İTZ	613

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2009/8	2004/85	YD	1
2009/69	2004/85	İİD	3
2009/124	2006/106	İİD	19
2010/22	2008/111	İİD	35
2010/32	2007/97	İİD	45
2010/64	2009/15	İİD	57
2010/71	2008/8	İİD	73
2010/82	2008/22	İİD	83
2010/111	2005/86	İİD	167
2010/112	2010/17	İİD	177
2010/113	2007/24	İİD	187
2010/114	2007/37	İİD	201
2010/115	2008/24	İİD	219
2010/116	2008/37	İİD	227
2010/118	2008/103	İİD	237
2010/119	2007/60	İİD	245
2010/120	2007/78	İİD	277
2010/121	2008/84	İİD	295
2010/122	2008/76	İİD	311
2010/123	2008/105	İİD	319
2011/1	2007/2	YD	429
2011/3	2008/96	İİD	331
2011/4	2009/13	YD	551
2011/4	2009/19	İİD	343
2011/6	2010/19	İİD	369
2011/7	2010/61	İİD	381

* **İİD:** İptal ve İtiraz Davası, **YD:** Yürürlüğü Durdurma Kararı

2011/8	2010/58	İİD	401
2011/13	2007/2	İİD	431
2011/14	2008/13	İİD	477
2011/15	2009/4	İİD	487
2011/16	2009/21	İİD	493
2011/19	2009/53	İİD	513
2011/21	2008/44	İİD	531
2011/23	2009/13	İİD	553
2011/24	2009/65	İİD	565
2011/25	2008/109	İİD	575
2011/26	2009/42	İİD	591
2011/27	2009/44	İİD	601
2011/29	2009/83	İİD	613
2011/30	2009/87	İİD	637

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2004/85	2009/8	YD	1
2004/85	2009/69	İİD	3
2005/86	2010/111	İİD	167
2006/106	2009/124	İİD	19
2007/2	2011/1	YD	429
2007/2	2011/13	İİD	431
2007/24	2010/113	İİD	187
2007/37	2010/114	İİD	201
2007/60	2010/119	İİD	245
2007/78	2010/120	İİD	277
2007/97	2010/32	İİD	35
2008/8	2010/71	İİD	73
2008/13	2011/14	İİD	477
2008/22	2010/82	İİD	83
2008/24	2010/115	İİD	219
2008/37	2010/116	İİD	227

2008/44	2011/21	İİD	531
2008/76	2010/122	İİD	311
2008/84	2010/121	İİD	295
2008/96	2011/3	İİD	331
2008/103	2010/118	İİD	237
2008/105	2010/123	İİD	319
2008/109	2011/25	İİD	575
2008/111	2010/22	İİD	35
2009/4	2011/15	İİD	487
2009/13	2011/4	YD	551
2009/13	2011/23	İİD	553
2009/15	2010/64	İİD	57
2009/19	2011/4	İİD	343
2009/21	2011/16	İİD	493
2009/42	2011/26	İİD	591
2009/44	2011/27	İİD	601
2009/53	2011/19	İİD	513
2009/65	2011/24	İİD	565
2009/83	2011/29	İİD	613
2009/87	2011/30	İİD	637
2010/17	2010/112	İİD	177
2010/19	2011/6	İİD	369
2010/58	2011/8	İİD	401
2010/61	2011/7	İİD	481

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
13.06.2009	27257	2004/85	2009/8	YD	1
06.01.2011	27807	2008/8	2010/71	İİD	73
11.01.2011	27812	2008/22	2010/82	İİD	83
21.01.2011	27822	2007/2	2011/1	YD	429
05.02.2011	27837	2009/15	2010/64	İİD	57
05.02.2011	27837	2005/86	2010/111	İİD	167

05.02.2011	27837	2010/17	2010/112	İİD	177
05.02.2011	27837	2008/37	2010/116	İİD	227
05.02.2011	27837	2007/78	2010/120	İİD	277
05.02.2011	27837	2009/13	2011/4	YD	551
26.02.2011	27858	2007/24	2010/113	İİD	187
26.02.2011	27858	2008/24	2010/115	İİD	219
26.02.2011	27858	2008/105	2010/123	İİD	319
26.02.2011	27858	2010/19	2011/6	İİD	369
26.02.2011	27858	2010/61	2011/7	İİD	381
26.02.2011	27858	2010/58	2011/8	İİD	401
08.03.2011	27868	2006/106	2009/124	İİD	19
08.03.2011	27868	2008/13	2011/14	İİD	477
02.04.2011	27893	2008/76	2010/122	İİD	311
02.04.2011	27893	2009/21	2011/16	İİD	493
02.04.2011	27893	2009/13	2011/23	İİD	553
02.04.2011	27893	2009/65	2011/24	İİD	565
02.04.2011	27893	2008/109	2011/25	İİD	575
06.04.2011	27897	2007/60	2010/119	İİD	245
12.04.2011	27903	2009/19	2011/4	İİD	343
14.04.2011	27905	2009/53	2011/19	İİD	513
14.04.2011	27905	2008/44	2011/21	İİD	531
14.04.2011	27905	2009/44	2011/27	İİD	601
14.05.2011	27934	2008/103	2010/118	İİD	237
14.05.2011	27934	2008/96	2011/3	İİD	331
14.05.2011	27934	2009/42	2011/26	İİD	591
14.05.2011	27934	2009/83	2011/29	İİD	613
06.07.2011	27986	2007/37	2010/114	İİD	201
06.07.2011	27986	2009/87	2011/30	İİD	637
12.07.2011	27992	2008/84	2010/121	İİD	295
23.07.2011	28003	2007/2	2011/13	İİD	431
15.10.2011	28085	2009/4	2011/15	İİD	487
10.12.2011	28138	2004/85	2009/69	İİD	3
10.12.2011	28138	2008/111	2010/22	İİD	35
10.12.2011	28138	2007/97	2010/32	İİD	45

4- Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
02.06.2009	2004/85	2009/8	YD	1
02.06.2009	2004/85	2009/69	İİD	3
01.10.2009	2006/106	2009/124	İİD	19
28.01.2010	2008/111	2010/22	İİD	35
04.02.2010	2007/97	2010/32	İİD	45
13.05.2010	2009/15	2010/64	İİD	57
20.05.2010	2008/8	2010/71	İİD	73
17.06.2010	2008/22	2010/82	İİD	83
08.12.2010	2005/86	2010/111	İİD	167
08.12.2010	2010/17	2010/112	İİD	177
16.12.2010	2007/24	2010/113	İİD	187
16.12.2010	2007/37	2010/114	İİD	201
16.12.2010	2008/24	2010/115	İİD	219
16.12.2010	2008/37	2010/116	İİD	227
16.12.2010	2008/103	2010/118	İİD	237
30.12.2010	2007/60	2010/119	İİD	245
30.12.2010	2007/78	2010/120	İİD	277
30.12.2010	2008/84	2010/121	İİD	295
30.12.2010	2008/76	2010/122	İİD	311
30.12.2010	2008/105	2010/123	İİD	319
06.01.2011	2008/96	2011/3	İİD	331
06.01.2011	2009/19	2011/4	İİD	343
06.01.2011	2010/19	2011/6	İİD	369
06.01.2011	2010/61	2011/7	İİD	381
06.01.2011	2010/58	2011/8	İİD	401
13.01.2011	2007/2	2011/1	YD	429
13.01.2011	2007/2	2011/13	İİD	431
13.01.2011	2008/13	2011/14	İİD	477
13.01.2011	2009/4	2011/15	İİD	487
13.01.2011	2009/21	2011/16	İİD	493
20.01.2011	2009/53	2011/19	İİD	513
20.01.2011	2008/44	2011/21	İİD	531

20.01.2011	2009/13	2011/4	YD..... 551
20.01.2011	2009/13	2011/23	İİD 553
20.01.2011	2009/65	2011/24	İİD 565
26.01.2011	2008/109	2011/25	İİD 575
26.01.2011	2009/42	2011/26	İİD 591
26.01.2011	2009/44	2011/27	İİD 601
03.02.2011	2009/83	2011/29	İİD 613
03.02.2011	2009/87	2011/30	İİD 637

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 49, 50, 51, 128, 129, 133, 134, 137, 139, 141, 142, 143, 162, 207, 209, 288, 290, 429, 459, 462, 463

m. 2: 11, 12, 14, 15, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 40, 41, 43, 49, 50, 51, 52, 55, 67, 78, 79, 120, 122, 129, 133, 134, 135, 137, 139, 142, 143, 144, 145, 147, 148, 162, 173, 174, 181, 185, 194, 200, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 217, 244, 266, 268, 269, 271, 272, 273, 276, 288, 289, 290, 305, 307, 315, 316, 317, 323, 325, 326, 327, 328, 339, 340, 359, 361, 364, 365, 367, 368, 377, 379, 420, 421, 429, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 459, 461, 462, 463, 468, 469, 473, 475, 483, 484, 506, 508, 511, 512, 527, 528, 529, 543, 545, 546, 572, 588, 606, 607, 610, 633, 635, 641, 643

m. 3: 128, 129, 133, 134, 135, 137, 139, 141, 142, 143

m. 5: 128, 129, 133, 134, 135, 137, 139, 141, 142, 143, 193, 194, 195, 196, 266, 268, 315, 316, 317, 361, 429, 459, 462, 463, 473, 543, 545, 546, 551, 558, 559, 561

m. 6: 268, 292, 302, 303, 305, 307, 429, 450, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 462, 463, 464

m. 7: 11, 12, 14, 268, 288, 290, 302, 303, 305, 307, 429, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 459, 461, 462, 463, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 475

m. 8: 149, 150, 268, 288, 290, 302, 303, 305, 307, 429, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 461, 462, 463, 468, 469, 470

m. 9: 288, 290, 392, 394, 399

m. 10: 28, 30, 32, 33, 34, 64, 65, 67, 78, 79, 129, 132, 133, 134, 135, 137, 138, 139, 142, 143, 145, 147, 148, 173, 174, 175, 176, 193, 195, 196, 207, 209, 223, 224, 241, 242, 243, 244, 315, 317, 359, 360, 361, 362, 377, 379, 488, 490, 506, 508, 543, 545, 546, 551, 558, 561, 572, 641, 642, 643

m. 11: 1, 9, 12, 173, 174, 193, 195, 196, 266, 268, 269, 271, 272, 273, 288, 290, 315, 317, 377, 379, 429, 450, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 462, 463, 464, 473, 543, 545, 546, 572, 584, 586

---

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 12: 207, 209, 411, 412, 414, 416, 420, 421, 543, 545, 546

m. 13: 40, 41, 42, 43, 193, 194, 195, 196, 208, 209, 214, 216, 217, 315, 317, 359, 360, 361, 411, 412, 414, 415, 417, 421, 422, 423, 424, 425, 428, 506, 508, 584, 586, 633, 635

m. 14: 41, 139, 141

m. 15: 162

m. 17: 266, 268, 289, 290, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 422, 423, 425, 428, 543, 545, 546

m. 18: 193, 194, 195, 196, 198, 199, 200, 207, 209, 275, 276

m. 19: 66, 67

m. 20: 543, 545, 546, 606, 609, 610

m. 22: 606, 609, 610

m. 33: 120, 121, 122, 140, 141, 143, 144

m. 35: 1, 9, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 129, 130, 133, 134, 135, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 359, 360, 361, 364, 365, 366, 367, 368, 527, 529

m. 36: 28, 30, 32, 50, 51, 52, 55, 213, 215, 216, 217, 323, 324, 325, 327, 328, 339, 340, 366, 367, 368, 392, 394, 399, 527, 528, 529, 589, 633, 635

m. 38: 27, 28, 29, 30, 32, 63, 64, 65, 173, 174, 377, 378, 379, 506, 508, 509, 510, 511, 512

m. 40: 543, 545, 546

m. 41: 244, 362, 642

m. 42: 162

m. 45: 429, 454, 455, 459, 461, 462, 463, 473, 475

m. 47: 483, 484, 607, 608, 609, 610

m. 48: 193, 194, 195, 196, 199, 200, 266, 268, 275, 276, 411, 413, 414, 415, 421, 422, 425, 426, 428

m. 49: 199, 275, 315, 316, 317, 584, 585, 586, 588, 589, 590

m. 56: 193, 194, 195, 196, 199, 266, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 289, 290, 411, 412, 413, 414, 417, 551, 558, 559, 561

m. 58: 399

m. 59: 399

m. 60: 223, 224, 315, 316, 317, 361, 584, 585, 586, 588, 589

m. 61: 28, 29, 30

m. 67: 179, 181, 185

m. 68: 179, 181, 183, 185

m. 69: 178, 181, 184, 185

m. 73: 30, 32, 470, 507, 510, 512, 572, 597, 598

m. 74: 39, 40, 41, 42, 43

m. 76: 542, 544, 546, 547, 548

m. 82: 41

m. 87: 233, 234, 235

m. 88: 233, 234, 235

m. 89: 234, 235

m. 90: 120, 122, 123, 129, 133, 134, 135, 137, 139, 142, 143, 144, 160, 161, 268, 606, 610

m. 92: 162

m. 104: 149, 150

m. 105: 149, 150

m. 123: 207, 209, 429, 458, 459, 462, 463

m. 124: 470

m. 125: 53, 125, 127, 156, 165, 207, 209, 211, 339, 340, 392, 394, 397, 506, 508, 527, 529, 633, 634, 635

m. 127: 154

m. 128: 53, 145, 147, 148, 154, 155, 157, 159, 165, 166, 268, 460, 461, 471, 474, 475, 606, 607, 610

m. 130: 269, 271, 272, 273

m. 131: 269, 271, 272, 273

m. 138: 78, 79, 288, 290

m. 139: 78, 79

m. 140: 78, 79, 156, 165

m. 141: 28, 29, 30, 393

m. 142: 292, 339, 340

m. 146: 292

m. 147: 292

m. 148: 292

m. 149: 292

m. 152: 206, 358, 391, 542

m. 153: 125, 126, 127, 129, 133, 134, 135, 137, 139, 151, 153, 379, 380, 547, 548

m. 155: 125, 127, 156, 165

m. 157: 165

m. 161: 233, 234, 235, 305, 306, 307

m. 162: 233, 234, 235

m. 163: 234

m. 167: 417

m. 176: 207, 209

m. 177: 269, 271, 272, 273