



Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

51/2²⁰¹⁴



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 51
2. Cilt

2014



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISSN 1300-9729

ISBN 978-975-7427-71-1

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

Kütüphane ve Yayın Komisyonu

Engin YILDIRIM (Başkan)

Recep KAPLAN (Üye)

Abdullah TEKBAŞ (Üye)

Kitabı Yayına Hazırlayan

Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

İletişim ve İstem Adresi

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı

Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4

06805 Çankaya/Ankara

Telefon: (312) 463 73 00 Faks: (312) 463 74 00

www.anayasa.gov.tr

Baskı ve Cilt

Kalkan Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.

Büyük Sanayi 1. Cad. No:99/32 İskitler - Ankara / TÜRKİYE

Tel: 0312 341 92 34 Faks: 0312 384 57 46

www.kalkanmatbaacilik.com.tr • kalkanofset@gmail.com

Baskı Tarihi:

Ocak 2016

Dizinler

I - Alfabetik İndeks	1479
II - Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizinini	1485
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler	1493
IV- Anayasa Maddeleri Dizinini	1497

Esas Sayısı : 2012/158

Karar Sayısı : 2013/55

Karar Günü : 10.4.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İzmir 1. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 30.12.2004 günlü, 5281 sayılı Vergi Kanunlarının Yeni Türk Lirasına Uyumu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 20. maddesiyle değiştirilen 60. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı Şirket tarafından, 2012 yılında *"Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı"* alabilmek için yapılan başvuru üzerine, 2464 sayılı Kanun'un 60. maddesi uyarınca davalı Belediye Meclisince harç miktarının belirlendiği kararda yer alan *"Belediyenin belirlemiş olduğu"* biçimindeki ibarenin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu harcın dayanağı olan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"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 Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmüne yer verilmektedir.

Ancak bu kararlar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, elinde yönteminde açılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenilen 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.(AYM- 05.04.2007- E.2007/35, K.2007/6)

Bakılan davada davacı şirket, tatil günlerinde çalışma ruhsatı harcının tarifesine ilişkin davalı ... Belediye Meclisinin 7.1.2005 tarih ve 12 sayılı kararının hafta tatili çalışma ruhsatı harcı bölümündeki "belediyenin belirlemiş olduğu" şerhinin hukuka aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini istemiştir.

Davacı şirket tarafından iptali istenen işlem, davalı belediye tarafından 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, "Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az; 800 YTL'den çok olmamak üzere belediye meclislerince tespit edilir." hükmünü içeren (Değişik madde: 30/12/2004 - 5281 S.K./20.mad) 60. maddesinden hareketle bu maddenin verdiği yetkiye binaen tesis edilmiştir.

Bu durumda uyumsuzluğun çözülmesine esas olmak üzere bu konuda lehe veya aleyhe karar verilirken 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, "Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az; 800 YTL'den çok olmamak üzere belediye meclislerince tespit edilir." hükmünü içeren (Değişik madde: 30/12/2004 - 5281 S.K./20.mad) 60. maddesi dikkate alınacağından bu yönüyle anılan madde ihtilafta uygulanacak yasa maddesi halini almaktadır.

B) İLGİLİ KANUN MADDESİ VE ANLAMI:

2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun (Değişik madde: 30/12/2004 - 5281 SK./20.mad) 60. maddesinde, "Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az; 800 YTL'den çok olmamak üzere belediye meclislerince tespit edilir." hükmü düzenlenmiştir.

Bu hüküm ile Belediyeler Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcını, kanunda belirlenen alt ve üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla doğrudan belirleme yetkisine sahip olmaktadır.

C) ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ

1- ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasa'nın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri ile eşitlik ve hakkaniyeti gözetir. Bu bağlamda, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.

Kamu gereksinimlerini karşılamak üzere kamu gücüyle donatılarak kurulan idari kurum ve kuruluşların her türlü eylem ve işlemlerinde Anayasa ve kanunlara uygun keyfilikten uzak dengeli ve adaletli şekilde davranması gerektiği de açık yasal düzenleme gereğidir.

İdari kurum ve kuruluşların yasa koyucu tarafından verilen kamu gücünü kullanarak tek taraflı iradesiyle bir takım işlem ve eylemlerde bulunacağı pek tabi olmakla birlikte kendisine bahsedilen bu gücü kullanarak soyut, önü açık, dayanağının hangi somut veri ve ölçüler olduğu belirsiz işlem ve eylemlerde bulunması bu yolla kişiler arasında eşitsizliğe sebebiyet vermesi hukuken kabul edilemez.

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.

Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar.

Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım hakların tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda vergi, resim, harç vb. mali yükümlülük getirici yetkiler tanınmaktadır. Bu yetkilerin kullanımı herhangi bir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır olması gerekir. Aksi düşünce keyfi uygulamalara yol açacaktır.

İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında harcın takdirinde esas alacakları somut ve objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir.(Her ne kadar Yasa'nın 96. maddesinin B fıkrasında sosyal ve ekonomik farklılıklar kriteri öngörülmüşse de Anayasa Mahkemesi 19.05.2012 tarih ve 28297 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 29.12.2011 tarih ve E:2010/62, K:2011/175 sayılı kararıyla 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 96. maddesinin (B) fıkrasında yer alan "Yukarıda sayılanlar dışındaki vergi ve harçların maktu tarifeleri; bu Kanunda belirtilen en alt ve en üst sınırları aşmamak şartıyla mahallin çeşitli semtleri arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklar gözönünde tutularak belediye meclislerince tespit olunur." hükmünü Anayasanın 73. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.). Bu bakımdan Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir.

Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür, harcın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında kırk kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir.

2- ANAYASANIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN:

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

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayırım gözetilmeyecek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen "Eşitlik" ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması

engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yasalarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda, hizmetlerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren eşit davranma ve ayırım yapmama ilkesi olarak yorumlanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında söz konusu Yasa maddesinin doğrudan eşitsizlik yaratan bir düzenlemesi görülmemektedir. Ancak Yasa'nın uygulaması esnasında, yine Yasa'nın kendinden kaynaklanan sebeplerle eşitsizliğe ayrımcılığa hatta kayırmacılığa yol açan sonuçlar doğmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi, Yasa sadece alt ve üst sınırları belirleyip, aradaki yelpaze çok geniş olmasına rağmen harcın belirlenmesi hususunda somut ve objektif kriterlere yer vermemiştir. Bu haliyle Yasa da somut ve objektif kriterlere yer verilmediğinden alt ve üst sınır arasındaki harcın miktarını belirlemek tamamen idarenin takdirine (keyfine) bırakılmıştır. Nitekim idarelerde bu hakkı, kelimenin tam anlamıyla keyfince kullanmaktadır.

3- ANAYASANIN 73. MADDESİ YÖNÜNDEN :

Anayasa'nın 73. maddesinde, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülerek Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir.

Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının, yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin kanunlarla belirlenmesi gerekir. Ancak, kanun ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir.

Belediye gelirleri arasında yer alan bazı vergi ve harçların maktu tarifelerini, kanunda belirlenen alt ve üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla belirleme yetkisi belediye meclislerine verilmiştir. Belediye meclislerine verilen bu yetki, kanun koyucu tarafından vergilemenin temel öğelerinin belirlenerek uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına verilen düzenleyici idari işlemlerde bulunma yetkisi ya da kanunla getirilen bir düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte verilen bir yetki olmayıp doğrudan vergi miktarının belirlenmesine ilişkin bir yetkidir.

Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında, "vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir" denilmektedir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapabilecek, ancak bu sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getiremeyecektir. Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetki istisnai bir yetkidir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup, kaldırılması ve değiştirilmesidir. Dolayısıyla bu konularda yukarı ve aşağı sınırları belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi ise kanunun öngörmesi koşuluyla ancak Bakanlar Kurulu'na verilebilir.

Bu haliyle itiraza konu ilgili Yasa maddesinin Belediyelere verdiği yetkinin, bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olabilecek, bu yönüyle kamu gereksinimlerini karşılamak üzere kamu gücüyle donatılarak kurulan idari kurum ve kuruluşların her türlü eylem ve işlemlerinde Anayasa ve kanunlara uygun keyfilikten uzak dengeli ve adaletli şekilde davranması gerektiğini düzenleyen açık yasa kuralını zedeleyecek nitelik ve mahiyette olduğu da bir gerçektir.

D) SONUÇ VE TALEP :

Mahkememizce yukarıda yer verilen açıklamaların birlikte değerlendirilmesinden, itiraza konu 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, "Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az; 800 YTL'den çok olmamak üzere belediye meclislerince tespit edilir." hükmünü içeren (Değişik madde: 30/12/2004 - 5281 S.K./20.mad) 60. maddesinin, Anayasanın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca 2464 Sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, "Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az; 800 YTL'den çok olmamak üzere belediye meclislerince tespit edilir." hükmünü içeren (Değişik madde: 30/12/2004 - 5281 S.K./20.mad) 60. maddesinin iptali istemiyle resen Anayasa Mahkemesine gidilmesine ve bu maddenin iptalinin istenilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmez ise mevcut mevzuata göre davanın neticelendirilmesine, bu kararımızın birer suretinin taraflara tebliğine, 12.12.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2464 sayılı Kanun'un itiraz konusu kural olan 60. maddesi şöyledir:

"Madde 60- Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az, 800 YTL'den çok olmamak üzere bu Kanunun 96 ncı maddesine göre tespit edilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 73. maddelerine dayanılmış, 127. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımıyla 17.1.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanının geniş, sınırsız ve ölçüsüz olduğu, bu bakımdan kuralın belirli ve öngörülebilir olmadığı, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde Kanun'un belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilebileceği, belediye meclislerine harcın tarifesini belirleme konusunda yetki veren kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, itiraz konusu kural ilgili nedeniyle, Anayasa'nın 127. maddesi yönünden de incelenmiştir.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca, hafta tatili ve ulusal bayram günlerinde çalışmaları belediyelerce izne bağlı işyerlerine ruhsat verilmesi, Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcına tabi kılınmış, aynı Kanun'un 60. maddesinde de Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcının tarifi belirlenmiş ve bu Harcın, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az, 800 YTL'den çok olmamak üzere belediye meclislerince tespit edileceği belirtilmiştir.

492 sayılı Harçlar Kanunu'nun gerekçesinde, *"fertlerin özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu kurumları ve hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında yaptıkları ödeme"* biçiminde tanımlanan harçların, vergi gibi anayasal sınırlar içinde kanunla konulması zorunluluğunun bulunduğu açıktır.

Anayasa'nın 73. maddesinde, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülerek Anayasa'nın 2.

maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir.

Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının, yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin kanunlarla belirlenmesi gerekir. Ancak, kanun ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idari işlem yapma yetkisi verilebilir.

İtiraz konusu kuralda, belediye gelirleri arasında yer alan Hafta Sonu Çalışma Ruhsatı Harcının maktu tarifelerini, Kanun'da belirlenen alt ve üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla belirleme yetkisi belediye meclislerine verilmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında, *"Vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir."* denilmektedir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, kanunun belirttiği alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapabilecek, ancak bu sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getiremeyecektir. Bakanlar Kuruluna verilen bu yetki istisnai bir yetkidir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup, kaldırılması ve değiştirilmesidir. Dolayısıyla, bu konularda yukarı ve aşağı sınırları belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi ise kanunun öngörmesi koşuluyla Bakanlar Kuruluna verilebilir.

Anayasallık denetiminde, Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen vergilendirmeye ilişkin hükümler, mahalli idareler yönünden, Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen kurallarla birlikte ele alınıp yorumlanmalıdır.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında, mahalli idarelerin il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları ifade

edilmiştir. Anayasa'da merkezi yönetim - yerel yönetim ayrımının yapılması, yerel yönetimlerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulaması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanması gibi yetki ve ayrıcalıkların tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin göstergeleridir. Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen *"yerel yönetimlerin özerkliği"* ilkesi, yerinden yönetimin varlık şartlarından olan mali özerkliği de kapsamaktadır. Mali özerklik kavramı ise mahalli idarelerin mali kaynaklarının bir bölümünü yerel vergi ve harçlardan oluşturmalarını, gelirlerini ve varlıklarını kendi amaçlarına uygun bir biçimde kullanabilmelerini ve esnek bir bütçe sistemine sahip olmalarını öngörmektedir. Diğer bir ifade ile mahalli idarelerin mali özerkliği, merkezi yönetimin malvarlığından ayrı malvarlığı, bağımsız gelir kaynakları ve bütçeleri olması esasına dayanır. Nitekim Anayasa'nın 127. maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesinde de *"Bu idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır."* hükmüne yer verilmek suretiyle mahalli idarelerin mali özerkliği teminat altına alınmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli idarelerin kuruluş amacı olarak gösterilen mahalli müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayanların, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentilerini ifade etmektedir. Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, bunun saptanması kanuna bırakılmıştır. Bu durumda kanun, kamu yararını gözeterek, anayasal sınırlar içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir.

Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında, Bakanlar Kuruluna tanınan yetki, etki ve sonuçları itibarıyla bölünebilir olmayan, merkezi idare tarafından ülke çapında uygulanan vergilere ilişkin bir yetkidir. 2464 sayılı Kanun'da yer alan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle bakıldığında ise hepsinin mahalli niteliğinin öne çıktığı görülmektedir. Anılan dördüncü fıkrada Bakanlar Kuruluna verilen yetki, mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması amacıyla yerel bazda yerel yönetimlerin yetkilendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Esasen mahalli idarelerin

yerel düzeydeki müşterek ihtiyaçlarının karşılanmasında kendilerine bir takım mali yetkiler tanınması Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen idari ve mali özerkliklerinin gereğidir. Bir başka ifadeyle yerel özelliği baskın olan vergi, resim ve harçların, sınırları belli edilmek kaydıyla yerel idarelerin yetki alanları içinde bırakılması demokratik devlet ilkesine uygun düşmektedir.

Sürekli gelişen bilim ve teknolojinin hızla ürettiği yenilikler ve hukuk evrimi sonunda çok çeşitlenen ve yaygınlaşan bireysel ya da toplumsal gereksinimleri karşılamaya yönelik devlete ait tüm görevleri ülke düzeyinde tek bir merkezden, zamanında, sağlıklı, verimli ve etkin biçimde yerine getirebilme olanaksızlığı, bunların bir bölümünün yerel idareler tarafından yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır. Merkezi yönetim, yerel gereksinimleri anlama ve değerlendirme yönünden yetersiz kalma riski taşımakta ve yerel idareler gibi dinamizm ve hareketlilik gösterememektedir. Yerel yönetimler, yerel çıkarlara, ekonomik ve coğrafi duruma göre değişken koşullara daha iyi uyabilme olanağına sahiptir. Bu yönüyle düzenlemenin, merkezden yönetimin görev yükünü hafifletmeyi de amaçladığı anlaşılmaktadır.

Günümüzde şehirleşme hareketlerinin gelişmesi, şehir niteliğindeki yerleşim alanlarında yaşayan nüfusun hızla artması, şehir halkının giderek sosyal, ekonomik ve kültürel ihtiyaçlarının çoğalması ve şehirlerin çağın gereklerine göre yeniden tanzim ve imar çabaları, bu konudaki giderlerin geniş ölçüde artması sonucunu doğurmuş ve bu durum eski şartlara ve anlayışlara göre kurulmuş olan yerel yönetim finans sistemlerinin yeni ve doyurucu kaynaklara sahip olacak biçimde geliştirilmesini zorunlu kılmıştır. Her bir ilin yerleşim alanı, kent ve kırsal nüfus oranları, yüzölçümleri, hizmet sunum alanları, nüfusları, yöredeki sanayi yoğunluğu, üretim ve tüketim kapasitesi, ekonomik faktörler ve gelişmişlik düzeyi birbirinden oldukça farklı olduğundan, yerel ihtiyaçları karşılayacak yerel gelirlerin belirlenmesinin merkezi yönetim tarafından yapılmasının zorluğu ortadadır. Sayılan etkenler gözetildiğinde belediyelerin hizmet maliyetlerinin ve buna karşılık gelirlerinin bir kısmının kendi yetkili organları tarafından belirlenmesi, Anayasa'nın 127. maddesinde ifade edilen "*yerel yönetimlerin özerkliği*" ilkesine de uygundur.

Vergilendirme yetkisinin sahibi olan Devletin, bu yetkisini uygun göreceği sınırlar içinde ülke çapında uygulanan vergiler yönünden Bakanlar

Kurulu eliyle kullanması Anayasa'nın 73. maddesinin gereğidir. Ancak yerel idarelere vergilendirme konusundaki yasama yetkisi devredilmeksizin, bir kısım vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülükler bakımından yerel idarelere kanunda tespit edilmiş sınırlar içinde belirleme yetkisinin verilmesini öngören kuralda, Anayasa'nın 73. ve 127. maddelerine aykırı bir durumun bulunmadığı açıktır.

Nitekim Türkiye'nin de onaylamış olduğu Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da, *"Yerel makamların mali kaynaklarının en azından bir bölümü, kanunun koyduğu sınırlar dâhilinde, oranlarını kendilerinin belirleyebilecekleri yerel vergi ve harçlardan sağlanacaktır."* biçiminde bir düzenleme yer almaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 73. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Bu görüşe, Mehmet ERTEN, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM, Erdal TERCAN ile Zühtü ARSLAN katılmamıştır.

VI- SONUÇ

26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 30.12.2004 günlü, 5281 sayılı Vergi Kanunlarının Yeni Türk Lirasına Uyumu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 20. maddesiyle değiştirilen 60. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mehmet ERTEN, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM, Erdal TERCAN ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 10.4.2013 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

Belediye Gelirleri Kanunu'nun itiraz konusu 60. maddesinde *"Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az; 800 YTL'den çok olmamak üzere belediye meclislerince tespit edilir."*denilmektedir.

Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır."*, dördüncü fıkrasında da *"Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir."*hükümleri yer almaktadır.

Kuralda, Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcının kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar arasında kalmak koşuluyla miktarının belediye meclislerince saptanacağı, öngörüldüğü ve söz konusu ruhsat harcının Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kapsamında olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 73. maddesi, vergi, resim ve harçların oran ve tarifelerinde belirtilen sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisinin sadece Bakanlar Kuruluna verilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu yetkinin, Bakanlar Kurulu haricinde başka bir makama ya da belediye meclislerine verilmesinin Anayasal dayanağı bulunmamaktadır.

Öte yandan kural, Anayasa ile sadece Bakanlar Kurulu için öngörülen yetkiyi belediye meclislerine de vermek suretiyle Anayasa ile Bakanlar Kuruluna verilen yetkiyi yasa ile Anayasaya aykırı olarak daraltmaktadır.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, 19.05.2012-28297 Tarih-Sayılı Resmi Gazetede yayımlanan E:2010/62, K:2011/175 olan 29.12.2011 günlü kararında benzer bir düzenlemeyi Anayasa'nın 73. maddesine aykırı bularak oybirliği ile iptal etmiştir. Sözü edilen bu karardan vazgeçmeyi gerektirecek yasal bir değişiklik de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 30.12.2004 günlü, 5281 sayılı Kanun'un 20. maddesi ile değiştirilen 60. maddesinde "Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL'den az; 800 YTL'den çok olmamak üzere belediye meclislerince tesbit edilir." denilmektedir.

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

Anayasa'nın "vergi ödevi" başlıklı 73. maddesinin üçüncü fıkrasında; "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." dördüncü fıkrasında ise; "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimlerle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde

değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” denilmektedir. Madde hükmü ile “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin” kanunla konulacağı, değiştirileceği ve kaldırılacağı öngörülerek Anayasa’nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen “hukuk devleti” ilkesi vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir.

Bu anayasal düzenlemeler karşısında verginin kanuniliği ilkesi gereği verginin konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması yetkisi yasama organına aittir ve ancak kanunla yapılabilir. Anayasa’nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında Bakanlar Kuruluna verilen yetki istisnai bir yetki olup Bakanlar Kuruluna “muafık, istisna ve indirimlerle oranlarına ilişkin” değişiklik yapma yetkisi verilirken bu yetkinin “Kanunun belirttiğı yukarı ve aşağı sınırlar içinde” kullanılabileceğı öngörülmektedir. Belirtilen Anayasa hükümleri karşısında Bakanlar Kurulu dışında herhangi bir merciin bu yetkiyi kullanması mümkün değildir.

Açıklanan nedenle; belediye meclislerine tatil günlerinde çalışma ruhsatı harcı tarifesini belirleme yetkisi veren kural, Anayasa’nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olup iptali gerektiğı düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu’nun 60. maddesi uyarınca “Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı, işin mahiyetine göre yılda 20 YTL’den az; 800 YTL’den çok olmamak üzere belediye meclislerince tespit edilir.” Bu hükmün Anayasa’nın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiştir.

Mahkememiz çoğunluğu, Anayasa’nın 73. maddesinde vergilendirmeye ilişkin hükümlerin Anayasa’nın 127. maddesinde düzenlenen mahalli idareler hakkındaki kurallarla birlikte değerlendirilmesi gerektiğı, 127. maddede ifadesini bulan yerel yönetimlerin özerkliği ilkesinin mali özerkliği de kapsadığı, bu anlamda Bakanlar Kuruluna verilen “ülke

çapında uygulanan vergiler”e ilişkin yetkinin, mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması amacıyla yerel yönetimlere yetki verilmesine engel teşkil etmediği gerekçeleriyle iptali istenen kuralın Anayasa’ya uygun olduğu sonucuna varmıştır.

Anayasa’nın “Vergi ödevi” başlıklı 73. maddesine göre, “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.” Verginin kanuniliği ilkesini ifade eden bu anayasal hüküm gereği vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ancak yasama organı tarafından konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Bununla birlikte, aynı maddenin dördüncü fıkrasında pratik zorunluluklar dikkate alınarak istisnai durumlarda vergi ve benzeri mali yükümlülükler konusunda, kanunun belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içinde Bakanlar Kuruluna yetki verilebileceği kabul edilmiştir. 73. maddenin gerekçesinde “Vergi yükünün muafılığı ve istisnaların zamanla artan oranla düşmesini engellemek üzere, kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi ilkesi”nin kabul edildiği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede Anayasa’nın 73. maddesi uyarınca vergi ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili düzenlemeler kural olarak kanunla yapılır, ancak mali yükün güncellenmesi anlamında Bakanlar Kuruluna kanunla belirlenen yukarı ve aşağı sınırlar içinde kalarak değişiklik yapma yetkisi verilebilir. Bakanlar Kuruluna verilen bu yetki de istisnai ve sınırlı bir yetkidir. Görüldüğü üzere Anayasa, ülke çapında-yerel düzeyde ayrımı yapmaksızın Bakanlar Kurulu dışında hiçbir organa vergi ve benzeri mali yükümlülükler hakkında düzenleme yapma yetkisi vermemektedir. Bakanlar Kuruluna tanınan bu yetkiyi kanunda belirlenen alt ve üst harç miktarları arasında kalmak şartıyla belediye meclislerine de teşmil eden kuralın, 73. maddenin dördüncü fıkrasının açık hükmü karşısında Anayasa’ya uygun olduğu söylenemez.

Diğer yandan, Anayasa’nın 127. maddesinden hareketle itiraz konusu kuralın Anayasaya uygun olduğunu savunmak, doğrudan ilgili ve özel düzenleme olan 73. madde karşısında mümkün görünmemektedir. 127. madde mahalli idarelerin görev ve yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceğini belirtmektedir. Ancak, bu kanuni düzenlemelerin sadece 127. maddeye değil, Anayasa’nın diğer maddelerine de uygun olması gerekmektedir.

Bir kural Anayasa'nın bir hükmüne uygun, diğerine aykırı olabilir. Bu bağlamda iptali istenen kuralın Anayasa'nın 127. maddesine uygun olması, aynı zamanda 73. maddesine de uygun olduğu anlamına gelmez. Kaldı ki, Anayasa'nın 127. maddesi mahalli idarelerin görevleriyle orantılı gelir kaynaklarına sahip olacağını belirtmekte, ancak gelir kaynaklarının nasıl sağlanacağını kanuna bırakmaktadır.

Tatil günlerinde çalışma ruhsatı harcının belediye meclisleri tarafından belirlenmesinin daha pratik ve yerinden yönetim ilkesine daha uygun olduğu düşünülebilir. Nitekim, yeni anayasa çalışmaları kapsamında siyasi partilerin bu yönde önerilerde bulundukları bilinmektedir. Ayrıca, Türkiye'nin de onaylamış olduğu Avrupa Yerel Yönetimler Şartı'nın 9. maddesinin 3. fıkrasına göre "Yerel makamların mali kaynaklarının en azından bir bölümü, oranlarını kanunun koyduğu sınırlar dahilinde kendilerinin belirleyebilecekleri yerel vergi ve harçlardan sağlanacaktır."

Ancak "olması gereken"e ilişkin yapılan değerlendirmeler, kanunların anayasallık denetiminin mevcut Anayasa hükümleri çerçevesinde yapılması zorunluluğunu değiştirmemektedir. Anayasa'nın vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle dair özel düzenlemesi olan 73. maddesinin dördüncü fıkrasının gerek lafzı, gerekse madde gerekçesinde ifadesini bulan amacı dikkate alındığında, belediye meclislerine tatil günlerinde çalışma ruhsatı harcını belirleme yetkisi veren kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır.

Bu gerekçelerle, çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Zühtü ARSLAN

Esas Sayısı : 2011/42

Karar Sayısı : 2013/60

Karar Günü : 9.5.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk Partisi) Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL ve M. Akif HAMZAÇEBİ (E.2011/42)

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İstanbul 15. İcra Hukuk Mahkemesi (E.2012/42)

DAVA VE İTİRAZIN KONUSU : 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 40. maddesiyle değiştirilen, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dördüncü fıkrasının *"Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz."* biçiminde ikinci cümlesinin,

2- 53. maddesiyle, 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine eklenen fıkranın,

3- 64. maddesiyle değiştirilen, 5.6.1986 günlü, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan *"...net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştırılan işyerlerinde..."* ve *"...yirmiden az personel çalıştırılan işyerlerinde yüzde 15'inden..."* ibarelerinin,

4- 67. maddesiyle, 1.7.1976 günlü, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması

Hakkında Kanun'a eklenen geçici 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "...3 aylık süre içerisinde..." ibaresinin,

5- 98. maddesiyle, 11.1.1954 günlü, 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'na eklenen geçici 4. maddenin,

6- 101. maddesiyle değiştirilen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafının "... Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcılar ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için..." bölümünün,

7- 115. maddesiyle, 657 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının,

8- 133. maddesiyle, 8.6.1994 günlü, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesine eklenen fıkranın,

9- 166. maddesinin,

10- 169. maddesiyle, 9.12.1994 günlü, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 3. maddenin;

a- İkinci fıkrasının;

aa- Birinci cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin,

ab- Dördüncü cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin,

ac- Sekizinci ve dokuzuncu cümlelerinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin,

b- Üçüncü fıkrasında yer alan “...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların...” ibaresinin,

11- 177. maddesiyle, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin,

12- 179. maddesiyle değiştirilen, 4734 sayılı Kanun’un 68. maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesindeki “projelerde” ibaresinin,

13- 206. maddesiyle, 18.4.2001 günlü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu’nun 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendine eklenen (3) numaralı alt bendin “Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir.” biçimindeki dördüncü cümlesinin,

14- 208. maddesiyle, 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 7. maddesine eklenen fıkraların,

15- 209. maddesiyle, 5737 sayılı Kanun’a eklenen geçici 10. maddenin,

16- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

17- Geçici 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

Anayasa’nın 2., 6., 7., 10., 13., 35., 36., 46., 48., 49., 55., 60., 69., 87., 123., 126., 127., 128., 135. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ ile İTİRAZ BAŞVURUSUNUN GEREKÇELERİ

A- Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

“II. İPTALİ İSTENEN MADDELERİN ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ

1) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 40 ıncı Maddesi ile Değiştirilen 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86 ncı Maddesinin Dördüncü Fıkrasının, “Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz.” Şeklindeki İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun “Prim belgeleri ve işyeri kayıtları” başlıklı 86 ncı maddesinde, işverenlerin bir ay içinde çalıştırdıkları sigortalılar ile sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalıların “aylık prim” ve “hizmet belgesini” Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirme esas ve usulleri düzenlenmektedir.

Maddenin dördüncü fıkrasının ilk cümlesinde, ay içinde 30 günden az çalıştırıldığı ve dolayısıyla 30 günden az ücret ödendiği beyan edilen sigortalılar için, 30 günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklenmesinin şart olduğu temel kural olarak yer almaktadır. Fıkranın temel kurala istisna getiren, “Kamu idareleri ile toplu iş sözleşmesi imzalanan işyerlerinde bu şart aranmaz.” şeklindeki ikinci cümlesi ise, yapılan değişiklikle “Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz.” biçimine dönüştürülmüştür.

Böylece, beyanı ispatlayıcı belgeleri ibraz yükümlülüğünden, yasayla sadece kamu idareleri ile toplu iş sözleşmesi imzalanan işyerleri muaf tutulmuş iken; fıkra yapılan değişiklikle, kamu-özel, toplu iş sözleşmesi-bireysel iş sözleşmesi, tam zamanlı-kısmi zamanlı ayrımı yapılmaksızın ve hiçbir ölçü de getirilmeksizin beyanı ispatlayıcı belgeleri ibraz yükümlülüğünden muaf tutulacak işyerlerini belirleme yetkisi Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

Hukuk devleti ilkesi kurallarda belirliliği gerektirir. 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 yükümlülüğünden, kamu-özel, toplu iş sözleşmesi-bireysel iş sözleşmesi, tam zamanlı-kısmi zamanlı ayrımı yapılmaksızın; amacı, ilkeleri ve sınırları belirtilmeksizin ve hiç bir ölçüye bağlanmaksızın muaf tutulacak işyerlerini belirleme yetkisinin Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı için Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 7 nci maddesinde, Yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Beyanı ispata yarayacak belgeleri verme yükümlülüğünden muaf tutulacak işyerlerinin belirlenmesi yetkisinin, kamu-özel, toplu iş sözleşmesi-bireysel iş sözleşmesi, tam zamanlı-kısmi zamanlı ayrımı yapılmaksızın ve amacı, ilkeleri ve sınırları belirtilmeksizin yasayla doğrudan Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden, söz konusu düzenleme Anayasanın 7 nci maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözetken, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği ve sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir.

Oysa, yapılan değişiklik ile bir yandan kısmi zamanlı çalışma işçiler aleyhine alabildiğine genişletilirken, diğer yandan kısmi zamanlı çalışmayı haklı kılan nedenlerine ilişkin belgelerin işverenlerce ibrazına ilişkin yükümlülüğün idarenin takdirine bırakılması, emeğin tümüyle istismarına yol açacaktır. Bu bağlamda söz konusu düzenleme sosyal devlet ilkesine de aykırıdır.

Anayasanın 60 ıncı maddesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu; Devletin bu güvenliğini sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı hükmüne yer verilmiştir.

Aynı madde ile 5510 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin yedinci fıkrasının da yürürlükten kaldırıldığı ve böylece sigortalıyı çalıştıran işveren ile alt işveren ve sigortalıyı geçici olarak devralan işverenlerin; aylık prim ve hizmet belgesinin Sosyal Güvenlik Kurumunca onaylanan bir nüshasını sigortalının çalıştığı her işyerinde, sigortalılar tarafından görülebilecek bir yere asma yükümlülüğüne de son verildiği göz önüne alındığında, Sosyal Güvenlik Kurumuna verilen bu yetki, işçilerin kontrol ve Devletin otokontrol imkanını büsbütün sona erdirerek, taşeronlaşmayı ve kayıt dışı istihdamı teşvik ettiği için, Anayasanın 60 ıncı maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, bu arada çalışanları, emeklilerle yaşlıları, durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir.

Açıklanan nedenlerle 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesi ile değiştirilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının, “Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz.” şeklindeki ikinci cümlesi, Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 60 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 53 üncü Maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Geçici 20 nci Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesinde, bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler personelinin malullük, yaşlılık ve ölümlerinde yardım yapmak üzere, 506 sayılı Kanunun yayımı tarihine kadar tesis veya dernek olarak kurulmuş bulunan sandıklar düzenlenmekte ve (b) bendi ise, “Bu personelin, iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malûllük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, en az bu kanunda belirtilen yardımları sağlayacak,” hükmünü içermektedir.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 09.03.1983 günlü ve 1983/1-1 sayılı Kararında da (RG 23.06.1983/18086) belirtildiği üzere, 506 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesi, 506 sayılı Yasanın bütünlüğü içinde değerlendirildiğinde görüleceği üzere, 20 nci maddede belirtilen sandıklar bağlı bulundukları kuruluşların personeli hakkında yasal düzenleme alanı içinde Sosyal Sigortalar Kurumunun

yüklendiği görevleri, sağladığı hakları o düzeyin altına düşmemek üzere yüklenmiş sandıklar olup, görevleri ve en az yükümlülükleri yasa ile belirlenmiştir.

Bu bağlamda, örneğin; T. Vakıflar Bankası T.A.O. Memur ve Hizmetlileri Emekli ve Sağlık Yardım Vakfı Vakıf Senedinin 4 üncü maddesinde, “Vakfın gayesi: a- İşbu vakıf Senedi hükümleri dairesinde üyelerin emeklilik, malullük, ölüm, hastalık, analık, iş kazaları ve meslek hastalıkları hallerinde ve eş ve çocukları ile üyenin geçindirmekle yükümlü bulunduğu ana ve babasının hastalıklarında, Sosyal Sigortalar Kanunları ile temin edilen yardımlardan az olmamak üzere hak sahiplerine yardımda bulunmak.” denilmektedir.

T. Vakıflar Bankası T.A.O. Memur ve Hizmetlileri Emekli ve Sağlık Yardım Vakfının, Yasadan ve Vakıf Senedinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi üzerine, hak sahiplerinin açtığı davalar davacılar lehine sonuçlanmış ve Yargıtay bu kararları onamıştır.

Nitekim, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 26.10.2010 tarih ve E.2009/15373, K.2010/14473 sayılı Kararında, “... davalı Vakfın, vazgeçilmez ve devredilmez nitelikteki sosyal güvenlik hakkının yaşama geçirilmesi görevini sürdüren bir tüzel kişilik olduğu gözetildiğinde, bu görevi yerine getirirken, konuya ilişkin daha üst düzeydeki düzenlemeleri içeren, Sosyal Sigortalar Kanunundaki temel düzenlemelerle bağlı kalmasının gereklilik arz etmesine, geçici 20 nci maddede yer alan sandıklar ile 506 sayılı Yasa arasındaki ilişkinin, yasanın bu sandıklar için bir alt sınır ile gerçekleşmesine, Hukuk Genel Kurulunun 24.03.2010 tarih 2010/10-155 Esas 170 Karar sayılı ilamında da belirtildiği gibi; davalı vakıf tarafından bu alt sınırın, bağladığı aylıklara yapılan artış oranları yönünden, 506 sayılı Yasa hükümlerine göre bağlanan aylıklara yapılan artış oranlarının karşılaştırılması suretiyle sağlanmasının gerekmesine, sağlanan artış oranının, 506 sayılı Yasa uyarınca yaşlılık aylığı alanlara yapılan artış oranından az olması durumunda, davalı Sandık yönünden yaşlılık aylığı artış oranı konusunda ek yükümlülük doğurmasına, vakıf senedindeki düzenlemelere göre aylıklarında artış olan kimselerin, ayrıca 506 sayılı Yasanın aylık artışına dair hükümlerinden de yararlanmalarının gerekmesine ...” karar vermiştir.

Yasa hükmü, Vakıf Senedi ve Yargıtay 10. Hukuk Dairesi ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı böyle iken; 6111 Sayılı Kanunun 53 üncü maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine eklenen fıkra ise, “Birinci fıkranın (b) bendinin uygulanmasında, yardımların sağlanması

ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırması esas alınır. Ancak, gelir ve aylıkların artırılmasında 506 sayılı Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıkların artırımına ilişkin hükümler devir tarihine kadar uygulanmaz. 5510 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrasında yer alan sınırlama dâhilinde sandıkların kuruluş senetlerinde yer alan hükümler ve sandıkların uygulamaları saklıdır. Bu hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanır.” hükmü getirilerek kazanılmış haklar ortadan kaldırılmakta, yasaların geriye yürüyemeyeceği ilkesi çiğnenmekte ve görülmekte olan davalar geçersiz kılınmaktadır.

Anayasa Mahkemesi 03.04.2001 tarih ve E.1990/50, K.2001/67 sayılı Kararında kazanılmış hakkı, “kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak” olarak tanımlanmış; 20.05.1998 tarih ve E.1998/10, K.1998/418 sayılı Kararında ise, “Anayasanın 2 nci maddesinde yazılı niteliklere sahip bir hukuk devletinde, mevcut kanunlara göre kazanılmış hakların sonradan çıkacak kanunlarla tanınmasının zorunlu olduğu şüphesizdir.” denilmiştir. Bu bağlamda, 6111 Sayılı Kanunun 53 üncü maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sigortalıların, emekli maaş artışı konusunda yargı mercileri nezdinde açmış oldukları davalardan bir kısmı kesinleşmiş; bir kısmı ise halen devam etmektedir. 6111 Sayılı Kanunun 53 üncü maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine eklenen fıkra ile görülmekte olan davalar ortadan kaldırılmaktadır.

Anayasanın 138 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı belirtilirken; dördüncü fıkrasında ise, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organlarla idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla 6111 Sayılı Kanunun 53 üncü maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 138 inci maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 6111 Sayılı Kanunun 53 üncü maddesi ile 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 64 üncü Maddesi ile Değiştirilen 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 25 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesindeki, “net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde” İbaresini ile “yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 15’inden” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının, “Ancak, işletmelerde meslek eğitimi gören öğrenci, aday çırak ve çırağa yaşına uygun asgari ücretin % 30’undan aşağı ücret ödenemez.” hükmüne amir son cümlesi, 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 64 üncü maddesi ile “Ancak, işletmelerde meslek eğitimi gören örgün eğitim öğrencilerine, asgari ücretin net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 30’undan, yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 15’inden, aday çırak ve çırağa yaşına uygun asgari ücretin yüzde 30’undan aşağı ücret ödenemez.” şeklinde değiştirilmiştir.

Bu düzenlemeyle, aday çırak ve çıraklara ödenecek ücrette bir değişiklik öngörülmez iken; işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücrette ise, bir yandan yirmi ve üzeri personel çalıştıran işyeri-yirmiden az personel çalıştıran işyeri ayırımına gidilmiş, diğer yandan da esas alınan brüt asgari ücret net asgari ücrete dönüştürülmüştür. Böylece işletmelerde meslek eğitimi gören (16 yaşından büyük) öğrencilerin 2011 yılının ilk altı ayında aylık 239 TL olan harçlığı, yirmiden fazla personel çalıştıran işyerlerinde 189 TL’ye, yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde ise 94,5 TL’ye düşürülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 03.04.2001 tarih ve E.1990/50, K.2001/67 sayılı Kararında da belirtildiği üzere, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş hak, kazanılmış haktır. Yine Anayasa Mahkemesinin 20.05.1998 tarih ve E.1998/10, K.1998/418 sayılı Kararında vurgulandığı üzere, Anayasanın 2 nci maddesinde yazılı niteliklere sahip bir hukuk devletinde, mevcut kanunlara göre kazanılmış hakların sonradan çıkacak kanunlarla tanınması zorunludur.

Bu bağlamda, işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenen 239 TL’nin, yirmiden fazla personel çalıştıran işyerlerinde 189 TL’ye, yirmiden az

personel çalıştıran işyerlerinde ise 94,5 TL'ye düşürülmesini öngören, 6111 sayılı Kanunun 64 üncü maddesi ile değiştirilen 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki, “net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde” ibaresi ile “yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 15’inden” ibaresi, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan, işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücrette, yirmi ve üzeri personel çalıştıran işyeri-yirmiden az personel çalıştıran işyeri ayırımına gidilerek öğrenciler arasında haklı ve geçerli bir nedene dayanmayan eşitsizlik ve adaletsizlik yaratılması, Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesi ile 55 inci maddesindeki ücrette adalet sağlanması hükmüne de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 6111 sayılı Kanunun 64 üncü maddesi ile değiştirilen 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki, “net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde” ibaresi ile “yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 15’inden” ibaresi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 55 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 67 nci Maddesiyle 2022 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna Eklenen Geçici 2 nci Maddenin Birinci Fıkrasında Yer Alan, “3 aylık süre içerisinde” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 67 nci maddesiyle 2022 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna eklenen geçici 2 nci madde ile, sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak çalışmayan, sosyal güvenlik kurumlarından ya da yabancı ülkeler sosyal güvenlik kurumlarından her ne ad altında olursa olsun herhangi bir gelir veya aylık almayan ve silikozis hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü en az % 15 kaybettiğine Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulunca meslek hastalıkları tespit hükümleri çerçevesinde karar verilen kişilere, Sosyal Güvenlik Kurumunca aylık bağlanması öngörülmekte; ancak, söz konusu aylığın bağlanması, Kanunun yayım tarihinden itibaren 3 aylık süre içinde talepte bulunulması şartına bağlanmaktadır.

Bu düzenlemeye göre, Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 aylık süre içinde başvuramayanlar ile Kanunun yayımı tarihinden sonra silikozis hastalığına yakalananlar söz konusu haktan yararlanamayacaklardır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, sosyal hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği ve sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan, sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkenin kalkınmasıyla birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlettir.

Sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak çalışmayan, sosyal güvenlik kurumlarından ya da yabancı ülkeler sosyal güvenlik kurumlarından her ne ad altında olursa olsun herhangi bir gelir veya aylık almayan silikozis hastalarına bir hak tanınmışken, bunun Yasanın yayımı tarihinden itibaren belli bir süreyle sınırlanması ve bu süreden sonra silikozis hastası olanların ise Yasanın kapsamı dışında tutulması Anayasanın 2 nci maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturur.

Açıklanan gerekçelerle, 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 67 nci maddesiyle 2022 Sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna eklenen geçici 2 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “üç aylık süre içerisinde” ibaresi Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 98 inci Maddesi ile 6219 Sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanununa Eklenen Geçici 4 üncü Maddenin Anayasaya Aykırılığı

11.01.1954 tarihli ve 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanununun, “1050, 2490 ve 3460 sayılı kanunlar ile bunların ek ve tadilleri, banka ve kuracağı ortaklıklar hakkında uygulanmaz.” hükmüne amir 18 inci maddesi; 6111 sayılı Kanunun 97 nci maddesi ile “8/9/1983

tarıhli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4/1/2002 tarıhli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 8/6/1984 tarıhli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 22/1/1990 tarıhli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 2/1/1961 tarıhli ve 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun ve 12/4/1990 tarıhli ve 3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun Banka ve ortaklıkları hakkında uygulanmaz.” şeklinde değıştirilmekte; ve 6111 sayılı Kanunun 98 inci maddesi ile 6219 sayılı Kanuna eklenen geçici 4 üncü maddede ise, “6219 sayılı Kanunun değışik 18 inci maddesi, 1/1/2004 tarihinden itibaren geçerli olup, Banka ve ortaklıkları hakkında yargı mercilerine açılmış davalar ve icra takipleri hakkında da uygulanır.” denilmektedir.

6219 sayılı Kanunun 18 inci maddesinde yapılan değışiklik ile yürürlükten kalkmış olan 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu, 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu ve 3460 sayılı Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatıyla İdare ve Murakabeleri Hakkındaki Kanununun yürürlükte bulunan kanunlarla güncellenmesinin amaçlandığı anlaşılmakla birlikte, 399 sayılı KHK ile 195 sayılı Kanun ve 3624 sayılı Kanunun da Vakıflar Bankası ve ortaklıkları hakkında uygulanmayacağına yönelik yeni bir düzenleme de içermektedir.

6111 sayılı Kanunun Yürürlük başlıklı 215 inci maddesine göre, 6111 sayılı Kanunun 97 nci maddesiyle değıştirilen 6219 sayılı Kanunun 18 inci maddesi, Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girerken; 98 inci maddesiyle 6219 sayılı Kanuna eklenen geçici 4 üncü madde de ise, 6219 sayılı Kanunun değışik 18 inci maddesinin 01.01.2004 tarihinden itibaren geçerli olacağı ve Vakıflar Bankası ile ortaklıkları hakkında açılmış olan davalar ile icra takipleri hakkında da uygulanacağı hüküm altına alınmaktadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, insan hak ve özgürlüklerini koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve bunu geliştirerek sürdürmeyi amaç edinen, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağılı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da

bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Yasalar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi ayrıkçı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Geçmiş, yeni çıkarılan bir yasanın etki alanı dışında kalır. Sonradan yürürlüğe giren yasaların geçmiş ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkeleri arasındadır. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması yanında, kazanılmış haklara saygı duyulmasını da gerektirir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Bu bağlamda, 25.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6219 sayılı Kanununun değişik 18 inci maddesinin, geçmişi kapsayacak şekilde 01.01.2004 tarihinden itibaren geçerli olması, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 87 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri tadadı olarak sayılmıştır. 6219 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesindeki, değişik 18 inci maddenin 01.01.2004 tarihinden itibaren geçerli olacağına ve Banka ve ortaklıkları hakkında açılmış bulunan dava ve icra takiplerinde de uygulanacağına ilişkin düzenleme Yasama organının yetkisi kapsamında olmadığından Anayasanın 87 nci maddesine de aykırıdır.

Anayasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrası, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organlarla idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceklerine amirdir. 6219 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesinde yer alan, değişik 18 inci maddenin 01.01.2004 tarihinden itibaren geçerli olacağına ve Banka ve ortaklıkları hakkında açılmış bulunan davalar yanında icra takiplerinde de uygulanacağına ilişkin hüküm, yürümekte olan dava ve icra takiplerine açık bir müdahale olduğu için Anayasanın 138 inci maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 6111 sayılı Kanunun 98 inci maddesiyle 6219 sayılı Kanuna eklenen geçici 4 üncü madde, Anayasanın 2 nci, 87 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 101 inci Maddesi ile Değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 68 inci Maddesinin (B) Bendinin İkinci Paragrafındaki, “Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için” İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasa ve yasalarımızda Devlet memurluğu bir statü hukuku olarak düzenlenmiştir. Personel mevzuatımız temellerini, Anayasanın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70 inci maddesi ile kamu görevlileriyle ilgili genel ilkeleri düzenleyen 128 inci maddesinden almaktadır.

Devlet memurluğuna giriş, memuriyet koşulları, memurların hak ve yükümlülükleri ile hizmet içinde yükselme şartları, statü hukukunun gereği olarak yasalarla belirlenmektedir. Öte yandan, Kıta Avrupa’sı Hukuk Sisteminde, Devlet memurlarının kamu hizmeti içinde ilerleme ve yükselmeleri “liyakat” ve “kariyer” ilkeleri temelinde şekillenmektedir. Nitekim, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Temel ilkeler başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinde kariyer, “Devlet memurlarına, yaptıkları hizmetler için lüzumlu bilgilere ve yetiştirme şartlarına uygun şekilde, sınıfları içinde en yüksek derecelere kadar ilerleme imkanını sağlamaktır.” şeklinde tanımlanırken; (C) bendinde ise liyakat, “Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu bağlamda, devlet memuriyetine girenlerden gerekli koşulları taşıyanların liyakat ve kariyer ilkelerinin gereği olarak en yüksek memuriyet kadrolarına kadar yükseltilmeleri gerekir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda öngörülen sistem, Devlet memurlarına bu olanağı sağlamaktadır.

Ancak, 6111 sayılı Kanunun 101 inci maddesiyle değiştirilen 657 sayılı Kanunun 68 inci maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafındaki düzenlemeler, 657 sayılı Kanunun temel ilkelerini ortadan kaldırmakta ve Devlet memurlarının hizmet içinde yükselerek üst kademe yöneticisi olabilmelerini dolaylı olarak engellemektedir.

657 sayılı Kanunun (B) bendinde yapılan değişiklikle, eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı hariç kurumların 1 nci derece kadrolu Başbakanlık ve bakanlıklarla

bunların bağı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcılığı ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına, yükseköğrenim gördükten sonra özel kurumlarda veya serbest olarak çalıştıkları sürenin tamamı dikkate alınarak atama yapılabilecektir. Bu düzenlemeye göre üniversiteyi bitirdikten sonra 12 yıl serbest avukatlık yapmış bir kişi, hiç Devlet memuriyeti yapmamış olmasına rağmen doğrudan Başbakanlık veya Adalet Bakanlığı müsteşarlığı; herhangi bir inşaat firmasında 12 yıl çalışan bir mühendis Bayındırlık Bakanlığı müsteşarlığı; bir dershanede 12 yıl öğretmenlik yapan bir kişi Ortaöğretim Genel Müdürlüğü vb. görevlere atanabilecektir.

Anayasanın 128 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında kamu görevlileriyle ilgili genel ilkeler düzenlendikten sonra, üçüncü fıkrasında aynen, “Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa, üst kademe yöneticiler için statü hukukunun gerekleriyle yetinmeyerek ayrıca yasayla düzenlenmiş özel yetiştirilme usul ve esaslarını zorunlu görürken, yükseköğrenim gördükten sonra özel kurumlarda veya serbest olarak 12 yıl çalışan ve bu yanı sıra da kamu hizmeti birikimi ile devlet memuriyeti kariyeri ve deneyimi olmayanların, başbakanlık ve bakanlıklar ile bağı ve ilgili kuruluşların müsteşarlık ve müsteşar yardımcılığı ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanmalarını öngören düzenleme, kamu hizmetleri ve kamu yararı ile kamu görevi ve görevlileri arasındaki fonksiyonel ilişkiyi, tek göstergesi fiyat olan piyasa mantığına indirgeyerek statü hukukunun bütün gereklerini ortadan kaldırdığı için Anayasanın 128 inci maddesine aykırıdır. Yasama organından beklenen statü hukukunu bütünüyle ortadan kaldırmak değil, Anayasanın 128 inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki emredici normu, personel mevzuatına taşıyarak uygulanabilir kılacak yasal düzenlemeleri yapmaktır.

Açıklanan nedenlerle, 6111 sayılı Kanunun 101 inci maddesi ile değiştirilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 68 inci maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafındaki, “Başbakanlık ve bakanlıkların bağı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için” ifadesi Anayasanın 128 inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 115 inci Maddesi ile Değiştirilen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Ek 8 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6111 sayılı Kanunun 115 inci maddesiyle 657 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesi değiştirilmiştir. Ek 8 inci maddenin birinci fıkrasında memurların başka kurumlarda görevlendirilmeleri; geçici olarak görevlendirilecek kurumun talepte bulunması, geçici görevlendirmenin memurun görevi ile ilgili olması ve geçici olarak görevlendirilecek memurun onayının alınması gibi statü hukukunun gereklerine uygun olarak düzenlenmişken; ikinci fıkrasında aynen, “Birinci fıkrada belirtilen hâller dışında memurlar, kamu yararı ve hizmet gerekleri sebebiyle ihtiyaç duyulması hâlinde kurumlarınca, Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü alınarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarında altı aya kadar geçici süreli olarak görevlendirilebilir.” denilmektedir.

Memurun başka bir kurumda geçici görevlendirilmesinin birinci şartı, memurun hizmetine ihtiyaç duyan geçici görevlendirileceği kurumun istekte bulunmasıdır. Oysa ek 8 inci maddenin yukarıya aynen alınan ikinci fıkrasında, geçici görevlendirmenin başka kurumlardan herhangi bir talep olmadan çalışmakta oldukları kurumlarının isteği ve Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü ile yapılacağı hükmü getirilmiş ve ayrıca geçici görevlendirmenin memurun göreviyle ilgili olması ve memurun onayının alınması gibi geçici görevlendirmenin asli unsurlarına fıkra da yer verilmemiştir. Düzenleme bu haliyle, yasalarla verilen kamu hizmeti görevini kadro eksikliği nedeniyle yürütemeyen idarelerin görevleri olan kamu hizmetlerini diğer kurumlardan alınacak personel desteğiyle yerine getirmelerini sağlamayı değil; görevi olan kamu hizmetlerini yerine getirmek için ihtiyaçtan fazla personeli olan kamu kurumlarındaki personel fazlalığını memurları taciz ederek eritmeyi amaçlamaktadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Hukuk devletinin gereklerinden biri, hukuksal güvenlik ilkesine uyulması, başka bir anlatımla hukuk kurallarının belirlilik ve öngörülebilirlik niteliklerini taşımasıdır. Hukuksal güvenlik, kişilerin gelecekle ilgili plan, düşünce ve kararlarında var olan hukuk kurallarına güvenerek hareket etmelerinin hukuken korunması gereğini ifade eder. Bu durum hukuk devleti anlayışının bir gereği olduğu kadar, kamu hizmetlerinin verimli, etkin ve ekonomik yürütülmesinin de ön koşuludur.

Statü hukukuna kişilerin isteği ile değil, Devletin tek taraflı tasarrufu ile girilmektedir. Siyasi karar organları kamu hizmetlerinin kapsam ve niteliği ile nelerin kamu hizmetinden sayılıp, nelerin sayılmayacağını belirlemekte, kamu hizmetinden sayılanların karşılanması için teşkilat kanunları ile kamu kurum ve kuruluşları kurmakta ve kamu kurum ve kuruluşlarına verilen görev ve hizmetlerin yerine getirilmesi için yasalarla memuriyet kadroları ihdas etmektedir. İstekliler de tek taraflı olarak belirlenmiş statü hukukuna yasaların öngördüğü süreçlerden geçerek girmektedir.

Herhangi bir kamu kurum ve kuruluşunda görevleri, sorumlulukları, hakları ve hizmet üretme süreçleri yasalarla önceden belirlenmiş Devlet memuriyetine giren kişi, yasalarda olağanüstü dönem ve durumlar olarak nitelenenler hariç, çalışmakta olduğu kamu kurum ve kuruluşunda yasaların öngördüğü şekilde görevini yaparak kariyer ve liyakat ilkeleri çerçevesinde en üst makamlara kadar yükseleceğini ve görevini güvenlik içinde yapacağını düşünerek gelecek planlamasını yapmaktadır. Siyasi karar organları (yasama ve yürütme) ile idare, herhangi bir kamu kurumunda yanlış politikalar güderek gereğinden fazla kadroya dayalı personel istihdamına gitmiş veya kamu kurumuna verilen görevlerin başka kurumlara aktarılarak, kurumların işlevsiz kalması üzerinden personel fazlalığına yol açmış ise, bunun sorumlusu söz konusu kurum çalışanı memurlar olamaz. Geçici görevlendirmenin memurun göreviyle ilgili olması ve memurun onayının alınması gibi geçici görevlendirmenin asli unsurlarını taşımayan ve memurların hukuki güvenliğini ortadan kaldıran söz konusu düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Ek 8 inci maddenin ikinci fıkrasında geçici görevlendirmeye ilişkin olarak hiçbir objektif ölçü getirilmemiştir. Kadro fazlası olan kurumlardan, başka kurumlara 6 aylık süreyle geçici olarak görevlendirilecek memurların hiçbir ölçüye bağlı olmadan idarelerce seçilecek olmaları, siyasi ve başkaca tercihlerle geçici görevlendirme yapılarak memurlar arasında eşitsizlik yaratılmasına imkan tanıdığından söz konusu düzenleme Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Öte yandan, her kamu kurum ve kuruluşuna yasalarla ayrı görevler verildiğinden hizmet üretme süreçleri de farklıdır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 54 üncü maddesinde, Devlet memurlarının adaylık süresinin bir yıldan az ve iki yıldan çok olamayacağı belirtilmiş; 55 inci maddesinde ise, aday olarak atanan memurların önce bütün memurların ortak vasıfları ile ilgili temel

eğitime, sonra da sınıfları ile ilgili hazırlayıcı eğitim ve staja tabi tutulacakları hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bir kurumdan başka bir kuruma en fazla 6 ay süreyle yapılabilecek geçici görevlendirme, geçici olarak görevlendirilen kurumun adaylık süresinden kısa olduğundan, geçici görevlendirme süresi, görevlendirilen kurumun neyi nasıl yaptığının, hizmet üretme süreçlerinin ve iş akışlarının öğrenilmesi ile geçecektir. Dolayısıyla, kadro fazlası olan kurumların isteği üzerine diğer kurumlara yapılacak geçici görevlendirmelerde kamu yararı olmadığı gibi, görevlendirme süresi hizmet içi eğitimle geçeceğinden, görevlendirilen kurumlarda kamu hizmetlerinin etkin, verimli ve ekonomik yürütülmesini de olumsuz etkileyecektir. Bu bağlamda, kamu yararı ile bağdaşmayan söz konusu düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırı olmanın yanında, Anayasanın 128 inci maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 6111 sayılı Kanunun 115 inci maddesiyle değiştirilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek 8 inci maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 133 üncü Maddesi ile 3996 Sayılı Bazı Yatırımların ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 12 nci Maddesine Eklenen İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 133 üncü maddesi ile 3996 sayılı Bazı Yatırımların ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesine eklenen ve iptali istenen ikinci fıkrada, "Yap-işlet-devret modeli ile yapılacak projelerde ilgili idaresince 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olunmadan yapım ve işletme sürelerinde müşavirlik hizmet alımı yapılabilir. Söz konusu hizmet alımına ilişkin esas ve usuller ilgili bakanlıklar tarafından belirlenir." denilmektedir.

3996 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde sayılı yatırım ve hizmetlerin ihalesi, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun kapsamında olmadığından, 3996 sayılı Kanunun verdiği yetkiyle hazırlanan ve 06.08.1994 tarih ve 94/5907 sayılı BKK ile yürürlüğe giren "Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında 3996 Sayılı Kanunun Uygulama Usul ve Esaslarına İlişkin Karar" hükümlerine göre yapılmaktadır. Ancak, gerek 3996 sayılı Kanun, gerek 94/5907 sayılı BKK ile yürürlüğe giren Karar, 3996 sayılı

Kanunun 2 nci maddesi kapsamında bulunan yatırım ve hizmetlerin yapım ve hizmet ihalelerini kapsamakta olup, yapım ve işletme sürelerindeki müşavirlik/danışmanlık hizmeti alımlarını kapsamamaktadır.

Öte yandan, 4734 sayılı Kanunun 2 nci maddesi kapsamında olan idarelerin, Yap-İşlet-Devret modeli kapsamında yapılacak projelerinin yapım ve işletme sürelerine ilişkin müşavirlik/danışmanlık hizmeti alımları, 4734 sayılı Kanunun 4 üncü maddesindeki "hizmet" tanımı kapsamında olduğundan, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabidir. Bunun tek istisnası 4734 sayılı Kanunun "İstisnalar" başlıklı 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine, 27.04.2004 tarih ve 5148 sayılı Kanunun 2 nci maddesiyle eklenen, "Özelleştirme uygulamaları için 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak her türlü danışmanlık hizmet alımları; hava taşımacılığı yapan teşebbüs, işletme ve şirketlerin ticari faaliyetlerine ilişkin mal ve hizmet alımları," hükmüdür.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun "Değişiklik yapılması" başlıklı 66 ncı maddesinde ise, "Bu Kanun hükümlerine ilişkin değişiklikler, ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir." denilmektedir.

6111 sayılı Kanunun 133 üncü maddesiyle, yap-işlet-devret modeli ile yapılacak projelerin, yapım ve işletme sürelerine ilişkin müşavirlik/danışmanlık hizmetlerinin 4734 sayılı Kanuna tabi olunmadan ilgili bakanlıklar tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre yapılacağına ilişkin hüküm getirilmekte, ancak bu değişiklik 4734 sayılı Kamu İhale Kanununda yapılmak yerine, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesine fıkra eklenmesi suretiyle yapılmaktadır.

Hukuk devleti, kurallarda belirliliği gerektirir. 4734 sayılı Kanunun 66 ncı maddesi, Kamu İhale Kanunu hükümlerine ilişkin değişikliklerin, Kamu İhale Kanununa hüküm eklenmek veya Kamu İhale kanununda değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceğine ilişkin iken; Kamu İhale Kanunu kapsamında olan yap-işlet-devret modeli ile yaptırılacak yapım ve hizmet işlerinin müşavirlik/danışmanlık hizmetlerinin, 3996 sayılı Kanunun 12 nci maddesine hüküm eklenmek suretiyle 4734 sayılı Kanun kapsamından çıkarılması, 4734 sayılı Kanun hükümleri ile 3996 sayılı Kanun hükümlerinin uygulamasında çelişkiye yol açacağından, hukuk devletinin unsurlarından olan kurallarda belirlilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

3996 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde sayılı yap-işlet-devret modeli ile yapılacak yapım ve hizmet işleri incelendiğinde, Ulaştırma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı, Çevre ve Orman Bakanlığı vb. bakanlıkların yap-işlet-devret sözleşmesi yapabileceği anlaşılabilmektedir. 3996 sayılı Kanun kapsamındaki yapım ve hizmet işlerinin, yapım ve işletme sürelerine ilişkin müşavirlik/danışmanlık hizmetlerinin alımına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin 6111 sayılı Kanunun 133 üncü maddesiyle “ilgili bakanlıklar”a verilmesi, her bakanlığın ayrı usul ve esaslar belirlemesine ve dolayısıyla aynı hususta birden fazla usul ve esaslar ortaya çıkmasına yol açabilecektir. Bu bağlamda söz konusu düzenleme, hukuk devletinin unsurlarından olan kurallarda belirlilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine bu açıdan da aykırıdır.

Anayasanın 6 ncı maddesinde, kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılamayacağı; 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiş ve 87 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri düzenlenmiştir.

Kamu adına yapılacak hizmet alımlarının usul ve esaslarını belirleme yetkisinin bir yasama yetkisi olduğunda kuşku yoktur. Yasayla düzenleme yetkisi, yasa koyucunun gerekli kuralları koymak suretiyle yasal çerçeveyi çizmesini zorunlu kılar. Düzenlenen alanda temel ilkeler konulup, çerçeve çizilmeden danışmanlık/müşavirlik hizmeti alımına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin, müşavirlik/danışmanlık hizmetini alacak olan bakanlıklara devredilmesi ve dolayısıyla bakanlığın kendisinin belirlediği usul ve esaslara göre danışmanlık hizmetini alması yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden, Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur. İdarenin kaynağını anayasadan almayan bir yetki kullanması ise Anayasanın 6 ncı maddesine aykırıdır. Bu durum aynı zamanda Anayasanın 87 nci maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 6111 sayılı Kanunun 133 üncü maddesi ile 3996 sayılı Bazı Yatırımların ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 87 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

9) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 166 ncı Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 166 ncı maddesiyle, il özel idarelerinin sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçilerin, Karayolları Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadrolarına, belediyelerin (bağlı kuruluşları hariç) sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçilerin ise, Milli Eğitim Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadroları ile sürekli işçi norm kadro dâhilinde olmak üzere ihtiyacı bulunan mahalli idarelere atanacağı; ihtiyaç fazlası işçilerin tespitini yapmak üzere vali veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, il emniyet müdürü, defterdar, il milli eğitim müdürü, Türkiye İş Kurumu il müdürü, Karayolları Genel Müdürlüğü bölge müdürü, il mahalli idareler müdürü ve işçi devreden işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili işçi sendikası temsilcisinden oluşan bir komisyon kurulacağı; tespit yapılmasına esas işçilerin listesinin, mahalli idareler tarafından Kanunun yayımından itibaren kırkbeş gün içinde gerekçesi ile birlikte komisyona sunulacağı; ihtiyaç fazlası olarak bildirilen işçilerden norm kadro fazlası olanların komisyon tarafından söz konusu kurumlara atanmak üzere tespit edileceği; mahalli idarelerin norm kadrosu dâhilinde olup da ihtiyaç fazlası olarak bildirilen işçilerin ise, 5393 sayılı Belediye Kanununun 49 uncu maddesindeki oranlar, kurumun bütçe dengesi, norm kadrosu ve yürütmekle görevli olduğu hizmetin gereği ile nüfus kriterleri değerlendirilmek suretiyle söz konusu fıkra belirtilen kurumlara atanmak üzere tespit edileceği; ildeki diğer kamu kurum ve kuruluşlarının talepte bulunması halinde, özelleştirme programında bulunan kuruluşlar hariç olmak üzere işçinin muvafakatı alınmak kaydıyla bu idarelerde sürekli işçi statüsünde istihdam edilmek üzere atama işlemi yapılabileceği; komisyonun çalışmasını kırkbeş gün içinde tamamlayacağı ve listelerin tespitinden sonra valilerce atamanın yapılacağı; bu madde kapsamında valilikler tarafından atama işleminin kamu kurum ve kuruluşlarına bildirim yapıldığı tarih itibarıyla sürekli işçi kadroları, diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek kalmaksızın ihdas ve tahsis edilmiş sayılacağı; ilgili kurumların sürekli işçi kadrolarına yapılan atama işlemini onbeş gün içinde tekemmül ettirerek sonuçlandıracakları; atama işlemi yapılan personelin ilgili valilikler tarafından en geç on gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirileceği; ataması tekemmül ettirilen işçilerin, çalıştıkları kurumlarınca atama emirlerinin tebliğini izleyen günden itibaren beş iş günü içinde yeni görevlerine başlamak zorunda oldukları; bu süre içinde yeni kurumunda işe başlamayan işçilerin atamalarının iptal edilerek 22.05.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 17 nci maddesine göre iş sözleşmelerinin sona erdirileceği;

devredilen işçilerin ücret ile diğer malî ve sosyal haklarının, toplu iş sözleşmesi bulunan işçiler bakımından yenileri düzenleninceye kadar devir işleminden önce tabi oldukları toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre, toplu iş sözleşmesi olmayan işçiler bakımından ise 2010 yılı Kasım ayında geçerli olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerine göre belirleneceği; devre konu işçiler bakımından devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan kurumun sorumlu tutulamayacağı; kıdem tazminatına ilişkin hükümlerin saklı olduğu; bu madde kapsamında işçi nakleden mahalli idarelerin nakil sonrasında oluşan işçi sayısında beş yıl süreyle artış yapılamayacağı; bu madde kapsamında işçi nakleden mahalli idarelerce üç yıl süreyle, gerçekleşen en son yıl bütçe gideri içinde yer alan hizmet alımı tutarının, 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme oranında artırılarak hesaplanacak tutarı aşmayacak şekilde hizmet alımı için harcama yapılabileceği; bu kapsamda yapılacak harcamaların hizmet gereklerine dayalı olarak belirlenen sınırdan fazla yapılmasının gerekmesi halinde İçişleri Bakanlığından izin alınmasının zorunlu olduğu; bu maddenin uygulanmasına ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve ilgili diğer kurumların görüşünü alarak uygulamayı yönlendirmeye ve ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye İçişleri Bakanlığının yetkili olduğu düzenlenmektedir.

Bu hükümlere göre, il özel idareleri ile belediyelerin sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçilerin; il özel idarelerinde Karayolları Genel Müdürlüğüne; belediyelerde ise, Milli Eğitim Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne ait teşkilatındaki sürekli işçi kadroları ile sürekli işçi norm kadro dâhilinde olmak üzere ihtiyacı bulunan mahalli idarelere atanmaları öngörülmektedir.

Bu durumda, öncelikle il özel idareleri ile belediyelerde sürekli işçi kadrolarında ihtiyaç fazlası işçi hukuken var mıdır; var ise bunun nedeni nedir sorusuna yanıt aramak gerekir.

13.01.2005 tarih ve 5286 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne Kaldırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun geçici 3 üncü maddesi ile kaldırılan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne ait kadroların 190 sayılı Genel Kadro Usulü KHK'nin eki (I) sayılı cetvelin ilgili bölümünden çıkarıldığı ve söz konusu kadrolardan; Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığına devredilen personelin kadrolarının (I) sayılı cetvelin söz konusu bakanlıklara ilişkin bölümüne, İstanbul ve İzmit Büyükşehir Belediyeleri ile il özel idarelerine devredilen personelin kadrolarının ise ilgili büyükşehir belediyesi ile il özel idaresinin kadro cetveline eklendiği hükme bağlanmıştır.

Bu durumda il özel idarelerinde herhangi bir sürekli işçi fazlalığı var ise bunun nedeni Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün kapatılarak sürekli işçi kadrolarının il özel idarelerine aktarılmasından kaynaklanmaktadır.

Ancak, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün sürekli işçi kadroları yanında görevleri de il özel idarelerine aktarılmıştır.

22.02.2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan, tarım, ilin çevre düzeni planı, bayındırlık ve iskan, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi; (b) bendinde yer alan, imar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, orman köylülerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisi görevleri, 09.05.1985 tarihli ve 3202 sayılı Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 2 nci maddesiyle Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğüne verilmiş görevlerdir. Başka bir anlatımla 13.01.2005 tarih ve 5286 sayılı Kanunla Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü kaldırılmış ve 3202 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde yer alan Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün görevleri 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunun 6 ncı maddesiyle il özel idaresine verilmiştir.

Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü 3202 sayılı Kanunun 2 nci maddesindeki görevlerinin önemli bir kısmını kendi araç, ekipman, makine parkı ve işgücünü kullanarak "pür emanet" usulüyle yapmaktaydı. Görevlerini ihaleyle yaptırmadığı için de yatırım harcamaları cari harcamaları ile personel giderlerinden fazla gözükiyordu. 5286 sayılı Kanunla Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü kadrolarında çalışan sürekli işçilerle birlikte, makine, ekipman ve araç parkının da il özel idarelerine devredildiği ve il özel idarelerinin 5302 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde sayılan bayındırlık ve iskan, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, yol, su, drenaj, sondaj, kanalizasyon, ağaçlandırma vb. görevleri "pür emanet" usulüyle yapmasının önünde yasal hiçbir engel olmadığı göz önüne alındığında, il özel idarelerinin sürekli işçi kadrolarında ihtiyaç fazlası işçiden söz edilemez.

İl özel idarelerinin sürekli işçi kadrolarında ihtiyaç fazlası işçiden söz edilmesinin tek nedeni, 5302 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde yer alan görevlerin ihaleyle üçüncü şahıslara yaptırılmak istenmesidir. Çünkü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı maddesinin 24.07.2008 tarih ve 5793 sayılı Kanunun 42 nci maddesi ile değişik ikinci fıkrasındaki, bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm,

çevre, imar, bayındırlık, iskan, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımların ödeneklerinin il özel idarelerine aktarılacağı hüküm altına alınarak il özel idareleri ihale bürolarına dönüştürülmüştür.

Öte yandan, maddede söz konusu işçilerin Karayolları Genel Müdürlüğüne devri öngörülmektedir. Karayolları Genel Müdürlüğü web sitesinde yer alan “İstihdam Şekillerine Göre Personel Dağılımı” tablosuna göre 01 Nisan 2011 tarihi itibarıyla (<http://www.kgm.gov.tr/Sayfalar/KGM/SiteTr/Kurumsal/IK.aspx>) Genel Müdürlük kadrolarında merkezde 310 ve taşrada 10090 olmak üzere toplam 10400 işçi bulunmaktadır. Karayolları Genel Müdürlüğü’nün yol çizgi boyası işlerini dahi ihaleyle yüklenicilere yaptırdığı ve işçileri büro işleri ile misafirhane, sosyal tesis vb. destek hizmetlerinde çalıştırdığı göz önüne alındığında Karayolları Genel Müdürlüğü’nün işçi ihtiyacı da bulunmamaktadır.

Bu bağlamda, Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünden il özel idarelerine aktarılarak zaten mağdur edilmiş olan işçilerin, sırf il özel idareleri görevlerini ihaleyle yaptırarak yerel politika ve politikacılar güçlensin gerekçesiyle, bu defa da il özel idarelerinden işçi ihtiyacı olmayan Karayolları Genel Müdürlüğüne atanarak tekrar mağdur edilmelerinin ve hak kayıplarına yol açılmasının kamu yararı ilkesiyle bağdaşmazlığı ortadadır.

1580 sayılı Belediye Kanununda, belediyelerde sürekli işçi kadrosu ihdas ve tadili belediye meclisinin yetkisinde idi. Ancak, 13.12.1983 tarih ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 11 inci maddesinin son fıkrasındaki, “İl özel idareleri ve belediyeler ile bunların kurdukları birlik ve müesseselerde sürekli işçi çalıştırılması: Devlet Personel Dairesinin görüşüne dayalı İçişleri Bakanlığının vizesine tabidir. Bu kuruluşlarda yeni birimler ile yeniden satın alınacak iş araç ve makineleri ve toplu taşıma araçları için ihtiyaç duyulacaklar dışında sürekli işçi kadrosu istenemez ve vize yapılamaz.” hükmü ile belediyelerin boş kadrolara atama yapmaları ve yeni kadro ihdas ve tadiline ilişkin belediye meclislerine ait yetkiler merkezi yönetime devredilmiştir.

190 sayılı KHK’nin 11 inci maddesinin son fıkrası, 07.12.2004 tarih ve 5272 sayılı Belediye Kanununun 87 nci maddesiyle, 5272 sayılı Belediye Kanunu da 03.07.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 85 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte, 5393 sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında, belediye ve bağlı kuruluşlarının norm kadrolarının, İçişleri

Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenecek “norm kadro ilke ve standartları” çerçevesinde belediye meclisi kararıyla belirleneceği hüküm altına alınırken; yedinci fıkrasında ise, “Belediyenin yıllık toplam personel giderleri, gerçekleşen en son yıl bütçe gelirlerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarın yüzde otuzunu aşamaz. Nüfusu 10.000’in altında olan belediyelerde bu oran yüzde kırk olarak uygulanır.” hükmü getirilerek belediyelerin personel istihdamı yasayla sınırlandırılmıştır.

Bu bağlamda, belediyelerin personel kadroları 1983 yılından 2005 yılına kadar merkezi idarenin yetkisinde olmuş; 1994 yılından itibaren siyasal iktidarlar ile belediye başkanları farklı siyasi partilerden olduğundan, belediyelerin yasal görevlerini yerine getirmesi için zorunlu olan personel kadroları verilmemiş; 5393 sayılı kanunla ise belediye personel kadroları norm kadroya bağlanmıştır. Dolayısıyla belediyelerde sürekli işçi kadrolarının fazlalığından söz edilemez.

Belediyelerde sürekli işçi kadrosu fazlalığı, 5393 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki görev ve sorumlulukları ile 15 inci maddesindeki yetki ve imtiyazlarını, “yapmak-yaptırmak, kurmak-kurdurmak, işletmek-işlettirmek” gibi hizmet üretme usulleri ile yerine getirmesinin yasal hale getirilmesinden; 67 nci maddesine göre, “park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri; sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işleri” süresi ilk mahalli idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere üçüncü şahıslara ihale ile gördürmesinden; 70 inci maddesine göre, belediyeye verilen görev ve hizmet alanlarında şirket kurabilmesinden; 71 inci maddesine göre ise, özel gelir ve gideri bulunan hizmetlerini bütçe içi işletme kurarak yapabilmesinden kaynaklanmaktadır.

Öyle ki, bu düzenlemeler temelinde belediyelerin beledi hizmetleri, kendi araç, makine parkı ve personeliyle idari hizmet üretme usulleri çerçevesinde yerine getirmelerinden tamamen vazgeçilmesi ve asli ve sürekli beledi kamu hizmeti niteliğindeki itfaiye ve zabıta hizmetlerinin dahi ihaleyle üçüncü şahıslara gördürülmesi suretiyle işçi kadrolarında ihtiyaç fazlası yaratılmaktadır.

Öte yandan, iptali istenen 166 ncı maddenin (3) numaralı fıkrasında, ilgili il özel idaresi ile belediyenin norm kadrosu dahilinde olan personelin dahi ihtiyaç fazlası olarak tespit edilebileceğine ilişkin düzenleme, il özel idaresi ve belediyeleri ihale bürolarına dönüştürmeyi amaçlamaktadır. Maddenin (8) nolu bendindeki, işçi nakleden mahalli idarelerce, üç yıl süreyle, gerçekleşen en son yıl bütçe gideri içinde yer alan hizmet alımı tutarını aşmayacak şekilde hizmet alımı için harcama yapabileceğine ilişkin otokontrolü sağlamaya yönelik düzenleme, il özel idareleri ve belediyeleri ihale büroları olmaktan kurtarmaya yetmemektedir.

Çünkü, il özel idarelerinin halen Köy Hizmetlerinden devir yoluyla edinmiş bulunduğu araç, gereç, tesis, makine parkı ve işgücüyle yaptığı, yol, su, drenaj, sondaj, kanalizasyon, erozyon kontrolü, ağaçlandırma vb. işler hizmet değil, yatırım harcamaları kapsamındadır. Belediyelerin ise 5393 sayılı Kanunda üç yıl süreli hizmet alımı yoluyla gerçekleştirdiği, park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin işler ile kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı vb. işleri de hizmet değil, yine yatırım harcamasıdır. Yatırım ile hizmet harcamalarının yasalarda dahi bu derece belirsiz kılındığı bir ortamda söz konusu hizmet alımı sınırlamasının hukuki değeri yanında uygulanabilirliği de bulunmamaktadır.

İl özel idareleri ve belediyelerin asli ve sürekli hizmetlerinin dahi Anayasaya aykırı ideolojik bir tercihle ihaleyle üçüncü şahıslara yaptırılması ve il özel idareleri ile belediyelerin ihale bürolarına dönüştürülerek sürekli işçi kadrolarında ihtiyaç fazlası yaratılması yoluyla il özel idarelerinde çalışan işçilerin Karayolları Genel Müdürlüğüne; belediyelerde çalışan işçilerin ise Milli Eğitim Bakanlığı ile Emniyet Genel Müdürlüğü'nün taşra teşkilatlarına atanarak taciz edilmelerinde kamu yayarı olduğu iddia edilemez.

Hukuk devletinde, Devlet iktidarı kullanılarak yapılan tüm kamusal işlemlerin amacının kamu yararına olması, yasama organı tarafından konulacak kurallarda adalet, hakkaniyet ve ölçülülük ilkelerine uyulması gerekir. Kamu yararına sonuç doğurmayan, kamu hizmetinin gerekleriyle bağdaşmayan, adil ve makul olmayan, kamu hizmetlerinin etkin, verimli ve ekonomik sunulmasına katkı sağlamayan düzenlemelerin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olacağı açıktır.

Anayasanın 48 inci maddesinde, sözleşme ve çalışma hürriyeti düzenlenmiş; 49 uncu maddesinde ise, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını

geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik ortamı yaratmak ve çalışma barışını sağlamak Devlete görev olarak verilmiştir.

İl özel idareleri ve belediyelerin sürekli işçi kadrolarında çalışan işçiler, Anayasal güvence altında olan sözleşme ve çalışma hürriyeti kapsamında ilgili il özel idaresi ile belediyelerle bireysel iş sözleşmesi imzalayarak çalışmaya başlamışlar ve toplu iş sözleşmeleri ile de çalışma koşullarını düzenlemişlerdir. Sözleşmeler taraflar arasında hukuki sonuç doğururlar. Ortada il özel idareleri ile belediyelerin kapanması veya görevlerinin başka kamu kurum ve kuruluşlarına devredilmesi gibi zorlayıcı bir neden yok iken, sözleşmelerin taraflarının değiştirilmesi hukuka uygun olmaz. Bu bağlamda, idari hizmet üretme süreçlerini piyasacı hizmet üretme süreçlerine dönüştürerek yerel kamusal hizmetlerin tamamını ihaleyle üçüncü şahıslara gördürmek ve böylece işgücü maliyetlerinin Anayasanın 49 uncu maddesine aykırı olacak şekilde düşürülmesini sağlamak amacıyla il özel idaresi ve belediye kadrolarında çalışan işçilerin merkezi idareye ait kamu kurumlarına devredilmesi, Anayasanın 48 inci ve 49 uncu maddelerine aykırıdır. Bu durum aynı zamanda Anayasanın 127 nci maddesindeki mahalli idarelerin kamu tüzel kişisi olmaları vasfıyla da bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 166 ncı maddesi Anayasanın 2 nci, 48 inci, 49 uncu ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

10) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 169 uncu Maddesi ile 4059 Sayılı Hazine Müsteşarlığı İle Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna Eklenen Ek 3 üncü Maddenin İkinci Fıkrasının Birinci, Yedinci ve Sekizinci Cümlelerindeki “Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar” İbaresini ve Dördüncü Cümlesindeki, “Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar” İbaresini ile Üçüncü Fıkrasındaki, “Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6111 sayılı Kanunun 169 uncu maddesi ile 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı İle Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 3 üncü maddenin ikinci fıkrasında; Dış Ticaret Müsteşarlığının, Destekleme ve

Fiyat İstikrar Fonundan ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında yapılan ödemelere ilişkin iş ve işlemleri, bağlı kuruluşları olan İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi/Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri ile Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar vasıtasıyla da gerçekleştirebileceği; ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında Destekleme Fiyat İstikrar Fonuna aktarılacak üzere ilgili yıl merkezi yönetim bütçe kanununda Dış Ticaret Müsteşarlığı bütçesi için öngörülen ödeneğin, ilgili mevzuatı çerçevesinde yapılacak destek ödemelerinde kullanılmak üzere, ilgili kuruluşlar tarafından bildirilen tutarların karşılanması için Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonuna tahakkuka bağlanmak suretiyle ödeneceği; aktarılan tutarların, ihracata yönelik devlet yardımlarına dair mevzuat hükümleri çerçevesinde kullanılacağı; Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında yapılan destek ödemelerinin İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi/Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar vasıtasıyla yapılması halinde, ilgili mevzuatında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde destekten yararlanmak isteyen başvuru sahiplerinin bu kuruluşlara başvuracakları; başvuruya istinaden bu kuruluşlarca ilgili mevzuatında belirtilen esas ve usuller kapsamında inceleme yapılacağı ve destek ödemeleri tutarlarının tespit edileceği; destek ödemelerine ilişkin tahakkuk listelerinin bu kuruluşlarca Dış Ticaret Müsteşarlığına sunularak Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan başvuru sahiplerinin hesabına aktarılması gereken tutarların bildirileceği; Dış Ticaret Müsteşarlığının bu tahakkuk listelerine istinaden Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan gerekli ödemelerin yapılmasını ilgili mevzuatında belirtilen esas ve usuller çerçevesinde sağlayacağı; Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan bu şekilde yapılan destek ödemelerine ilişkin olarak Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların Dış Ticaret Müsteşarlığına karşı mali açıdan sorumlu oldukları; Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında verilen krediler ile yapılan fazla ve/veya yersiz ödemelerin amme alacağı sayılacağı ve Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar nezdinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edileceği hüküm altına alınırken; üçüncü fıkrasında ise, bu madde kapsamında Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan yapılan ihracata yönelik devlet yardımlarının harcanması, belgelendirilmesi, muhasebeleştirilmesi, belgelerin muhafazası ve ibrazı, raporlanması, kontrolü ile İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi/Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu

madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların Dış Ticaret Müsteşarlığınca denetimine ilişkin esas ve usullerin Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlıkça belirleneceği hüküm altına alınmaktadır.

Özetle, Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından, Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında yapılan ödemelere ilişkin iş ve işlemler, Dış Ticaret Müsteşarlığının Yasada bağlı kuruluşları olarak nitelendirilen İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi/Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri ile Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlara aktarılmaktadır.

09.12.1994 tarihli ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinde, Dış Ticaret Müsteşarlığının ana hizmet birimlerinin görevleri tek tek sayılmış; ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasında ise, “Ülkemizin zirai ve sınai ürün ve malları ile doğal kaynaklarından üretilen maddeleri dünya piyasalarında tanıtmak ve bulunacak yeni piyasaların şartlarını tespit ederek bunları üretim bölgelerine duyurmak, dünya piyasa hareketlerini yakından takip ederek ilgilileri zamanında haberdar etmek ve dış ticaret konusunda eğitmek, ihraç imkanı bulunan malların üretimleri ve ihracatları ile ihracatta katma değeri artırma çarelerini araştırmak, uluslararası ticari ilişkilerin geliştirilmesi için yerli ve yabancı kuruluşlar ile işbirliği ve koordinasyonu sağlamak, bakanlıkların ve ticaret ve sanayi odaları ile Odalar Birliğinin ve ihracatçı birliklerinin ihracat ile ilgili faaliyetlerinde işbirliği yapmak, kamu kurum ve kuruluşları ile mesleki kuruluşlar tarafından talep edilecek bu konular ve dış ticaretle ilgili diğer konularda araştırma ve uygulamaları yapmak amacıyla tüzel kişiliğe haiz ve özel hukuk hükümlerine tabi, idari ve mali özerkliğe sahip, Başbakanlık Dış Ticaret Müsteşarlığına bağlı İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi kurulmuştur.” denilmiştir.

Öte yandan, 4059 sayılı Kanuna 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 169 uncu maddesiyle eklenen ek 3 üncü maddenin birinci fıkrasında, Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu ile ilgili yetki ve görevler ile her türlü işlemlerin Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yürütüleceği hüküm altına alınmış; 4059 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (c) bendinde ise, “Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı kuruluşları; ihracatçı ve ithalatçı birlikleri ve bunların oluşturduğu Dış Ticaret Birlikleri üst kuruluşu ile İhracatı Geliştirme ve Etüt Merkezidir.” denilirken; bendin devamındaki, “İhracatçı Birlikleri, İthalatçı Birlikleri ve bunların üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyişleri, gelirleri, gelirlerinin kullanım esasları, işgal sahaları, denetimleri, organları ve üyeliğe ilişkin esasları ile üyelerinin hak

ve yükümlölüklerini gösteren statüleri Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenir." cümlesi ise, Anayasa Mahkemesinin 18.09.2008 tarih ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı Kararı ile Anayasanın 7 nci, 123 üncü ve 135 inci maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

18.06.2009 tarihli ve 5910 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 1 inci maddesinde, "Bu Kanun; ihracatçıları örgütlendirmek ve işbirliğini geliştirmek suretiyle ihracatı artırarak ekonomik gelişmeye katkıda bulunmak üzere ihracatçı birlikleri ile Türkiye İhracatçılar Meclisinin kuruluşu, işleyişi, görevleri, organları, gelirleri, harcamaları ve denetimleri ile üyelerinin hak ve yükümlölüklerine ilişkin usul ve esasları düzenler." denilirken; Tanımlar ve kısaltmalar başlıklı 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde Birlik, "İhracatçıları örgütlendirmek suretiyle ihracatı artırmak ve dış ticaretin ülke menfaatine uygun olarak gelişmesini sağlamak üzere, özel bütçeye sahip ve tüzel kişiliği haiz olarak kurulan ihracatçı birliğini," şeklinde tanımlanırken; (d) bendinde ise TİM, "Birliklerin koordinasyonunu sağlamak, ihracatçıların sorunlarının çözümüne yönelik çalışmalarda bulunmak, dış ticaretin ülke menfaatine uygun olarak gelişmesine yardımcı olacak çalışmaları yapmak ve ihracatçıları en üst düzeyde temsil etmek üzere, ihracatçı birliklerinin üst kuruluşu olan özel bütçeye sahip ve tüzel kişiliği haiz Türkiye İhracatçılar Meclisini," biçiminde tanımlanmıştır.

Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ise, Türkiye ile Dünya Bankası arasında 1991 yılında imzalanmış bulunan bir ikraz anlaşmasına dayalı olarak 26 özel sektör kuruluşu, 6 kamu kuruluşu, 10 şemsiye kuruluş ve 14 gerçek kişinin bir araya gelmesiyle 05.06.1995 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanununa göre kurulmuş bir vakıftır. Vakıflar Kanunu ve ikincil mevzuatına göre faaliyette bulunan Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfının amacı, Türkiye'nin uluslararası pazarlarda rekabet gücünü Ar-Ge faaliyetlerini destekleme yoluyla güçlendirmektir. 15 üyeden oluşan bir yönetim kurulu tarafından yönetilen Vakfın yönetimde, özel sektör 2/3 oranında temsil edilmekte ve yönetim kurulu başkanı da özel sektör temsilcileri arasından seçilmektedir.

4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 6 ncı maddesinin (c) bendinde, Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı kuruluşları; ihracatçı ve ithalatçı birlikleri ve bunların oluşturduğu Dış Ticaret Birlikleri üst kuruluşu ile İhracatı Geliştirme ve Etüt Merkezidir denilmesine rağmen; İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi, Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı kuruluşu iken; ihracatçı birlikleri ve ihracatçı birliklerinin

üst kuruluğu olan Türkiye İhracatçılar Meclisi ile Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı, Dış Ticaret Müsteşarlığının üst kuruluğu olarak kabul edilemezler.

Anayasanın 123 üncü maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği; kamu tüzel kişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı hüküm altına alınırken; 135 inci maddesinde ise, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri oldukları belirtilmiştir.

Dış Ticaret Müsteşarlığı, dış ticaret politikalarının tespitine yardımcı olmak, tespit olunan politikalar çerçevesinde ihracat, ihracatı teşvik, ithalat, yurtdışı müteahhitlik hizmetleri ile ikili ve çok taraflı ticari ve ekonomik ilişkileri düzenlemek, uygulamak, uygulamaları izlemek ve geliştirmek görevlerini üstlenen, Anayasanın 123 üncü maddesi kapsamında Başbakanlığa bağlı olarak yasayla kurulan, 5018 sayılı Kanunun (I) Sayılı Cetveline ekli Genel Bütçeli Kamu İdareleri listesinin 32 nci sırasında genel bütçeli kamu idaresi; Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı kuruluğu olan İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi ise, 5018 sayılı Kanuna ekli (II) Sayılı Cetvelin (B) Özel Bütçeli Diğer İdareler listesinin 29 ncu sırasında özel bütçeli kamu idaresi olarak yer almaktadır.

Buna karşın, ihracatçı birlikleri ile ihracatçı birliklerin üst kuruluğu olan Türkiye İhracatçılar Meclisi ise 18.06.2009 tarihli ve 5910 sayılı Türkiye İhracatçılar Meclisi ile İhracatçı Birliklerinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun hükümlerine göre kurulmuş bulunan ve Anayasanın 123 üncü maddesi bağlamında kamu idaresi ve kamu tüzel kişisi sayılmamanın yanında, Anayasanın 135 inci maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu ve üst kuruluğu da olmayan özel hukuk tüzel kişileridir. 4059 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (c) bendinde, ihracatçı birlikleri ile ihracatçı birliklerinin üst kuruluşlarının Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı kuruluğu olduğu ifade edilmesine rağmen, bir kamu idaresinin bağlı kuruluşunun Anayasanın 123 üncü maddesine göre kamu idaresi olarak kurulması ve bir kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir.

Öte yandan, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ise, Türkiye ile Dünya Bankası arasında 1991 yılında imzalanmış bulunan bir ikraz anlaşmasına dayalı olarak, Türkiye'nin uluslararası pazarlarda rekabet gücünü Ar-Ge faaliyetlerini destekleme yoluyla güçlendirmek amacıyla 26 özel sektör kuruluşu, 6 kamu kuruluşu, 10 şemsiye kuruluş ve 14 gerçek kişinin bir araya gelmesiyle 05.06.1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu hükümlerine göre faaliyette bulunmak üzere 2762 sayılı Kanuna göre kurulmuş bir vakıftır. Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı, kamu idaresi ve kamu tüzel kişisi olmadığı gibi, hukuken Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı kuruluşu da değildir.

Anayasanın 6 ncı maddesinde, egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğu; Türk Milletinin egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanacağı; hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu, bir kamu kaynağıdır. 4059 sayılı Kanuna 6111 sayılı Kanunun 169 uncu maddesiyle eklenen ek 3 üncü maddenin birinci fıkrasıyla, Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu ile ilgili yetki ve görevler ile her türlü işlemleri yürütmek Dış Ticaret Müsteşarlığına görev olarak verilmiştir. Bu bağlamda, kamu kaynağı olan Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu ile ilgili tasarruflarda bulunma yetki ve görevi, Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından veya yasayla görevlendirilen başka kamu tüzel kişisi kamu kurumları tarafından yürütülebilir. Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu ile ilgili yetki ve görevler ile her türlü işlemleri yürütme görevinin, kamu tüzel kişisi ve kamu kurumu olmayan, Türkiye İhracatçılar Meclisi ve İhracatçı Birlikleri ile Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlara devredilmesi, Anayasanın 6 ncı, 123 üncü ve 135 inci maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 6111 sayılı Kanunun 169 uncu maddesi ile 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı İle Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 3 üncü maddenin ikinci fıkrasının birinci, yedinci ve sekizinci cümlelerindeki, "Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar" ibaresi ve dördüncü cümlesindeki "Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar" ibaresi ile üçüncü fıkrasındaki "Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların" ibaresi, Anayasanın 6 ncı, 123 üncü ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

11) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 177 nci Maddesi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (r) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

6111 sayılı Kanunun 177 nci maddesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendi ile, fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnameleeri kapsamında; işleticisi kim olursa olsun, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğünün kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun kapsamı dışına çıkarılmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Amaç başlıklı 1 inci maddesinde, Kanunun amacının, kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek olduğu hüküm altına alınmış; Kapsam başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasının 30.07.2003 tarihli ve 4964 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değişik (b) bendinde ise, kamu iktisadi kuruluşları ile iktisadi devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadi teşebbüslerinin (d) bendinde ise 2 nci maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan kurum ve kuruluşların doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip oldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerin 4734 sayılı Kanunun kapsamında olduğu belirtilmiştir.

İster özel firma, ister kamu kurum ve kuruluşu olsun, kaynakların etkili, verimli ve ekonomik kullanılabilmesi; ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla, zamanında, saydamlık içinde ve rekabetçi koşullar altında karşılanmasından geçmektedir. Özel sektör kuruluşlarının ihale yönergeleri çıkarmalarının ve ihtiyaçlarını bu yönergeler bağlamında açıklık ve rekabet içinde karşılamalarının nedeni budur. Söz konusu olan kamu kurum ve kuruluşları ise, ihtiyaçların saydamlık içinde ve rekabetçi koşullarda karşılanması aynı zamanda kamu yararının da gereğidir. Nitekim, bu husus, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun İlkeler başlıklı 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, “Bu Kanunun yürütülmesinde, ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rekabetin sağlanması esastır.” şeklinde hüküm altına alınırken; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Temel ilkeler başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasında ise, “İdareler, bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumludur.” şeklinde düzenlenmiştir.

Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi bir kamu kurumudur. TKİ Genel Müdürlüğünün kendisine veya bağlı ortaklık ya da iştiraklerine ait olan kömür sahalarının büyük bir çoğunluğunu özel firmalar işletmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının diğer ihtiyaçlarının karşılanmasında olduğu üzere, fakir ailelere yardım olarak dağıtılacak kömürlerin de kalitesinin standartlara uygun, maliyetinin rekabetçi fiyatlarla olmasında ve dolayısıyla, satın alma işleminin piyasada faaliyet gösteren çok sayıdaki firma arasından kayırmacılığa kapalı eşit muamele şartlarında, saydam ve rekabetçi koşullarda karşılanmasında kamu yararı vardır.

Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Hukuk devleti ilkesinin unsurları arasında “yasaların kamu yararına dayanması” ilkesi vardır. Bu ilke, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, başka bir anlatımla yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişi ve grupların yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağını içermektedir.

Bir hukuk devletinde yasalar, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla çıkarılır. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararının bulunduğu kabulü için, yasanın yalnızca özel çıkar veya belli kişilere yarar sağlamayı değil, toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması gerekir.

Fakir ailelere yardım olarak dağıtılacak kömürün, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi olmadan alınması gibi, kamu yararına sonuç doğurmayacak, kamu hizmetinin nitelikleriyle bağdaşmayan, adalet anlayışına aykırı, makul olmayan ve kamu kaynaklarının etkili, verimli ve ekonomik kullanılmasına katkı sağlamayan 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. Kamu hizmetinin gerekleriyle bağdaşmayan, adil ve makul olmayan, kaynakların etkili, verimli ve tasarruflu kullanılmasını olumsuz etkileyen bir düzenlemenin, kamu yararına olduğu ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez.

Öte yandan, fakir ailelere yardım olarak dağıtılacak kömürde, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğüne ihale yapmadan kömür alımı yetkisi verilmesi; TKİ Genel Müdürlüğünün kömür üreticisi firmalar arasında, 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde belirtilen “eşit muamelede bulunma” yükümlülüğünü ortadan kaldıracığı için, bu durum Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 6111 sayılı Kanunun 177 nci maddesi ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendi, Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

12) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 179 uncu Maddesi ile Değiştirilen 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 68 inci Maddesinin (c) Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan “projelerde” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 179 uncu maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 68 inci maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesinde, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu kapsamındaki projelerde, 5 inci maddenin beşinci ve altıncı fıkraları ile 62 nci maddenin (a) ve (b) bentleri ile (c) bendindeki kamulaştırma, mülkiyet, arsa temini, imar işlemleri ve uygulama projesine ilişkin şartlar aranmaksızın ihaleye çıkılabileceği hüküm altına alınmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun Temel ilkeler başlıklı 5 inci maddesinin beşinci fıkrasında, ödeneği bulunmayan hiçbir iş için ihaleye çıkılamayacağı; altıncı fıkrasında ise, ilgili mevzuatı gereğince Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) raporu gerekli olan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için ÇED olumlu belgesinin alınmış olmasının zorunlu olduğu; ancak, doğal afetlere bağlı olarak acilen ihale edilecek yapım işlerinde ÇED raporunun aranmayacağı belirtilirken; 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, birden fazla yılı kapsayan işlerde ihaleye çıkılabilmesi için, işin süresine uygun olarak yılları ödeneğinin bütçelerinde bulunmasını sağlamak üzere ödenek programlamasının yapılmış olmasının zorunlu olduğu; ilk yıl için öngörülen ödeneğin proje maliyetinin % 10’undan az olamayacağı ve başlangıçta sonraki yıllar için programlanmış ödenek dilimlerinin sonraki yıllarda azaltılamayacağı; (b) bendinde, öngörülen ödeneklerin kullanılmasına imkan verecek süre dikkate alınarak, idarelerce ihalelerin zamanında yapılmasının ve birden fazla yılı kapsayan ve yatırım niteliği olan işlerde (doğal afetler nedeniyle yapılması gerekenler hariç) ise yılın ilk dokuz ayında ihalenin sonuçlandırılmasının esas olduğu; (c) bendinde ise, Yapım işlerinde arsa temin edilmeden, mülkiyet, kamulaştırma ve gerekli hallerde imar işlemleri tamamlanmadan ve uygulama projeleri yapılmadan ihaleye çıkılamayacağı; ihale konusu yapım işinin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve malî özelliklerinin gerekli olan netlikte belirlenemediği durumlarda ise ön veya kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabileceği; uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılmasının zorunlu olduğu; ancak, doğal

afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje üzerinden, her türlü onarım işleri ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerekmesi veya uygulamada imar ve güzergâh değişikliklerinin muhtemel olması nedenleriyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje üzerinden ihaleye çıkılabileceği; bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabileceği; arsa temini, mülkiyet ve kamulaştırma işlemlerinin tamamlanması şartı, baraj ve büyük sulama, içmesuyu isale hattı, enerji nakil hattı, trafo, trafo merkezleri, şalt tesisleri, kaptajlar, su depoları, karayolu, liman ve havaalanı, demiryolu, petrol ve doğalgaz boru hattı projelerinde aranmayacağı hüküm altına alınmıştır.

Öte yandan 02.03.1984 tarihli ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun Amaç ve kapsam başlıklı 1 inci maddesinde, konut ihtiyacının karşılanması konut inşaatını yapanların tabi olacağı usul ve esasların düzenlenmesi, memleket şart ve malzemelerine uygun endüstriyel inşaat teknikleri ile araç ve gereçlerin geliştirilmesi ve Devletin yapacağı desteklemelerin 2985 sayılı Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmiş; ek 1 inci maddesinde ise, Toplu Konut İdaresi (TOKİ) Başkanlığının görevleri sayılarak, maddeye 24.07.2008 tarihli ve 5793 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle eklenen (m) bendinde, “Bakanlıkların talebi ve bağlı bulunduğu Bakanın onayı halinde talep konusu proje ve uygulamaları yapmak veya yaptırmak,” hükmüne yer verilmiştir.

Bu bağlamda TOKİ Başkanlığı, toplu konut, alt yapı ve sosyal donatılar ile gecekondü dönüşüm projeleri, tarihi doku ve yöresel mimarinin korunup yenilenmesine yönelik projeler, idareye kaynak sağlamak üzere kar amaçlı toplu konut projeleri yapmaya ve yaptırmaya ek olarak bakanlıkların talebi ve TOKİ Başkanlığının bağlı olduğu bakanın onayı ile bakanlıkların görev alanına giren her türlü yapım işlerini yapmak ve yaptırmakla da görevli bir kurumdur.

TOKİ Başkanlığı ile Bakanlıklar arasında 2985 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesinin (m) bendi kapsamında düzenlenen protokoller ile hastane ve sağlık ocakları, okullar, öğrenci yurdu ve pansiyonlar ile spor salonları, yaşam merkezi ve huzur evleri, askeri tesis ve karakollar, emniyet müdürlüğü hizmet binaları ve polis okulları gibi projeler ile Tarım ve Köy İşleri Bakanlığı hizmet binası, Gümrük Müsteşarlığı Hizmet Binası, İstanbul Çatalca Posta İşleme Merkezi binası, Kağıthane Milli Arşiv sitesi gibi binalar TOKİ Başkanlığı tarafından yaptırılmaktadır.

4734 sayılı Kanunun 68 inci maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesinde, Toplu Konut Kanunu kapsamındaki “toplu konut projeleri” istisna kapsamında iken; 6111 sayılı Kanunun 179 uncu maddesiyle yapılan değişiklikle Toplu Konut Kanunu kapsamındaki “projeler” istisna kapsamına alınmaktadır.

Böylece, herhangi bir hastane binası, Sağlık Bakanlığı tarafından ihale edilip, Bayındırlık Bakanlığının kontrollüğünde; herhangi bir ilköğretim okulu Milli Eğitim Bakanlığı tarafından ihale edilip, Milli Eğitim Bakanlığının kontrollüğünde; Anayasa Mahkemesi hizmet binası, Bayındırlık Bakanlığının yatırım programına konularak, Bayındırlık Bakanlığı tarafından ihale edilip, Bayındırlık Bakanlığının kontrollüğünde yapıldığında, 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ile 62 nci maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerindeki düzenlemelere tabi olmakta; buna karşın ilgili bakanlık veya başkanlıkların talebi ve TOKİ Başkanlığının bağlı olduğu bakanın onayı ile TOKİ Başkanlığı tarafından ihale edilip, TOKİ Başkanlığının kontrollüğünde yaptırıldığında ise söz konusu madde hükümlerinden istisna olmaktadır.

Bu durumda, 4734 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ile 62 nci maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerindeki sınırlamalar, ihale hukukunun gerekleri arasında bulunmayan, hukuk devleti ilkesine aykırı ve kamu yararıyla bağdaşmayan düzenlemeler ise, 4734 sayılı Kanundan tamamen çıkarılarak, Kanun kapsamındaki tüm kurumlar için bağlayıcılığı kalmamalı; tersi geçerli ise, bu durumda da aynı yapım işinin 4734 sayılı Kanunun kapsamındaki tüm kurumlar için aynı düzenlemelere tabi olması gerekir.

Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Hukuk devleti, siyasal iktidarı hukukla sınırlayarak ve Devlet etkinliklerinin düzenli ve yeknesak bir şekilde sürdürülebilmesi için hukuksal alt yapıyı kurarak yönetimde istikrarı sağlar. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Kamusal faaliyetlerde hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise, konulan kuralların genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olmalarına bağlıdır. Aynı yapım işi, Devletin bütün kurum ve kuruluşlarında aynı normlara bağlı iken, TOKİ Başkanlığı tarafından yapılır veya yaptırılınca bazı kurallardan istisna tutulması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Hukuk devleti olmanın bir başka göstergesi ise “yasaların genelliği” ilkesine uyulmasıdır. Yasaların genelliği ilkesi, özel, aktüel ve geçici bir durumu gözetmemeyi, belli bir kişi, grup veya kurumu hedef almamayı ve aynı durumlar

için aynı kuralların uygulanmasını zorunlu kılar. Aynı yapım işinin TOKİ Başkanlığı tarafından ihale edilince farklı kurallara tabi olması, yasaların genelliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

Yasalar, kamu yararını gerçekleştirmeyi hedeflemek durumundadır. Bir yasa kuralının konulmasında, kamu yararının bulunduğu kabul edilebilmesi için, toplumun tamamına yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması gerekir. Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması ögesinin yanında, yasama organı tarafından konulacak kurallarda, adalet ve hakkaniyet ölçülerinin de göz önüne alınmasını gerekli kılar. Aynı yapım işinin TOKİ Başkanlığı tarafından ihale edilince, 4734 sayılı Kanundaki sınırlayıcı hükümlere tabi olmaması gibi kamu yararına sonuç doğurmayan, kamu hizmetlerinin nitelikleriyle bağdaşmayan, adalet anlayışına aykırı ve makul olmayan bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmazlığı çok açıktır.

Öte yandan, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmetlerini esas alan kurallarda, yasama organı kamu yararı yanında, Anayasanın 126 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyumu da gözetmek durumundadır. 4734 sayılı Kanundaki kamu yararının gerektirdiği sınırlayıcı hükümlerden kaçınmak isteyen tüm idareler, yapım işlerini TOKİ Başkanlığına yaptıрма yarışına girecek ve Bayındırlık Bakanlığı işlevsiz kalırken; TOKİ Başkanlığı asıl görevlerinden uzaklaşarak zaman ve mesaisini diğer işlere ayırmak durumunda kalacağından, biryandan verimlilik düşerken, diğer yandan uyum ortadan kalkacaktır.

Açıklanan nedenlerle, 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 179 uncu maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 68 inci maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “projelerde” ibaresi Anayasanın 2 nci ve 126 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

13) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 206 ncı Maddesi ile 4646 Sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun 4 üncü Maddesinin (d) Bendine Eklenen (3) Numaralı Ek Bendindeki, “Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer

izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir.” Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

13.02.2011 Tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 206 ncı maddesi ile 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun 4 üncü maddesinin (d) bendine eklenen (3) numaralı ek bendi ile yapılmış ve yapılacak depolama lisansı başvurularında; başvuruya konu yerin il, ilçe, köy, mahalle, ada, parsel bilgilerini de içeren bilgilerin Kurumun internet sayfasında duyurulacağı; başvuru birden fazla olur ise lisans başvurularının değerlendirilmesinin Kurul tarafından belirlenecek kriterler esas alınarak yapılacağı; bu değerlendirme sonucunda birden fazla başvurunun kalması durumunda bu tüzel kişiler arasında lisans bedelinin artırılması esasına göre yarışma yapılacağı; ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde, bu başvurunun kabul edileceği ve diğer başvuruların reddedileceği; başvurunun duyurusu, değerlendirme kriterleri ve yarışmaya ilişkin usul ve esasların ise yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmaktadır.

Doğal gaz depolama lisansı verilmesi kural olarak, aynı saha için birden çok başvuru olması halinde lisans bedelinin artırılması esasına dayalı yarışmaya dayandırılırken; depolama faaliyeti yapılacak sahada yer alan taşınmazların en az yarısının mülkiyetinin veya yararlanma hakkının lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi veya ortaklarına ait olması durumunda, diğer başvuruların reddedilmesini ve depolama lisansının lisans bedeli artırımı yapılmadan doğrudan verilmesini öngören düzenlemede kamu yararı olduğu ileri sürülemez. Çünkü, bu durum depolama faaliyeti yapılacak alanın en az yarısının mülkiyetine veya yararlanma hakkına sahip olanlara, diğer başvuru sahiplerine göre doğrudan özel çıkar veya yarar sağlarken, lisans bedelinin artırılmasına yönelik yarışmayı da ortadan kaldırarak kamuyu ve dolayısıyla toplumu kamu gelirinden yoksun kılmaktadır.

Oysa, yasaların amacı kamu yararını gerçekleştirmek olmalıdır. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararının bulunduğu kabulü için yasanın yalnızca özel çıkar veya belli kişilere yarar sağlamayı değil, toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması gerekir. Tersine düzenlemeler Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması yanında, yasal kuralların adalet ve hakkaniyet ölçülerine uygun olmasını da gerekli kılar. Eğer, belirli bir alanda çıkarlar birbiriyle çatışıyor ve çatışan çıkarların uzlaştırılması gerekiyor ise çıkarların kamu yararı ile adalet ve hakkaniyet ölçülerine göre uzlaştırılmasının öncelikli yöntemi yarışmadır. Lisans bedelinin artırılmasına yönelik yarışmayı ortadan kaldıran düzenleme hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırıdır.

Anayasanın 10 uncu maddesinde, yasa önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı hüküm altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasadaki eşitlik ilkesi, aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve grupların yaratılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. İtiraz konusu düzenleme ile durumları aynı olan istekliler arasında, doğal gaz depolama alanı yapılacak alanda yer alan taşınmazların en az yarısının mülkiyetine veya kullanma hakkına sahip olanlara ayrıcalık tanınması, Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, 6111 sayılı Kanunun 206 ncı maddesi ile 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun 4 üncü maddesinin (d) bendine eklenen (3) numaralı ek bendindeki, “Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir.” cümlesi, Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

14) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 208 inci Maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 7 nci Maddesine Eklenen Dördüncü ve Beşinci Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

6111 sayılı Kanunun 208 inci maddesiyle 5737 sayılı Kanunun 7 nci maddesine eklenen dördüncü fıkrasında, intifa haklarına ilişkin taleplerin galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşeceği; beşinci fıkrasında ise, mazbut vakıflarda intifa

haklarının, gale fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve gale fazlasının mevcudiyeti şartıyla Vakıflar Genel Müdürlüğünce belirleneceği hükmü getirilmiştir.

Dördüncü fıkra ile vakıf evlatlarına gale fazlasını almaya hak kazandıklarını gösteren mahkeme kararından itibaren beş yıllık hak düşürücü süre getirilmektedir. Bu durumda pek çok dava daha esasa bile girilmeden hak düşürücü süre nedeniyle reddedilmek durumunda kalacaktır. Söz konusu düzenleme ayrıca, muhtelif tarihlerde muhtelif mahkemelerce verilen galleye müstehak vakıf evlatlık mahkeme kararlarını ortadan kaldırmaktadır. Oysa bir mahkeme kararı ancak o konuda alınacak ve iptali sağlanacak başka mahkeme kararıyla geçersiz kılınabilirken, söz konusu düzenlemeyle mahkeme kararları hukuka aykırı bir biçimde yasama organınca ortadan kaldırılmaktadır. Bu durum, Anayasanın 36 ncı maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkına ve Anayasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, beşinci fıkradaki düzenleme, Vakıf evlatlarına sadece son beş yıllık dönemde mazbut vakıfların mevcut malvarlığı hesaba katılarak ödeme yapılmasını öngörmektedir. Bu durumda, yüzyıllar önce kurulmuş bulunan mazbut vakıfların malvarlıklarının çoğu 1936-2011 yılları arasında Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından, vakıf evlatlarına haber verilmeksizin elden çıkarılmış ve bedelleri de Genel Müdürlükçe tahsil edilmiş ve halen de edilmektedir. Dolayısıyla günümüzde mazbut vakıfların gelir getiren malvarlığı camii ve türbelerle etrafındaki mülklerden ibaret kalmıştır. Yapılan düzenleme, Vakıflar Genel Müdürlüğünce yıllarca tahsil edilen bedellerin vakfedenlerin iradesine aykırı olarak Vakıflar Genel Müdürlüğünün uhdesinde kalmasını sağlamaktadır. Anayasal güvence altına alınan mülkiyet ve miras hakkına açık bir müdahale olan yasal düzenleme, Anayasanın 35 inci maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 208 inci maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 7 nci maddesine eklenen dördüncü ve beşinci fıkraları, Anayasanın 35 inci, 36 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

15) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun 209 uncu Maddesi ile 5737 Sayılı Vakıflar Kanununa Eklenen Geçici 10 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 209 uncu maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanununa eklenen geçici 10 uncu maddesi, maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 5737 sayılı Kanunun 7 nci maddesine 6111 sayılı Kanunun 208 inci maddesiyle eklenen hükümlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacağı hükme bağlanmaktadır.

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem ya da davranışın, bir hukuki ilişkinin vuku bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz.

Hukuk devletinin temel özelliği, bütün vatandaşlar, hatta -vatandaş olmasa bile- ülkesindeki tüm insanlara hukuki güvence sağlamasıdır. Hukuki güvencenin ilk ve en basit şartı ise aleyhteki kanunların geriye yürümemesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde verilmiş birçok kararı vardır. Nitekim Yüksek Mahkeme "geriye yürümezlik" ilkesini incelerken 02.10.2003 tarihli ve E.2003/73, K.2003/86 sayılı kararında, "... yasallık ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir." denilmiştir.

Hukuk devletinden yana olan tüm hukukçuların savunduğu geriye yürümezlik ilkesi, Danıştayımız tarafından da hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde benimsenmiştir. Nitekim Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 03.07.1989 tarih ve E.1988/5, K.1989/3 sayılı Kararında, "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem ya da davranışın, bir hukuki ilişkinin vuku bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Vergi kanunları, kamu hukukuna ilişki yükümlülükler getirdiğinden, bu kanunların özellikle mali yükümü artırıcı nitelikteki hükümlerinin, geçmişe yürütülmemesi hukuki güvenlik ilkesi yönünden önem taşır. Anayasanın 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan vergilerin kanuniliği ilkesi

de, hukuki güvenliği sağlama amacına matuftur ve vergiyi doğuran olayın vukuu döneminde yürürlükte olmayan bir kanuna dayanılarak vergi yükünün artırılmasına imkan vermez." denilmiştir.

Bu bağlamda, 5737 sayılı Kanunun 7 nci maddesine 6111 sayılı Kanunun 208 inci maddesiyle eklenen hükümlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacağına ilişkin 5737 sayılı Vakıflar Kanununa 6111 sayılı Kanunun 209 uncu maddesi ile eklenen geçici 10 uncu maddesi, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

5737 sayılı Kanunun 7 nci maddesine 6111 sayılı Kanunun 208 inci maddesiyle eklenen hükümlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacak olması, Anayasanın 138 inci maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 209 uncu maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanununa eklenen geçici 10 uncu maddesi, Anayasanın 2 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

16) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun Geçici 2 nci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesi hükmünün, 04.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanacağı belirtilmektedir.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa 18.06.2010 tarihli ve 5999 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle eklenen geçici 6 ncı maddede ise, kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen, 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle

uzlaşma yoluna gidilmesi olmak üzere açılacak tazminat davaları ile ödemelere ilişkin esas ve usuller düzenlenmektedir.

Ancak, geçici 6 ncı maddenin uygulaması, 08.09.1956 tarih ve 9402 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 31.08.1956 tarihli ve 6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu arasındaki süre içinde yapılan kamulaştırmasız el koyma işlemlerini kapsamaktadır.

31.08.1956 tarihli ve 6830 sayılı İstimlak Kanununun 16 ncı maddesi "Acele İşlerde El koyma"yı; 28 inci maddesi ise, "Bedelsiz İstimal Selahiyeti"ni düzenlemektedir. Dolayısıyla, taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulmasını da içeren hükümler taşıyan 6830 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu süre için, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa 18.06.2010 tarihli ve 5999 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle eklenen geçici 6 ncı madde hukuksal anlamda bir boşluğu doldurduğundan hukuksal bir değer taşımaktadır.

Ancak, 08.11.1983 tarih ve 18215 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyumsuzlukların çözüm usul ve yöntemlerini düzenlemekte ve kamulaştırmasız el koymayı veya bedelsiz kullanma yetkisini kapsayan herhangi bir hükmü bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı üzere hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran, bunu sürdürmeye kendisini yükümlü sayan, bütünüyle hukuka bağlı devlet demektir.

Öte yandan, Anayasanın 35 inci maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilirliği; 36 ncı maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercileri önünde hak arama ve adil yargılanma hakkından yararlanma hakkına sahip oldukları; 46 ncı maddesinde, Devlet ve

kamu t  zelkişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkili oldukları; kamulaştırma bedeli ile kesin hükme bağlanan artırım bedelinin nakden ve peşin olarak ödeneceği; bununla birlikte, tarım reformunun uygulanması, büyük enerji ve sulama projeleri ile iskân projelerinin gerçekleştirilmesi, yeni ormanların yetiştirilmesi, kıyıların korunması ve turizm amacıyla kamulaştırılan toprakların bedellerinin ödenme şeklinin kanunla gösterileceği; kanunun taksitle ödemeyi öngörebileceği bu hallerde, taksitlendirme süresinin beş yılı aşamayacağı; bu takdirde taksitlerin eşit olarak ödeneceği; kamulaştırılan topraktan, o toprağı doğrudan doğruya işleten k  k çiftçiye ait olanlarının bedelinin, her halde peşin ödeneceği; taksitlendirmelerde ve herhangi bir sebeple ödenmemiş kamulaştırma bedellerinde kamu alacakları için öngörülen en yüksek faizin uygulanacağı; 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında ise, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştirmeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesi, 2942 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırdığı 6830 sayılı  stimlak Kanununa göre yapılan kamulaştırmasız el koymaya bağlı uzlaşma ve tazminat davalarını kapsamaktadır. Oysa gerek Anayasanın 46 ncı maddesinde, gerek 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununda kamulaştırmasız el koymalara cevaz verecek herhangi bir hüküm olmadığı için, hukuka aykırı şekilde mülkiyetine el konulan yurttaşlar, yetkili hukuk mercilerinde meşru vasıta ve yollarla davalar açmakta ve açtıkları davaları kazanmaktadırlar.

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesinin, 04.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemlerine de uygulanacağına ve uygulamanın Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle sürdürüleceğine ilişkin hüküm, bir yandan Anayasanın 46 ncı maddesine ve 2942 sayılı Kanuna aykırı olarak, kamulaştırmasız el atmalara yasallık kazandırmayı, diğer yandan söz konusu hukuksuzluğu gelecek onbeş yıl süreyle sürdürmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu düzenleme, kişilerin Anayasal güvence altında olan mülkiyet hakkını ortadan kaldırmakta; meşru vasıta ve yollarla yargı mercileri önünde hak arama özgürlüğünü ve adil yargılanma

hakkını ihlal etmekte; Anayasada öngörülmeven kamulaştırmaz el atmaya yasallık kazandırmaktadır. Bundan böyle, herhangi bir malikin taşınmazına, herhangi bir kamu idaresinin kamulaştırmaz el atması durumunda, malik yetkili Asliye Hukuk Mahkemesine başvurup, müdahaleyi durduramayacaktır.

Söz konusu düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olmanın yanında, mülkiyet hakkını ortadan kaldırdığı için Anayasanın 35 inci maddesine; hak arama ve adil yargılanma hakkını sınırlandırdığı için Anayasanın 36 ncı maddesine; Anayasada öngörülen kamulaştırmadan farklı olarak, kamulaştırmaz el koymayı yasallaştırdığı için Anayasanın 46 ncı maddesine; mahkeme kararlarının uygulanmamasını ve yerine getirilmesinin geciktirilmesini sağladığı için Anayasanın 138 inci maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 6111 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 04.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesi hükmü, 04.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanır.” Şeklindeki ilk cümlesi Anayasanın 2 nci, 35 inci, 36 ncı, 46 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

17) 13.02.2011 Tarihli ve 6111 Sayılı Kanunun Geçici 17 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun geçici 17 nci maddesiyle; 6111 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında kapatma kararı verilen siyasi partilerden; kapatma kararının verildiği tarihten önceki döneme ilişkin olarak kesin hesabın verilmemiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından denetim yapılmadığı için hesapları hakkında karar verilmemiş olanların Hazineye intikal etmesi gereken malvarlığına ilişkin olarak sorumlular aleyhine açılmış ve 6111 sayılı Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla kesin hükme bağlanmamış davalardan; davalıların davaya konu alacak aslının % 50’sini ve bu tutara alacağın Hazineye intikali gereken tarihten bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar geçen süreye TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarı, 6111 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen süre ve şekilde ödemeleri şartıyla, vazgeçileceği ve kalan alacak aslı ile fer’i tutarların tahsil edilmeyeceği; bu şekilde hesaplanan fer’i tutarın bu maddeye göre ödenmesi gereken asıl alacak tutarının yarısını geçemeyeceği; bu hükümden yararlanmak

isteyen davalıların Kanunun yayımını izleyen ikinci ayın sonuna kadar başvuruda bulunmalarının şart olduğu; bu madde hükmünden yararlanılması halinde yargılama masrafı ve vekâlet ücretlerinin karşılıklı olarak talep edilmeyeceği; madde hükmünden yararlanmak üzere başvuruda bulunulduğu halde taksitlerden birinin ödenmemesi halinde madde hükmüne göre ödenmesi gereken alacağın tamamının muaccel olacağı ve muaccel hale geldiği tarihten itibaren 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında bir faiz ile birlikte başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tahsil edileceği hükmü getirilmektedir.

Yasalarda “genellik” ilkesi, hukuk devletinin en önemli göstergeleri arasında yer almaktadır. Anayasa Mahkemesinin 20.11.1996 günlü ve E.1996/58, K.1996/43 sayılı Kararında da belirtildiği üzere, “yasaların genelliği” ilkesi, özel, güncel ve geçici bir durumu gözetmeyen, belli bir kişi veya kişiler grubunu hedef almayan, aynı durum ve statüde olan herkesi kapsayan kuralların getirilmesini zorunlu kılar.

Anayasada belirtilen bir amacı ya da bir kamu yararını gerçekleştirmek ereğiyle olsun, yasa koyucu belli bir sonucu elde etmek için değişik yolların seçimini siyasî tercihlerine göre yapmakta serbesttir. Ancak, yasa koyucunun 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 ögesi bakımından yasanın sakatlığı ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılığı söz konusu olur.

Öte yandan, 6111 sayılı Kanunun geçici 17 nci maddesinde, “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında kapatma kararı verilen siyasi partilerden; kapatma kararının verildiği tarihten önceki döneme ilişkin olarak kesin hesabın verilmemiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından denetim yapılmadığı için hesapları hakkında karar verilmemiş olanların Hazineye intikal etmesi gereken malvarlığına ilişkin olarak sorumlular aleyhine açılmış ve bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla kesin hükme bağlanmamış davalardan;” denilerek siyasi partilerin Anayasa Mahkemesine kesin hesabını vermemiş olması olgusu, cezalandırılmak yerine ödüllendirilmektedir.

Anayasanın 69 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gerektiği, Anayasa Mahkemesince siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımların kanunda

gösterileceği, denetim sonunda Anayasa Mahkemesinin vereceği kararların kesin olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Öte yandan, 22.04.1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında, parti merkezi ve bağlı ilçeleri de kapsamak üzere iller teşkilatının her bütçe yılını izleyen Nisan ayı sonuna kadar, bir evvelki yıla ait uygulama sonuçlarını gösteren kesin hesaplarını hazırlayacakları; iller teşkilatından gönderilenler ve parti merkezine ait olan kesin hesapların, merkez karar ve yönetim kurulunca incelenerek karara bağlanacağı ve birleştirileceği; 74 üncü maddesinin birinci fıkrasında, siyasi partilerin mali denetimini Anayasa Mahkemesince yapılacağı; Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin Kanuna uygunluğunu denetleyeceği; ikinci fıkrasında, siyasi partilerin genel başkanlarının, karara bağlanarak birleştirilmiş bulunan kesin hesap ile parti merkez ve bağlı ilçeleri de kapsayan iller teşkilatının kesin hesaplarının onaylı birer örneğini Haziran ayı sonuna kadar Anayasa Mahkemesine ve bilgi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına vermek zorunda oldukları; 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun 180 inci maddesiyle eklenen üçüncü fıkrasında, siyasi parti hakkında kapatma kararı verilmiş olması halinde kapatma kararının verildiği tarihe kadar olan döneme ilişkin hesapların da Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenerek karara bağlanacağı; 75 inci maddesinin birinci fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin, kesin hesaplara ait bilgilerin belgelendirilmesini siyasi partilerden her zaman isteyebileceği; dördüncü fıkrasında, Anayasa Mahkemesi denetimi sonunda, o siyasi partinin gelir ve giderlerinin doğruluğuna ve kanuna uygunluğuna veya kanuna uygun olmayan gelirler ile giderler dolayısıyla da bunların Hazineye gelir kaydedilmesine karar vereceği; beşinci fıkrasında, siyasi partilerin büyük kongrelerinin kesin hesaplar hakkındaki kararlarının, Anayasa Mahkemesinin denetimini etkilemeyeceği; Anayasa Mahkemesinin yapacağı denetim sonucunda vereceği kararların kesin olacağı; 113 üncü maddesinde ise, 2820 sayılı Kanunun 60 inci maddesinde yazılı defter ve kayıtları tutmayanlar, altı aydan bir yıla, bu defter ve kayıtları tahrif veya yok edenler veya gizleyenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kesin hesabın verilmemiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından denetimin yapılamaması, 2860 sayılı Kanunun 113 üncü maddesinde cezai yaptırıma bağlanmışken; 6111 sayılı Kanunun geçici 17 nci maddesindeki ödüllendirmeye ilişkin düzenleme, Anayasanın 69 uncu maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, 6111 sayılı Kanunun geçici 17 nci maddesi, özel af niteliğindedir. Anayasanın 87 nci maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin

üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu ile genel ve özel af ilanına karar verebileceği kuralı yer almıştır. Anayasanın öngördüğü bu kurala göre geçici 17 nci maddenin en az üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu olan 330 milletvekilinin oyuyla kabul edilmiş olması gerekmektedir. Ancak, Genel Kurul'un 65. Birleşiminde 12 Şubat 2011 tarihinde yapılan Tasarının tümü üzerindeki oylamada 606 sıra sayılı Tasarı (6111 sayılı Kanun) Genel Kurulda (Tutanak sayfa:152) 272 oyla kabul edilmiştir.(http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=20867&P5=B&page1=152&page2=152).

Anayasanın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri ilkesine yer verilmiştir.

İptali istenen, 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun geçici 17 nci maddesi, Anayasa Mahkemesinin 16.01.1998 günlü ve E.1997/1, K.1998/1 sayılı Kararını hükümsüz kılmayı ve Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesinin 19 Nisan 2007 tarihli Kararını değiştirerek ortadan kaldırmayı amaçladığı için Anayasanın 138 inci maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Kanunun geçici 17 nci maddesi, Anayasanın 2 nci, 69 uncu, 87 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Cumhuriyet tarihinde örneğine rastlanmayan 216 maddelik bir “torba kanun” dur.

Tasarının özellikle 68-82 nci maddelerinde yer alan ve çalışma hayatını ilgilendiren düzenlemeler ilgili komisyon olan Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonunda görüşülmesi gerekir iken, Plan ve Bütçe Komisyonunda görüşülmüştür. Sosyal tarafların görüşleri alınmamıştır.

TBMM İçtüzüğü'nün “Temel kanunlar” başlıklı 91 inci maddesine göre, bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek

biçimde genel ilkeler içeren, kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendiren, kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları gösteren, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğu bulunan tasarı ve tekliflerin temel kanun olarak görüşülmesi gerekir iken; Tasarıya TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında eklenenler hariç, 73 değişik kanunda değişiklik yapılmasını öngören Tasarı, iktidarın hukuk tanımaz anlayışı sayesinde “temel kanun” olarak görüşülmüştür.

İptali istenen hükümler, Anayasal güvence altında olan temel hak ve özgürlükleri tehdit eden; çalışma barışını bozan; kamu personel sisteminin temel niteliklerine aykırı olan; kamu kaynaklarının etkili, verimli ve ekonomik kullanılmasıyla bağdaşmayan; kazanılmış hakları ve yargı kararlarını ortadan kaldıran düzenlemelerdir. Anayasaya ve hukukun temel ilkelerine aykırı olan söz konusu düzenlemeler, uygulanması halinde telafisi mümkün olmayan sonuçlara yol açacaktır.

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un;

1- 40 ncı maddesi ile değiştirilen 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 86 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının, “Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz.” şeklindeki ikinci cümlesi, Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 60 ncı maddelerine aykırı olduğundan,

2- 53 üncü maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3- 64 üncü maddesi ile değiştirilen 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki, “net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştırılan işyerlerinde” ibaresi ile “yirmiden az personel çalıştırılan işyerlerinde yüzde 15’inden” ibaresi, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 55 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4- 67 nci maddesiyle 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna eklenen geçici 2 nci maddenin birinci fıkrasında yer alan, “3 aylık süre içinde” ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

5- 98 inci maddesi ile 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanununa eklenen geçici 4 üncü maddesi, Anayasanın 2 nci, 87 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

6- 101 inci maddesi ile değiştirilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 68 inci maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafındaki, “Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcılar ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için” ifadesi, Anayasanın 128 inci maddesine aykırı olduğundan,

7- 115 inci maddesi ile değiştirilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun ek 8 inci maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

8- 133 üncü maddesi ile 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 12 nci maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci ve 87 nci maddelerine aykırı olduğundan,

9- 166 ncı maddesi, Anayasanın 2 nci, 48 inci, 49 uncu ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

10- 169 uncu maddesi ile 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 3 üncü maddenin ikinci fıkrasının birinci, yedinci ve sekizinci cümlelerindeki, “Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar” ibaresi ve dördüncü cümlesindeki, “Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar” ibaresi ile üçüncü fıkrasındaki, “Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların” ibaresi, Anayasanın 6 ncı, 123 üncü ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan,

11- 177 nci maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendi, Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

12- 179 uncu maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 68 inci maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “projelerde” ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 126 ncı maddelerine aykırı olduğundan,

13- 206 ncı maddesi ile 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun 4 üncü maddesinin (d) bendine eklenen (3) numaralı ek bendindeki, “Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir.” cümlesi, Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

14- 208 inci maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 7 nci maddesine eklenen dördüncü ve beşinci fıkraları, Anayasanın 35 inci, 36 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

15- 209 uncu maddesi ile 5737 sayılı Vakıflar Kanununa eklenen geçici 10 uncu maddesi, Anayasanın 2 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

16- Geçici 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 2 nci, 35 inci, 36 ncı, 46 ncı ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

17- Geçici 17 nci maddesi, Anayasanın 2 nci, 69 uncu, 87 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

B- İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"6111 sayılı Kanunun Geçici 2'nci maddesi ile 2942 sayılı Yasanın Geçici 6'ncı maddesi aşağıda ayrıntılı olarak izah edilen sebeplerle Anayasanın hukuk devleti (m. 2), eşitlik (m. 10), temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması (m. 13), mülkiyet (m. 35) ve hak arama özgürlüğü (m. 36) maddelerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin EK-1 protokolüne ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına aykırıdır.

6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun geçici 2. maddesine göre; "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanır. Ancak, bu tarihten sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemleri sebebiyle açılan tazminat davalarında verilen ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden 2942 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yedinci fıkrası uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden ayrıca yüzde beş pay ayrılır". Keza 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6. maddesinin 7. fıkrasında "Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden yüzde iki pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması halinde, ödemeler, sonraki yıllara sari olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli

ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkrada belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir” denilmektedir. Açıklaması yapılan yasal düzenlemelere göre 1983’den sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemlerinde mahkemece hükmedilen tazminat bedellerinin ancak kesinleştikten, sonra ve sadece bütçeden ayrılan payla ödenebileceğinden kamulaştırmasız el koymadan doğan tazminat alacakları için Yasanın Resmi Gazetede yayımlanıp yürürlüğe girdiği 25/02/2011 tarihinden itibaren idarenin mal, hak ve alacakları haczedilemeyeceği sonucu çıkmaktadır.

Bu maddenin atıfta bulunduğu 2942 sayılı Kanunun Geçici 6’ncı maddesinde aynen “Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veya irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili, olarak el konulması sebebiyle, malik tarafından ilgili idareden tazminat talebinde bulunulması halinde, öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır.

Tazminat müracaatı üzerine, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının malikin müracaat ettiği tarihteki tahmini değeri; bu Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre teşkil edilen kıymet takdir komisyonu marifetiyle, taşınmazın el koyma tarihindeki nitelikleri esas alınmak ve bu Kanunun 11 inci ve 12 nci maddelerine göre hesaplanmak suretiyle tespit edilir. Tespitten sonra, bu Kanunun 8 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre teşkil olunan uzlaşma komisyonunca, müracaat tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde 7201 sayılı Kanun hükümlerine göre tebliğ edilen bir yazı ile, tahmini değer bildirilmeksizin, talep sahibi uzlaşma görüşmelerine davet edilir.

Uzlaşma; nakdi ödeme, idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle yapılabilir.

Uzlaşma görüşmeleri, hukuki veya fiili engel bulunmadığı takdirde davete icabet tarihinden itibaren en geç altı ay içerisinde sonuçlandırılır ve uzlaşmaya varılıp varılmadığı, malik veya temsilcisi ile komisyon üyeleri tarafından imzalanan bir tutanağa bağlanır. Bu tutanak ile uzlaşma görüşmelerine ilişkin

bilgi ve belgeler, açılacak davalarda taraflar aleyhine delil teşkil etmez. Uzlaşmaya varılması halinde, üzerinde uzlaşılan hakkın türünü, tanınma şart ve usullerini, nakdi ödemede bulunulacak ise miktarını ve ödeme şartları ile taşınmazların tesciline veya terkinine dair muvafakati de ihtiva eden bir sözleşme akdedilerek bu sözleşme çerçevesinde işlem yapılır ve uzlaşma konusu taşınmazlar resen tapuya tescil veya terkin edilir.

Uzlaşılan nakdi tazminat bedeli, bütçe imkanları dahilinde, sonraki yıllara sari olacak şekilde taksitli olarak da ödenebilir. Taksitli ödeme süresince, 4/12/1984 tarihli ve 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir.

İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya ikinci fıkradaki sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından sadece tazminat davası açılabilir. Dava açılması halinde, fiilen el konulan taşınmazın veya üzerinde tesis edilen irtifak hakkının müracaat tarihindeki değeri, ikinci fıkranın birinci cümlesindeki esaslara göre mahkemece tespit ve taşınmazın veya hakkın idare adına tesciline veya terkinine ve malike tazminat ödenmesine hükmedilir. Tescile veya terkine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen tazminata ilişkin temyiz hakkı saklıdır.

Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden yüzde iki pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödenekten toplam tutarını aşması halinde, ödemeler, sonraki yıllara sari olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkarda belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

Bu maddenin tazminata ilişkin hükümleri, vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmасız el koymadan dolayı açtıkları tazminat davası süre bakımından dava hakkının düştüğü gerekçesiyle reddedilmiş olanlar hakkında da uygulanır. Evvelce açtıkları davalar sonunda tazminat almaya hak kazanmış veya süre dışındaki sebeplerden dolayı davaları reddedilmiş olanlar

hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. Ancak, gerek iç hukuka ve gerekse milletlerarası hukuka göre evvelce açtıkları davalar sonunda hak kazanmış oldukları tazminat henüz ödenmemiş olanlara, idare tarafından nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkrada belirtilen diğer uzlaşma yolları teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

Vuku bulduğu tarih itibarı ile bu maddenin kapsamında olan kamulaştırmasız el koymadan dolayı bu maddenin yürürlüğe girmesinden önce tazmin talebiyle dava açmış olanlar; bu madde hükümlerine göre uzlaşma yoluna gitmeyi isteyip istemediklerini bu maddenin yürürlüğe girmesinden itibaren üç ay içinde idareye ve mahkemeye verecekleri dilekçeler ile bildirebilirler. Uzlaşma talebi üzerine, uzlaşma görüşmelerinin neticesine kadar dava bekletilir; uzlaşılamaması halinde, uzlaşmazlık tutanağının mahkemeye sunulmasından sonra davaya devam edilir.

Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez”, denilmektedir.

Bu düzenleme ise 30.06.2010 tarihli Resmi Gazetenin mükerrer sayısında yayımlanarak yürürlüğe giren 5999 sayılı Yasayla 2942 sayılı Kanuna eklenmiştir.

Bu düzenlemeler ne anlama gelmektedir: Ülkemizde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 38’nci maddesinde kamulaştırmasız el atma davaları için 20 yıllık süre öngörülmekteydi. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin mülkiyet hakkını düzenleyen Ek-1 protokolüne Türkiye’nin taraf olması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargısını kabul etmesi karşısında ülkemizden bu maddenin mağduru olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan müracaatlar sonucunda devletin tazminata mahkum edilmesi neticesinde, ülkemizde yargı kararları ve yasal düzenlemelerle bireyin en temel haklarından birisi olan mülkiyet hakkının kutsal ve vazgeçilmez bir hak olduğu, bu hakkın ihlalinin ise korunamayacağı yönünde hükümler getirmiştir.

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi Kamulaştırma Kanununun 38’nci maddesinde yer alan 20 yıllık zamanaşımını, “Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının ZAMANÖTESİ niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır” gerekçesiyle Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğundan iptaline karar vermiştir (Resmi Gazete tarih/sayı: 4.11.2003/25279 Esas Sayısı: 2002/112, Karar Sayısı: 2003/33, Karar Günü: 10.4.2003). Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarının geriye yürümemesi sebebiyle,

kararın gerekçesinin Resmi Gazetede yayımlandığı tarih olan 04.11.2003'ten 20 yıl önceki tarih olan 04.11.1983 tarihi mülkiyet hakkı konusunda adeta bir milat olmuştur. Daha sonra yasama organı 30.06.2010 tarihinde yürürlüğe giren 5999 sayılı Yasayla 2942 sayılı Kanuna eklediği geçici 6'ncı maddesiyle, 4.11.1983 tarihinden 09.10.1956'ya kadar olan süre içindeki mülkiyet hakkına müdahale niteliğindeki el atmalara yönelik devletin sorumluluğunu getiren düzenlemeyi kabul etmiştir. Bu hüküm, değer biçme yöntemlerinin uygun, olmaması, uzun ve yorucu bir prosedür gerektirmesi, öncelikle uzlaşma yolunun uygulanmasının gerekmesi gibi eksik ve yanlış tarafları bulunmasına karşılık, hiç tanınmayan bir hakkın bireylere sunulması sebebiyle her şeye rağmen olumlu bir gelişmedir. Ancak bunun yanı sıra, 6111 sayılı Kanunun geçici 2'nci maddesinin, kamulaştırmасız el atma davalarında 2942 sayılı Kanunun geçici 6'ncı maddesinin uygulanacağına dair hüküm, yani 04.11.1983 tarihinden sonraki dönemlerdeki el atmalar sebebiyle de bu tarihten önceki döneme ilişkin düzenlemelerin uygulanacağı hükmü, temel hak ve hürriyetler açısından bir o kadar geriye gidişi ifade etmektedir.

Bu düzenlemenin birey aleyhine sonuçlarını ve ihlal ettiği Anayasa kurallarını şu şekilde özetleyebiliriz: Bireylere dava açmadan önce uzlaşma görüşmeleri yapma (hukuk devleti, hak arama özgürlüğü, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması), davaya konu taşınmaz değerinin el atma tarihindeki özelliklerine göre belirlenmesi (mülkiyet hakkı), dava sonucu elde edilecek olan tazminattan dolayı haciz yasağı (hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanması hukuk devleti), dava konusu bedelin idarenin ayracağı bütçeden tahsil etmek (hak arama hürriyeti, mülkiyet hakkı)

5999 sayılı Yasa ile getirilen geçici 6'ncı maddenin gerekçesinde; "... Anayasada dayanağı bulunmayan ve HAKSIZ FİİL olarak da nitelendirilen kamulaştırmасız el koyma suretiyle, temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına müdahale edilmesi hâlinde, ilgili taşınmazın bedelinin Devletçe malikine ödenmesinin gerektiği tartışmasızdır" ifadesi yer almaktadır. Yargıtay içtihatlarında, doktrinde ve madde gerekçesinde de kabul edildiği üzere kamulaştırmасız el atmalar "haksız fiil" niteliğinde bir eylemdir. Haksız fiil, doktrinde hukuka aykırı olarak bir kimsenin şahsına veya mal varlığına zarar vermek olarak tanımlanır. Haksız fiil borç kaynaklarından birisi kabul edilmiş olup zararı veren tazminle sorumludur. Haksız fiile muhatap olan kişinin, haksız fiile sebebiyet veren kişiden zararını isteme imkanı hukukun genel prensiplerindendir. Ancak haksız fiil eylemleri sadece kamulaştırmасız el atmalarla sınırlı sayılamaz. İdarenin veya kişilerin sebebiyet verebileceği başka haksız fiil çeşitleri de vardır.

Anayasanın 10. maddesinde, herkesin kanun önünde eşit olduğu, Devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları hükme bağlanmaktadır. Anayasanın 10. maddesinde öngörülen “yasa önünde eşitlik ilkesi”nin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

Bu düzenleme neticesinde, başka türden bir haksız fiile muhatap olan kişinin, kamulaştırmasız el atma sebebiyle haksız fiile muhatap olan kişiye göre avantajlı olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, getirilen düzenlemenin Anayasanın 10’ncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu açıkça ortadadır.

Bir haksız fiil olan kamulaştırmasız el atmalardan kaynaklanan tazminatlar sebebiyle haciz yasağı getirilmesi ve ödemenin idarenin inisiyatifine bırakılması da Anayasanın hukuk devleti, eşitlik ve hak arama özgürlüğü hükümlerinin ihlalidir. Unutulmamalıdır ki; ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde mahkum olduğu ilk dava olan Akkuş davası mülkiyet hakkına müdahaleden dolayı ödemenin gecikmesi sebebiyle, açılan davadır. Akkuş/Türkiye, 9 Temmuz 1997 (60/19967 679/869) kararının gerekçesinde; “... uygun tazminatın ödenmesinde, örneğin makul sayılamayacak bir sürenin geçmesi gibi, tazminat değerinin düşürebilecek koşulların hesaba katılmaması durumunda tazminatın uygun niteliği kısmen kaybolacaktır. Kamulaştırma söz konusu olduğu zaman tazminatın ödenmesindeki makul olmayan bir gecikme, özellikle bazı devletlerde görülen para değerinin kaybı göz önünde tutulursa, mülkü kamulaştırılmış kişinin parasal kaybını daha da ağırlaştırmakta ve onu belirsizlik içine itmektedir. ... Ulusal makamlar dava konusu tazminat ödemesini onyediy ay geciktirmekle anılan tazminatın uygun niteliğini değiştirmişler ve netice olarak mülkiyet hakkının korunması ile genel menfaatin icapları arasında mevcudiyeti gerekli dengeyi bozmuşlardır. Bu duruma göre 1 nolu protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir”.

6111 sayılı Yasanın geçici 2’nci maddesinde, “...ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden ayrıca yüzde beş pay ayrılır” ifadesi yer almaktadır. İhtiyacın neye göre belirleneceği, nasıl takdir edileceği hususunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin İmar Kanunu 42’nci maddesindeki idareye takdir hakkı veren ve keyfilik oluşturan sınır konusunda verdiği iptal kararında; “Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri

BELİRLİLİK'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" demektedir (Esas Sayısı: 2005/5, Karar, Sayısı: 2008/93, Karar Günü: 17.4.2008, R.G. Tarih-Sayı: 05.11.2008-27045).

Herhangi bir haksız fiilden dolayı haciz yasağı olmayan bireylerin yanında, devlete karşı haciz yasağı uygulanmasını savunmak güçtür. Yurttaşın malına el koyabilen Devlet, borcunu ödemezse, onun da malı haczedilebilmelidir. Devlet, kendine karşı olan bu tür işlemlerde engelleri kaldırdıkça benimsenip saygınlığını artırır. Bireyin hakkını teslim, hukuk devletin tescilidir. Yine 5999 sayılı Kanunun gerekçesinde; "... Devlet, kanunlar ile belirlenen görevlerini malî imkânları çerçevesinde yerine getirmek durumundadır. Geçmişte yapılan kamulaştırmasız el koymalar sebebiyle açılacak davaların sayısını ve bunlar neticesinde hükmedilebilecek meblâğın ne kadar olabileceğini sağlıklı olarak tahmin etmek mümkün değildir. Açılması muhtemel davaların sayı itibarıyla çokluğuna bağlı olarak hükmedilebilecek meblâğların hemen ödenmesi hâlinde, idarece altından kolayca kalkılamayacak bir malî yük gündeme gelebileceği gibi; tazminat ödemelerine bağlı olarak idarenin malî imkânsızlık içine düşmesi suretiyle, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde sıkıntılara sebebiyet verilmiş olabilecektir. Böyle bir olumsuz ihtimal de gözetilerek hükmedilebilecek olan meblâğların ödenmesinin idare bütçesinin belirli bir oranında gerçekleştirileceğini öngörmek zarurî görülmüştür" denmektedir.

Hukuka uygun, davranması gereken devlet/idarenin, haksız fiile (kamulaştırmasız el atmaya) sebebiyet vermesi düşünülemez. İdarenin elinde kamulaştırma işlemlerini yürütmesi için çıkarılmış bulunan Kamulaştırma Kanunu bulunmasına karşılık, kanun gereği usulü uygun kamulaştırma yapmaması ve bireyin mülkiyet hakkına müdahale etmesi karşısında, bu davranışının hukuken korunması düşünülemez. En temel hukuk kaidelerinden bir tanesi de, bir kişinin zarara kendisinin kusuru ile sebebiyet vermesi halinde zarara katlanması gerektiğidir. Hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz. Bu kuralı ihlal etmeyen ve işlerini (kamulaştırma) usulüne uygun yapan bir idarenin, gerekçede belirtildiği şekilde kendisine karşı açılacak davaların sayısını öngörmesine ihtiyaç olmayacağı gibi (çünkü bu tür davalar açılmayacaktır), karşılaşacağı meblâğın ödeme dengesini bozması da (çünkü bu tür davalardan kaynaklanan bir ödeme olmayacaktır) beklenemez. Kural; devletin haksız fiile sebebiyet vermemesi, işini usulüne uygun yapmak olmalı iken bu istisna olmuş, istisnalar ise adeta kural haline gelmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Haksız fiile sebebiyet veren idarenin, bundan kaynaklanan sorumluluğundan kaçmak maksadıyla getirmiş olduğu düzenleme Anayasanın 2'nci maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Hukuk devleti, her şeyden önce, bütün faaliyetlerinde hukukun genel ilkeleri ile bağlayıcılığı ve üstünlüğü olan Anayasa hükümlerine uygun hareket etmek zorundadır.

Anayasanın. 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; 2. maddede “sosyal hukuk devleti” niteliği vurgulanan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasanın ikinci kısım, Kişinin Hakları ve Ödevleri başlıklı ikinci Bölümü 35. maddesi uyarınca, “Herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, yasayla sınırlanabilir”. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerden yararlanma ve tasarruf olanağı verir. Anayasanın 35'nci maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı temel hak ve özgürlüklerdendir.

Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan veya kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları nedeni, yöntemi kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen nedenlerle ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir.

Anayasa Mahkemesi, Danıştay Onuncu Dairesinin, 9.3.1988 günlü, 3417 sayılı “Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun”un 6. maddesinin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının 18.11.1998 günlü, Esas 1997/59, Karar 1998/71 sayılı kararla iptal edilen bölümü dışında kalan kısmının, Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle açtığı davada verdiği Esas Sayısı: 2000/42, Karar Sayısı: 2001/361, Karar Günü: 10.12.2001, R.G. Tarih-Sayı: 28.03.2002-24709 kararında “çalışanların aylık ve ücretlerinden 3417 sayılı Kanun uyarınca kesilen ve tasarrufu teşvik hesabında toplanan tasarruf tutarları üzerinde mülkiyet hakları bulunmaktadır. Adı geçenlerin devlet katkısı ve nema üzerindeki hakları ise alacak hakkıdır.... Çalışanların aylık ve ücretlerinin belli bir yüzdesi üzerinden hesaplanarak ve ilgililerin tasarruf kesintisine eklenerek tasarrufu teşvik hesabına yatırılan Devlet/işveren katkısı ile katkının ve tasarruf kesintisinin birlikte değerlendirilmesiyle oluşan nemaların mülkiyet hakkı kapsamında olduğu tartışmasızdır. Bu durumda, söz konusu tutarların belli sürelerle bağlanarak kısmen veya tamamen ödenmesinin engellenmesi mülkiyet hakkının özünü zedelemekte ve onu kullanılmaz hale getirmektedir. Bu nedenle kurallar Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir” demek suretiyle, alacak hakları da mülkiyet kapsamında kabul edilmiş ve mülkiyet hakkının ihlalini tespit etmiştir.

Bütün bu sebeplerle; haksız fiile sebebiyet veren idareye, bireyin bu haksız fiilden kaynaklanan alacağını da ödeme konusunda haciz yasağı getiren, ne zaman ödeme yapılacağı konusunda belirsizliğe sevk eden düzenlemesi ile bireyin en temel hakkı olan ve Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan mülkiyet hakkına ilişkin hükümler ihlal edilmektedir.

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

davaya bakmaktan kaçınmaz” denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Hal böyle iken; getirilen düzenlemeler ile “öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesi esastır” ve “haciz, yasağı” hükmü Anayasanın 36’ncı maddesinin ihlali niteliğindedir.

Bu düzenlemeler mülkiyet hakkının korunmasına yönelik, bireyin lehine, çağdaş demokrasilerin bir gereği iken 6111 sayılı Yasanın geçici 2’nci maddesi ile getirilen son düzenleme, bireyin mülkiyet hakkının ihlal edici ve gelineen noktadan geriye götürücü bir nitelik arz etmektedir.

Anayasanın 88’nci maddesinde; “Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir. Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde, görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir” hükmü yer almaktadır. TBMM İçtüzüğü’nün 74’ncü maddesinde de; “Hükümetçe hazırlanan kanun tasarıları bütün bakanlarca imzalanmış olarak ve gerekçesi ile birlikte Meclis Başkanlığına sunulur. Gerekçede tasarının tümü ve maddeleri hakkında bilgiler, kaldırılması veya eklenmesi istenilen hükümlerin neler olduğu ve neden kaldırılması, değiştirilmesi veya eklenmesi gerekli görüldüğü açıkça gösterilmek lâzımdır” hükmü bulunmaktadır.

6111 sayılı Kanunun genel gerekçesinde geçici 2’nci madde ile ilgili bir ifade bulunmamaktadır. Geçici 2’nci madde ile ilgili bir gerekçede bulunmamaktadır. Geçici 2’nci maddenin atıfta bulunduğu 5993 sayılı Kanunla 2942 sayılı Kanuna eklenen geçici 2’nci maddenin gerekçesinde ise; “...süreye tabi olmaksızın dava açılabileceği kabul edildiğinde, idareler aleyhine çok uzun yıllar önce gerçekleşmiş olan el koymalardan dolayı bile dava açılacak ve bu davalarda idareleri malî yönden zora düşürebilecek tazminatlarla hükmolunabilecektir. Ayrıca, açtıkları davalar yirmi yıllık dava açma süresinin dolmuş olduğu yolundaki gerekçeyle süre yönünden reddedilenler ve açtıkları davalarda hükmedilen tazminatı tatminkâr görmeyenler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine müracaat etmek suretiyle Devleti tazminata mahkûm ettirebileceklerdir. Anayasa Mahkemesinin

söz konusu iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten sonra ve önceki yirmi yıl içinde taşınmazlarına kamulaştırmaz el konulan kişilerin dava açmalarının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, yirmi yıllık dava açma süresinin geçmiş olması sebebiyle artık dava açılmayacağı yolundaki içtihat sebebiyle, söz konusu iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten önceki yirmi yıldan daha önce taşınmazlarına kamulaştırmaz el konulanlar ya hak düşürücü süre sebebiyle dava açamayacaklar veya açacakları davalar hak düşürücü süre sebebiyle reddedilebilecektir. Bu nedenle 4/11/1983 tarihinden önce taşınmazlarına kamulaştırmaz el konulanların hak ve durumlarının düzenlenmesi gerekmektedir” şeklinde yer alan ifadelerle, tamamen farklı bir statüye tabi olan 04.11.1983 öncesi döneme ilişkin gerekçe oluşturulmuştur. Ancak bu gerekçenin 04.11.1983 sonrası döneme ilişkin olarak uygulanması ve kabul edilmesi düşünülemez. Bu sebeple, 6111 sayılı Kanun, kanun yapma tekniğine de aykırılık oluşturmaktadır.

SONUÇ: Davalı vekilinin yukarıda açıklamaya çalışılan nedenlerle iptal isteğinin ciddi olduğu görülmekle, mahkememize açılan davada uygulanacak norm olan 6111 sayılı Yasanın Geçici 2. maddesinin Anayasanın 2, 10, 13, 35, 36 ve 46. maddelerine aykırılık nedeniyle İPTALİNE karar verilmesi saygıyla arz olunur.”

II- YASA METİNLERİ

A- Dava ve İtiraz Konusu Yasa Kuralları

Kanun’un iptali istenilen kuralları da içeren maddeleri şöyledir:

“MADDE 40- 5510 sayılı Kanunun 86 ncı maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi **“Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz.”** şeklinde değiştirilmiş ve altıncı fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 53- 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun geçici 20 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Birinci fıkranın (b) bendinin uygulanmasında, yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırması esas alınır. Ancak, gelir ve aylıkların artırılmasında 506 sayılı Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıkların artırımına ilişkin hükümler devir tarihine kadar uygulanmaz. 5510

sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrasında yer alan sınırlama dâhilinde sandıkların kuruluş senetlerinde yer alan hükümler ve sandıkların uygulamaları saklıdır. Bu hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanır.”

MADDE 64- 3308 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, dördüncü fıkrasına “Bakanlık” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumlarının bağlı olduğu üniversitelerin” ibaresi eklenmiştir.

“Ancak, işletmelerde meslek eğitimi gören örgün eğitim öğrencilerine, asgari ücretin net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 30’undan, yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 15’inden, aday çırak ve çırağa yaşına uygun asgari ücretin yüzde 30’undan aşağı ücret ödenemez.”

MADDE 67- 2022 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 2- Bu maddenin yayımı tarihinden itibaren 3 aylık süre içerisinde talepte bulunan ve sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak çalışmayan, sosyal güvenlik kurumlarından ya da yabancı bir ülke sosyal güvenlik kurumundan her ne ad altında olursa olsun herhangi bir gelir veya aylık almayan ve silikozis hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü en az % 15 kaybettiğine Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulunca meslek hastalıkları tespit hükümleri çerçevesinde karar verilen kişilere, bu maddede belirtilen şartları sağlamaları halinde aşağıda belirtilen esaslara göre Sosyal Güvenlik Kurumunca aylık bağlanır.

Meslekte kazanma gücünü;

a) % 15 ila % 34 arasında kaybedenlere 7000,

b) % 35 ila % 54 arasında kaybedenlere 8000,

c) % 55 ve üzerinde kaybedenlere 9000,

gösterge rakamının her yıl bütçe kanunu ile tespit edilecek aylık katsayısı ile çarpımı sonucunda bulunan tutarda aylık bağlanır.

Yukarıda belirtilen şartlara göre aylık almakta iken ölen silikozis hastasının; 5510 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının; (a), (b) ve (e) bentleri hariç olmak üzere, 5510 sayılı Kanun veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık almayan;

a) Dul eşine % 50'si, bu madde kapsamında aylık alan çocuğu bulunmayan dul eşine % 75'i,

b) Çocuklarından;

1) 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmayan ve evli olmayan veya,

2) Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulu kararı ile çalışma gücünü en az % 60 oranında yitirip malul olduğu anlaşılanların veya,

3) Yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızlarının,

her birine % 25'i,

oranında aylığın tamamı dağıtılacak şekilde aylık bağlanır. Eş ve çocuklara bağlanacak aylıkların toplamı silikozis hastasına bağlanan aylığın tutarını geçemez. Bu sınırın aşılmaması için gerekirse eş ve çocukların aylıklarından orantılı olarak indirimler yapılır.

Eş ve çocukların aylıkları yukarıda belirtilen koşulların ortadan kalkması halinde kesilir.

Bu maddeye göre tarafına aylık bağlanan silikozis hastası ile eş ve çocuklarının tedavi giderleri, 18/6/1992 tarihli ve 3816 sayılı Ödeme Gücü Olmayan Vatandaşların Tedavi Giderlerinin Yeşil Kart Verilerek Devlet Tarafından Karşılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre, Kanunun 2 nci maddesinde belirtilen aile içindeki kişi başına düşen gelir payına bakılmaksızın yeşil kart verilerek karşılanır.

Bu maddeye göre aylık alanların 5510 sayılı Kanuna göre çalışmaya veya sosyal güvenlik kurumlarından ya da yabancı bir ülke sosyal güvenlik

kurumundan her ne ad altında olursa olsun gelir veya aylık almaya başlamaları halinde aylıkları kesilir.”

MADDE 98- 6219 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 4- 6219 sayılı Kanunun değişik 18 inci maddesi, 1/1/2004 tarihinden itibaren geçerli olup, Banka ve ortaklıkları hakkında yargı mercilerine açılmış davalar ve icra takipleri hakkında da uygulanır.”

MADDE 101- 657 sayılı Kanunun 68 inci maddesinin (A) bendinin (d) alt bendi yürürlükten kaldırılmış, (B) bendinin ikinci paragrafı aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddenin sonuna aşağıdaki bent eklenmiştir.

“Ancak, bu şekilde bir atamanın yapılabilmesi için ilgilinin;

a) 1 inci dereceli kadrolardan ek göstergesi 5300 ve daha yukarıda olanlar için en az 12 yıl,

b) 1 inci ve 2 nci dereceli kadrolardan ek göstergesi 5300’den az olanlar için en az 10 yıl,

c) 3 üncü ve 4 üncü dereceli kadrolar için en az 8 yıl,

hizmetinin bulunması ve yükseköğrenim görmüş olması şarttır. Dört yıldan az süreli yükseköğrenim görenler için bu süreler iki yıl ilave edilir. Bu sürelerin hesabında; 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesi kapsamına dâhil kurumlarda fiilen çalışılan süreler ile Yasama Organı Üyeliğinde, belediye başkanlığında, belediye ve il genel meclisi üyeliğinde, kanunlarla kurulan fonlarda, muvazzaf askerlikte, okul devresi dâhil yedek subaylıkta ve uluslararası kuruluşlarda geçen sürelerin tamamı ile yükseköğrenim gördükten sonra özel kurumlarda veya serbest olarak çalıştıkları sürenin; **Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcılar ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için altı** yılı geçmemek üzere dörtte üçü dikkate alınır.”

“C) Derece yükselmesi ile ilgili onay mercii atamaya yetkili amirdir. Müşterek kararla atanmış olanların derece yükselmeleri, ilgili bakanın veya yetkili

kıldığı makamın onayı ile yapılır. Üst derece kadroya atanmış olup da kazanılmış hak ve emeklilik keseneğine esas aylık dereceleri daha aşağıda bulunanların (45 inci maddenin ikinci fıkrasına göre yapılan atamalar hariç), kazanılmış hak ve emeklilik keseneğine esas aylık derecelerinin yükseltilmeleri için, bu hâlin devamı süresince yukarıda belirtilen onay aranmaz.”

MADDE 115- 657 sayılı Kanunun ek 8 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kurumlar arası geçici süreli görevlendirme:

EK MADDE 8- Memurlar, geçici görevlendirme yapmak isteyen kurumun talebi ve çalıştıkları kurumun izni ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında aşağıda belirtilen şartlarla geçici süreli olarak görevlendirilebilir:

a) Yurtdışında görevlendirilen güvenlik görevlileri hariç olmak üzere, memurun görevlendirileceği kurumda göreve ilişkin 4 üncü ve daha yukarı bir dereceden boş bir kadronun bulunması şarttır.

b) Geçici süreli görevlendirilen memurlar, geçici süreli olarak görevlendirildikleri kurumların mevzuatına uymakla yükümlüdür.

c) Geçici süreli olarak görevlendirilen memurlar, yurtdışında görevlendirilen güvenlik görevlileri hariç olmak üzere, aylıkları ile diğer malî ve sosyal haklarını kurumlarından alır. Bu memurların kadroları ile ilişkileri, kendi sınıf ve derecelerindeki terfi ve emeklilik hakları devam eder.

d) Geçici süreli görevlendirme süresi bir yılda altı ayı geçemez. Yurtdışında görevlendirilen güvenlik görevlileri için geçici görevlendirme süresi en çok iki yıldır; gerekli görülmesi hâlinde bu süre bir katına kadar uzatılabilir.

e) Geçici süreli görevlendirmenin, memurların göreviyle ilgili olması şarttır.

f) Geçici süreli görevlendirmede memurun muvafakati aranır.

Birinci fıkrada belirtilen hâller dışında memurlar, kamu yararı ve hizmet gerekleri sebebiyle ihtiyaç duyulması hâlinde kurumlarınca, Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü alınarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarında altı aya kadar geçici süreli olarak görevlendirilebilir.”

MADDE 133- 3996 sayılı Kanunun 12 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Yap-işlet-devret modeli ile yapılacak projelerde ilgili idaresince 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olunmadan yapım ve işletme sürelerinde müşavirlik hizmet alımı yapılabilir. Söz konusu hizmet alımına ilişkin esas ve usuller ilgili bakanlıklar tarafından belirlenir.”

MADDE 166- (1) İl özel idarelerinin sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçiler, Karayolları Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadrolarına, belediyelerin (bağlı kuruluşları hariç) sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçiler, Milli Eğitim Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadroları ile sürekli işçi norm kadro dâhilinde olmak üzere ihtiyacı bulunan mahalli idarelere atanır.

(2) İhtiyaç fazlası işçilerin tespitini yapmak üzere vali veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, il emniyet müdürü, defterdar, il milli eğitim müdürü, Türkiye İş Kurumu il müdürü, Karayolları Genel Müdürlüğü bölge müdürü, il mahalli idareler müdürü ve işçi devreden işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili işçi sendikası temsilcisinden oluşan bir komisyon kurulur.

(3) Tespitin yapılmasına esas işçilerin listesi; birinci fıkrada belirtilen mahalli idareler tarafından bu Kanunun yayımından itibaren kırkbeş gün içinde gerekçesi ile birlikte komisyona sunulur. İhtiyaç fazlası olarak bildirilen işçilerden norm kadro fazlası olanlar komisyon tarafından birinci fıkrada belirtilen kurumlara atanmak üzere tespit edilir. Mahalli idarelerin norm kadrosu dâhilinde olup da ihtiyaç fazlası olarak bildirilen işçiler ise, 5393 sayılı Belediye Kanununun 49 uncu maddesindeki oranlar, kurumun bütçe dengesi, norm kadrosu ve yürütmekle görevli olduğu hizmetin gereği ile nüfus kriterleri değerlendirilmek suretiyle birinci fıkrada belirtilen kurumlara atanmak üzere tespit edilir. İldeki diğer kamu kurum ve kuruluşlarının talepte bulunması halinde, özelleştirme programında bulunan kuruluşlar hariç olmak üzere işçinin muvafakatı alınmak kaydıyla bu idarelerde sürekli işçi statüsünde istihdam edilmek üzere atama işlemi yapılabilir. Komisyon çalışmasını kırkbeş gün içinde tamamlar. Bu listelerin tespitinden sonra valilerce atama yapılır.

(4) Bu madde kapsamında valilikler tarafından atama işleminin kamu kurum ve kuruluşlarına bildirim yapıldığı tarih itibarıyla sürekli işçi kadroları, diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek kalmaksızın ihdas ve tahsis edilmiş sayılır. İlgili kurumlar sürekli işçi kadrolarına yapılan atama işlemini onbeş gün içinde tekemmül ettirerek sonuçlandırır. Atama işlemi yapılan personel ilgili valilikler tarafından en geç on gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.

(5) Ataması tekemmül ettirilen işçiler, çalıştıkları kurumlarınca atama emirlerinin tebliğini izleyen günden itibaren beş iş günü içinde yeni görevlerine başlamak zorundadırlar. Bu süre içinde yeni kurumunda işe başlamayan işçilerin atamaları iptal edilerek 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 17 nci maddesine göre iş sözleşmeleri sona erdirilir.

(6) Devredilen işçilerin ücret ile diğer malî ve sosyal hakları; toplu iş sözleşmesi bulunan işçiler bakımından yenileri düzenleninceye kadar devir işleminden önce tabi oldukları toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre, toplu iş sözleşmesi olmayan işçiler bakımından 2010 yılı Kasım ayında geçerli olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerine göre belirlenir. Devre konu işçiler bakımından devir tarihinden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan kurum sorumlu tutulamaz. Kıdem tazminatına ilişkin hükümler saklıdır.

(7) Bu madde kapsamında işçi nakleden mahalli idarelerin nakil sonrasında oluşan işçi sayısında beş yıl süreyle artış yapılamaz.

(8) Bu madde kapsamında işçi nakleden mahalli idarelerce üç yıl süreyle, gerçekleşen en son yıl bütçe gideri içinde yer alan hizmet alımı tutarının, 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme oranında artırılarak hesaplanacak tutarı aşmayacak şekilde hizmet alımı için harcama yapılabilir. Bu kapsamda yapılacak harcamaların hizmet gereklerine dayalı olarak belirlenen sınırdan fazla yapılmasının gerekmesi halinde İçişleri Bakanlığından izin alınması zorunludur.

(9) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve ilgili diğer kurumların görüşünü alarak uygulamayı yönlendirmeye ve ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye İçişleri Bakanlığı yetkilidir.

MADDE 169- 9/12/1994 tarihli ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun geçici 5 inci maddesinde yer alan “Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu ve” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.

“EK MADDE 3- İhracata yönelik devlet yardımları kapsamında Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu ile ilgili yetki ve görevler ile her türlü işlemler Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından yürütülür. İhracata yönelik devlet yardımlarına ilişkin mevzuatla Hazine Müsteşarlığına yapılan atıflar Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu bakımından Dış Ticaret Müsteşarlığına yapılmış sayılır.

Dış Ticaret Müsteşarlığı, Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında yapılan ödemelere ilişkin iş ve işlemleri, bağlı kuruluşları olan İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi/**Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar** vasıtasıyla da gerçekleştirebilir. İhracata yönelik devlet yardımları kapsamında Destekleme Fiyat İstikrar Fonuna aktarılmak üzere ilgili yıl merkezi yönetim bütçe kanununda Dış Ticaret Müsteşarlığı bütçesi için öngörülen ödenek, ilgili mevzuatı çerçevesinde yapılacak destek ödemelerinde kullanılmak üzere, ilgili kuruluşlar tarafından bildirilen tutarların karşılanması için Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonuna tahakkuka bağlanmak suretiyle ödenir. Aktarılan bu tutar, ihracata yönelik devlet yardımlarına dair mevzuat hükümleri çerçevesinde kullanılır. Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında yapılan destek ödemelerinin İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi/**Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar** vasıtasıyla yapılması halinde, ilgili mevzuatında belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde destekten yararlanmak isteyen başvuru sahipleri bu kuruluşlara başvurur. Başvuruya istinaden bu kuruluşlarca ilgili mevzuatında belirtilen esas ve usuller kapsamında inceleme yapılır ve destek ödemeleri tutarları tespit edilir. Destek ödemelerine ilişkin tahakkuk listeleri bu kuruluşlarca Dış Ticaret Müsteşarlığına sunulurak Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan başvuru sahiplerinin hesabına aktarılması gereken tutarlar bildirilir. Dış Ticaret Müsteşarlığı bu tahakkuk listelerine istinaden Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan gerekli ödemelerin yapılmasını ilgili mevzuatında belirtilen esas ve usuller çerçevesinde sağlar. Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan bu şekilde yapılan destek ödemelerine ilişkin olarak **Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen**

ilgili diğer kurum ve kuruluşlar Dış Ticaret Müsteşarlığına karşı mali açıdan sorumludur. Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında verilen krediler ile yapılan fazla ve/veya yersiz ödemeler amme alacağı sayılır ve **Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar** nezdinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce ihracata yönelik devlet yardımları kapsamında yapılan ödemelere ilişkin olarak ortaya çıkmış veya çıkacak hukuki ihtilaflar sonucunda mahkemelerce hak sahiplerine ödenmesine karar verilen devlet yardımları kapsamındaki ödemeler de Dış Ticaret Müsteşarlığınca Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan yapılır.

Bu madde kapsamında Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonundan yapılan ihracata yönelik devlet yardımlarının harcanması, belgelendirilmesi, muhasebeleştirilmesi, belgelerin muhafazası ve ibrazı, raporlanması, kontrolü ile İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi/**Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların** Dış Ticaret Müsteşarlığınca denetimine ilişkin esas ve usuller Dış Ticaret Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlıkça belirlenir.

4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uyarınca, Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri ile ilgili olarak Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu kapsamındaki yetki ve görevler ile her türlü işlemler Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan ve Hazine Müsteşarlığı tarafından yürütülür. Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonunun ilgili mevzuat kapsamında devir tarihi itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası nezdindeki gider hesabı bakiyesi genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere Hazine İç Ödemeler Muhasebe Biriminin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası nezdindeki hesabına aktarılır. Bu tarihten sonra Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri tarafından yapılacak kredi geri ödemeleri genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere aynı hesaba aktarılır. Bu fıkra ile ilgili esas ve usuller Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenir.”

MADDE 177- 4734 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasına 22/2/2007 tarihli ve 5583 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi ile eklenen “(k)” bendi “(p)” bendi olarak teselsül ettirilmiş, fıkraya aşağıdaki bent eklenmiştir.

“r) Fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnameleeri kapsamında; işleticisi kim olursa olsun, Türkiye

Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğünün kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları,"

MADDE 179- 4734 sayılı Kanunun 68 inci maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "toplu konut projelerinde" ibaresi "**projelerde**" olarak değiştirilmiştir.

MADDE 206- 18/4/2001 tarihli ve 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanununun 4 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendine aşağıdaki alt bent eklenmiştir.

"3) Yapılmış ve yapılacak depolama lisansı başvurularında; başvuruya konu yerin il, ilçe, köy, mahalle, ada, parsel bilgilerini de içeren bilgiler Kurum internet sayfasında duyurulur. Duyuruda belirlenecek sürede, duyuru konusu yerde faaliyet göstermek üzere başka doğal gaz depolama lisansı başvurusunun olması durumunda, başvuruda bulunan tüzel kişilerin depolama lisansı almak için aranılan şartları taşımaları kaydı ile; lisans başvurularının değerlendirilmesi Kurul tarafından belirlenecek kriterler esas alınarak yapılır. Bu değerlendirme sonucunda birden fazla başvurunun kalması durumunda bu tüzel kişiler arasında lisans bedelinin artırılması esasına göre yarışma yapılır. **Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir.** Başvurunun duyurusu, değerlendirme kriterleri ve yarışmaya ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."

MADDE 208- 20/2/2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 7 nci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"İntifa haklarına ilişkin talepler galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer.

Mazbut vakıflarda intifa hakları, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Genel Müdürlükçe belirlenir."

MADDE 209- 5737 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 10- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 7 nci maddesine eklenen hükümler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanır."

GEÇİCİ MADDE 2- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş yıl süreyle geçerli olmak üzere; 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun geçici 6 ncı maddesi hükmü, 4/11/1983 tarihinden sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemlerine de uygulanır. Ancak, bu tarihten sonraki kamulaştırmasız el koyma işlemleri sebebiyle açılan tazminat davalarında verilen ve kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden 2942 sayılı Kanunun geçici 6 ncı maddesinin yedinci fıkrası uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması halinde, idarelerin yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerden ayrıca yüzde beş pay ayrılır.

GEÇİCİ MADDE 17- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında kapatma kararı verilen siyasi partilerden; kapatma kararının verildiği tarihten önceki döneme ilişkin olarak kesin hesabın verilmemiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından denetim yapılmadığı için hesapları hakkında karar verilmemiş olanların Hazineye intikal etmesi gereken malvarlığına ilişkin olarak sorumlular aleyhine açılmış ve bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla kesin hükme bağlanmamış davalardan; davalıların davaya konu alacak aslının % 50'sini ve bu tutara alacağın Hazineye intikali gereken tarihten bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar geçen süreye TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarı, bu Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen süre ve şekilde ödemeleri şartıyla, vazgeçilir ve kalan alacak aslı ile fer'i tutarlar tahsil edilmez. Bu şekilde hesaplanan fer'i tutar bu maddeye göre ödenmesi gereken asıl alacak tutarının yarısını geçemez. Bu hükümden yararlanmak isteyen davalıların Kanunun yayımını izleyen

ikinci ayın sonuna kadar başvuruda bulunmaları şarttır. Bu madde hükmünden yararlanılması halinde yargılama masrafı ve vekâlet ücretleri karşılıklı olarak talep edilmez. Madde hükmünden yararlanmak üzere başvuruda bulunulduğu halde taksitlerden birinin ödenmemesi halinde madde hükmüne göre ödenmesi gereken alacağın tamamı muaccel olur ve muaccel hale geldiği tarihten itibaren 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında bir faiz ile birlikte başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tahsil edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesi ve başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 6., 7., 10., 13., 35., 36., 46., 48., 49., 55., 60., 69., 87., 123., 126., 127., 128., 135. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

A- E.2011/42 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparслан ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 4.5.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

2- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2012/42 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparслан ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU,

Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 17.5.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2011/42 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, E.2012/42 sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2011/42 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 17.5.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, başvuru kararı ve ekleri, Raportör Selim ERDEM tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptal ve itiraz konusu yasa kuralları, dayananın Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 40. Maddesiyle Değiştirilen, 5510 Sayılı Kanun'un 86. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının "Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz." Biçimindeki İkinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 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 yükümlülüğünden muaf tutulacak işyerlerini belirleme yetkisinin, amaç, ilke ve sınırları belirtilmeksizin ve bir ölçüye bağlanmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) verilmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, bu şekilde Kuruma yetki verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, yapılan değişiklikle bir yandan kısmi zamanlı çalışma, işçiler aleyhine genişletilirken diğer yandan kısmi zamanlı çalışmayı

haklı kılan nedenlere ilişkin belge ibraz etme yükümlülüğünün idarenin takdirine bırakılmasının emeğin istismarına yol açacağı ve bu bağlamda düzenlemenin sosyal devlet ilkesine de aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 40. maddesiyle değiştirilen, 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde, 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 eklenmesinin şart olduğu belirtilmiş; dava konusu ikinci cümlesinde ise bu kurala istisna getirilerek SGK tarafından belirlenen işyerlerinde bu şartın aranmayacağı hükme bağlanmıştır.

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 olarak 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 60. maddesinde de *"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."* denilmektedir. Bu maddeye 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 kanunlarla belirlenmiştir. Sosyal güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır.

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

Bu amaç, sosyal sigorta kuruluşlarınca, kendi kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir ve yerine getirilir.

5510 sayılı Kanun'un 86. maddesine göre, işverenler bir ay içinde çalıştırdıkları sigortalıların ad ve soyadlarını, kimlik numaralarını, prime esas kazançlarını, prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını gösteren aylık prim ve hizmet belgelerini SGK'ya bildirmekle yükümlüdürler. Dava konusu kural ise SGK'ya, ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların, otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerini ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklemek zorunda olmayan işyerlerini belirleme yetkisi verilmesine ilişkindir.

Ay içinde bazı işgünlerinde çalıştırılmayan ve ücret ödenmeyen sigortalıların, bu durumlarını ispatlayan belgeleri ibraz etmek zorunda olmayan işyerlerini belirleme yetkisinin, belge ibrazından muaf tutulacak işyerlerinin günün şartlarına ve ihtiyaca göre belirlenebilmesi, iş ve işlemlerin, gerek işveren ve sigortalılar gerekse Kurum yönünden en uygun koşullarla yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla SGK'ya verilmesinin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

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 mali açıdan sürdürülebilirliği, sosyal sigorta kuruluşlarının idari ve mali 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.

Ülkemizde sosyal güvenliği kendi kuralları çerçevesinde gerçekleştirme görev ve yetkisi SGK'ya verilmiştir. 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'na göre SGK'nın amacı, sosyal sigortacılık ilkelerine dayalı, etkin, adil, kolay erişilebilir, aktüeryal ve mali açıdan sürdürülebilir bir sosyal güvenlik sistemini yürütmektir. Sosyal güvenlik sistemi içerisinde primli sistem olarak adlandırılan sisteme göre çalışmakta olan SGK, ülkenin

ekonomik gelişmesi ve mali gücü ile kurumun aktüeryal dengesini göz önünde bulundurarak sosyal güvenlik alanında tedbirler almakla görevlidir.

5510 sayılı Kanun'da kimlerin sigortalı sayılacağı, sigortalılığın başlangıcı ve sona ermesi, işyerlerinin bildirilmesi, işverenler ile sigortalıların hak ve yükümlülükleri, sigorta kollarına göre prim oranları, ödenecek primlerin miktarı ve ödenme zamanı, verilmesi gereken bilgi ve belgeler, bunları vermeyenler hakkında uygulanacak cezalar vb. sosyal güvenlikle ilgili temel esaslar gösterilmiştir.

Diğer taraftan, belge ibraz etme yükümlülüğünden muaf tutulacak işyerlerinin SGK tarafından belirlenmesinin, işçilerin çalışma süresi, sosyal güvenlik hakkı ve sigortalılık statüsüne bir etkisi bulunmadığından kuralın, Devletin Anayasa'nın 60. maddesinde belirtilen sosyal güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı yönündeki hükme aykırı olduğu da söylenemez.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir.

Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum"* olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, gerekçede *"Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır"* denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği, esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir.

Bununla birlikte, çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların

atanmaları, özlük hakları vb. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir.

Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunda çok genel ifadelerle düzenleme yapılarak, ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmemeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim, Anayasa'nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden 8. maddesi, gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten 124. maddesi bu zorunluluğa işaret etmektedir. Ancak, bu durumda kanunda belirlenmesi beklenen çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa'da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirmektedir.

Sosyal güvenlik sistemi çerçevesinde, SGK'ya hangi belgelerin ibraz edileceği ve ne tür belgelerin ibraz yükümlülüğünün dışında tutulacağını belirlenmesi, Anayasa'da "*kanunla*" düzenlenme zorunluluğu getirilen hususlar arasında bulunmadığı gibi doğrudan sosyal güvenlik hakkıyla ilgili bir mesele de değildir. Bu nedenle, belge ibraz etmek zorunda olmayan işyerlerini belirleme yetkisinin, iş ve işlemlerin, gerek işveren ve sigortalılar gerekse Kurum yönünden en uygun koşullarla yerine getirilmesinin sağlanması amacıyla SGK'ya verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

B- Kanun'un 53. Maddesiyle, 506 Sayılı Kanun'un Geçici 20. Maddesine Eklenen Fıkranın İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

Ülkemizde kanunla oluşturulan sosyal güvenlik kurumlarının yanında, bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret ve sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birliklerin personelinin malullük, yaşlılık veya ölümlerinde yardım yapmak üzere vakıf şeklinde kurulmuş özel sandıklar da sosyal güvenlik hizmeti vermektedir. Bu sandıklarla ilgili olarak standart ve norm birliği sağlamak, sosyal güvenlikte dağınıklığa son vermek ve özel hukuk alanında faaliyet gösteren bu kuruluşları kamu hukuku alanına çekebilmek amacıyla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesi düzenlenmiştir. Ayrıca, 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle, 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20. maddeyle, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıkların iştirakçileri ile aylık veya gelir bağlanmış olanlar ile bunların hak sahiplerinin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde SGK'ya devredilerek bu Kanun kapsamına alınacağı ve bu üç yıllık sürenin Bakanlar Kurulu kararı ile en fazla dört yıl daha uzatılabileceği öngörülmüştür. Bakanlar Kurulu, anılan maddeden kaynaklanan yetkisini kullanarak devir süresini uzatmış olup öngörülen süre henüz dolmamış ve söz konusu sandıkların tasfiyesi henüz gerçekleştirilememiştir.

Personelinin sosyal güvenliğini sağlamak amacıyla kurulan ve tüzel kişiliği haiz olan bu sandıklara, ilgili bulundukları kuruluşların bütün personelinin tabi olması zorunlu olup, sandıkların kapsamına giren kişilerin üyelikten vazgeçmesi veya sandığın ilgiliyi kapsam dışı bırakması söz konusu olamaz. Vakıf sandıklarının ileriye yönelik olarak yapacakları tasarruflar ile aktüeryal dengeleri tamamen kendi kontrollerinde bulunmaktadır. Devletin, sandıkların finansman modelleri ve politikaları üzerinde hiçbir etkisi bulunmamaktadır. Vakıf sandıkları sosyal güvenlik sistemi içerisinde primli sistem olarak adlandırılan sisteme göre çalışmakta olup, üyelerinin katkısıyla yani aidat ve katılma paylarıyla finanse edilmektedirler. Devletin bu kuruluşlara doğrudan veya dolaylı olarak yardımda bulunması veya bunların açıklarını kapatması söz konusu değildir.

Sandıkların mensuplarına yapacakları sosyal yardım ve aylık ödemeleri ile sağlık hizmetleri tamamen kendi öngörülleri çerçevesinde oluşturacakları

finansman modeli ve gelir gider tablolarına göre şekillenmektedir. Vakıf sandıkları, üyelerine, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtildiği üzere iş kazaları, meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hâllerinde, en az 506 sayılı Kanun'da belirtilen yardımları sağlamakla yükümlüdürler. Bu hükme göre, sandık tarafından yapılan yardımlar, aynı şartları taşıyan SGK sigortalısı bir kişiye yapılan yardımlardan aşağı olamaz. SGK sigortalısının yapılan zamma göre oluşan aylığı, aynı konumdaki sandık üyesinin aylığından fazla olduğu takdirde, sandık, bu üyesinin aylığını aradaki farkı ödeyerek sigortalı aylığına eşitlemek zorundadır. Ancak, sandık üyesinin aylığı fazla olduğu takdirde, sandığın, üyesinin aylığına sigortalı aylığına uygulanan zammı uygulamak zorunluluğu yoktur.

Bununla birlikte, uygulamada, sandıklarca yapılacak yardımların, aynı şartları taşıyan SGK sigortalısı bir kişiye yapılan yardımlardan aşağı olamayacağı yönündeki kural, sandıkça, aylık ve yardımlara tatbik edilecek artışların da SGK'nın aylık artış oranlarından aşağı olamamasını gerektirdiği biçiminde uygulandığı anlaşılmaktadır. Vakıfların aktüeryal dengesini olumsuz olarak etkileyebileceği değerlendirilen bu durumun düzeltilmesi ve hükmün uygulanmasına ilişkin yorum farklarının giderilmesi amacıyla, dava konusu fıkra ihdas edilerek 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenmiştir.

Buna göre, geçici 20. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin uygulanmasında, yani, iş kazaları, meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde öngörülen yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırması esas alınacaktır. Dolayısıyla, kuralla, sandıkların ödeyeceği gelir ve aylıkların artırılmasında, SGK tarafından yapılan artış oranlarının değil, kendi sigortalısına ödenen muadil miktarın esas alınması gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmuş ve bu konuda oluşan tereddütler giderilmiştir. Diğer bir ifadeyle, sandıklar, miktar itibarıyla muadil SGK sigortalısının altına düşmemek kaydıyla, sigortalılarına ödedikleri gelir ve aylıklara yapacakları artışları serbestçe belirleyebilirler. Bu hususta, SGK'nın artış oranlarıyla bağlı değişimlerdir. Bununla beraber, kuralda, 5510 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin onikinci fıkrasında yer alan sınırlama dâhilinde sandıkların kuruluş senetlerinde yer alan hükümler ve sandıkların uygulamaları saklı tutulmuştur.

Diğer taraftan, sandık tarafından yapılan yardımlarda alt sınırın hatalı belirlenmesi sonucu aleyhine uygulama yapılan sandık üyelerinin haklarının ihlal edilmemesi amacıyla hükmün yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda da uygulanacağı öngörülmüştür. Ayrıca, hükmün görülmekte olan davalar hakkında da uygulanacağı belirtilmek suretiyle, maddenin uygulanmasında ortaya çıkan ihtilafın yeni yapılan düzenleme doğrultusunda giderilmesi amaçlanmıştır. Böylece, sandık tarafından yapılan yardımlarda alt sınırın belirlenmesinde miktar karşılaştırması yerine artış oranlarının esas alınması gerektiği iddiasıyla, söz konusu düzenleme yapılmadan önce açılmış ancak düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte sonuçlanmamış davalar hakkında da bu hükmün uygulanması sağlanmıştır.

Fıkranın gerekçesinde düzenlemenin, söz konusu sandıklar tarafından bağlanan aylık ve gelirlerin artırılmasında 506 sayılı Kanun'a göre bağlanan aylıklara uygulanan artışların esas alınmasının, sandıkların aktüeryal dengelerini bozmasından dolayı, yapılacak artışlarda muadil miktar karşılaştırmasının esas alınmasının sağlanması ve bu nedenle doğmuş ve doğacak olan uyuşmazlıkların giderilmesi amacıyla yapıldığı belirtilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinde belirtilen sandıkların, bağlı bulundukları kuruluşların personeli hakkında yasal düzenleme alanı içinde SGK'nın yüklendiği görevleri, sağladığı hakları, o düzeyin altına düşmemek üzere yüklenmiş kuruluşlar olduğu, bunların görev ve yükümlülüklerinin kanunla belirlendiği, mahkemeler tarafından vakıf sandıklarınca bağlanan aylıklara yapılan artışın oran olarak alt sınırının 506 sayılı Kanun uyarınca aylık alanlara yapılan artış oranından az olmaması gerektiği yönünde kararlar verildiği, eklenen fıkra ile alt sınırın belirlenmesinde miktar karşılaştırmasının esas alınmasının öngörüldüğü, bunun ise kazanılmış hakları ortadan kaldırdığı, yasaların geriye yürümeyeceği ilkesine aykırı olduğu ve görülmekte olan davaları geçersiz kıldığı, sandık kapsamındaki sigortalıların emekli maaş artışı konusunda açmış oldukları davalardan bir kısmının kesinleştiği bir kısmının ise hâlen devam ettiği ve düzenleme ile görülmekte olan davaların ortadan kaldırıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 138. 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 adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi kanunların hukuk güvenliğini sağlaması, bu doğrultuda geleceğe yönelik, öngörülebilir kurallar içermesi gerekliliğidir. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gereği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrık durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.

Anayasa'nın 138. maddesinde hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulundukları, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği hükme bağlanmıştır.

Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.

506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinde, bazı kuruluşlara personelinin sosyal güvenliğini sağlaması amacıyla vakıf veya dernek şeklinde sandık kurabilme yetkisi verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, bu madde uyarınca kurulan sandıkların üyelerine en az 506 sayılı Kanun'da belirtilen yardımları sağlayacağı belirtilmiştir.

Kural, sandıklarca sağlanan yardımların SGK sigortalısına sağlanan yardımlardan aşağı olmaması yönündeki hükmün uygulanmasında, yardım miktarları dışında aylık artış oranlarının da SGK sigortalısının aylık artış oranlarından aşağı olamayacağı yönünde ortaya çıkan ihtilafların giderilmesi amacıyla getirilmiştir. Düzenlemeyle, sandıkların sağladıkları yardımın alt sınırının belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırmasının esas alınacağı belirtilmek suretiyle mevcut hükümden ne anlaşılması gerektiği ve maddenin lafzına ve amacına uygun nasıl uygulanacağı konusu açıklığa kavuşturulmuştur.

Vakıf senedi gereği üyelerine sağladıkları yardımlardaki artış oranını SGK tarafından uygulanan oranın altında tutan vakıf sandıklarının bu uygulamasını onun mali yapısını ve aktüeryal dengesini sağlam tutmaya yönelik bağımsız bir kararı olarak görmek gerekmektedir. Dolayısıyla, sandıkların alt sınır kuralını ihlal etmedikleri sürece, sağladıkları yardımlar için SGK'dan daha düşük artış oranı belirleyebilmeleri mümkün görülmelidir. Aksi hâlde sandığın asli görevi olan üyelerinin sosyal güvenliğini sağlama fonksiyonu tehlikeye girecektir.

Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlal etmemesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Vakıf sandıklarının mali yapısını ve aktüeryal dengesini sağlam tutarak üyelerinin sosyal güvenliğini sağlama yönündeki asli görevini yerine getirebilmesinin tehlikeye girmemesi için mevcut kanun hükmünün uygulanmasına ilişkin olarak ortaya çıkan ihtilafların giderilmesi amacıyla yapıldığı hususu göz önünde bulundurulduğunda, yeni bir uygulama getirmeyen ve sadece sandıkların sağladıkları yardımın alt sınırı belirlenirken muadil miktar karşılaştırmasının esas alınacağı belirtilmek suretiyle mevcut hükümden ne anlaşılması gerektiğini açıklığa kavuşturan kural, kamu yararı amacıyla getirilmiş olup, Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, söz konusu sandıklar tarafından bağlanan aylık ve gelirlerin artırılmasında muadil miktar karşılaştırmasının esas alınmasının sağlanmasına yönelik düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda da uygulanacağı öngörülerek geriye yürütülmesi, sandık tarafından yapılan yardımlarda alt sınırın hatalı belirlenmesi sonucu aleyhine uygulamada bulunan sandık üyelerinin haklarının ihlal edilmemesi amacıyla kabul edildiği anlaşıldığından, hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir durum da bulunmamaktadır.

Kanun koyucu tarafından bir kanun hükmünün farklı yorumlanmasından kaynaklanan ihtilafları gidermek amacıyla yapılan düzenlemelerin söz konusu ihtilaf nedeniyle açılmış ve düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla henüz sonuçlanmamış davalar hakkında da uygulanmasını sağlamak amacıyla getirilen kuralın, yargılamanın ne yönde yapılacağı veya belirli somut bir uyuşmazlığı nasıl karara bağlayacağı hususunda bir ifade içermediği gibi hâkimlerin görevlerini bağımsızlık içinde yapmalarını, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermelerini engelleyen ve yargı yetkisinin kullanılması bakımından mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilmesine yol açan bir yönü de bulunmamaktadır.

Her kanunun muhatapları ve uygulayıcılar açısından uyulması zorunlu emirler niteliğinde olması hukuk kurallarının normatif doğasından kaynaklanır. Bir hukuk devletinde her kamusal yetkinin hukuka uygun kullanılması gerektiği gibi mahkemelerin de önlerine gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verirken ilgili kanunlara uyma yükümlülüğü vardır. Bu nedenle sandıklarca yapılacak yardımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkları karara bağlarken mahkemelerin uymaları gereken esasları belirleyen kuralın yargı bağımsızlığını ihlal edici nitelikte olduğu söylenemez.

Öte yandan, sandıkça ödenecek gelir ve aylıklar nedeniyle açılacak davaların kazanılmış hak doğurması, davada, sigortalı lehine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesiyle söz konusu olacaktır. Anılan uyuşmazlıklarla ilgili olarak dava açılmış olması, o ihtilafın sigortalı lehine sonuçlanacağı anlamına gelmeyeceği gibi bu kişiler için kazanılmış herhangi bir haktan da söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR maddenin tümü yönünden; Mehmet ERTEN ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT maddenin dördüncü cümlesi yönünden; Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ ise maddenin dördüncü cümlesinin "...yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve..." bölümü yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

C- Kanun'un 64. Maddesiyle Değiştirilen, 3308 Sayılı Kanun'un 25. Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinde Yer Alan "...net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştırılan işyerlerinde..." ve "...yirmiden az personel çalıştırılan işyerlerinde yüzde 15'inden..." İbarelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücrette yirmi ve üzeri personel çalıştıran işyeri-yirmiden az personel çalıştıran işyeri ayırımına gidilmesi ve brüt asgari ücret yerine net asgari ücretin esas alınması suretiyle öğrenci ücretlerinin düşürüldüğü, bunun ise mevcut kanunlara göre kazanılmış hakların sonradan çıkacak kanunlarla tanınması zorunluluğunu ortadan kaldırdığı, ödenecek ücretlerde, geçerli bir nedene dayanmayan böyle bir ayırma gidilmesinin eşitlik ve ücrette adalet sağlanması ilkelerine de aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasında, aday çırak, çırak ve işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücret ve bu ücretlerdeki artışların, aday çırak veya çırağın velisi veya vasisi veya kişi reşit ise kendisi, öğrenciler için okul müdürlüğü ile işyeri sahibi arasında Milli Eğitim Bakanlığınca belirlenen esaslara göre düzenlenecek sözleşme ile tespit edileceği belirtilmiş ve ödenecek ücretin alt sınırı gösterilmiştir.

Söz konusu fıkranın 6111 sayılı Kanun'un 64. maddesi ile değiştirilen ve dava konusu sözcükleri de içeren son cümlesinde, işletmelerde meslek eğitimi gören örgün eğitim öğrencilerine, asgari ücretin net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 30'undan, yirmiden az personel çalıştıran işyerlerinde yüzde 15'inden aşağı ücret ödenemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.

Dava konusu kural, öğrencilere ödenecek ücretlerin alt sınırını belirlemeye yönelik olup, fiilen ödenecek ücretleri göstermemektedir. Ödenecek ücretler, iş durumu ve çalışma koşulları göz önünde bulundurularak okul müdürlüğü ile işyeri sahibi arasında düzenlenecek sözleşme ile tespit edilmektedir. Her sözleşmede öngörülen ücret, o sözleşme dönemi süresince ödenecek olup, yeni dönemde yenilenen sözleşme ile öngörülen ücret ödenmeye başlanacaktır. İşletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilerle ilgili olarak imzalanan bir sözleşmede öngörülen ücret, sadece o sözleşme dönemi için kazanılmış hak sayılacağından, öğrencilere sonraki sözleşme dönemi için ödenecek ücretlerin alt sınırının işletmelerin çalıştırdıkları personel sayısına göre belirlenmesini öngören kuralın kazanılmış hakları ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

Teorik eğitimlerini mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında veya işletme veya kurumlarca tesis edilen eğitim birimlerinde yapan mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencileri, mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını geliştirmek, iş hayatına uyum sağlamak ve gerçek üretim ve hizmet ortamında yetişebilmek amacıyla işletmelerde mesleki eğitim yapmakla yükümlüdürler.

Bunun yanında, mesleki eğitim yapması öngörülen işletmelerin söz konusu öğrencileri bu eğitim kapsamında çalıştırması da kanuni bir zorunluluk olup, mesleki eğitim kapsamında olduğu hâlde bu eğitimi yaptırmayan işletmelerin mesleki eğitime katılma payı adı altında belli bir para yatırma yükümlülüğü bulunmaktadır.

İşletmeler, mali yapı, iş alanı, iş kapasitesi ve çalıştırdıkları personel sayısı bakımından farklılık göstermektedir. Beceri eğitimi vermek üzere öğrenci çalıştırmak, özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelere ilave yük getirerek, katlanmak zorunda oldukları maliyetlerde artışa neden olacaktır. Küçük ve orta ölçekli işletmelerin mali durumları ile iş kapasiteleri büyük işletmelere göre daha düşük düzeyde kaldığından, bu işletmelerin katlanabilecekleri maliyetler de sınırlı olmaktadır. Ülkenin ekonomik ve mali yapısına göre işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücretlerin alt sınırının belli bir sayıya kadar personel çalıştıran işyerlerinde düşük, o sayıdan fazla personel çalıştıran işyerleri için daha yüksek belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi, aynı hukuki durumda bulunanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Aynı durumda bulunanların aynı, ayrı durumda bulunanların ayrı kurallara bağlanması eşitlik ilkesini zedelemeyiz.

Kanun koyucu, kuralla işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücretlerin alt sınırını, yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerleri ile yirmiden az personel çalıştıran işyerleri için farklı belirlemiştir. Yirmiden az personel çalıştıran işyerleri ile yirmiden fazla personel çalıştıran işyerlerinin, iş kapasitesi ve çalışma koşulları birbirinden farklılık göstermektedir. Beceri eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücret, iş durumu ve çalışma koşulları göz önünde bulundurularak okul müdürlüğü ile işyeri sahibi arasında düzenlenecek sözleşme ile tespit edileceğinden, öğrencilerin tamamına aynı ücretin ödenmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, öğrencilere ödenecek ücretin alt sınırının çalıştırılan personel sayısına göre farklı belirlenmesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 55. maddesinde, ücretin emeğin karşılığı olduğu ve Devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir. Adaletli bir ücret dağılımı yapılan işe uygun olarak aynı durumda bulunanlara aynı ücretin, farklı durumda

bulunanlara da farklı ücretin verilmesi ile sağlanabilecektir. Kuralda belirtilen oranlar, öğrencilere ödenecek ücretin alt sınırını göstermekte olup, ödenecek ücret bu sınırın altına düşmemek üzere düzenlenecek sözleşme ile serbest bir şekilde tespit edilebileceğinden, öğrencilere ödenecek ücretin alt sınırının işletmelerin çalıştırdıkları personel sayısı dikkate alınarak belirlenmesinin, çalışanların adaletli ücret elde etmelerini engelleyici bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

D- Kanun'un 67. Maddesiyle, 2022 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 2. Maddenin Birinci Fıkrasında Yer Alan "...3 aylık süre içerisinde..." İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak çalışmayan, sosyal güvenlik kurumlarından her ne ad altında olursa olsun herhangi bir gelir veya aylık almayan ve silikozis hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü en az %15 kaybettiğine karar verilen kişilere, SGK tarafından aylık bağlanmasının Kanun'un yayım tarihinden itibaren 3 aylık süre içinde talepte bulunulması şartına bağlandığı, düzenlemeye göre bu 3 aylık süre içinde başvuramayanlar ile Kanun'un yayımı tarihinden sonra silikozis hastalığına yakalananların söz konusu haktan yararlanamayacağı, silikozis hastalarına tanınmış olan bir hakkın belli süreyle sınırlandırılmasının ve bu süreden sonra hasta olanların Kanun'un kapsamı dışında tutulmasının sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 67. maddesi ile 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'a eklenen geçici 2. maddenin birinci fıkrasında, bu maddenin yayımı tarihi olan 25.2.2011 tarihinden itibaren 3 aylık süre içerisinde talepte bulunan ve sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak çalışmayan, sosyal güvenlik kurumlarından her ne ad altında olursa olsun herhangi bir gelir veya aylık almayan ve silikozis hastalığı nedeniyle meslekte kazanma

gücünü en az %15 kaybettiğine Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Kurulunca meslek hastalıkları tespit hükümleri çerçevesinde karar verilen kişilere, maddede öngörülen şartları sağlamaları hâlinde, belirlenen esaslara göre SGK tarafından aylık bağlanacağı düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet ilkesi, 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. Sosyal hukuk devleti, kişisel özgürlük, sosyal adalet ve sosyal güvenlik öğelerini birbirleriyle bağdaştırarak "*hukuk devleti*" ile "*sosyal devlet*" arasındaki uyumu sağlar.

Silikozis, kristal yapıya sahip silika tozlarının bir süre solunması sonucu akciğerlerde kalıcı ve ilerleyebilen hasara yol açan bir meslek hastalığı olup, cam ve seramik malzemesi hazırlama, taş kırma, madencilik, kumlama, taşlama sırasında açığa çıkan kristal silika tozlarına uzun süre maruz kalma sonucu oluşmaktadır. Ülkemizde son yıllarda herhangi bir sosyal güvencesi olmadan kayıt dışı çalışanlardan silikozis hastalığına yakalananlar, yaygın olarak tekstil sektöründe-kot kumlama atölyelerinde görülmüştür. Kot kumlama sektöründe bu hastalığın görülme sıklığının yüksek olması nedeniyle Sağlık Bakanlığı 2009 yılında, her türlü kot giysi ve kumaşlara uygulanan püskürtme işleminde kum veya silika kristalleri içeren herhangi bir madde kullanılmasını yasaklamıştır.

Kural, silikozis meslek hastalığında, kayıt dışı çalışmış olanların işyerleriyle çalışma ilişkisinin kurulamaması nedeniyle iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanamayanların 2022 sayılı Kanun'dan yararlandırılarak sosyal güvenliklerinin sağlanması amacıyla getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeden yararlanan kişiler sosyal güvenliğe tabi olmadan kayıt dışı çalışan kişilerdir.

Anayasa'nın 60. maddesinde, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve örgütü kuracağı kurala bağlanmıştır. Bu maddeye 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 güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni

sosyal risklerin karşılanmasıdır. Devletin Anayasa’da güvence altına alınan sosyal güvenlik haklarının yaşama geçirilmesi için gerekli önlemleri alması, sosyal güvenlik politikalarını bilimsel verilere göre belirlemesi ve bunun için gerekli yasal düzenlemeleri yapması doğaldır. 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.

Çalışmaya başlayan kişilerin bir sosyal güvenlik kurumuna kayıtlı olması esastır. Böylece, çalışanların yaptıkları işle ilgili olarak girecekleri sosyal riskler, tabi oldukları sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanacaktır.

Sosyal güvenlik mevzuatına tabi olarak çalışmayan, sosyal güvenlik kurumlarından her ne ad altında olursa olsun herhangi bir gelir veya aylık almayan ve silikozis hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü belli oranda kaybeden kişilere aylık bağlanması ile ilgili olarak, maddenin yayımı tarihinden itibaren 3 aylık süre içerisinde talepte bulunma şartı getirilmesinde kamu yararı dışında bir amacın gözetildiği söylenemez.

Dava konusu kuralla, daha önceki dönemlerde kayıt dışı çalıştırılan ve silikozis meslek hastalığına yakalananların mağduriyetlerinin giderilmesi amaçlanmıştır. Bu nedenle, kural, Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten önceki durumları kapsamına almış ve belli bir süre içinde başvuranlara, belli haklardan yararlanma imkânı getirmiştir. Kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla çözümlenmesi gereken bir sorun olarak gördüğü konuları bir tarih belirleyerek çözüme kavuşturması, herhangi bir sosyal güvencesi olmadan kayıt dışı çalışan ve silikozis hastalığına yakalanan kişilere aylık bağlanması ve talepte bulunulması için belli süre öngörülmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

Anayasa’nın 65. maddesinde, Devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği açıklanmıştır. Buna göre, kanun koyucunun ülkedeki sosyal ve ekonomik gelişmelere paralel olarak, mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde, herkesi sosyal ve ekonomik güvencelere kavuşturacak düzenlemeleri yapacağında kuşku bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde, Devlet tarafından yasaklanan üretim işlerinin devam edeceği ve belirtilen tarihten sonra da herhangi bir sosyal güvencesi olmadan kayıt dışı çalışıp, söz konusu hastalığa yakalananların olabileceği, başvuru süresinin 3 ayla sınırlı tutulmasının bu kişilerin mağduriyetine yol açacağı ileri sürülmüş ise de hukuk devletinde kamu otoritelerince yasaklanan hususlara yönelik faaliyetlerde bulunulmaması asıl ve olağandır. Kanun koyucunun, kanunlarla yasaklanmış faaliyetlerin sürdürüleceği olasılığı üzerine hukuk inşa etmesi beklenemez. Kayıt dışı istihdamla mücadele etmek sosyal devlet ilkesinin gereği olup, tüm çalışanları sosyal güvenlik çatısı altında birleştirmek ve çalışanların sosyal güvenliğini sağlayacak önlemleri almak, Devletin görevleri arasındadır. Ayrıca, kayıt dışı olarak ve herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmadan ve işçilerin sağlığını etkilemesi dolayısıyla Devlet tarafından yasaklanan işlerde çalışan kişilerin, yaptıkları işle ilgili olarak girecekleri sosyal riskleri karşılayıp karşılamama konusu kanun koyucunun takdirindedir.

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

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

E- Kanun'un 98. Maddesiyle, 6219 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 4. Maddenin İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'nun 18. maddesinde, Vakıflar Bankası (Banka) ve ortaklıkları hakkında uygulanmayacak kanunlar düzenlenmiştir. Maddenin önceki hâlinde, Banka ve kuracağı ortaklıklar hakkında uygulanmayacak kanunlar, 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu, 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu ile 3460 sayılı Sermayesinin Tamamı Devlet Tarafından Verilmek Suretiyle Kurulan İktisadi Teşekküllerin Teşkilatıyla İdare ve Murakabeleri Hakkındaki Kanun şeklinde sayılmış iken 6111 sayılı Kanun'un 97. maddesiyle yapılan değişiklikle bunların kapsamı genişletilmiştir. Buna göre, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve

233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun ve 3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun, Banka ve ortaklıkları hakkında uygulanmayacaktır. Yapılan düzenlemeyle 399 sayılı KHK ile 195 ve 3624 sayılı Kanunların da Banka ve ortaklıkları hakkında uygulanmaması sağlanmıştır.

195 sayılı Basın İlan Kurumunun Teşkiline Dair Kanun'un 2. maddesinde, resmi ilanların mevkutelerde yayınlanmasına aracılık etmenin Basın İlan Kurumunun görevi olduğu belirtilmiş ve 24. maddesinde de Kurumun yayınlanmasına aracı olduğu ilan ve reklâmlardan %15 oranında komisyon ücreti alacağı hüküm altına alınmıştır.

3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı (KOSGEB) Kurulması Hakkında Kanun'un 14. maddesinde, sermayesinin %50'sinden fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait bankaların kurumlar vergisine matrah olan yıllık kârlarının %2'si oranında kuruma aidat ödeyeceği kurala bağlanmıştır.

Banka ve ortaklıklarının, 195 ve 3624 sayılı Kanunlarda belirtilen mali yükümlülüklerle tabi olup olmadıkları konusunda ihtilaflar çıkmış ve konu yargıya intikal etmiştir. 6111 sayılı Kanun'un 97. maddesiyle, 6219 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yapılan değişiklikle, Banka ve ortaklıklarının anılan mali yükümlülüklerle tabi olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmak suretiyle bu konuda yaşanan tartışmalar sonlandırılmıştır. Maddenin gerekçesinde, değişiklikle, uygulamada Banka aleyhine yaşanan haksız rekabetin giderilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

6111 sayılı Kanun'un dava konusu 98. maddesiyle 6219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. madde ile de, 6219 sayılı Kanun'un değişik 18. maddesinin 1.1.2004 tarihinden itibaren geçerli olması ve Banka ve ortaklıkları hakkında yargı mercilerine açılmış davalar ve icra takipleri hakkında da uygulanması öngörülmektedir. Böylece, anılan kanunlar uyarınca, Banka ve ortaklıkları hakkında dava ve icra safhasında bulunanlar da dâhil olmak üzere 1.1.2004 tarihinden itibaren tahakkuk eden mali yükümlülüklerin ortadan kaldırılması sağlanmıştır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmiş ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmamasının hukukun genel ilkeleri arasında yer aldığı, Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasının yanında kazanılmış haklara saygı duyulmasını da gerektirdiği, bu ilkenin temel amacının ise bireylerin hukuk güvenliğini sağlamak olduğu, 25.2.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6219 sayılı Kanun'un değişik 18. maddesinin geçmişi kapsayacak şekilde 1.1.2004 tarihinden itibaren geçerli olmasını sağlayan kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, düzenlemenin yasama organının yetkisi kapsamında olmadığı ve yürümekte olan dava ve icra takiplerine açık bir müdahale anlamına geldiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 87. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6111 sayılı Kanun'un 97. maddesiyle 6219 sayılı Kanun'un 18. maddesinde yapılan değişiklikle, Banka ve ortaklıklarının 195 ve 3624 sayılı Kanunlarda belirtilen mali yükümlülüklere tabi olmadıkları hususu açıklığa kavuşturulmuş, dava konusu kuralla ise 6219 sayılı Kanun'un değişik 18. maddesi hükümlerinin 1.1.2004 tarihinden itibaren geçerli olacağı ve Banka ve ortaklıkları hakkında açılmış davalar ile icra takipleri hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmak suretiyle, 1.1.2004 tarihinden sonraki dönemde Banka ve ortaklıkları adına (195 ve 3624 sayılı Kanunlar uyarınca) tahakkuk eden veya edecek olan tüm mali yükümlülükler, mahkeme ve icra safhasında bulunanlar da dâhil olmak üzere geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmıştır.

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kamu yararı ve kamu düzeni, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında kanunlar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Ancak, kanun koyucunun kişilerin lehine yeni haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğunda kuşku yoktur.

Dava konusu kuralla, Banka ve ortaklıklarının 195 ve 3624 sayılı Kanunlarda belirtilen mali yükümlülüklere tabi olmadıklarını açıklığa kavuşturan değişiklik, 1.1.2004 tarihine kadar geriye yürütülmüş ise de bu

durumun bireylerin haklarının ihlaline yol açtığı söylenemez. Basın İlan Kurumu ve KOSGEB, kamu tüzel kişiliğini haiz hizmet yerinden yönetim kuruluşları olup, kamu kurumu oldukları açıktır. Banka ve ortaklıklarınca, 195 ve 3624 sayılı Kanunlar uyarınca bu kurumlara ödenmesi gereken mali yükümlükler de kamu alacağı vasfını taşımaktadır. Devletin, kamu kurumlarının alacaklarından vazgeçmesi yolunda düzenleme yapması, ilgili kurumların hakkının ihlali olarak değerlendirilemez. Esasen kamu kurumlarının insan haklarının süjesi olarak görülmeleri de mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi mevcut mali yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırmak kanun koyucunun takdirindedir. Bu itibarla, kanun koyucunun Banka aleyhine haksız rekabete yol açtığı değerlendirilen mali yükümlülükleri geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetildiği söylenemez.

Öte yandan, Devletin, mahkeme kararıyla kesinleşen alacaklarından vazgeçmesi yolunda düzenleme yapması da mümkündür. Bu nedenle, yukarıda yapılan değerlendirmeler, mahkeme kararına bağlanan ve icra safhasında bulunan kamu alacakları için de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasa'nın 87. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 101. Maddesiyle Değiştirilen, 657 Sayılı Kanun'un 68. Maddesinin (B) Bendinin İkinci Paragrafının "...Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcılar ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için..." Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kural uyarınca, üniversiteyi bitirdikten sonra 12 yıl özel kurumlarda ve serbest olarak çalışmış kişilerin hiç memuriyet yapmadan kurumların doğrudan üst yönetici kadrolarına

atanabilecekleri, Anayasa'nın 128. maddesinde üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının kanunla özel olarak düzenleneceği hükmüne yer verildiği, yükseköğrenim gördükten sonra özel kurumlarda veya serbest olarak 12 yıl çalışan ve bu yanıyla da kamu hizmeti birikimi ile Devlet memuriyeti kariyeri ve deneyimi olmayanların üst yönetici konumundaki kadrolara atanmalarını öngören düzenlemenin kamu hizmetleri ve kamu yararı ile kamu görevi ve görevlileri arasındaki fonksiyonel ilişkiyi tek göstergesi fiyat olan piyasa mantığına indirgeyerek statü hukukunun bütün gereklerini ortadan kaldırdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

657 sayılı Kanun'un 68. maddesinde memurların derece yükselmesinin usul ve esasları düzenlenmiştir. Maddenin (A) bendinde derece yükselmesinin şartları, üst derecelerden boş bir kadronun bulunması, derecesi içinde en az 3 yıl ve bu derecenin 3. kademesinde 1 yıl bulunmuş olmak ve kadronun tahsis edildiği görev için öngörülen nitelikleri elde etmiş olmak şeklinde belirtilmiştir. Maddenin (B) bendinde ise eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı hariç, sınıfların 1, 2, 3 ve 4. derecelerindeki kadrolarına, derece yükselmesindeki süre kaydı aranmaksızın daha aşağıdaki derecelerden atama yapılabileceği öngörülmüş, ancak bu şekilde yapılacak atamada atanacak kişilerin yükseköğrenim görmüş olması ve atanılacak görevin derecesi ve ek göstergesine göre belirli hizmet yılına (8, 10, 12 yıl) sahip bulunması şart koşulmuş ve hizmet sürelerinin hesaplanmasında hangi çalışmaların ne kadarının sayılacağı hususu düzenlenmiştir.

Dava konusu düzenlemeyle sınıfların üst derecelerindeki kadrolarına daha alt derecelerden atanacak memurların hizmet yılının hesaplanmasında, yükseköğrenim gördükten sonra özel kurumlarda veya serbest olarak çalıştıkları sürelerin, Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamının, diğer kadrolara atanacaklar için altı yılı geçmemek üzere dörtte üçünün dikkate alınacağı kurala bağlanmıştır.

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 görevlerinin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve

diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlölükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğı ve üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının kanunla özel olarak düzenleneceğı hükme bağlanmıştır.

Memurların atanması, görev ve yetkileri, aylıkları ve ödenekleri ve diğer özlük işleri, kısacası memurluk statüsü 657 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu Kanun bütün memurların genel statüsü niteliğindedir. Memurluk, 657 sayılı Kanun'un öngördüğü asli ve sürekli istihdam biçimidir. Kanun'un 4/A maddesine göre memurlar, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütölen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilmişlerdir.

Memur ile idare arasındaki ilişki, yasama organı tarafından, hizmetin gereklerine göre kanunla düzenlenmektedir. Bu ilişki, karşılıklı anlaşmaya dayanarak saptanmamaktadır. Memur, belirli bir statüde, nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte, o statünün sağladığı aylık, ücret, atanma, yükselme, nakil gibi kimi öznel haklara sahip olmaktadır.

Kanun koyucu, bir kamu hizmetinde, görevin gerektirdiğı nitelikleri ve koşulları saptamayı ya da saptanmış olanları değiştirmeyi, anayasal ilkeler içerisinde kalmak kaydıyla, görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebilir. Kamu hukuku alanında anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici tasarruflarla konmuş kurallar, kamu hizmetinin gerekleri, gereksinimleri gibi nedenlerle ve konuldıkları yöntemlere uyulmak, anayasaya ve kanunlara uygun düşmek kaydıyla her zaman değiştirilebilirler veya kaldırılabilirler.

Memurların derece yükselmeleri ve üst derecelere atanmaları statü hukukuna ilişkindir. Statü hukukuna göre yürütölen görevlere atanmanın usulleri, görevin kapsamı ve süresi ile ilgili konularda değişiklikler yapmak kanun koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda, daha alt derecelerde bulunan memurların, sınıfların ilk dört derecesine atanmasında aranacak hizmet süresinin hesabında hangi çalışmaların ne kadarının sayılacağı hususunda düzenleme yapmanın ve bu sürelerin atanılacak kadro unvanlarına göre belirlenmesinin statü hukuku çerçevesinde kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Ayrıca, düzenlemenin 657 sayılı Kanun'un 68. maddesinde yapılan değişiklikle getirildiği dikkate alındığında, Anayasa'nın 128. maddesinde ifade edilen memurlarla ilgili düzenlemelerin kanunla yapılacağı yönündeki hükme aykırı bir durum da bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, dava dilekçesinde, yapılan düzenleme ile üniversiteyi bitirdikten sonra 12 yıl özel kurumlarda ve serbest olarak çalışmış kişilerin hiç memuriyet yapmadan kurumların doğrudan üst yönetici kadrolarına atanabilecekleri, bunun da Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. 657 sayılı Kanun'un değişik maddelerinde memuriyete nasıl girileceği ve şartları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kanun'un 68. maddesi ise memurların derece yükselmesinin usul ve esaslarının belirlenmesine ilişkin olup, memuriyete girişle ilgili değildir. Dava konusu kuralla, üst derecelerdeki kadrolara daha alt derecelerden atanacak memurların hizmet yılının hesaplanmasında, özel kurumlarda veya serbest olarak çalışılan sürelerin nasıl değerlendirileceği belirlenmiş olduğundan, söz konusu iddianın da yerinde olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

G- Kanun'un 115. Maddesiyle, 657 Sayılı Kanun'un Başlığıyla Birlikte Değiştirilen Ek 8. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, düzenlemeyle memurların geçici olarak görevlendirilmesinin, memurun geçici görevlendirileceği kurumun talebi olmaksızın çalışmakta oldukları kurumların isteği ve Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü ile yapılacağının öngörüldüğü, düzenlemede memurun göreviyle ilgili olması ve onayının alınması gibi geçici görevlendirmenin asli unsurlarına yer verilmediği, bu hâliyle ihtiyaçtan fazla personeli olan kamu kurumlarındaki personel fazlalığını memurlara sıkıntı vererek eritmeyi amaçladığı, geçici görevlendirmenin asli unsurlarını taşımayan ve memurların hukuki güvenliğini ortadan kaldıran söz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, kadro fazlası olan kurumlardan başka kurumlara 6 aylık süreyle geçici olarak görevlendirilecek memurların hiçbir ölçüye bağlı olmadan idarelerce seçilecek olmasının siyasi

ve başkaca tercihlerle geçici görevlendirme yapılarak memurlar arasında eşitsizliğe yol açacağı, 6 aylık sürenin çok kısa olduğu, bu nedenle görevlendirme süresinin kurumun neyi nasıl yaptığının, hizmet üretme süreçlerinin ve iş akışlarının öğrenilmesi ile geçeceği, dolayısıyla bu şekilde yapılacak görevlendirmelerde kamu yararı olmadığı ve görevlendirilen kurumlarda kamu hizmetlerinin etkin, verimli ve ekonomik yürütülmesini de olumsuz etkileyeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

657 sayılı Kanun'un ek 8. maddesinde kurumlar arası geçici süreli görevlendirme şartları düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında memurların, geçici görevlendirme yapmak isteyen kurumun talebi ve çalıştıkları kurumun izni ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında geçici süreli olarak görevlendirilebilecekleri, geçici görevlendirmede memurun muvafakatinin aranacağı, görevlendirme süresinin bir yılda altı ayı geçemeyeceği, geçici görevlendirmenin 4. ve daha yukarı derecelerdeki boş kadrolara tahsis edilmiş görevler hakkında uygulanacağı ve görevlendirmenin memurun göreviyle ilgili olması gerektiği belirtilmiştir.

Dava konusu olan ek 8. maddenin ikinci fıkrasında ise maddenin birinci fıkrasında belirtilen hâller dışında memurların, kamu yararı ve hizmet gerekleri sebebiyle ihtiyaç duyulması hâlinde kurumlarınca, Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü alınarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarında altı aya kadar geçici süreli olarak görevlendirilebileceği kurala bağlanmıştır.

657 sayılı Kanun'a göre, bir kamu kurumunun görev alanı içinde yer alan bir hizmeti yürütmek amacıyla o hizmetlerle ilgili konulardaki kamu görevlilerini kadroları üzerinde kalmak koşulu ile kendi uzmanlık alanına giren işler için belirli bir süre ile geçici görevlendirilmeleri mümkün bulunmaktadır. İdarenin bu konuda sahip olduğu takdir yetkisini hizmetin gerekli kıldığı durumlarda kullanması sürenin belirli olması ve hizmetin ifası için öngörülen sürenin sonunda ilgilinin kadro görevine döndürülmesi gerekmektedir.

Geçici görevlendirme işleminin, her idari işlem ve eylem için aranan amaç unsuruna da uygun olması gerekmektedir. İdari işlem ve eylemlerin genel amacı, kamu yararı ölçütüdür. Bundan anlaşılması gereken ise

geçici görevlendirme işleminin, gerçekten de acil gereksinim duyulan bir kamu hizmetinin sağlıklı ve yeterli biçimde yürütülmesi amacına uygun olmasıdır.

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

Kanun koyucu, bir kamu hizmetinde, görevin gerektirdiği nitelikleri ve koşulları saptamayı ya da saptanmış olanları değiştirmeyi, anayasal ilkeler çerçevesi içerisinde kalmak kaydıyla, görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebilir.

Memurların kamu yararı ve hizmet gerekleri sebebiyle ihtiyaç duyulması hâlinde kurumlarınca Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü alınarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirilebileceğine ilişkin düzenleme statü hukukuna ilişkindir. Statü hukukuna göre yürütülen görevlere atanmanın usulleri, görevin kapsamı ve süresi ile ilgili konularda değişiklikler yapmak kanun koyucunun takdirindedir.

Statü hukuku esasına dayalı nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu idare hukuku alanında statü hukukunun olanak verdiği oranlarda ve koşullarda, genel durumun kişisel duruma dönüşmesinden sonra kazanılmış haklar ortaya çıkabilmektedir. Objektif ve genel hukuksal durumun, şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya kanuna aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Bu durumda ilerisi için kazanılmış haktan söz edilemez. Ancak kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır.

Personel statüsü bakımından ilerisi için beklenen hakların kanun değişikliğinde korunması söz konusu değildir. Kanun koyucu statü kurallarını ileriye dönük olarak her zaman değiştirebilir. İlgililer yeni kurallara uymak zorundadır. 657 sayılı Kanun'un dava konusu ek 8. maddesinin, önceki ve

yeni düzenleniş biçimleriyle kazanılmış bir hak oluşturmadığı gibi anılan düzenlemede kazanılmış hak ihlali de söz konusu olmadığı için hukuk güvenliği dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

Kamu personelinin hukuki statüsü ve uygulanması esaslarını tespit etmek, kamu kurum ve kuruluşlarının personel ihtiyaçlarını karşılamak için uygulanacak usul ve esasları düzenlemek ve kamu kuruluşlarında personel planlaması yapılması ve uygulamasına yardımcı olmak konusunda görevli ve yetkili olan Devlet Personel Başkanlığının, kurumların personel ve hizmet durumlarını göz önünde bulundurarak geçici görevlendirmelerin kamu yararı ve hizmet gereği olup olmadığı konusunu değerlendirerek uygun görüş verip vermemek takdir yetkisi bulunmaktadır. Kuralla, memurların belirtilen şekilde görevlendirilebilmesi Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşüne bağlı kılınarak, memurların hukuki güvenliği güvence altına alınmıştır.

Diğer taraftan, dava dilekçesinde, öngörülen geçici görevlendirme ile ilgili olarak hiçbir objektif ölçünün getirilmediği, başka kurumlara 6 aylık süreyle geçici olarak görevlendirilecek memurların hiçbir ölçüye bağlı olmadan idarelerce seçilecek olmaları, siyasi ve başkaca tercihlerle geçici görevlendirme yapılarak memurlar arasında eşitsizliğe yol açılacağı soyut bir iddia olup, anayasal denetimin dışında kalmaktadır.

Kaldı ki, statü kanunlarında, gelişen bir dinamik yapı olan idare ve onun ajanları konusunda öngörülemeyen tüm detayların kanunla karşılanması yoluna gidilmemekte, bu gibi hâllerde idareye gerekli olan takdir yetkisine dayalı ve idari yargı denetimine doğal olarak tabi hükümler öngörülmektedir. İlgililerin idari yargı yoluna başvurusu durumunda ise bu yargı yerlerinin, iptal istemine konu kuraldaki gibi geçici görevlendirmelerin kamu yararı ve hizmet gereği olup olmadığını yani bu idari tasarrufun gerekli olup olmadığını yargı denetimine tabi tutarak bir karar verecekleri açıktır.

Ayrıca, dava dilekçesinde düzenlemenin ihtiyaçtan fazla personeli olan kamu kurumlarındaki personel fazlalığını memurları taciz ederek eritmeyi amaçladığı ifade edilmişse de söz konusu düzenlemede personel fazlası olan kurumlardan görevlendirme yapılacağına ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Bahse konu fıkra belirtilen görevlendirme, kamu yararı

ve hizmet gerekleri sebebiyle ihtiyaç duyulması hâlinde Devlet Personel Başkanlığının uygun görüşü alınarak bütün kuruluşlardan yapılabileceğinden ve altı aya kadar görevlendirme yapılabileceği öngörüldüğünden, söz konusu iddianın da yerinde olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun'un 133. Maddesiyle, 3996 Sayılı Kanun'un 12. Maddesine Eklenen Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 3996 sayılı Kanun'da belirtilen yatırım ve hizmet ihalelerinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında olmayıp 3996 sayılı Kanun'un kapsamında kaldığı, ancak yapım ve işletme sürelerindeki müşavirlik/danışmanlık hizmeti alımlarının 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesindeki hizmet tanımı kapsamında olduğundan bu Kanun'a tabi olduğu, anılan Kanun'un 66. maddesinde Kanun hükümlerindeki değişikliklerin ancak bu Kanun'a hüküm eklenmek veya değişiklik yapılmak suretiyle düzenleneceğinin belirtilmesine rağmen müşavirlik hizmetlerinin 4734 sayılı Kanun'a tabi olunmadan ilgili bakanlıklar tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre yapılacağı hususunun 3996 sayılı Kanun'a fıkra eklenmek suretiyle yapıldığı, bu durumun ise kanun hükümlerinin uygulamasında çelişki ve belirsizliklerin doğmasına neden olacağı, öte yandan ihale usul ve esaslarını belirleme yetkisinin ilgili bakanlıklara verilmesiyle her bakanlığın ayrı usul ve esas belirlemesine zemin hazırlandığı ve bu durumun, aynı konuda birden fazla usul ve esasın ortaya çıkmasına neden olacağı, düzenlenen alanda temel ilkeler konulup çerçeve çizilmeden müşavirlik/danışmanlık hizmeti alımına ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin ilgili bakanlıklara verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına da geleceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 87. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 133. maddesiyle 3996 sayılı Kanun'un 12. maddesine eklenen ve iptal davasına konu olan ikinci fıkrada, yap-işlet-devret modeli ile yapılacak projelerde ilgili idaresince 4734 sayılı Kanun'a tabi olunmadan yapım ve işletme sürelerinde müşavirlik hizmet alımı yapılabileceği ve söz

konusu hizmet alımına ilişkin esas ve usullerin ilgili bakanlıklar tarafından belirleneceği kurala bağlanmıştır.

Kamu-özel sektör ortaklığı esasına dayanan yap-işlet-devret (YİD) modeli, ileri teknoloji ve yüksek maddi kaynak ihtiyacı duyulan bir kamu yatırım veya hizmetinin finansmanının özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi, sözleşme ile önceden belirlenen bir süre için işletilmesi, bu süre içerisinde üretilen mal veya hizmetin kamu kurum ve kuruluşlarınca veya hizmetten yararlananlarca satın alınarak yatırım bedelinin bu suretle ödenmesi ve sürenin sonunda işletilmekte olan tesislerin, borçsuz, bakımı yapılmış, eksiksiz ve işler durumda, ilgili kamu kurum veya kuruluşuna bedelsiz olarak devredilmesi şeklinde tanımlanmaktadır.

YİD modeliyle yaptırılacak işler 3996 sayılı Kanun'un 2. maddesinde köprü, tünel, baraj, sulama, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, haberleşme, elektrik üretim, iletim, dağıtım ve ticareti, maden ve işletmeleri, fabrika ve benzeri tesisler, çevre kirliliğini önleyici yatırımlar, otoyol, trafiği yoğun karayolu, demiryolu, gar kompleksi, lojistik merkezi, yeraltı ve yerüstü otoparkı ve sivil kullanıma yönelik deniz ve hava alanları ve limanları, yük ve/veya yolcu ve yat limanları ile kompleksleri, sınır kapıları, milli park, tabiat parkı, tabiatı koruma alanı ve yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında planlarda öngörülen yapı ve tesisleri, toptancı halleri vb. yatırım ve hizmetlerin yaptırılması, işletilmesi ve devredilmesi olarak sayılmıştır.

4734 sayılı Kanun, kamunun mal ve hizmet alımlarına ilişkin ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasının ve kaynakların verimli kullanılmasının en geniş şekilde sağlanması, kamu kurum ve kuruluşlarının kullanımlarında bulunan her türlü kaynaktan yapacakları ihalelerde tek bir yasal düzenlemeye tâbi olmaları amacıyla çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi, Devlet harcamalarında Kamu İhale Kanunu'nun uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur.

Ancak, kanun koyucunun, bazı mal ve hizmetleri Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışında tutarak farklı usullere tâbi kılabilmek yetkisine sahip olması, bu amaçla çıkarılacak kanunlarda hiçbir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmez. Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışına çıkarılırken, özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak yetkisine sahip olup, düzenlemede kamu yararının bulunup bulunmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır.

Müşavirlik/danışmanlık hizmetleri, yatırım ve hizmet işlerinin yapımı ve yerine getirilmesi ile doğrudan ilgisi olmayan bir takım proje ve planların hazırlanması, yazılım tasarım geliştirilmesi, denetim ve kontrolün sağlanması gibi teknik, mali, hukuki vb. alanlardaki hizmetleri kapsamaktadır.

Dava konusu kuralla, YİD projelerinin yüksek maddi kaynak veya ileri teknoloji gerektirmesi ve uluslararası boyutunun bulunması dolayısıyla uzun bir hazırlık sürecini de beraberinde getirmesi, bu projelerin hazırlanması ve yürütülmesi safhasındaki müşavirlik hizmeti alımının Kamu İhale Kanunu'ndan muaf tutularak sürecin kısaltılması ve uygulamanın kolaylaştırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Esas ve usulleri 3996 sayılı Kanun ve bu Kanun'un verdiği yetkiyle çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararı ile düzenlenen ve 4734 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan YİD modeli ile yapılacak projelerin yapım ve işletme sürelerinde alınacak müşavirlik hizmetinin, ihale ve yapım sürecinin kısaltılması ve uygulamanın kolaylaştırılması amacıyla 4734 sayılı Kanun'a tabi olunmadan, esas ve usulleri ilgili bakanlıklar tarafından belirlenmesi suretiyle alınmasında kamu yararı dışında bir amacın bulunduğu söylenemez.

Kamu ihalelerinin hangi usullere göre yapılacağına ilişkin Anayasa'da bir hüküm bulunmadığı gibi, ihale usul ve esasları "*kanunla*" düzenlenme

zorunluluğu getirilen hususlar arasında yer almamaktadır. Bu nedenle, 3996 sayılı Kanun kapsamında kalan ve YİD modeli ile yapılacak projelerin yapım ve işletme sürelerinde alınacak müşavirlik hizmetinin usul ve esaslarını belirleme yetkisinin bakanlıklara bırakılması, yapılacak işlerin uzmanlık gerektirmesi, teknik ve detaya ilişkin düzenlemeleri içermesi nedeniyle yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Diğer taraftan, dava dilekçesinde, müşavirlik/danışmanlık hizmetlerinin İhale Kanunu kapsamından çıkarılmasına ilişkin düzenlemenin 3996 sayılı Kanun'a fıkra eklenmek suretiyle yapıldığı ve bu bakımdan 4734 sayılı Kanun'un 66. maddesinde yer alan *"Bu Kanun hükümlerine ilişkin değişikliklerin ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir."* yönündeki hükümle çelişkiye yol açacağı ve belirlilik ilkesine aykırı olacağı ileri sürülmüştür.

Bir yasa kuralının başka bir norm ile uyumlu olmaması onun iptal edilmesini gerektiren bir durum değildir. Anayasa Mahkemesi kanunların başka kanunlara ya da daha alt düzeydeki diğer normlara uyumluluğunu değil, kanunların Anayasa'ya uyumluluğunu denetlemektedir. Bu nedenle söz konusu gerekçeye dayanan Anayasa'ya aykırılık iddiası geçerli değildir.

Dava dilekçesinde, müşavirlik hizmet alımına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yetkisinin ilgili bakanlıklara verilmesinin, her bakanlığın ayrı usul ve esas belirlemesine ve aynı konuda birden fazla usul ve esasın ortaya çıkmasına yol açabileceği ifade edilmişse de, her bakanlığın YİD projelerinin yapım ve işletme sürelerinde müşavirlik hizmeti alımına ilişkin farklı usul ve esas belirlemesinin, faaliyet alanının ve yaptığı işlerin birbirinden farklı olmasının ve usul ve esasların uzmanlık gerektiren, teknik ve detaya ilişkin düzenlemeleri içermesinin bir sonucu olarak kabul etmek gerekir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 6. ve 87. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 166. Maddesinin İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

Kanun'un 166. maddesinde, il özel idarelerinin sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçilerin Karayolları Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadrolarına, belediyelerin sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçilerin ise Milli Eğitim Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadroları ile sürekli işçi norm kadro dâhilinde olmak üzere ihtiyacı bulunan mahalli idarelere atanması öngörülmekte ve buna ilişkin esas ve usuller düzenlenmektedir.

Kural, il özel idareleri ve belediyelerde ihtiyaç fazlası olan işçilerin diğer kurumlara atanabilmesini sağlamak amacıyla getirilmiştir. Kuralla, sürekli işçi kadrolarında çalışıp ihtiyaç fazlası olan işçilerden;

- İl özel idarelerinde çalışanlar, muvafakatları aranmaksızın Karayolları Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatlarının ve muvafakatları alınarak bulundukları ildeki diğer kamu kurum ve kuruluşlarından talepte bulunanların (özelleştirme programında bulunanlar hariç) sürekli işçi kadrolarına,

- Belediyelerde çalışanlar ise muvafakatları aranmaksızın Milli Eğitim Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünün taşra teşkilatları ile sürekli işçi norm kadro dahilinde olmak üzere ihtiyacı bulunan mahalli idarelerin ve muvafakatları alınarak bulundukları ildeki diğer kamu kurum ve kuruluşlarından talepte bulunanların (özelleştirme programında bulunanlar hariç) sürekli işçi kadrolarına,

atanmaları öngörülmüştür.

Ayrıca, bu şekilde ataması yapılacak ihtiyaç fazlası işçilerin tespitinin, vali veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, il emniyet müdürü, defterdar, il milli eğitim müdürü, Türkiye İş Kurumu il müdürü, Karayolları Genel Müdürlüğü bölge müdürü, il mahalli idareler müdürü ve işçi devreden işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili işçi sendikası temsilcisinden oluşan bir komisyon tarafından yapılması kurala bağlanmıştır.

Düzenlemede, tespitin yapılmasına esas işçilerin listesinin, il özel idareleri ve belediyeler tarafından Kanun'un yayımından itibaren kırkbeş gün içinde gerekçesi ile birlikte söz konusu komisyona sunulacağı öngörülmüştür. Mahalli idarelerin ihtiyaç fazlası işçi bildirim zorunlulukları bulunmamakta olup, ihtiyaç fazlası işçi bildirip bildirmemek tamamen mahalli idarelerin takdirindedir.

Mahalli idarelerce ihtiyaç fazlası olarak bildirilen işçilerden norm kadro fazlası olanların doğrudan komisyon tarafından belirtilen kurumlara atanmak üzere tespit edileceği, norm kadro dâhilinde olup da ihtiyaç fazlası olarak bildirilenlerin ise personel gider oranları, kurumun bütçe dengesi, norm kadro sayısı ve yürütmekle görevli olduğu hizmetlerin gereği ile nüfus kriterleri değerlendirilmek suretiyle tespit edileceği kurala bağlanmıştır. Bu şekilde tespit edilen işçilerin atanmasının valiler tarafından yapılması ve atama işlemi yapılan personelin ilgili valilikler tarafından en geç on gün içinde Devlet Personel Başkanlığına bildirilmesi öngörülmüştür.

Söz konusu 166. maddede komisyonca belirlenen işçi listesinin kesinleşmesinden sonra kendisine tebligat yapılan işçinin, atama kararının tebliğinden itibaren beş iş günü içinde belirlenen yeni işyerinde işe başlamak zorunda olduğu ve bu süre içinde yeni kurumunda işe başlamayan işçilerin atamalarının iptal edilerek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi gereğince iş sözleşmelerin sona erdirileceği hükmüne yer verilmiştir.

Bu şekilde ataması yapılan işçilerin ücret ile diğer mali ve sosyal haklarının, toplu iş sözleşmesi bulunan işçiler bakımından yenileri düzenleninceye kadar devir işleminden önce tabi oldukları toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre, toplu iş sözleşmesi olmayan işçiler bakımından 2010 yılı Kasım ayında geçerli olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmesi kurala bağlanmıştır.

Diğer taraftan, düzenleme ile işçi fazlası bildirip işçilerini diğer kurum ve kuruluşlara nakledecek mahalli idarelerin, gerekli özeni gösterip görev ve yetkilerini dikkate alarak belirlemelerde bulunmalarını sağlamak amacıyla, işçi nakleden mahalli idarelerin nakil sonrasında oluşan işçi sayısında beş yıl süreyle artış yapılamayacağı ve üç yıl süreyle, gerçekleşen en son yıl bütçe gideri içinde yer alan hizmet alımı tutarını aşmayacak şekilde hizmet alımı için harcama yapılabileceği yönünde sınırlama getirilmiştir.

Ayrıca, kuralda İçişleri Bakanlığına maddenin uygulanmasına ilişkin olarak gerekli görülmesi hâlinde, Maliye Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve ilgili diğer kurumların görüşünü alarak uygulamayı yönlendirme ve ortaya çıkabilecek tereddütleri giderme yetkisi verilmiştir.

657 sayılı Kanun'un 4. maddesi kamu kurumlarındaki istihdam şekillerini düzenlemektedir. Buna göre, kamu hizmetleri, memur, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle yürütülür. Söz konusu 4. maddede işçiler *"memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel dışında kalan ve ilgili mevzuatı gereğince tahsis edilen sürekli işçi kadrolarında belirsiz süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan sürekli işçiler ile mevsimlik veya kampanya işlerinde ya da orman yangınıyla mücadele hizmetlerinde ilgili mevzuatına göre geçici iş pozisyonlarında altı aydan az olmak üzere belirli süreli iş sözleşmeleriyle çalıştırılan geçici işçilerdir."* şeklinde tanımlanmıştır.

İşçiler, 4857 sayılı Kanun çerçevesinde istihdam edilmektedir. Bu Kanun'un 2. maddesinde işçinin tanımı *"Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi."* şeklinde yapılmıştır. İşçi istihdamı, kamu kesiminde tümüyle iş hukukuna bağlı olarak gerçekleştirilmekte olup, işçiler bakımından kamuya özgü kurallar getirilmemiştir. Bununla birlikte, işçi istihdamı hizmete girişte sınava tabi tutulma ve kamu hizmetlerinde süreklilik ilkeleri ile kendine özgü boyutlara ulaşmış ve özel sektör işçi istihdamından farklılaşmıştır.

4857 sayılı Kanun'a göre işverenlerce, iş sözleşmeleri önceden karşı tarafa bildirimde bulunmak ve ihbar ve kıdem tazminatı ödenmek suretiyle feshedilebilecektir. 4857 sayılı Kanun'un 17. maddesinde, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerektiği ve bildirim diğer tarafa yapılmasından başlayarak çalışılan zamana göre belirlenen sürelerin geçmesinden sonra iş sözleşmelerinin feshedilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Maddede ayrıca, bildirim şartına uymayan tarafın bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorunda olduğu ve işverenin bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebileceği ifade edilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, il özel idareleri ve belediyelerin sürekli işçi kadrolarında gerçek anlamda ihtiyaç fazlası işçi bulunmadığı, ihtiyaç

fazlası işçiden söz edilmesinin nedeninin işlerin ihaleyle üçüncü şahıslara yaptırılmak istenmesi olduğu, işçilerin bu şekilde atanmalarında kamu yararı bulunmadığı, kamu yararına yönelik olmayan, kamu hizmetinin gerekleriyle bağdaşmayan, adil ve makul olmayan, kamu hizmetlerinin etkin, verimli ve ekonomik sunulmasına katkı sağlamayan düzenlemelerin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı, sürekli işçi kadrolarında çalışan işçilerin anayasal güvence altında olan sözleşme ve çalışma hürriyeti kapsamında bireysel iş sözleşmesi imzalayarak çalışmaya başladıkları ve toplu iş sözleşmeleri ile çalışma koşullarının düzenlendiği, ortada il özel idareleri ile belediyelerin kapanması veya görevlerinin başka kamu kurum ve kuruluşlarına devredilmesi gibi zorlayıcı bir neden olmamasına rağmen sözleşmelerin taraflarının değiştirilmesinin hukuka uygun olmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 48., 49. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Çalışma ve sözleşme hürriyeti, Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş ve *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."* denilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde, hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti altına alınmasının tabii olduğu ve bu hürriyetlerin ancak, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 49. maddesinde de çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete, çalışanların yaşam düzeyini 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 almak ödevi verilmiştir.

Dava konusu maddede, il özel idareleri ve belediyelerde sürekli işçi kadrolarında istihdam edilmekte olan ihtiyaç fazlası işçilerden il özel idarelerinde görevli olanların Karayolları Genel Müdürlüğüne, belediyelerde görevli olanların Milli Eğitim Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü ile norm kadroları dâhilinde ihtiyacı bulunan mahalli idarelere, yine il özel idareleri ve belediyelerin ihtiyaç fazlası işçilerinin talepte bulunan diğer kamu kurum ve kuruluşlarına atanması ve bu atamalara ilişkin esas ve usuller düzenlenmektedir.

Madde gerekçesinde, mahalli idarelerin sürekli işçi kadrolarında çalışan ihtiyaç fazlası işçilerin ihtiyacı bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilatındaki sürekli işçi kadrolarına atanmasının amaçlandığı, böylece mahalli idarelerin bütçelerine personel giderlerinin aşırı yük getirmesinin önüne geçilebileceği ve yerel nitelikteki hizmetleri etkin bir şekilde sunmaları için mali yapılarının dengeli hale getirilmesinin ve kaynakları etkin kullanmasının sağlanabileceği ifade edilmiştir.

Hukuk devletinde kanun koyucu, memur ve diğer kamu görevlileri ile bunların dışında çalışanlarla ilgili olarak, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Hukuk devletinde diğer tüm kamusal yetkilerde olduğu gibi yasama işlemlerinde de kişisel yararların değil, kamu yararının gözetilmesi gerekir. Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak yetkisine sahip olup, düzenlemede kamu yararının bulunup bulunmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır.

Naklen atanması öngörülen işçiler, çalıştıkları mahalli idarelerde ihtiyaç fazlası olanlardır. Bu şekilde atanacak işçilerin bizzat mahalli idarenin kendisi tarafından belirlenmesi öngörülmüş olup, söz konusu idareleri ihtiyaç fazlası işçi bildirme konusunda zorlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. İhtiyaç fazlası işçi bildirip bildirmeme yetkisi tamamıyla mahalli idarelerin takdirindedir.

Dava dilekçesinde, düzenlemenin amacının kamu yararı olmadığı ileri sürülmüşse de kuralın amacının kamu yararı dışında ne olduğu ya da kuralda hangi özel yararın gözetildiği açıklanmamıştır. Kanun koyucunun, mahalli idarelerdeki ihtiyaç fazlası işçi yığılmalarını engellemek amacıyla, bu şekildeki işçilerin diğer kamu kurum ve kuruluşlarında görevlendirebilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmasının kamu yararı amacına yönelik olduğu ve bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı açıktır.

Kuralla, ihtiyaç fazlası işçilerin tespit edilmesi işleminin, vali veya görevlendireceği vali yardımcısının başkanlığında, il emniyet müdürü, defterdar, il milli eğitim müdürü, Türkiye İş Kurumu il müdürü, Karayolları Genel Müdürlüğü bölge müdürü, il mahalli idareler müdürü ve işçi devreden işyerinde toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili işçi sendikası temsilcisinden oluşan bir komisyon tarafından yapılması öngörülmüş ve norm kadro fazlası işçiler ile norm kadro dâhilinde olup, ihtiyaç fazlası işçilerin belirtilen kurumlara geçişi ayrı ayrı düzenlenmiş ve farklı kriterlere tabi tutulmuştur. Bu düzenlemeler, kurumlarında ihtiyaç fazlası durumunda olan işçilerin diğer kurum ve kuruluşlara naklinin objektif kıstaslara dayandırıldığını ve böylece keyfi uygulamaların önlenmesine ilişkin tedbirlerin alındığını göstermektedir.

İşverenlerin ihtiyaç olmadan bir kişiyi çalıştırması beklenemez. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esas olup, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 4857 sayılı Kanun'da işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasındaki denge, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulmuştur. İşverenler, her hâlükârda 4857 sayılı Kanun çerçevesinde öngörülen tazminatları ödeyerek işçilerin sözleşmelerini sona erdirebilecektir. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda, mahalli idarelerin ihtiyaç fazlası işçilerinin sözleşmelerini, öngörülen tazminatları ödeyerek sona erdirmesi yerine, ihtiyacı olan diğer kurum ve kuruluşlara nakline imkân sağlanmasına yönelik düzenleme ile bu işçilerin lehine bir uygulama getirildiği anlaşılmaktadır.

Ayrıca, düzenleme ile işçi fazlası bildirip işçilerini diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakleden mahalli idarelerin, nakil sonrasında oluşan işçi sayısında beş yıl süreyle artış yapılamayacağı ve üç yıl süreyle, gerçekleşen en son yıl bütçe gideri içinde yer alan hizmet alımı tutarını aşmayacak şekilde hizmet alımı için harcama yapılabileceği yönünde sınırlama getirilmek suretiyle, işçi nakledecek mahalli idarelerin görev ve yetkilerini göz önünde tutarak personel durumu, mali yapısı ve bütçe dengelerine uygun bir şekilde nakil işlemini gerçekleştirmesine yönelik sınırlayıcı bir düzenleme yapılmıştır.

Bu şekilde ataması yapılan işçilerin ücret ile diğer mali ve sosyal haklarının, toplu iş sözleşmesi bulunan işçiler bakımından yenileri düzenleninceye kadar devir işleminden önce tabi oldukları toplu iş sözleşmesi

hükümlerine göre, toplu iş sözleşmesi olmayan işçiler bakımından 2010 yılı Kasım ayında geçerli olan bireysel iş sözleşmesi hükümlerine göre belirleneceği öngörülmek suretiyle, naklen atanan işçilerin gittikleri yeni kurumlarında önceki haklarının tamamı muhafaza edilmiş ve maaş, ek ücret, kıdem tazminatı, prim, yol gideri, gıda, yardım vs. sosyal alacaklar açısından da herhangi bir olumsuzluğa yol açılmamıştır.

Bu itibarla, mahalli idarelerde ihtiyaç fazlası durumunda olan işçilerin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına atanabilmesine imkân sağlayan düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir yönü bulunduğu söylenemez.

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 etmesini ve Devletin de çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri almasını gerektirmektedir. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemek ve işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam oluşturmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Sözleşme iki taraflı bir hukuki işlem olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun surette irade açıklamalarıyla meydana gelir. Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa Hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, özel kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmeleri demektir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, özel kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda, özel kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanuması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir.

Kuralla, mahalli idarelerin sürekli işçi kadrolarında bulunup da ihtiyaç fazlası olan işçilere, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının sürekli işçi kadrolarına atanabilmeleri bir hak olarak verilmiş olup, bu şekilde atanan işçilerin imzalamış oldukları toplu iş sözleşmelerinin yenileri düzenleninceye kadar geçerli olacağı ve ücret ile diğer mali ve sosyal haklarının mevcut sözleşme hükümlerine göre belirleneceği öngörülmüştür.

Söz konusu işçiler diğer kamu kurum ve kuruluşlarının sürekli işçi kadrolarına atanacak olduğundan, bu işçilerin devren atandıkları kurum ve kuruluşlarla sözleşme yenileme veya mevcut sözleşmelerinin süresinin bitiminde yeni sözleşme imzalama hakları bulunmaktadır.

Ayrıca, çalıştıkları mahalli idarelerde ihtiyaç fazlası durumunda olan işçilerin diğer kamu kurum ve kuruluşlarına atanmayı kabul etmeme ve 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre sözleşmelerini feshetme seçeneğini kullanma hakları her zaman vardır.

Kuralla, naklen atanması öngörülen işçiler hakkında atandıkları yeni kurumda da devir işleminden önce tabi oldukları sözleşme hükümlerinin aynen uygulanması ve işçilerin mali ve sosyal haklarının tamamının muhafaza edilmesi öngörüldüğünden, kuralın çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkının özünü zedeleyen bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 127. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 169. Maddesiyle, 4059 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 3. Maddenin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." İbaresinin, Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." İbaresinin, Sekizinci ve Dokuzuncu Cümlelerinde Yer Alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." İbaresinin ve Üçüncü Fıkrasında Yer Alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların..." İbaresinin İncelenmesi

Kanun'un 169. maddesiyle, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek

3. madde, 8.6.2011 günlü, 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 38. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (h) bendiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

K- Kanun'un 177. Maddesiyle, 4734 Sayılı Kanun'un 3. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (r) Bendingin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumunun 4734 sayılı Kanun'a tabi bir kamu kurumu olduğu ve bu kurumun kendisine veya bağlı ortaklık ya da iştiraklerine ait olan kömür sahalarının büyük bir çoğunluğunun özel firmalarca işletildiği, fakir ailelere yardım olarak dağıtılacak kömürlerin kalitesinin standartlara uygun olmasının, maliyetinin rekabetçi fiyatlarla oluşmasının ve satın alma işleminin eşit muamele şartlarında, saydamlık içinde ve rekabetçi koşullarda karşılanmasının kamu yararına olduğu, hukuk devletinde kanunların kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla çıkarıldığı, kamu hizmetinin gerekleriyle uyuşmayan, adil ve makul olmayan, kaynakların etkili, verimli ve tasarruflu kullanılmasını olumsuz etkileyen kuralın kamu yararına olmadığı ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumuna ihale yapmadan kömür alımı yetkisi verilmesinin kömür üreticisi firmalara eşit muamelede bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldıracığı, bunun ise eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 177. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen (r) bendi ile fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararnameleeri kapsamında, işleticisi kim olursa olsun Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Genel Müdürlüğünün (TKİ) kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımları Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Devletin fakir ailelere ısınma amaçlı kömür yardımı yapması sosyal devlet olmasının bir gereğidir. Bu kapsamda, 2003 yılından itibaren her yıl çıkarılan Bakanlar Kurulu kararnameleeriyle il ve ilçe sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakıflarınca belirlenerek valiliklere bildirilecek fakir ailelere müracaatları üzerine asgari 500 kg. bedelsiz kömür verilmektedir. Fakir

ailelere dağıtılacak kömürü temin etme görevi ise TKİ'ye verilmiştir. TKİ dağıtılacak kömürü öncelikle kendi ocaklarından karşılamakta, bunun mümkün olmaması durumunda ise diğer üreticilerden kömür alınması yoluna başvurmaktadır.

Yardım kapsamında talep edilen kömür miktarının aşırı yükselmesi sonucu TKİ'nin kendi ocaklarında ürettiği kömür, yardımları karşılayamaz duruma geldiği için, yardımların aksamaması amacıyla TKİ ihale yoluyla diğer üreticilerden kömür temin etme yoluna gitmektedir. Ancak, çevre mevzuatında yapılan değişiklikler dolayısıyla ısınmada kullanılacak vasıfta yerli kömür verebilecek üretici sayısının düşüklüğü ve bunların ihalelere girmek istememesi ve ihale mevzuatındaki bir takım işlemlerin uzun zaman alması nedeniyle, TKİ talepleri karşılayacak kömür temin etmekte zorluklar yaşamaya başlamış ve bunların aşılması amacıyla dava konusu kural getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi, Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, kanun koyucunun, bazı mal ve hizmetleri Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışında tutarak farklı usullere tâbi kılabilme yetkisine sahip olması, bu amaçla çıkarılacak kanunlarda hiçbir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmez. Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen usullerin dışına çıkarılırken, özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak yetkisine sahip olup, düzenlemede kamu yararının bulunup bulunmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır.

Dava konusu kuralla, TKİ'nin fakir ailelere dağıtılmak üzere, kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı

mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun kapsamının dışına çıkarılarak, çevre mevzuatına uygun vasıfta, talebi karşılayacak miktarda kömürün zamanında temin edilebilmesinin ve dağıtım yerlerine kadar naklinin herhangi bir aksama olmadan yapılabilmesinin ve uygulamada karşılaşılan zorlukların bertaraf edilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Sosyal devlet olmanın bir gereği olarak fakir ailelere ısınma amaçlı kömür yardımı yapılması kapsamında, talebi karşılayacak miktarda kömürün zamanında temin edilebilmesi ve dağıtım yerlerine kadar naklinin herhangi bir aksama olmadan yapılabilmesi amacıyla, TKİ'nin kendisine veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait olan kömür sahalarından yapacağı mal ve hizmet alımlarının 4734 sayılı Kanun'dan istisna tutulmasının, hukuk devletinin gereği olarak gözetilmesi gereken kamu yararına aykırı bir yönünün bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca, fakir ailelere kömür yardımı yapılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararlarında kömür yardımının Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından belirlenecek kriterlere göre yapılacağı kabul edilmiştir. Bu bağlamda, TKİ'nin 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (r) bendi kapsamında yapacağı kömür alımına dair usul ve esaslar ikincil düzenlemelerle belirlenmiş ve bazı şartlar öngörülmüştür. Bu şekilde alınacak kömürlerin fiyatının TKİ'nin kendi satış fiyatına, nakliye ton/km birim fiyatı ve KDV'nin eklenmesi ile bulunacak tutarı aşamayacağı hükmüne yer verilmiş ve temin edilecek mal ve hizmete ilişkin yaklaşık maliyet hazırlanması, komisyon oluşturulması ve alınan tekliflerin değerlendirilmesi usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Kömür yardımı kapsamında TKİ tarafından yapılacak mal ve hizmet alım işlemlerinin hem kanuna hem de çıkarılan yönetmelik, genelge, tebliğ, şartname, usul ve esaslara uygun olarak yapılmaması halinde, hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler için yargı yoluna gitme imkânı her zaman bulunmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir kanunun aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım veya ayrıcalık oluşturması gerekmektedir.

TKİ'ye veya bağlı ortaklık veya iştiraklerine ait kömür sahalarında üretim yapacak firmalar, elde edecekleri üründen veya ürünün hâsılâtından pay vermek üzere kendisine rödövens yöntemi ile saha tahsis edilen firmalardır. Bunlar ile TKİ arasında ihale işlemleri sonucunda akdedilmiş rödövens sözleşmeleri bulunmaktadır. TKİ'nin kendisine, bağlı ortaklıklarına veya iştiraklerine ait kömür sahalarında üretim yapan firmalar ile özel olarak kendi adına ruhsatlı kömür sahalarında üretim yapan firmaların aynı konumda görülmesi mümkün olmadığından bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

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

L- Kanun'un 179. Maddesiyle Değiştirilen, 4734 Sayılı Kanun'un 68. Maddesinin (c) Fıkrasının Birinci Cümlesindeki “projelerde” İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yasa kurallarının genel, soyut, açık ve anlaşılabilir olması gerektiği, aynı yapım işi devletin bütün kurum ve kuruluşlarında aynı normlara bağlı iken Toplu Konut İdaresi (TOKİ) tarafından yapılmıca veya yaptırılınca bazı kurallardan istisna tutulmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, kanunların genelliği ilkesinin özel, aktüel ve geçici bir durumu gözetmemeyi, belli bir kişi, grup veya kurumu hedef almamayı ve aynı durumlar için aynı kuralların uygulanmasını zorunlu kıldığı, aynı işin TOKİ tarafından ihale edilince farklı kurallara tabi olmasının kanunların genelliği ilkesine de aykırılık oluşturduğu, yasama organının kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyumu da gözetmek durumunda bulunduğu, 4734 sayılı Kanun'daki sınırlayıcı hükümlerden kaçınmak isteyen idarelerin yapım işlerini TOKİ'ye yaptırmak isteyecekleri, bunun sonucunda da Bayındırlık Bakanlığı işlevsiz kalırken TOKİ'nin asıl görevinden uzaklaşarak zaman ve mesaisini diğeri işlere ayırmak durumunda kalacağı, dolayısıyla verimliliğin düşeceği ve uyumun ortadan kalkacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 126. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 179. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 68. maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “toplu konut projelerinde” sözcüğü “projelerde” şeklinde değiştirilmiştir. Buna göre, 2985 sayılı Toplu Konut

Kanunu kapsamındaki projelerin tamamında, 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları ile 62. maddesinin (a) ve (b) bentleri ile (c) bendindeki kamulaştırma, mülkiyet, arsa temini, imar işlemleri ve uygulama projesine ilişkin şartlar aranmaksızın ihaleye çıkılması mümkün hale gelmekte, ancak, çevresel etki değerlendirme (ÇED) raporu zorunluluğu bulunan hallerde sözleşme imzalanmadan önce bu raporun alınması zorunlu olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi, Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, kanun koyucunun, bazı mal ve hizmetleri Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen usullerin dışında tutarak farklı usullere tabi kılabilme yetkisine sahip olması, bu amaçla çıkarılacak kanunlarda hiçbir anayasal ilkeyle bağlı olmayacağı anlamına gelmez. Bir mal ve hizmet alımı ihalesinin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen usullerin dışına çıkarılırken, özellikle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

Dava konusu kuralla 2985 sayılı Kanun kapsamındaki projeler için, ihaleye çıkılmadan önce yerine getirilmesi öngörülen ödenek temini ve planlaması, kamulaştırma, mülkiyet, arsa temini, imar işlemleri ve projelere ilişkin şartların aranmayacağı öngörülmüştür. Yapılacak ihalelerde saydamlığı, katılımı, rekabeti, eşit muameleyi ve ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını etkilemeyen ve ihale öncesi sürecin kısaltılması ve projelerin hızlandırılmasını amaçlayan bu düzenleme kanun koyucunun takdirinde olup, hukuk devletinin gereği olarak gözetilmesi gereken kamu yararına bir aykırılık oluşturmamaktadır. Öte yandan, Bakanlıklara ait proje ve uygulamaların TOKİ'ye yaptırılmasının, 4734 sayılı Kanun'da öngörülen saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenilirlik, gizlilik ve kamuoyu denetimini ortadan kaldıracağı, kamu hizmetlerinin görülmesinde verimliliği düşüreceği ve uyumsuzluğa neden olacağı hususu bir yerindelik sorunu olup, anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte bulunmaları gerekir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen, fakat önceden saptanmış olup, soyut şekilde uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir.

Anayasa Mahkemesine göre kanun, genel hukuk kuralları koymalı, genel, soyut ve kişilik dışı hükümler içermelidir. Kanunun genel olması, herkesin statüsünü düzenleyeceği anlamına gelmemekte, yalnızca kanunun belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler koymasını, hukuki durumları soyut olarak düzenlemesini gerektirmektedir. Şu halde, kanun hükümlerinin genel nitelikte olması, herkes için nesnel hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olmasını gerektirir.

Kuralla, 2985 sayılı Kanun'a dahil olan projelerde ihale öncesi sürecin kısaltılması ve projelerin hızlandırılması amaçlanmakta olup, kural, 2985 sayılı Kanun'a dahil olan projelerin tamamını kapsamına almaktadır. Bu bağlamda, kuralın belli bir kişiyi veya kişileri göz önünde tutmaksızın genel hükümler içerdiği anlaşıldığından kural, kanunların genelliği ve hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

Anayasa'nın "Merkezi idare" başlıklı 126. maddesinde, Türkiye'nin, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafi durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, illerin de diğer kademeli bölümlere ayrılacağı, illerin idaresinin yetki genişliği esasına dayanacağı, kamu hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatının kurulabileceği, bu teşkilatın görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir. Maddede, merkezi yönetimin örgütlenmesine ilişkin ölçütler "*coğrafya durumu, ekonomik koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleri*" olarak sayılmış, ancak merkezi yönetimin görevlerini belirginleştiren ya da sınırlayan bir düzenleme yapılmamıştır.

Anayasa'da yer alan düzenlemeler, kanun koyucuya, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda yeni idari birimler oluşturma, görev alanlarında değişiklik yapma veya bu birimleri kaldırma yetkisi vermektedir. Bir kamu hizmetinin hangi kamu kurum veya kuruluşunca yerine getirileceğini belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu açıktır.

Anayasa'da yapım işlerinin kimler tarafından yapılacağına ilişkin bir kural yer almamakta olup, ihtiyaçlara göre bu hususun belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda, bakanlıklara ait proje ve

uygulamaların 2985 sayılı Kanun hükmü uyarınca TOKİ'ye yaptırılması yönündeki düzenleme de kanun koyucunun takdir alanında kalmaktadır.

Diğer taraftan, bazı bakanlıkların bir takım işlerinin, talep etmeleri ve TOKİ'nin bağlı bulunduğu bakanlığın onaylaması hâlinde TOKİ'ye yaptırılmasına ilişkin düzenlemeyle, ne Bayındırlık ve İskan Bakanlığının ne de onun yerine geçen Çevre ve Şehircilik Bakanlığının görev ve yetkilerinde herhangi bir değişiklik olmamıştır. Söz konusu Bakanlığın kuruluş kanun hükmünde kararnamesinde belirtilen görev ve yetkileri aynen devam etmekte olduğundan, TOKİ'nin Bakanlığın yerine geçmesi ve kamu hizmetinin görülmesinde verim ve uyumun ortadan kalkması söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 126. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

M- Kanun'un 206. Maddesiyle, 4646 Sayılı Kanun'un 4. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının (d) Bendine Eklenen (3) Numaralı Alt Bendin “Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir.” Biçimindeki Dördüncü Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, düzenlemenin depolama faaliyeti yapılacak alanın en az yarısının mülkiyetine veya yararlanma hakkına sahip olanlara, diğer başvuru sahiplerine göre özel çıkar veya yarar sağlayıp, lisans bedelinin artırılmasına yönelik yarışmayı da ortadan kaldırarak toplumu kamu gelirinden yoksun bıraktığı, bir yasa kuralının konulmasında kamu yararı bulunduğunun kabulü için kanunun toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması gerektiği, belirli bir alanda birbiriyle çatışan çıkarların kamu yararı ile adalet ve hakkaniyet ölçülerine göre uzlaştırılmasının öncelikli yönteminin yarışma olduğu, lisans bedelinin artırılmasına yönelik yarışmayı ortadan kaldıran düzenlemenin bu açıdan da hukuk devleti

ilkesine aykırı olduğu, durumları aynı olan istekliler arasında doğal gaz depolama alanı yapılacak alanda yer alan taşınmazların en az yarısının mülkiyetine veya kullanma hakkına sahip olanlara ayrıcalık tanınmasının eşitlik ilkesi ile de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinde doğal gaz piyasa faaliyetlerinde bulunacak tüzel kişilerin gerekli lisansları almalarının şart olduğu belirtilmiş olup, maddenin dördüncü fıkrasında doğal gaz piyasa faaliyetleri ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Anılan fıkranın (d) bendinde ise doğal gazın depolanması faaliyetine yer verilmiş ve depolama faaliyeti yapacak olan tüzel kişilerde, depolama yapacak teknik ve ekonomik yeterliliğe sahip olmak, tasarrufları altında bulunacak depolama kapasitelerinin tümünü sistemin eşgüdümlü ve güvenli bir tarzda işlemesine yardımcı olacak şekilde idare edeceklerini ve kapasitelerinin sistem elverişli olduğu takdirde tarafsız ve eşit bir şekilde hizmete sunulacağını taahhüt etmek şartlarının aranacağı ifade edilmiştir.

6111 sayılı Kanun'un 206. maddesiyle söz konusu (d) bendine eklenen (3) numaralı alt bentle, aynı yer için birden fazla başvuru olması durumunda yapılacak işlemlere ilişkin düzenleme yapılmış, başvuruya konu yerin il, ilçe, köy, mahalle, ada, parsel bilgilerini de içeren bilgilerin Kurum internet sayfasında duyurulacağı, duyuruda belirlenecek sürede başvuruda bulunan tüzel kişilerin depolama lisansı almak için aranan şartları taşınmaları kaydıyla lisans başvurularının Kurul tarafından değerlendirileceği, bu değerlendirme sonucunda birden fazla başvurunun kalması durumunda bunlar arasında lisans bedelinin artırılması esasına göre yarışma yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Söz konusu (3) numaralı alt bendin iptal davasına konu cümlesinde ise başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkânı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması hâlinde bu başvurunun kabul edileceği, diğer başvuruların ise reddedileceği öngörülmüştür.

Madde gerekçesinde, doğal gaz depolama lisansı için aynı yere birden fazla başvuru olması durumunda yapılacak işlemlere ilişkin düzenlemenin, doğalgaz yatırımlarında sürecin hızlandırılması amacıyla yapıldığı ifade edilmiştir.

Kanun koyucunun dava konusu kuralla, doğal gaz depolama sahaları için lisans başvurusunda bulunan tüzel kişilerden, o sahaların asgari yarısının üzerinde mülkiyet veya kullanım hakkı bulunanlara öncelik verilerek, depolama yapılacak yerin satın alınması, kiralanması veya kamulaştırılması gibi işlemlerle uğraşmak zorunda kalmayacak kişilerin değerlendirmeye tabi tutulmasını ve doğal gaz depolama yatırımlarındaki sürecin hızlandırılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır.

Doğal gazın kullanım alanlarının geniş ve kullanım miktarının fazla olması, ihtiyacın tamamına yakınının ithalat yoluyla karşılanması, depolanmasının ülkemiz açısından büyük öneme sahip olması, depolama yapılabilecek alanların sınırlı olması ve depolama lisansının uzun süreli olarak verilmesi hususları göz önünde bulundurulduğunda, doğal gaz depolama lisansı verilmesinde depolama yapılacak alanla ilgili olarak kamulaştırma, mülkiyet ve arsa temini gibi işlemlerle zaman kaybedilmemesini, bu suretle sürecin kısaltılması ve projelerin hızlandırılmasını amaçlayan düzenlemenin kamu yararı amacı dışında bir yönünün bulunmadığı ve bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı açıktır.

Dava dilekçesinde, düzenlemenin lisans bedelinin arttırılmasına yönelik yarışmayı ortadan kaldırdığı ve toplumu kamu gelirinden yoksun bıraktığı, dolayısıyla kamu yararına olmadığı ileri sürülmüşse de kural, lisans bedelinin arttırılması şeklindeki yarışmayı ortadan kaldırmamaktadır. Kuralla, sadece, lisans verilecek yerdeki taşınmazlar üzerinde mülkiyet ve kullanım hakkı olanlara öncelik verilerek onlar arasında yarışma yapılması öngörülmektedir. Bahse konu haklara sahip tüzel kişilerin bulunmaması durumunda ise genel şartları taşıyan başvuru sahipleri arasında yarışma yapılmaktadır. Kaldı ki, depolama yapılacak saha üzerinde mülkiyet sahibi olmayan ve kullanım hakkı da bulunmayan kişilerin bu hakları almasının zaman alabileceği ve bu durumun yatırımın gecikmesine veya hiç gerçekleşmemesine sebep olabileceği dikkate alındığında, yarışma yapılarak en yüksek teklifi veren başvurucuya lisans hakkının verilmesi her zaman kamu yararının gerçekleşmesi sonucunu doğurmayabilecektir.

Doğal gaz depolama lisansı için başvuruda bulunan ve depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetine sahip olan veya asgari yarısının üzerinde depolama faaliyetinde bulunma imkânı verecek kullanma veya irtifak hakkı vb. izinlere sahip olan tüzel kişiler ile söz konusu taşınmazlar üzerinde belirtilen haklara sahip olmayan tüzel kişiler arasında ayırım yapılması haklı bir nedene dayandığı için eşitlik ilkesinin ihlal edildiğinden söz edilemez.

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

N- Kanun'un 208. Maddesiyle, 5737 Sayılı Kanun'un 7. Maddesine Eklenen Fıkraların İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

Kanun'un 208. maddesiyle, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine iki fıkra eklenmiştir. Anılan fıkralarda, intifa haklarına ilişkin taleplerin galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşmesi ve mazbut vakıflarda intifa haklarının galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Vakıflar Genel Müdürlüğüne belirlenmesi öngörülmektedir.

İntifa hakkı, mazbut ve mülhak vakıflarda, vakfiyelerindeki şartlara göre ilgililere bırakılmış galle fazlaları ve haklarını ifade etmektedir. Galle fazlası ise mazbut ve mülhak vakıflarda, vakfın hayrat ve akarlarının onarımı ile vakfiyelerindeki hayrat hizmetlerin ifasından sonra kalan gelir miktarını göstermektedir. İntifa hakkı ödemeleri mazbut vakıflarda, yönetim ve temsille yetkili olan Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından, mülhak vakıflarda ise vakfın kendi gelirlerinden mütevellileri tarafından yapılmaktadır.

5737 sayılı Kanun ve bu Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 2762 sayılı Vakıflar Kanunu ile bunlara dayanılarak çıkarılan ikincil mevzuat uyarınca, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından idare ve temsil edilen mazbut vakıflar ile on seneden beri mütevelliliği kimseye tevcih edilmemiş

olan vakıflarda, ilgililere vakfiyeye göre intifa hakları ödenmektedir. İntifa hakkı, vakıf evladı veya ilgilisi olduğunu kesinleşmiş mahkeme kararıyla ispat edenlere ödenmektedir. Bunun için, vakfiyede evlada ödeme yapılmasının öngörülmüş olması, kişilerin vakfiyede belirtilen niteliklere haiz vakıf evladı arasında bulunması ve vakfın gelir fazlasının mevcut olması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

5737 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dava konusu dördüncü fıkra, intifa haklarına ilişkin taleplerin galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşeceği belirtilmiştir. Buradaki beş yıllık sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu açıktır. Hak düşürücü süre, hukukun, haklarla ilgili bir kurumu olan zamanaşımının dar anlamda kullanılan bir ifadesidir. Dar anlamda zamanaşımı, alacaklının hakkını talep veya dava etmesinden mahrum olmayı gerektiren bir sükut sebebidir.

Kanun koyucu, bahse konu dördüncü fıkra, vakıfların ve vakıf idaresinin amaçlarını gerçekleştirebilmesi ve faaliyetlerini sürdürebilmesi ve yıllarca dava tehdidi altında kalmasının önüne geçilebilmesi amacıyla, intifa hakkı taleplerine ilişkin olarak, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıllık bir hak düşürücü süre uygulanacağını öngörmüştür.

Söz konusu 7. maddeye eklenen ve dava konusu olan beşinci fıkra ise mazbut vakıflarda intifa haklarının galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Vakıflar Genel Müdürlüğüne belirleneceği öngörülmüştür.

Kanun koyucu, dava konusu beşinci fıkra ile intifa hakkı davalarının sayısında yaşanan artışın ve açılan davalarda vakıf evladı lehine ve Vakıflar Genel Müdürlüğü aleyhine yüksek miktarlarda galle fazlasına hükmedilmesinin, vakıfların ve hatta Vakıflar Genel Müdürlüğünün mali imkânlarını ciddi biçimde etkilememesini, başka bir deyişle vakıfların amaçlarına ulaşmasını ve geleceklerinin olumsuz yönde etkilenmemesini sağlamayı amaçlamıştır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- Maddeye Eklenen Dördüncü Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 5737 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dördüncü fıkra ile vakıf evladına galle fazlasını almaya hak kazandıklarını gösteren mahkeme kararından itibaren beş yıllık hak düşürücü süre getirildiği, bu nedenle pek çok davanın esasa bile girilmeden reddedilmesi durumunda kalınacağı, düzenlemenin ayrıca muhtelif tarihlerde mahkemelerce verilen galleye müstahak vakıf evlatlık kararlarını ortadan kaldırdığı, oysa bir mahkeme kararı ancak o konuda alınacak ve iptali sağlanacak başka bir mahkeme kararıyla geçersiz kılınabilirken, düzenlemeyle mahkeme kararlarının hukuka aykırı bir şekilde yasama organınca ortadan kaldırıldığı, bu durumun ise hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkına ve yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Anayasa'nın 138. maddesinde de "*...Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.*" denilmiştir. Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır.

Vakıf, bir mülkün menfaatlerinin sosyal ve kültürel hizmetlere tahsis edilmek üzere özel mülkiyetten çıkarılarak temlik ve temellükten yasaklanmak suretiyle kamu yararına özgülenmesidir. Vakfın en önemli özelliği mülkün veya gelirlerinin belli bir süreyle sınırlı olmaksızın kamunun menfaatine tahsis edilmesidir. Vakıflar sahip oldukları bu özellikler nedeniyle hukukumuzda yer aldıkları ilk günden itibaren özel bir konumda kabul edilerek diğer kurumlardan farklı düzenlemelere bağlı tutulmuşlardır.

Vakıflar, özel hukuk kurumu olmalarına karşın, tarihten gelen özellikleri, kuruluş irade ve amaçları ile vakıf senetlerindeki koşullar gereği korunmaları ve sürekliliklerinin sağlanmaları için özel hukuk yanında kamu hukukunun da kapsamı içinde nitelendirilmişlerdir. Toplumun ortak varlığı hâline gelen vakıflar, ayrı bir kanun ile düzenlenmiş, yönetimleri ve kontrolleri Devlete bırakılmıştır. Vakıflarla ilgili düzenlemeler yapılırken, vakıfların vakfiyelerinden kaynaklanan varlıklarının, statülerinin ve amaçlarının özel hukuk hükümlerine göre korunmasına önem verilmiş, kamu düzeni ve vakfiyeye uygun korumanın ve sürekliliğin sağlanması için kamunun temsil ve yönetimi sağlanmış, böylece, özel alanın kamu düzeni ve yararı için kamu tarafından korunması ve yönetilmesi amacıyla kendine özgü bir müessese oluşturulmuştur.

Dava konusu kuralda, vakfiye şartlarına göre intifa hakkı bulunan ilgililerin intifa haklarına ilişkin taleplerinin galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşeceği öngörülmüştür.

Kanun koyucunun, kural ile vakıfların ve vakıf idaresinin amaçlarını gerçekleştirebilmesini ve faaliyetlerini sürdürebilmesini ve bu kuruluşların yıllarca eski iddialara hedef olmasının önüne geçilebilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

Kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda kanun koyucunun kimi hak düşürücü süreler koyabileceği doğaldır. 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. Diğer taraftan,

hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle de bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir. Dava konusu kuralla getirilen süre sınırlamasının, kamu düzeniyle ilgili olan vakıfların ve vakıf idaresinin amaçlarını gerçekleştirebilmesini ve faaliyetlerini sürdürebilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Vakıfların her an dava tehdidi altında bulunması, vakfiyelerinde belirtilen hayır işlerinin gerçekleşmesine engel olarak kamu hizmetinin aksamasına neden olacağından, intifa hakkı talepleri için bir süre sınırlaması getirilmesinde kamu yararı bulunmaktadır.

Hayır ve hizmet kuruluşu statüsünde olan ve toplumsal ihtiyaçlar için kurulan mazbut vakıflar, vakfiyelerinde belirtilen hayrî, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetleri vakfedilen mal ve hakların gelirleri ile yerine getirmektedirler. Vakfın gelirlerinden intifa hakkı talebi olmaması durumunda bütün gelirler, vakfiyelerinde belirtilen hayrî, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetlere tahsis edilmektedir. Galle fazlası almaya hak kazanan vakıf evladının uzun süre intifa hakkı talebinde bulunmayıp, yıllar geçtikten sonra bu hakkını geriye dönük talep etmesi, vakfı kaynaklarını kullanma ve planlama yapma konusunda tereddüde sevk edeceği gibi sonraki yıllarda vakfın amaçlarını gerçekleştirmesini ve faaliyetlerini sürdürmesini de zorlaştıracaktır. Bu itibarla, mazbut vakıfların gelirlerini kullanma planlarını isabetli bir şekilde yapmalarını sağlamak, faaliyetlerini sürdürebilmek ve uzun yıllar sonra eski iddialara hedef olmalarını engellemek üzere, vakıf evladının vakfiyelerde öngörülen intifa hakkını talep etmesi konusunda, hukuki bir müessese olan, hak düşürücü süreler kuralından yararlanılmasında Anayasa'ya bir aykırılık olmadığı gibi bu sürenin takdir ve tespiti de esas itibarıyla kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

Dava konusu kuralla, hakkın kullanılması için hak düşürücü süre öngörülmüş olup, kişilerin, vakıf evladı veya ilgilisi olduğuna ve galle fazlası almak için vakfiyede belirtilen nitelikleri haiz vakıf evladı arasında bulunduğu ilişkin dava açmalarını ve mahkeme kararlarının uygulanmasını engellenmediği gibi kuralın, süresinde başvuruda bulunan vakıf evladının intifa haklarını almalarını engelleyen bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 36. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- Maddeye Eklenen Beşinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralın mazbut vakıflarda vakıf evladına sadece son beş yıllık dönemde vakıfların mevcut malvarlığı hesaba katılarak intifa hakkı ödenmesini öngördüğü, yüzyıllar önce kurulmuş bulunan mazbut vakıfların malvarlıklarının çoğunun 1936-2011 yılları arasında Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından, vakıf evladına haber verilmeksizin elden çıkarıldığı ve bedellerinin de tahsil edildiği, dolayısıyla günümüzde bu vakıfların malvarlıklarının cami ve türbelerle etrafındaki mülklerden ibaret kaldığı, düzenlemenin vakfedenlerin iradesine aykırı olarak yıllarca tahsil ettiği bedellerin Vakıflar Genel Müdürlüğü uhdesinde kalmasını sağladığı, bu durumun ise Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet ve miras hakkına açık bir müdahale anlamına geldiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."* hükmüne yer verilerek, mülkiyet hakkı, miras hakkıyla birlikte bir temel hak olarak güvence altına alınmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız

ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnâ olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Dava konusu kuralla, mazbut vakıflarda intifa haklarının, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Vakıflar Genel Müdürlüğünce belirleneceği öngörülmüştür. Buna göre, bir mazbut vakfın geriye dönük olarak ödeyeceği intifa hakkı, vakfın son beş yıl içindeki varlıkları ile sınırlandırılmış olmaktadır.

Vakıf evladı veya ilgililerinin, vakfın gelirlerinden vakfiyede belirtilen hayır işlerine yapılan harcamalar düşüldükten sonra kalan miktar üzerindeki intifa hakları (galle fazlası) bir alacak hakkı olup, bunun mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, intifa haklarının vakfın son beş yıllık gelirleri ile sınırlandırılmasının mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

Vakfın, değişen ekonomik, sosyal ve hayat şartları ile bilim ve teknolojik gelişmelere paralel olarak varlığını koruması ve faaliyetini sürdürebilmesi, vakfiyesinde belirtilen hayır ve hizmet işlerine yetecek miktarda gelire sahip bulunmasıyla mümkün olabilir. Aksi hâlde, bütün vakıflar zamanla etkisiz hâle gelecek ve faaliyetlerini sürdüremediğinden vakfın tasfiyesi sonucu ile karşı karşıya kalınabilecektir. Dava konusu kural, vakfın faaliyetlerini sürdürebilmesi için gerekli gelirin sağlanmasına yönelik tedbirler alınması ve vakfın aciz hâline düşmesinin önüne geçilerek devamının sağlanması amacıyla, intifa haklarının vakfın son beş yıllık gelirleri ile sınırlı olmak şartıyla Vakıflar Genel Müdürlüğünce belirlenmesine olanak

tanınmaktadır. Bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde, düzenlemenin bir zorunluluktan kaynaklandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Vakıfların devamlılığının sağlanması ve vakfiyelerinde belirtilen hayır işlerini yerine getirerek faaliyetlerini sürdürebilmesi kamu yararına. Bunların sağlanabilmesinin vakıfların ihtiyacı olan gelire sahip olmasına bağlı olduğu dikkate alındığında, vakıf evladına ödenecek intifa haklarının, vakıfların son beş yıl içindeki gelirleri ile sınırlandırılması, vakıf amacı, kamu yararı ve kamu düzeni gereği yapılmıştır.

Ayrıca, vakıf evladı veya ilgililerine galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren gelir fazlası olan her yıl için intifa hakkı ödeneceği ve geriye dönük olarak yapılacak intifa hakkı ödemelerinin vakfın son beş yıllık geliri ile sınırlı olacağı dikkate alındığında, kamu yararı ile kişi hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge kurulduğu, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik sınırlamaların, kişilerin hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vurdurulmadığı, bu nedenle ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı hareket edilmediği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, kamusal yarar gözetilerek mazbut vakıfların amacına ulaşmalarını sağlayacak ekonomik kaynaklardan mahrum kalmalarının önlenmesi amacıyla, galle fazlası alacaklarının vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olarak belirleneceği öngörülmüş ise de hak sahiplerinin, galle fazlası alacakları tamamen ortadan kaldırılmamıştır. Dolayısıyla, intifa hakkını, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlayan dava konusu kuralın, bireysel yarar ile kamu yararı arasında açık ve hakkaniyete aykırı bir dengesizlik oluşturmadığı gibi mülkiyet hakkının özünü zedeleyen bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

O- Kanun'un 209. Maddesiyle, 5737 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 10. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kanunların geriye yürümezliği ilkesinin bir hukuki eylem ya da davranışın, bir hukuki ilişkinin vuku bulduğu ya da meydana

geldiği dönemdeki kanun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceği anlamına geldiği, sonradan çıkan kanunun kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmayacağı, hukuk devletinin temel özelliğinin bütün vatandaşlara hukuki güvence sağlaması ve hukuki güvencenin ilk ve en basit şartının da aleyhteki kanunların geriye yürümemesi olduğu, 6111 sayılı Kanun ile 5737 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen hükümlerin bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve hâlen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacağını öngören düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile Anayasa'nın 138. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 209. maddesiyle 5737 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. maddede, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 5737 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen hükümlerin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve hâlen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Vakıflar, vakfiyelerinde belirtilen hayrî, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetleri vakfedilen mal ve hakların gelirleri ile yerine getirmektedirler. Vakfın gelirlerinden vakfiyelerinde belirtilen hayrî, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetlere tahsis edilenler ile vakıf için yapılan giderler çıkarıldıktan sonra, vakıf evladı veya ilgililerine ödenecek intifa hakkı belirlenmektedir.

Kuralla, vakıflarda intifa hakları konusunda ortaya çıkan ihtilafların, 5737 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen yeni hükümler doğrultusunda çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Böylece, vakıflarda intifa hakkı taleplerinin galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren beş yıl geçmekle düşeceği ve mazbut vakıflarda intifa haklarının söz konusu mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelir ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının bulunması şartıyla Vakıflar Genel Müdürlüğüne belirleneceği yönündeki düzenlemenin, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve devam eden davalarda da uygulanması sağlanmıştır.

Dava konusu kuralın, bir yandan vakıfların gelirlerini amaçlarına uygun olarak verimli bir şekilde kullanmalarını, vakfiyelerinde belirtilen hayrî, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetleri yerine getirebilmelerini ve bu faaliyetlerini sürdürebilmelerini sağlamak, diğer yandan uzun yıllar sonra eski iddialara hedef olmalarını ve devamlı olarak dava tehdidi altında bulunmalarını engellemek amacıyla kabul edildiği anlaşılmaktadır. Vakıflarda intifa hakları konusunda ortaya çıkan hukuksal sorunların çözülmesi amacıyla Vakıflar Kanunu'na eklenen hükümlerin maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve hâlen devam eden davalarda da uygulanmasını öngören kural, kamu yararı amacıyla getirilmiş olup, Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Maddenin yürürlüğe girmesinden önce açılmış davalarda da uygulanacağı belirtilen düzenlemelerin, Kanun'un yürürlüğünden önce, vakıf evladı veya ilgilisi olan kişilerin açtıkları davalardaki ihtilaf konusuyla ilgili tamamlanmış ve hukuksal sonuçlar doğurmuş kararlara bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, kuralın, söz konusu düzenlemelerin geriye yürütülmesi ve kazanılmış hakların ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu da söylenemez.

Kanun koyucu tarafından hukuki ihtilafları gidermek amacıyla yapılan düzenlemelerin, söz konusu ihtilaf nedeniyle açılmış ve düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla henüz sonuçlanmamış davalar hakkında da uygulanmasının sağlanması yargıya müdahale anlamına gelmeyecektir. Bir ihtilafla ilgili olarak dava açılmış olması, o ihtilafın dava açan kişiler lehine sonuçlanacağı anlamına gelmeyeceği gibi bu kişiler için kazanılmış herhangi bir hakkın bulunduğunu göstermeyecektir.

5737 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen fıkra hükümlerinin, maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve devam eden davalara da uygulanacağını gösteren ve dava konusu olan kuralın, vakıf evladı veya ilgilisi olan ve intifa hakkı bulunan kişilerin kazanılmış haklarını ihlal eden ve bu kişiler hakkında verilmiş olan mahkeme kararlarının uygulanmaması sonucunu doğuran bir yönü bulunmamaktadır.

Kural, yargılamanın ne yönde yapılacağı veya belirli somut bir uyuşmazlığın nasıl karara bağlanacağı hususunda bir ifadeye yer vermediği gibi, hâkimlerin görevlerini bağımsızlık içinde yapmalarını, Anayasa'ya,

kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm tesisini engellememekte ve yargı yetkisinin kullanılması bakımından mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat verilmesine de yol açmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN bu görüşe katılmamıştır.

P- Kanun'un Geçici 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Kanun'un geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 1.11.2012 günlü, E.2010/83, K.2012/169 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu nedenle, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

R- Kanun'un Geçici 17. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- Şekil Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, maddenin özel af niteliğinde olduğu ve Anayasa'nın 87. maddesi uyarınca genel ve özel affın TBMM'nin üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu olan 330 milletvekilinin oyuyla kabul edilmiş olması gerektiği, ancak TBMM Genel Kurulunun 65. birleşiminde 12.2.2011 tarihinde yapılan tasarının tümü üzerindeki oylamada tasarının 272 oyla kabul edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 87. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrası, *"Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı;...hususları ile sınırlıdır...Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez."* hükmünü içermektedir.

6216 sayılı Kanun'un 36. maddesinde kanunların şekil bakımından denetlenmesinin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı

hususlarıyla sınırlı olduğu ve 37. maddesinde de kanunların şekil yönünden Anayasa'ya aykırılıkları iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkının, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak on gün sonra düşeceği ifade edilmiştir.

Kanun, 25.2.2011 günlü, 27857 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, iptal davası ise 21.4.2011 gününde açılmıştır. Bu durumda, bu maddenin şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin başvuru, süresi içinde yapılmadığından, bu maddenin şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığına ilişkin iptal isteminin süre aşımı nedeniyle reddi gerekir.

2- Esas Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, kanun koyucunun kişisel, siyasi ya da saklı bir amaç güttüğü kamu yararına yönelik olmayan başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, amaç ögesi bakımından kanunun sakatlığının ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılığın söz konusu olacağı, siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespitinin Anayasa Mahkemesince yapılacağı, söz konusu denetimin Siyasi Partiler Kanunu hükümlerine göre yapılacağı ve kesin hesabın verilmemiş olması nedeniyle denetimin yapılamamasının cezai yaptırıma bağlandığı, düzenleme ile kesin hesabını vermemiş olmanın cezalandırılmak yerine ödüllendirildiği, iptali istenen maddenin mahkeme kararlarını hükümsüz kılmayı amaçladığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 69. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un geçici 17. maddesinde, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında kapatma kararı verilen siyasi partilerden, kapatma kararının verildiği tarihten önceki döneme ilişkin olarak kesin hesabın verilmemiş olması nedeniyle Anayasa Mahkemesince denetlenmediği için hesapları hakkında karar verilmemiş olanların Hazineye intikal etmesi gereken malvarlığı ile ilgili olarak sorumlular aleyhine açılmış ve bu Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla kesin hükme bağlanmamış olan davalardan, davalıların davaya konu alacak aslının %50'sini ve bu tutara alacağın Hazineye intikali gereken tarihten bu Kanun'un yayımlandığı tarihe kadar geçen süreye TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarı, Kanun'da öngörülen süre ve şekilde ödemeleri şartıyla, vazgeçileceği ve kalan alacak aslı ile fer'i tutarların tahsil edilmeyeceği belirtilmiştir.

Maddede ayrıca, hesaplanan fer'i tutarın ödenmesi gereken asıl alacak tutarının yarısını geçemeyeceği, bu hükümden yararlanmak isteyen davalıların Kanun'un yayımını izleyen ikinci ayın sonuna kadar başvuruda bulunmalarının şart olduğu, yargılama masrafı ve vekâlet ücretlerinin karşılıklı olarak talep edilmeyeceği, madde hükmünden yararlanmak üzere başvuruda bulunulduğu halde taksitlerden birinin ödenmemesi halinde madde hükmüne göre ödenmesi gereken alacağın tamamının muaccel olacağı ve muaccel hale geldiği tarihten itibaren 6183 sayılı Kanun'un 51. maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında bir faiz ile birlikte başkaca bir işleme gerek kalmaksızın tahsil edileceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 69. maddesinde "...Siyasi partilerin gelir ve giderlerinin amaçlarına uygun olması gereklidir. Bu kuralın uygulanması kanunla düzenlenir. Anayasa Mahkemesince siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti, bu hususun denetim yöntemleri ve aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar kanunda gösterilir. Anayasa Mahkemesi, bu denetim görevini yerine getirirken Sayıştaydan yardım sağlar. Anayasa Mahkemesinin bu denetim sonunda vereceği kararlar kesindir..." denilmektedir.

Dava konusu kuralın, haklarında kapatma kararı verilen siyasi partilerin Hazineye intikal etmesi gereken malvarlığı ile ilgili olarak sorumlular aleyhine açılmış ve bu Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla kesin hükme bağlanmamış olan davalara konu alacakların yapılandırılarak tahsilâtının sağlanmasına yönelik olup, kuralla öngörülen düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin mal edinimleri ile gelir ve giderlerinin kanuna uygunluğunun tespiti için yapacağı inceleme ve denetim ile bu denetim sonucunun gereğinin yapılmasını engelleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Hukuk devleti, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlar. Bu bağlamda kanun koyucu sosyal yaşamı düzenlemek için kamu yararı amacı ile kimi kurallar koyabilir. Zaman içinde değişen toplumsal gereksinimleri 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 bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi, kanun koyucunun görevidir.

Devlet, sosyal ve ekonomik politika gereği bazı durumlarda bir miktar kamu alacağından belirli şartlarla vazgeçebilecektir. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli kaynağın elde edilmesi amacıyla kanun koyucunun kamu alacaklarının takip ve tahsili için kolaylık ve hızlılık sağlanmasına yönelik hukuki düzenlemeler yapması yasama yetkisinin bir gereğidir.

Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak yetkisine sahip olup, düzenlemede kamu yararının bulunup bulunmadığının belirlenerek takdir edilmesi kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır.

Kapatılan siyasi partilerin Hazineye intikal etmesi gereken malvarlığı ile ilgili olan ve davaları devam eden alacakların tahsilatının hızlandırılması ve dava dosyalarının azaltılması amacıyla, TEFE/ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak yapılandırılmasına yönelik düzenleme, kanun koyucunun takdirinde olup, hukuk devletinin gereği olarak gözetilmesi gereken kamu yararına aykırı da değildir.

Dava konusu kural, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında kapatma kararı verilen siyasi partilerin tamamını kapsadığı ve siyasi partiler arasında bir ayırım yapılmadığı anlaşıldığından, kuralın kanunların genelliği ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

Anayasa'nın 138. maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı ve hiçbir organ ya da kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Kural, kesinleşmiş mahkeme kararlarının yerine getirilmemesine veya değiştirilmesine ilişkin bir ifade içermemektedir. Kamu alacaklarının tahsilâtının hızlandırılması ve alacaklara ilişkin dava dosyalarının azaltılması amacıyla enflasyon oranına endekslenerek yapılandırılmasını

öngören kuralın, yargı kararlarının bağlayıcılığı ilkesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 69. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1- 40. maddesiyle değiştirilen, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dördüncü fıkrasının *"Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz."* biçimindeki ikinci cümlesine,

2- 53. maddesiyle, 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine eklenen fıkraya,

3- 64. maddesiyle değiştirilen, 5.6.1986 günlü, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan *"...net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştırılan işyerlerinde..."* ve *"...yirmiden az personel çalıştırılan işyerlerinde yüzde 15'inden..."* ibarelerine,

4- 67. maddesiyle, 1.7.1976 günlü, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'a eklenen geçici 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan *"...3 aylık süre içerisinde..."* ibareye,

5- 98. maddesiyle, 11.1.1954 günlü, 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'na eklenen geçici 4. maddeye,

6- 101. maddesiyle değiştirilen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafının *"... Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcılar ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için..."* bölümüne,

7- 115. maddesiyle, 657 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasına,

8- 133. maddesiyle, 8.6.1994 günlü, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesine eklenen fıkra,

9- 166. maddesine,

10- 177. maddesiyle, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendine,

11- 179. maddesiyle değiştirilen, 4734 sayılı Kanun'un 68. maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesindeki *"projelerde"* ibaresine,

12- 206. maddesiyle, 18.4.2001 günlü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendine eklenen (3) numaralı alt bendin *"Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir."* biçimindeki dördüncü cümlesine,

13- 208. maddesiyle, 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine eklenen fıkralara,

14- 209. maddesiyle, 5737 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. maddesine,

15- Geçici 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 9.5.2013 günlü, E.2011/42, K.2013/60 sayılı kararlar reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bende, cümlelere, bölüme ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

B- 1- 169. maddesiyle, 9.12.1994 günlü, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 3. maddesinin;

a- İkinci fıkrasının;

aa- Birinci cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresi,

ab- Dördüncü cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresi,

ac- Sekizinci ve dokuzuncu cümlelerinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresi,

b- Üçüncü fıkrasında yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların..." ibaresi,

2- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi,

hakkında, 9.5.2013 günlü, E.2011/42, K.2013/60 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu cümleye ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

9.5.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 40. maddesiyle değiştirilen, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dördüncü fıkrasının *"Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz."* biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 53. maddesiyle, 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine eklenen fıkranın;

1- Birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dördüncü cümlesinin;

a- *"...yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve..."* bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 64. maddesiyle değiştirilen, 5.6.1986 günlü, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan *"...net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştırılan işyerlerinde..."* ve *"...yirmiden az personel çalıştırılan işyerlerinde yüzde 15'inden..."* ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 67. maddesiyle, 1.7.1976 günlü, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'a eklenen geçici 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan *"...3 aylık süre içerisinde..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 98. maddesiyle, 11.1.1954 günlü, 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'na eklenen geçici 4. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 101. maddesiyle değiştirilen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafının "...Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

G- 115. maddesiyle, 657 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 133. maddesiyle, 8.6.1994 günlü, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun'un 12. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 166. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 169. maddesiyle, 9.12.1994 günlü, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 3. maddenin;

1- İkinci fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresi,

b- Dördüncü cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresi,

c- Sekizinci ve dokuzuncu cümlelerinde yer alan “...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar...” ibaresi,

2- Üçüncü fıkrasında yer alan “...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların...” ibaresi,

ek 3. madde, 3.6.2011 günlü, 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 38. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (h) bendi ile yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu ibarelere ilişkin iptal istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

K- 177. maddesiyle, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

L- 179. maddesiyle değiştirilen, 4734 sayılı Kanun’un 68. maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesindeki “projelerde” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

M- 206. maddesiyle, 18.4.2001 günlü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu’nun 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendine eklenen (3) numaralı alt bendin “Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir.” biçimindeki dördüncü cümlesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

N- 208. maddesiyle, 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 7. maddesine eklenen fıkraların Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

O- 209. maddesiyle, 5737 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

P- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası, 1.11.2012 günlü, E.2010/83, K.2012/169 sayılı karar ile iptal edildiğinden, konusu kalmayan bu fıkra ile ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

R- Geçici 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

1- Şekil yönünden iptali istemiyle açılan davanın, süre aşımı nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Esas yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

9.5.2013 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

13.2.2011 tarih ve 6111 sayılı Kanun'un 53. maddesiyle 1.7.1964 tarih ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Geçici 20. maddesine eklenen dava konusu fıkra ile, aynı maddenin (Geçici 20'inci madde) birinci fıkrasının (b) bendinin uygulanmasında, yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muaidil miktar karşılaştırmasının esas alınacağı, **ancak gelir ve aylıkların artırılmasında 506 sayılı Kanun'a göre bağlanan gelir ve aylıkların artırımına ilişkin hükümlerin devir tarihine kadar uygulanmayacağı ve bu hükmün, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanacağı** hüküm altına alınmaktadır.

17.7.1964 tarih ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Geçici 20. maddesiyle bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya teşkil ettikleri birliklerin personeline malullük, yaşlılık ve ölümlerinde yardım yapmak üzere birer vakıf teşkil etmekle yükümlü oldukları, bu vakıfların yapacakları aylık dahil emeklilik yardımlarının 506 sayılı Kanun'da öngörülen tutarlardan aşağı olamayacağı, sözkonusu vakıfların (sandıkların) hem Çalışma Bakanlığı hem de Maliye ve Ticaret Bakanlıklarının kontrol ve denetimine tâbi tutulacağı hüküm altına alınmış; 11.5.1976 tarih ve 1992 sayılı Kanunla hem bu sandıklar hem de bunların iştirakçileri ile sandıklarından aylık alanların bir yıl içerisinde Sosyal Sigortalar Kurumu'na devredilmesi öngörülmüştür.

Sözkonusu yasal düzenlemenin iptali için Cumhurbaşkanı'nca açılan iptal davası üzerine Anayasa Mahkemesi, 25.1.1977 tarih ve E.1976/36, K.1977/2 sayılı kararıyla, aşağıdaki gerekçeyle sözkonusu kuralın iptaline karar vermiştir.

"... Geçici 20. madde ile getirilen durumu özetlemek gerekirse; bu maddede sayılan kuruluşlara ait personelin sosyal güvenliğini sağlamak için, Devlet, bu kuruluşlara sosyal sigorta örgütü kurdurmuştur. Vakıf yolu ile kurulan bu örgütlerin mensuplarına sağladığı yararların genel sosyal güvenlik, başka bir deyimle 506 sayılı Kanunla sağlanandan aşağı düşmesi halinde, üç Bakanlıktan oluşan denetim organının alınmasına lüzum gördüğü önlemlerin yerine getirilmesiyle sandıklar ve ilgili kuruluşlar yükümlü tutulmuş ve böylece bu maddenin kapsamında olan personelin

sosyal güvenliği, genel sosyal güvenlikten aşağı olmayacak bir biçimde sağlanmış olmaktadır... Sosyal hukuk devletin temel ereği, sosyal hakların ve sözgelimi sosyal güvenliğin en iyi, en sağlam ve en etkin bir biçimde sağlanmasıdır. Bunun için devlet ya kendisi bu işi üstlenerek sosyal güvenlik hakları sağlayacak ya da kendi dışında bu hakkın sağlanmasına olanak yaratarak kurduğu örgütü denetleyecektir... **Devletin, haklı bir neden ortaya koymaksızın, kendi kurduğu örgütten farksız ve hatta ondan daha üstün sosyal güvenlik hakkı sağlayan vakıf kuruluşlarına el atması, sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılmaz.** O halde kuruluşlar hakkında hiçbir inceleme yapılmadan ve bu örgütlerin durumları açık ve seçik olarak ortaya konulmadan mensuplarının sosyal sigortalar kapsamına ilke olarak alınmasında Anayasa'ya uyarlık yoktur... **Devletin görevi, bu kuruluşların doğal kaynaklarını kurutmak değil, onların güçlenmelerini sağlamak ve bu yolla ilgililerin sosyal güvenlik haklarını güvence altına almaktır...** Dava konusu EK 1. madde hükmünün tümünün Anayasaya aykırı olduğuna ve İPTALİNE..."

506 sayılı Kanun'un Geçici 20. maddesinin ikinci değiştirilme girişimi 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 23. maddesiyle yapılmış ve anılan kuralla, sözkonusu sandıkların iştirakçileri ile bu sandıklardan kendilerine yaşlılık ve ölüm aylığı ve gelir bağlanmış olanlar ile bunların hak sahiplerinin, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde Sosyal Sigortalar Kurumu'na devredilerek 506 sayılı Kanun kapsamına alınacağı ve bu Kanun kapsamında sigortalı sayılacakları hüküm altına alınmış; bu yasal düzenlemeye karşı Cumhurbaşkanı ve 119 milletvekilinin açtıkları iptal davalarında Anayasa Mahkemesi, 22.3.2007 tarih ve E.2005/139, K.2007/33 sayılı kararıyla, aşağıdaki gerekçeyle kuralın iptaline karar vermiştir:

"... sosyal devletin görevi, güçsüzleri koruyarak sosyal adaleti, sosyal refahı ve sosyal güvenliği sağlamaktır. Sosyal hukuk devleti, kişisel özgürlük, sosyal adalet ve sosyal güvenlik öğelerini birbirleriyle bağdaştırarak 'hukuk devleti' ile 'sosyal devlet' arasındaki uyumu sağlar... Çağdaş uygarlığın simgesi olarak tüm toplumlarca benimsenmiş ve evrensellik kazanmış olan sosyal güvenlik kavramı, özde bireyin karşılaşacağı tehlikelere karşı güvence arayışının ürünüdür. Bireye asgari bir güvence sağlamak, sosyal güvenliğin temel amacıdır... Maddenin birinci fıkrası, sandık iştirakçileri ile malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasından aylık veya gelir bağlanmış

olanlar ile bunların hak sahiplerinin 506 sayılı Yasa kapsamına alınmak suretiyle devrini öngörürken, altıncı fıkrası bu devrin iştirakçilerin 506 sayılı Yasa'ya göre emsallerine uygun olarak intibaklarının yapılması suretiyle gerçekleştirileceğini belirtmektedir. Bu durum, 506 sayılı Yasa kapsamındakilere uygulan prim oranlarının üzerinde prim uygulamasında bulunan sandıklardan, malullük, yaşlılık ve ölüm sigortasından aylık ve bağlanmış olanlar ile bunların hak sahiplerinin gelecekte gelir kaybına uğramalarına yol açabilecektir. Her ne kadar sandıkların varlıkları sona erdirilmemekte ve maddenin beşinci fıkrasında da sandıkların 506 sayılı Yasa'nın öngördüğü sosyal hakların ve ödemelerin üzerinde sağlamış oldukları sosyal sigorta haklarına ve ödemelerine devam edebilecekleri belirtilmekte ise de, kural gereği devir tarihi itibarıyla devredilen kişilerle ilgili olarak sandıkların yükümlülüğünün peşin değerinin hesaplanarak borçlandırılması ve sandık iştirakçilerinin devri nedeniyle sağlanan prim gelirleri yönünden de büyük kayba uğrayacak olmaları, sandıkların 506 sayılı Yasa'nın öngördüğü sosyal hakların ve ödemelerin üzerinde sağlamış oldukları sosyal sigorta haklarını ve ödemelerini gerçekleştirebilmelerini ve devam ettirebilmelerini tehlikeye düşürebilecektir. Sandıkların bu hakları ve ödemeleri gelecekte karşılamakta ödeme gücüne düşebilecekleri gözetildiğinde, bu kişilerin haklarının korunması için gerekli düzenlemelerin yapılması sosyal hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir..."

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı üzerine 17.4.2008 tarih ve 5754 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a "506 sayılı Kanunun Geçici 20 nci maddesi kapsamındaki sandıklar ve ilgili hükümler" başlığıyla Geçici madde 20 eklenmiş; bu maddenin birinci fıkrasının iptali istemiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi 30.3.2011 tarih ve E.2008/56, K.2011/58 sayılı kararı ile iptal isteminin reddine (oyçokluğuyla) karar vermiştir. Anılan düzenlemeyle, 506 sayılı Kanun'un Geçici 20. maddesi kapsamındaki bankalar, sigorta ve reasürans şirketleri, ticaret odaları, sanayi odaları, borsalar veya bunların teşkil ettikleri birlikler personeli için kurulmuş bulunan **sandıkların** "iştirakçileri ile aylık veya gelir bağlanmış olanlar ile bunların hak sahiplerinin" herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, bu maddenin yayımı tarihinden (8.5.2008) itibaren üç yıl içinde Sosyal Güvenlik Kurumu'na devredilerek 5510 sayılı Kanun kapsamına alınacağı, devir için öngörülen bu sürenin Bakanlar Kurulu kararı ile en fazla iki yıl daha uzatabileceğini, devir tarihi itibarıyla sözkonusu sandık iştirakçilerinin 5510

sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendi kapsamında sigortalı sayılacakları hüküm altına alınmış; bu sandıkların mensupları yeni sosyal güvenlik sistemine intibak ettirilmiş olmakla beraber, bu sandıkları kapatılmamış ve sözkonusu yasal düzenlemeyle mensuplarına ek sosyal güvenlik sağlama fonsiyonlarına müdahale edilmemiştir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin işaret edilen 30.3.2011 tarih ve E.2008/56, K.2011/58 sayılı red kararının gerekçesinde de "...5510 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 20. maddenin iptal istemi dışında kalan diğer fıkralarında, kural kapsamındakilerin aylık ve gelir farklarının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödenmeye devam edilmesi zorunluluğunun bulunması ve vakıf senedinde bulunmasına rağmen karşılanmayan diğer sosyal haklar ile ödemelerin yalnızca sandıklar tarafından değil, aynı zamanda sandık iştirakçilerini istihdam eden kuruluşlarca da ödenmesi öngörüldüğünden, kural kapsamındakilerin haklarının korunmadığı söylenemez..." denilmektedir.

506 sayılı Kanun'un Geçici 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, maddede düzenlenen "sandık"ların personelinin, iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm, eşlerinin analık, eş ve çocuklarının hastalık hallerinde, **en az bu kanunda belirtilen yardımları sağlayacak** birer tesis (vakıf) şeklinde teşkilatlanmaları hüküm altına alınmıştır. 506 sayılı Kanun Geçici 20. maddesine iptal istemine konu fıkra eklenmeden önce uygulamada Sosyal Güvenlik Kurumu'na bu hükmün asıl amacının vakıflarca (sandıklarca) sağlanan yardımların miktarının, aynı şartları taşıyan 4/1-a sigortalısı bir kişiye sağlanan yardımların miktarından aşağı olmamasını sağlamak olduğu, bu hükmün ve yardım kavramının aylık artışlarını içermediğinin savunulmasına karşılık; sandıktan emekli aylığı almakta olan bir kısım şahısların açtıkları davalarda, yardım miktarları dışında aylık artış oranlarının da Sosyal Güvenlik Kurumunca belirlenen aylık artış oranlarından aşağı olamayacağı yolunda adli yargı kararları verilmiş, bu kararlardan bir kısmı Yargıtay 10. Hukuk Dairesince onanmak suretiyle benimsenmiştir. 5510 sayılı Kanun Geçici 20. maddesi hükmü 8.5.2013 tarihinde yürürlüğe gireceğinden; bu tarih öncesi geçiş döneminde 506 sayılı Kanun Geçici 20. maddesinin esas alınması gerektiği kuşkusuzdur ve sandık emeklilerinin de, emekli aylıklarındaki artışlar yönünden yasadan doğan haklarının yorumu bakımından adli yargıya başvurmaları hukuki ve doğal bir süreçtir. Adli yargının ilgili yasa maddesi konusunda yaptığı yorum ve vardığı sonucu ortadan kaldırıcı ve sandık emeklileri aleyhine sonuç doğurucu

mahiyetteki dava konusu yasal düzenleme, gelecekte daha iyi bir emeklilik aylığı bağlanması beklentisinde olan sandık emeklilerinin sosyal güvenlik haklarını zaafa uğrattığı gibi; emekli aylığı alanların gelecekte alacakları/ almakta oldukları yüksek emekli aylıkları ve artışları imkânından mahrum bırakılmaları itibarıyla, hukuk devletinin “öngörülebilirlik” ve “hakkaniyet” ilkelerine de aykırı düşmektedir. Diğer bir deyişle, yasayla kurulmuş vakıf tüzel kişiliğinin hukuki himayesinde olan sandık emeklilerinin özel hukuk kaynaklı beklenen hakları bu yasal düzenlemeyle büyük ölçüde zedelenmiş; hukuk devletinin “hukuki güvenlik” ilkesi de ihlâl edilmiştir.

Öte yandan, dava konusu fıkranın ikinci cümlesi de hem bu düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışları kapsamaması hem de görülmekte olan davalarda uygulanacağının belirtilmesi karşısında; hukuk güvenliği ve hukuk devleti ilkelerine açıkça aykırı düşmektedir. Kaldı ki, birinci cümlemin açıkça Anayasa’ya aykırı olması nedeniyle, buna bağlı ikinci cümlemin de Anayasaya aykırılığında kuşku bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, Anayasa’nın 2. ve 60. maddelerine aykırı bulunan 506 sayılı Kanun’un Geçici 20. maddesine eklenen fıkranın iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un;

1- 53. maddesiyle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun geçici 20. maddesine eklenen ve iptali istenilen fıkranın son cümlesinde *“Bu hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanır.”*

2- 98. maddesiyle 6219 sayılı Kanun’a eklenen ve iptali istenilen geçici 4. maddesinde *“6219 sayılı Kanunun değişik 18 inci maddesi,*

1/1/2004 tarihinden itibaren geçerli olup, Banka ve ortaklıkları hakkında yargı mercilerine açılmış davalar ve icra takipleri hakkında da uygulanır."

3- 209. maddesiyle 5737 sayılı Kanun'a eklenen ve iptali istenilen geçici 10. maddesinde *"Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla bu Kanunun 7 nci maddesine eklenen hükümler, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanır."*

denilmektedir.

İptali istenilen hükümler sırasıyla incelendiğinde;

506 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesine eklenen son cümlede, bu maddenin birinci fıkranın (b) bendinin uygulanmasında, yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırmasının esas alınacağına, ancak, gelir ve aylıkların artırılmasında 506 sayılı Kanun'a göre bağlanan gelir ve aylıkların artırımına ilişkin hükümlerin devir tarihine kadar uygulanmayacağına, 5510 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin on ikinci fıkrasında yer alan sınırlama dâhilinde sandıkların kuruluş senetlerinde yer alan hükümler ve sandıkların uygulamalarının saklı kalacağına ilişkin hükmün, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlara ve görülmekte olan davalara da uygulanacağı,

6219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 4. maddede, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun ve 12/4/1990 tarihli ve 3624 sayılı Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı Kurulması Hakkında Kanun Banka ve ortaklıkları hakkında uygulanmayacağına ilişkin 18. madde hükmünün, 1/1/2004 tarihinden itibaren geçerli olacağı, Banka ve ortaklıkları hakkında yargı mercilerine açılmış davalar ve icra takipleri hakkında da uygulanacağı,

5737 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. maddede, 7. maddeye eklenen, intifa haklarına ilişkin talepler galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşeceğine, mazbut vakıflarda intifa hakları, galle fazlası almaya hak kazanıldığını gösteren mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren, vakfın son beş yıl içindeki malvarlığı, gelirleri ve giderleri ile sınırlı olmak ve galle fazlasının mevcudiyeti şartıyla Genel Müdürlükçe belirleneceğine ilişkin hükümlerin bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış ve halen devam eden intifa haklarının ödenmesi, malvarlığı ve gelirlerinin tespitine ilişkin davalarda da uygulanacağı,

öngörülerek, ileriye yönelik olarak yapılan bu düzenlemelerin sözü edilen ve iptali istenilen hükümlerle yürürlük tarihleri geriye götürülmek suretiyle önceki olay, işlem ve eylemlere de uygulanacağı ifade edilmiştir.

Hukuk devletinde, hukuki güvenlik, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Yasalar, geriye yürümezlik ilkesi uyarınca kazanılmış hak, kamu düzeni, kamu yararı ve mali haklarda iyileştirme gibi durumlar dışında kural olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe etkili olmaması hukukun temel ilkelerindendir.

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. Bu maddede belirtilen hukuk devleti, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de gerçekleştirdiği yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk güvenliğinin sağlanması, yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir kurallar içermesiyle mümkün olur. Daha önce tesis edilmiş işlemlerden ya da yürürlükte olan yasalardan yararlanacağı umuduyla hak arama yollarına başvuranların elde etmek istedikleri hukuki sonuçları etkisiz hale getirecek şekilde geriye dönük düzenlemelerle yasama tasarrufunda bulunulması, hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Kişilerin devlete güven duymaları, maddî ve manevî varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri, hukuki güvenliğinin sağlanmasıyla gerçekleşebilir.

İptali istenilen kurallarla ileriye yönelik olarak düzenlenen hükümlerin yürürlük tarihlerinin kamu düzeni, kamu yararı ve mali haklarda iyileştirme gibi nedenler bulunmadığı halde geriye götürülmek suretiyle yürürlük tarihinden önce meydana gelmiş artışlar, yargı mercilerine açılmış bulunan davalar ve başlatılmış icra takipleri için de uygulanması sağlanarak, hak arama yollarına başvuran bireylerin elde etmek istedikleri hukuki sonuçların yasama tasarruflarıyla etkisizleştirilmesi, Devlete olan güven duygusunu ortadan kaldırmaktadır. Bu durum hukuki güvenlik ve Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine uygun düşmemektedir.

Açıklanan nedenlerle hükümlerin geriye yürütülmesini sağlayan kurallar Anayasa'ya aykırıdır.

İptalleri gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

1- Kanun'un 40. maddesiyle, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dördüncü fıkrasında değişiklik yapılarak, Kurumca belirlenen işyerlerinde, ay içerisinde bazı iş günlerinde çalıştırılmadığı ve ücret ödenmediği beyan edilen sigortalıların otuz günden az çalıştıklarını ispatlayan belgelerin işverence ilgili aya ait aylık prim ve hizmet belgesine eklenmesi zorunluluğundan, "*Kurumca belirlenen*" işyerlerinin hariç tutulacağı öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ve 60. maddesinde düzenlenen "*herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir*" hükmü, sosyal güvenlik alanında yasaların emek sahiplerini aynı düzeyde korumasını gerektirir.

İptali istenen kuralla, sosyal güvenlik alanında kişilerin hak sahipliğinin belgelenmesinde önemli bir işlev görecektir olan düzenlemeden, Kurumca belirlenecek işyerlerinin istisna tutulabileceği anlaşılmaktadır. Anayasal güvence altındaki sosyal güvenlik hakkından kişilerin yararlanmasını etkileyecek düzenlemelerin, çalışanlar arasındaki eşitliği bozacak ve keyfi

şekilde kullanılabilecek bir yasa kuralı ile Kurumun takdirine bırakılması, Anayasa'nın 2. ve 60. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin TBMM'ne ait olduğu ve devredilemeyeceği belirtilmiştir. Çalışanların hizmetlerini belgelemeleri konusunda demokratik ve sosyal bir devlette zorunlu olan farklı düzenlemelerin yasa ile yapılması, çerçevesi çizilmemiş geniş bir alanın idarenin takdirine bırakılmaması gerekir. Kural bu yönüyle Anayasa'nın 7. maddesine de aykırıdır.

2- Kanun'un 53. maddesiyle 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 20. maddesine eklenen fıkranın dördüncü cümlesinde, fıkra ile getirilen kuralların, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin başlıca ilkelerinden biri de hukuk güvenliğidir. Bu çerçevede, yasalarla getirilen düzenlemelerin, kişilerin öngöremeyecekleri biçimde hak ve yükümlülükleri etkilememesi, açılmış olan davalar kesin hükümle sonuçlanmadan kişiler aleyhine değişiklikler getirmemesi gerekir. Kuralla öngörülen düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesine uyarlık taşıdığı söylenemez. Bu nedenle iptali gerekir.

3- Kanun'un 64. maddesiyle değiştirilen 3308 sayılı Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "...net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştıran işyerlerinde..." ve "...yirmiden az personel çalıştırılan işyerlerinde yüzde 15'inden..." ibareleriyle, işletmelerde meslek eğitimi gören öğrencilere ödenecek ücrette personel sayısı üzerinden ayırma gidilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, 10. maddesinde eşitlik ilkesi yer almış, 55. maddesinde "Ücret, emeğin karşılığıdır" denilmiştir. İptali istenen kuralla getirilen ayırımın, Anayasa Mahkemesinin E:2013/23, K:2013/123 sayılı kararına ilişkin olup, işletmelerin personel sayısına göre emeğin farklı şekillerde değerlendirilmesini öngören yasa hükümlerinde Anayasa'ya aykırılık bulunduğu dair karşıoy gerekçemde belirtilen nedenlerle iptali gerektiği düşüncesindeyim.

4- Kanun'un 67. maddesiyle, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "...3 aylık süre içerisinde..." kuralıyla, *silikozis* hastalığı nedeniyle meslekte kazanma gücünü en az %15 kaybettiğine karar verilen kişilere, SGK tarafından aylık bağlanması, Kanun'un yayım tarihinden itibaren üç ay içerisinde talepte bulunma şartına bağlanmıştır.

Silikozis hastalığına Kanun'un yayımından sonra yakalanan veya daha önce yakalanıp da üç ay içinde başvurmayan kişilerin Kanundan yararlanmasının mümkün olamayacağı anlaşılmaktadır.

Kişilerin ellerinde olmayan nedenlerle hastalığa yakalandıkları, sosyal hukuk devletinde hasta kişilere yardımın yasa tarihine göre veya esasen makul olmayan, kısa başvuru süresi içinde başvurup başvurmadıklarına bakılarak farklı sosyal güvenceler sağlanmasının sosyal hukuk devleti, eşitlik ve herkesin sosyal güvenlik hakkı bulunduğu yolundaki Anayasal ilkelere uymadığı açıktır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırıdır.

5- Kanun'un 98. maddesiyle, 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'na eklenen Geçici 4. madde ile 6219 sayılı Kanun'un değişik 18. maddesinin, 1/1/2014 tarihinden itibaren geçerli olup, banka ve ortaklıkları hakkında yargı mercilerinde açılmış davalar ve icra takiplerinde de uygulanacağı öngörülmüştür. Buna göre, 1/1/2004 tarihinden sonraki dönemde Banka ve ortaklıkları adına tahakkuk eden veya edecek olan tüm mali yükümlülükler, mahkeme ve icra safhasında bulunanlar da dahil olmak üzere, geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılmıştır.

Hukuk devletinin gereği olan kanunların geriye yürümezliği ve hukuk güvenliği ilkelerine aykırı olarak, yürümekte olan dava ve icra takiplerini ortadan kaldıran yasa kuralında Anayasa'ya uyarlık bulunmadığı açıktır. Bu tür düzenlemeler yasa koyucunun takdir alanı içerisinde kabul edilemezler, kazanılmış hakları fiilen ihlal edip etmediklerine bakılmaksızın Anayasaya aykırılık teşkil ederler. Aksi düşüncenin kabulü halinde Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında gözetilen hukuk güvenliği ilkesinin etkisiz hale gelmesi söz konusu olur. İptali istenen kuralın soyut Anayasallık denetimi, iptal kararı verilmesini gerektirir.

6- Kanun'un 101. maddesiyle değiştirilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafının "...Başbakanlık ve Bakanlıkların ve bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcılar ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için..." bölümü, özel kurumlarda çalışmış ve hiç devlet memuriyeti yapmamış kişilerden, kuralda sayılan görevlere atama yapılabilmesini düzenlemiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde kamu hizmeti görevlileriyle ilgili esaslar belirtilmiş, "Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir" denilmiştir.

Anayasa'nın, üst kademe yöneticilerinin göreve gelmeden önce belirli bir düzeyde birikim ve donanım kazanmalarını öngörmüş olduğu açıktır. Anayasa'nın açık hükmü karşısında hiç devlet hizmeti olmayan kişilerin özel sektörde kazandıkları deneyimin üst kademe yöneticilik yapabilmek için gereken yetkinliği ne ölçüde ve hangi yönlerden sağlayacağına ilişkin ölçüt ve esasları içermeyen, idareye çerçevesi çizilmemiş, çok geniş bir alanda takdir yetkisi veren kuralın, Anayasa'nın 128. maddesinin öngördüğü anlamda yasa ile yapılmış bir düzenleme sayılabileceğinden söz edilemez. Kuralın 128. maddeye aykırılık nedeniyle iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1) 53. maddesi ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Geçici 20. maddesine eklenen fıkranın incelenmesi;

"Birinci fıkranın (b) bendinin uygulanmasında, yardımların sağlanması ve bağlanması yönünden alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar

karşılaştırması esas alınır. Ancak, gelir ve aylıkların artırılmasında 506 sayılı Kanuna göre bağlanan gelir ve aylıkların artırımına ilişkin hükümler devir tarihine kadar uygulanmaz. 5510 sayılı Kanunun geçici 20 nci maddesinin onikinci fıkrasında yer alan sınırlama dahilinde sandıkların kuruluş senetlerinde yer alan hükümler ve sandıkların uygulamaları saklıdır. Bu hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanır.” denilmektedir.

506 sayılı Kanun’un geçici 20. maddesinde, bazı kuruluşlar personelinin sosyal güvenliğini sağlamak amacıyla vakıf veya dernek şeklinde sandık kurabilme yetkisi verilmiştir. Maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, bu madde uyarınca kurulan sandıkların üyelerine en az 506 sayılı Kanun’da belirtilen yardımları sağlayacağı öngörülmektedir. Eklenen ve dava konusu olan fıkra ise “Bu hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ve görülmekte olan davalar hakkında da uygulanır” denildiğinden sandıkların üyelerine sağladığı yardımlarda, maddenin yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihinden önce yapılan artışlar hakkında da alt sınırın belirlenmesinde miktar karşılaştırmasının esas alınacağı anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın 2. maddesinde öngörülen “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 “Mahkemelerin bağımsızlığı” başlıklı 138. maddesinin dördüncü fıkrasında ise “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” denilmektedir.

Hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi hukuk güvenliğinin sağlanması bu doğrultuda kazanılmış hakların korunması ve hukuk normlarının öngörülebilir olmasıdır. Bu nedenle hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunların yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanması gerekmektedir.

Bu durumda Sosyal Sigortalar Kurumu sigortalılarının aylıklarına uygulanan artış oranının kendilerine de uygulanması yönünde mahkeme kararı bulunan sandık üyeleri hakkında, alt sınırın belirlenmesinde muadil miktar karşılaştırmasının esas alınmasına yönelik 13.2.2011 tarihli dava konusu düzenlemenin uygulanması halinde bu kişiler için düzenlemenin geriye yürütülmesi suretiyle kazanılmış hakların ihlal edilmesine neden olacağı açıktır.

Bu nedenle dava konusu fıkra da yer alan "... yürürlüğe girdiği tarihten önceki artışlarda ..." ibaresinin hukuk güvenliğini zedelemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi , bu konuda kesinleşmiş mahkeme kararlarının uygulanmaması sonucunu doğuracağından Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırıdır.

2) 98. maddesi ile 6219 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 4. maddenin incelenmesi;

"6219 sayılı Kanunun değişik 18. maddesi, 1.1.2004 tarihinden itibaren geçerli olup, Banka ve ortaklıkları hakkında yargı mercilerine açılmış davalar ve icra takipleri hakkında da uygulanır." denilmektedir.

Dava konusu olan Geçici 4. madde de, Vakıflar Bankası ve ortaklıkları hakkında uygulanmayacak kanunları gösteren 6219 sayılı Kanun'un değişik 18. maddesinin 1.1.2004 tarihinden itibaren geçerli olmasını ve açılmış davalar ile icra takipleri hakkında uygulanmasını, başka bir deyişle 13.2.2011 tarihinde yapılan düzenlemenin bu tarihten önceki dönemde ve bu konuda açılmış davalar ve icra takipleri hakkında da uygulanması öngörülmektedir.

Yukarıda daha geniş şekilde açıklandığı gibi, geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Diğer taraftan Anayasa'nın 138. maddesi karşısında Yasama organının Kanun yolu ile mahkeme kararlarını değiştirmemesi ya da uygulanmasını engelleyemeyeceği açıktır.

Bu durumda dava konusu 6219 sayılı Kanun'un değişik 18. maddesinin 1.1.2004 tarihinden itibaren geçerli olacağı ve Banka ve ortaklıkları hakkında

açılmış bulunan dava ve icra takiplerinde de uygulanacağı yolundaki düzenleme kazanılmış hakların ihlali, hukuki güvenliğin zedelenmesi ve bu konuda verilen mahkeme kararlarının uygulanamaması ve icra takiplerinin yapılamaması sonucunu doğuracağından Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenle 13.2.2011 günlü 6111 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen dava konusu ibare ve kuralın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2012/60
Karar Sayısı : 2013/62
Karar Günü : 22.5.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Söğüt İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (1) SAYILI TARİFE'sinin "B) İcra ve iflas harçları" bölümüne, 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesi ile eklenen (III) numaralı fıkrada yer alan "...her bir işlem için..." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Alacaklı vekilinin borçluya ait iki ayrı adreste haciz işlemi yapılması talebinin İcra Müdürlüğünce eksik harç yatırıldığı gerekçesiyle reddedilmesi üzerine, ret kararının kaldırılması istemi ile açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"2004 sayılı İ.İ.K.'nın 16. ile devamı maddeleri uyarınca istemin mahiyeti itibariyle icra işlemini şikayete yönelik olması ve şikayete konu işlemin yapıldığı icra dairesinin çevremizde olması nedeniyle mahkememizin işbu şikayet bakımından görevli ve yetkili olduğu sonucuna varılmıştır. İtiraza konu kuralın mahkememize yapılan başvuruyu üzerine somut olayda uygulanması muhtemel olduğundan ve mahkememizin yapısı ile istemin mahiyeti gözetildiğinde, mahkememizin işbu kural

bakımından Anayasa'ya aykırılık başvurusunda bulunabileceği değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin web sitesinden yapılan araştırma sonucunda daha önce bu kuralın da içinde olduğu yasa maddesine ilişkin iptal istemli başvuruda bulunulduğu, ancak işbu olaya yönelik kural hakkında spesifik bir başvuru bulunmadığı, kuralın bu yönüyle Anayasa Mahkemesince irdelenmediği görülmüştür.

1- 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun I-B bölümüne 6009 sayılı Kanun ile eklenen III numaralı fıkra ile, haciz, teslim ve satış harcı alınması öngörülmüş, parantez içine alınan ibareler ile de, icra ve iflas işlemlerinin daire dışında memur eliyle yerine getirildiği her bir işlem için harç alınması kuralı getirilmiştir. Ancak söz konusu kural, bir kanun hükmünün olması gerektiği açıklık ve belirlilikten yoksundur. Bu da, uygulamada karışıklıklara ve hakkaniyete uymayan sonuçlar doğurmaktadır. Nitekim kimi icra dairelerince yasa yürürlüğe girdikten sonra bir icra dosyasında bir borçlunun birden fazla adresine hacze gidilmesi veya birden fazla taşınmazı için satış yapılması halinde her bir haciz ve satış işlemi ayrı ayrı harç tahakkuk ettirilmiş, kimi icra dairelerince ise tek bir harç tahakkuk ettirilmektedir. Yapılan başvurular üzerine icra mahkemelerince konu hakkında çelişkili kararlar verildiği görülmüş, yasanın hazırlayıcılarından olan Adalet Bakanlığı da icra dairesine verdiği hukuki bir görüşünde bir dosya için aynı zamanda aynı borçlunun birden fazla taşınmazın yapılacak kıymet takdirinde, her parsel için ayrı ayrı keşif yapılması ve ayrı ücret takdirinin iyi niyet ve hakkaniyet kuralları ile bağdaşmadığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, Bakanlık yazısında da belirtilen durumlara yol açabilmesi muhtemel, icra daireleri arasında farklı uygulamalara yol açmış ve mahkemeler arasında görüş birliğine varılamamış bir yasal düzenleme söz konusudur. Bunun en önemli sebebi ise, yasa kuralındaki eksiklikten kaynaklanmaktadır. İlgili yasa kuralında, yalnızca icra dairesi dışında memur eliyle yerine getirilen her bir işlemde haciz ve satış harcı alınır denilmek suretiyle, yeterince açıklama yapılmamış; tek bir borçlunun birden fazla taşınmazı için aynı gün hacze gidilmesi veya satış yapılmasının kuralda öngörülen her bir işlem kapsamında olup olmadığı belirtilmemiş ve anlaşılamamıştır. Nitekim tasarının hazırlayıcılarından Adalet Bakanlığı dahi bu kuralın yorumunda kanunun lafzından uzaklaşılması gerektiği yönünde icra dairesine tavsiyede bulunmuştur. Öte yandan, Adalet Bakanlığı'nın bunun hakkaniyete ve iyi niyete aykırı olduğu yönünde belirttiği görüş ise yasa maddesinin lafzına sıkı sıkıya uyulması halinde bir anlam ifade etmeyecektir.

Avrupa Hukukuna göre, açık ve yargı denetimine tâbi bir hukuk kuralı olması gereken yasanın üstünlüğü hukukun üstünlüğü anlamına gelmektedir.

Bunun içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, yargı kararlarına göre, öncelikle yasanın ilgililer tarafından ulaşılabilir olmasını, ikinci olarak ilgilinin yasanın kendine uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçları bilebilmesi anlamında anlaşılır olmasını ve hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olmasını aramaktadır (TEKİNSOY, Özge Okan, Avrupa Kamu Düzeni Kavramı, Hacettepe Hukuk Fak. Derg., 1(1) 2011, 66-79). İtiraz konusu kuralın, yukarıda açıklandığı üzere belirli ve açık olmayıp, ilgililerin yasanın kendilerine uygulanması ile ortaya çıkacak sonuçları bilebilmesi anlamında anlaşılır olmaması nedeniyle ve üstelik hakkaniyete aykırı olduğu da gözetilerek, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

2- Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.1988 tarihli ve 1988/33 sayılı kararında, "Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir." denilmek suretiyle sosyal devlet ilkesi tanımlanmıştır. İtiraz konusu kural da, sosyal devlet ilkesine aykırıdır; zira örneğin bir icra dosyasında birden fazla sayıda adresi bulunan borçlunun farklı adreslerine aynı gün gidilerek icra işleminin tamamlanması ile farklı günlerde aynı icrai işlemlerin yapılması veya farklı icra dosyaları için aynı icra işlemlerinin aynı gün ve farklı günlerde yapılması ya da icra işleminin belediye sınırları içinde veya dışında yapılması arasında yürürlükteki yasa kuralına göre hiçbir farklılık yoktur. Dolayısıyla bir icra dosyasında 4 farklı adresi bulunan borçlunun aynı gün başlanıp bitirilen belediye sınırları içindeki haciz işlemi ile aynı borçlunun farklı 4 dosyasındaki farklı günlerde kimi belediye sınırları içinde kimi de dışında yapılıp bitirilen haciz işlemleri için aynı harç alınması gibi bir durum söz konusu olacaktır. Zira ilgili yasa kuralında icra işleminin yapıldığı dosyanın farklılığına göre, icra işleminin yapıldığı gün esas alınarak veya mesafeye göre hiçbir farklılık oluşturulmamıştır. Bunun ise sosyal adalet duygusu ile ve sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

3- Yine icra dairesince bir borçlunun tek bir dosyadaki farklı adresleri için aynı gün başlanıp bitirilen haciz işlemi için alınacak harç ile farklı dosyalardaki adresleri için alınacak harcın aynı olması hususu, Anayasa'nın 36/1. maddesindeki hak arama özgürlüğü ile de bağdaşmamaktadır. Cebri icra sistemi sayesinde alacaklı cebri icra vasıtasıyla borçlusundan borcunu tahsil etmeye çalışmaktadır. Borçlunun tek bir dosyadaki farklı adreslerine aynı gün içerisinde yapılıp tamamlanan icra işlemi için her bir adres bakımından farklı harç alınması, zaten icra işleminin başında gerekli harcı aslında ödeyen alacaklının her bir

adres için esasında farklı bir işlem de tesis edilmediği halde kanunun lafzına bağlı kalınması durumunda ayrı ayrı harç ödemesine yol açacaktır. Bunun ise, alacaklının hak arama özgürlüğünü sınırlandırıcı mahiyette olduğu açıktır.

Tüm bu nedenlerle ve Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığının tespiti ve iptali istemine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmesi yönünde aşağıdaki ara kararın verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

SONUÇ VE İSTEM: Yukarıda gerekçesi açıklandığı üzere ve re'sen Anayasa Mahkemesince gözetilecek diğer nedenlerle;

1- 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (I) sayılı Yargı Harçları Tarifesinin "B) İcra ve İflas Harçları" bölümüne 23/07/2010 tarihli ve 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 20. maddesi ile eklenen "III. Haciz, teslim ve satış harcı: 49,45.-TL (Yukarıdaki I ve II numaralı fıkralarda yer alan icra ve iflas işlemlerinin daire dışında memur eliyle yerine getirildiği her bir işlem için)" şeklindeki kısmında yer alan "her bir işlem için" ibarelerinin 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğunun TESPİTİ ile İPTALİ istemiyle Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine BAŞVURULMASINA,

2- Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrası uyarınca yargılamanın GERİ BIRAKILMASINA, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre beş ay içinde Anayasa Mahkemesince karar verilmezse mahkememizce yargılamanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre SONUÇLANDIRILMASINA,

3- İşbu kararın şikayetçi vekili ile karşı tarafa tebliğ edilmesine,

4- İşbu kararın ve dosyanın onaylı suretinin Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına,

Dair dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

492 sayılı Kanun'un, itiraz konusu ibarenin de yer aldığı "B) İcra ve iflas harçları" bölümü şöyledir:

B) İcra ve iflas harçları:		
<i>I- İcra harçları :</i>	<i>Kanunla Getirilen Miktar</i>	<i>Uygulanan Miktar</i>
1. İcra başvurma harcı	24,30 TL	60.000 TL.
2. Değeri belli olmayan icra takiplerinde, icranın yerine getirilmesi harcı	24,30 TL	60.000 TL.
3. Değeri belli olan icra takiplerinde tahsil harcı, değer üzerinden :		
a) Ödeme veya icra emrinin tebliği üzerine hacizden evvel ödenen paralardan	Yüzde 4,55	Yüzde 2,4
b) Hacizden sonra ve satıştan önce ödenen paralardan	Yüzde 9,10	Yüzde 4,8
c) Haczedilen veya rehinli malların satılıp paraya çevrilmesi suretiyle tahsil olunan paralardan	Yüzde 11,38	Yüzde 6
d) Resmi ve özel müesseseler memur ve hizmetlilerinin maaş, ücret, gündelik ve sair hizmet gelirlerinin haczi suretiyle tahsil olunan paralardan	Yüzde 4,55	Yüzde 2,4
e) Takip talebi bulunmayan alacaklılara İcra ve İflas Kanununun 125 inci maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince ödenen paralardan	Yüzde 2,27	Yüzde 1,2
f) Gayrimenkullerin ve gemilerin tahliye ve tesliminde:		
aa) İcra emrinin tebliği üzerine tahliye olunduğu takdirde	Yüzde 2,27	Yüzde 1,2
bb) Tahliye ve teslim icra marifetiyle olduğu takdirde	Yüzde 4,55	Yüzde 2,4

g) (Değişik : 20/3/1981 - 2430/4-B md.) Menkul tesliminde;		
aa) İcra emrinin tebliği üzerine teslim halinde	Yüzde ,2,27	Yüzde 1,2
bb) İcra marifetiyle teslim halinde	Yüzde 4,55	Yüzde 2,4
h) (Ek: 21/2/2007-5582/32 md.) 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 38/A maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan konut finansmanından kaynaklanan alacaklar ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığının rehinle temin edilmiş alacaklarının takibinde, bu bentte belirtilen tahsil harçları dörtte biri oranında uygulanır.		
4. İdare harçları :		
(Haczedilen gayrimenkullerin idaresi, kira mukaveleleri düzenlenmesi ve hesap tutulması için)	16,90 TL.	42.400 TL.
II- İflas harçları :		
1. Maktu harç :		
İflasın açılması veya konkordato isteği ve masaya katılma harcı	40,00 TL	97.400 TL.
2. (Değişik : 4/12/1985 - 3239/96-A md.) Konunun değeri üzerinden harç :		
a) İflasta paylaşılan para üzerinden	Yüzde 4,55	Yüzde 2,4
b) Konkordatoda alacaklılara verilmesi kararlaştırılan para üzerinden	Binde 11,38	Binde 6
III- Haciz, teslim ve satış harcı: (Ek: 23/7/2010-6009/20 md.)		
(Yukarıdaki (I) ve (II) numaralı fıkralarda yer alan icra ve iflas işlemlerinin daire dışında memur eliyle yerine getirildiği her bir işlem için)	56,85 TL	40 TL.

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, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 21.6.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın belirlilik ve açıklıktan uzak olup uygulamada hakkaniyete uymayan sonuçlar doğurduğu, borçlunun tek bir dosyadaki farklı adreslerinde aynı gün yapılıp tamamlanan haciz işlemi için her bir adres bakımından farklı bir işlem tesis edilmediği hâlde adres sayısınca ayrı ayrı harç alınması durumunun, icra işleminin başında gerekli harçları ödeyen alacaklı açısından hak arama özgürlüğünü sınırlayıcı mahiyette olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

492 sayılı Kanun'un (1) sayılı tarifesinde, harç alınacak yargı işlemleri düzenlenmiş olup icra ve iflas harçları da yargı harcı kapsamındadır. İtiraz konusu kuralın da yer aldığı (III) numaralı fıkrada ise icra ve iflas işlemlerinin daire dışında memur eliyle yerine getirildiği her bir işlem için ilgili kişiden ayrı ayrı maktu bir harç alınacağı düzenlenmektedir. Alınan bu harç, genel bütçeye aktarılmakta ve bu işlemi gerçekleştiren personele belirli bir gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar kadar yol tazminatı olarak ödenmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi de "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin

hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

İtiraz konusu kuralda, icra ve iflas işlemlerinin daire dışında memur eliyle yerine getirildiği her bir işlem için ilgili kişiden ayrı ayrı maktu harç alınacağı hususunun açıkça ifade edilmesi karşısında, kuralın belirsizliğinden söz edilemez.

Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Yargı hizmetleri içerisinde yer alan icra ve iflas işlemleri de kuşkusuz icra ve iflas dairelerinin sunduğu en önemli hizmetlerdendir. Anayasa'da aksine bir hüküm olmadıkça, herhangi bir yargı hizmetinden harç alınıp alınmayacağı konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da belirtildiği üzere, kanun koyucunun yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınması biçiminde düzenleme yapma yetkisi bulunmakla birlikte, bu takdir yetkisinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için *"harcın miktarının makul olması"*, *"harcın alınmasında haklı bir amacın olması"*, *"ulaşılacak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması"* ve *"ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adli yardım sisteminin olması"* kriterlerine uygun şekilde kullanılması gerekmektedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir (Tolstoy-Miloslavsky/İngiltere, 13.6.1995, No: 18139/91; Kreuz/Polonya, 18.6.2001, No: 28249/95; Bakan/Türkiye, 12.6.2007, No: 50939/99; Ülger/Türkiye, 26.6.2007, No: 25321/02).

İtiraz konusu kuralda, icra ve iflas işlemlerinin daire dışında memur eliyle yerine getirildiği her bir işlem için ilgili kişiden ayrı ayrı maktu bir harç alınacağı ifade edilmiştir. İtiraz konusu kural, daire dışında yapılacak her bir işlemi, harcın alınması için yeterli görmektedir. Esasen, aynı takip dosyasında ancak farklı adreslerde yapılan her bir işlemin ayrı bir işlem niteliğinde olması ve icra memuru açısından ek bir mesai harcanması anlamına gelmesi dikkate alındığında, her bir işlem için ayrı harç alınmasının makul ve orantılı olmadığı söylenemez. Bu nedenle kuralın hak arama özgürlüğünü engelleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan, harcı ödeme gücü olmayanların 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiş olan adli yardım müessesesinden yararlanma olanağı da bulunmaktadır.

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

VI- SONUÇ

2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (1) SAYILI TARİFE'sinin "B) İcra ve İflas Harçları" bölümüne, 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesi ile eklenen (III) numaralı fıkrada yer alan "...her bir işlem için..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.5.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/55
Karar Sayısı : 2013/67
Karar Günü : 28.5.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Çankırı İnfaz Hâkimliği

İTİRAZIN KONUSU : 1- 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 68. maddesinin,

2- 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26., 36., 38. ve 152. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Ceza infaz kurumu mektup okuma komisyonunun “hükümlünün yazmış olduğu mektubun yerine gönderilmemesine” ilişkin verdiği karara karşı yapılan itirazın incelenmesi sırasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Çankırı E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak cezasını infaz etmekte iken, İnsan Hakları Derneği'ne yönelik olarak yazmış olduğu mektup, cezaevi mektup okuma komisyonu tarafından uygun bulunmayarak anılan yere gönderilmemiş, bu durum hükümlüye bildirilmiş, hükümlü tarafından söz konusu işleme karşı süresinde infaz yargıçlığına itiraz yoluna başvurulmuştur.

AÇIKLAMA

Tutukluların yazılı haberleşmeleri 5275 sayılı Yasa'nın 114/3, 114/5 nci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, tutukluların yazılı haberleşmeleri soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise yargıç veya mahkemesince kısıtlanabilecektir. Ancak tutukluların avukatları ile olan haberleşmelerinin kurum düzeni içinde gerçekleşmesi hiç bir biçimde kısıtlanamaz. Bu konu aynı Yasanın 59 ncu maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. 5275 sayılı Yasa'nın 116 nci maddesinde, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, avukat ve noterle görüşme hakkı, ifade özgürlüğü, mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı ile ilgili olarak bu yasada hükümlüler hakkında öngörülen kurallardan tutuklular hakkında uzlaşır nitelikte olanların, tutuklular hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nce 22.1.2007 tarih ve 45/1 sayılı genelgede de hükümlü veya tutukluların, bulundukları ceza infaz kurumundaki diğer kişilere yazdıkları mektupların posta aracılığıyla gönderilmeyeceği, bunların mektup okuma komisyonu tarafından incelenerek sonucuna göre işlem yapılacağı da ifade edilmiştir.

5275 sayılı Yasa'nın 42 nci maddesinde haberleşme ve iletişim araçlarından yoksun bırakma bir disiplin cezası olarakta öngörülmüş, mektuplar vb incelemeye tabi tutulduğu için yazılan mektuplardaki hakaret, tehdit gibi ifadeler kullanılması 39/2-a maddesinde kınama disiplin cezası olarak yer almıştır.

5275 sayılı Yasa'nın 83 ila 86 nci maddelerinde ceza infaz kurumlarında hükümlüleri ziyaret konusundaki kurallar yer almaktadır. Ziyarette yazılı iletişimi kısıtlayıcı bir hüküm söz konusu değildir. Ayrıca ziyaret hakkı olanların ziyaretlerinin nasıl gerçekleşeceği de düzenlenmiş, bunlarla sözlü iletişime yönelik kısıtlayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bu hükümler uyarınca cezaevi sahası içinde sözlü iletişimin söz konusu olduğu kişilerden, cezaevi dışına çıktıklarında yazılı olarak gelen veya bu kişilere yazılı olarak giden iletişimin denetlenebilmesi ayrı bir çelişki ortaya çıkarmaktadır. 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesinde de, hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma hakkı düzenlenmiştir. Bu maddede hükümlülerin resmi makamlara, savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda kalmayan yerlere giden veya gelen mektup, faks ve telgraflar, cezaevinde varsa mektup okuma komisyonu, yoksa cezaevi yönetimi tarafından incelenmektedir.

İşin ilginç, avukatlar konusunda “savunma için olma” ön koşulu konularak, savunma için olup olmadığı yolunda getirilen inceleme yetkisi, ayrıca hakkın özüne dokunmaktadır. Tek istisna resmi makamlar kalmaktadır ki, bu yönden de sonuçta hükümlüler hakkında iletişimin gizliliğinden söz etmek olanaksızdır.

Yazılı haberleşme, temel bir insan hakkıdır. Bu temel hak hem Anayasa hem de İHAS kapsamında korunmaktadır. Yazılı haberleşme hakkı cezaevinde de olsalar hükümlü ve tutuklular için de söz konusu olan haklardandır. Yasada tutukluların yazılı haberleşmelerinin hangi koşullarda nasıl kısıtlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Açıkça bu kısıtlama işlemi söz konusu olmadıkça, tutukluların yazılı haberleşmelerinin gizliliği esastır. Haberleşmede de gizlilik esas olduğu için bu gizlilik ihlal edilemez.

Hükümlülerin yazılı haberleşmeleri konusu, 5275 sayılı Yasa’da çelişkili olarak düzenlenmiştir. Davada uygulanacak nitelikte kural olan 68 nci maddede göre resmi kurumlara gönderilenler dışındaki iletişim, mutlaka denetime tabidir. Bu görevi varsa mektup okuma komisyonu, yoksa cezaevi yönetimi yapmaktadır. Çünkü hükümlü de olsa, bir yargı kararı olmadıkça, veya bilahare süresinde yargıç onayına sunulmak üzere idare tarafından haklı gerekçesi ortaya konulup bu hakkı kısıtlanmadıkça, haberleşme hakkı ve bu hakkın gizliliği esastır. Bu durum, insan onurunun bir gereğidir. Cezaevinde olmak, bu hakkı bütünüyle ortadan kaldıramaz. Belirtilen madde de avukatla yapılan yazılı iletişim konusunda da, savunma ile ilgili olup olmadığı kuralı getirildiği için yine denetime tabidir. Bunun dışındaki, belirli bir yakınlık derecesi olsun veya olmasın, yine mensubu olsun veya olmasın, tüm gerçek veya tüzel kişi ve kurumlarla hükümlülerin yapacağı yazılı iletişimlerin denetime tabi tutulması öngörülmüştür. Oysa ziyaret durumunda sözlü iletişimde her durumda denetim söz konusu değilken, cezaevi dışından aynı kişilerce yapılacak yazılı iletişimlerin bu şekildeki kurallara bağlanması ile ayrıca tutarsızlık ve çelişkide ortaya konulmuştur. Bu durum, temel hakların dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez niteliği ile, haberleşmenin gizliliği ilkesi ile, haberleşmenin kısıtlanması halinde, bunun haklı nedenlerinin mutlaka gösterilmesi ve ancak bir yargıç kararı söz konusu olması gerektiği, yasa ile düzenlenecek kurumlarda öngörülen koşulların oluşması halinde o kurumların kararı ile kısıtlama yoluna gidildiğinde daha sonra, idare tarafından süresinde yargı kararı alınması yoluna gidilmezse, bu kurum kararının mutlaka geçersiz hale gelip uygulanamayacağı yolundaki anayasal kurallarla bağdaşmamaktadır.

Bakıldığında Anayasa’nın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin bir hukuk devleti olduğu, 12 nci maddesinde de, temel hak ve özgürlüklerin kişiliğe bağlı, dokunulmaz,

devredilmez ve vazgeçilmezliği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 13 ncü maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin hangi durumlarda, nasıl sınırlandırılabilceğı düzenlenmiştir. Anayasa'nın 17 nci maddesinde, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğı ifade edilmiştir. Yine Anayasa'nın 20 nci maddesinde özel yaşamın gizliliğı ve korunması ve bu temel hakkın hangi durumlarda nasıl sınırlama konusu yapılacağı düzenlenmiş, Anayasa'nın 22 nci maddesinde de, herkesin haberleşme hakkına sahip olduğı ve bu hakkın gizliliğinin esas olduğı vurgulanmıştır. Bu hakkın hangi durumlarda ve nasıl kısıtlanabileceğı anılan maddede ifade edilmiş, kısıtlamanın mutlaka yargıç kararı ile olma koşulu aranmıştır. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, yasada yetkili kılınan merciin yazılı emri ile de kısıtlama yapılabileceğı, istisnaları oluşturan bu mercilerin ise yasada belirtileceğı açıkça düzenlenmiş, bu merci kararlarının da Anayasa'da öngörülen süre içinde mutlaka yargıç onayından geçirilmesi gerektiğı aksi halde söz konusu idare kararların hükümsüz hale geleceğı açıkça ifade edilmiştir. Anayasa'nın 25 ve 26 ncı maddelerinde düşünce ve ifade özgürlüğü düzenlenmiş olup, haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması, bu özgürlüklerden yararlanmayı da doğrudan etkilemektedir. Yine Anayasa'nın 38/11 nci maddesinde idarenin kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir yaptırım uygulayamayacağı ifade edilmiştir ki, haberleşme konusu kişisel özgürlükler kapsamında olup, bunun kısıtlanması veya engellenmesine yönelik işlemler, özde yaptırım sonucunu doğurduğundan, yargıç kararı olmadan idare tarafından gerçekleştirilmesi düşünülemez.

Anayasal kurallar gözetildiğinde, hükümlü de olsa, hakkında haberleşmenin kısıtlanması yolunda alınmış özel bir yargıç kararı olmadıkça, haberleşmenin gizliliğı kuralı esas olduğundan, bu kural gereğı haberleşmesi denetlenemez ve kısıtlanamaz. Olayda bu kurala uyulmamıştır. Ayrıca Anayasa'nın 22/2-3 ncü maddesinde de belirtildiğı üzere cezaevi yönetimince somut olayda ancak özel ve haklı nedenler ortaya konularak haberleşme hakkı engellenebilir ve kısıtlanabilir ki, bu yoldaki kararın da mutlaka süresinde yargıç onayına sunulması gerekmektedir. 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesindeki düzenleme, böyle bir aşamayı da öngörmeyerek ayrıca aykırılık oluşturmuştur.

Olayda hükümlü hakkında alınmış bir kısıtlama kararı bulunmadığı, cezaevi mektup okuma komisyonu tarafından alınan kararın yargıç onayına sunulmadığı, hükümlünün İnsan Hakları Derneğine yönelik olarak yazmış olduğı mektuba, içeriğı gerekçe gösterilerek 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi uyarınca el konulduğu anlaşılmıştır. Bu şekilde davada doğrudan uygulanan 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi hükmü Anayasa'nın yukarıda belirtilen nedenlerle 2 nci,

12 nci, 13 ncü, 17 nci, 20 nci, 22 nci, 25 nci, 26 ncı, 38/11 nci maddelerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi, İHAS'ın haberleşme hakkını düzenleyen 8 nci maddesi ile de çatışmaktadır. Bu yönüyle de Anayasa'nın 90/son maddesine de aykırılık söz konusudur. Şöyle ki, cezaevinde olan bir hükümlü için de haberleşmesinin gizliliği esastır. İHAS'ın 8 nci maddesi uyarınca kişinin cezaevinde (tutuklu veya) hükümlü olarak bulunması, başlı başına bu hakkının doğrudan kısıtlanması için yeterli bir neden ve gerekçe değildir. Burada yasa ile düzenleme konusu yapılarak, demokratik toplum çerçevesinde ulusal güvenlik, kamu güvenliği, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçelerine dayanılarak kamu makamlarının müdahalesi söz konusu olabilecektir. Kişinin cezaevinde bulunması durumunda haberleşmesi, mutlaka kamu güvenliği ve düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlükleri ile çatışır nitelikte değildir. Burada açıkça gerekçe gösterilmesi durumunda kısıtlama söz konusu olabilir. Haberleşme hakkının gizliliğinden mahrumiyet ve engellenme, cezaevinde bulunmanın doğal ve zorunlu bir sonucu değildir ve olamaz. Demokratik bir toplumda bu müdahale ise her durumda yargıç kararı ile olmalıdır. Diğer ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında da, hükümlülerde haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hükümlü olmanın bu hakkı kendiliğinden ortadan kaldırma sonucu doğurmadığı yolunda Temel İnsan Hakları'nın niteliğine uygun düzenleme ve uygulamalar yapıldığı görülmektedir.

Bu nedenle 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi, Anayasa'nın 152 nci maddesi uyarınca davada uygulanacak kural niteliğinde olduğundan, anılan maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir.

Bu konuda Mahkememizin UYAP ekranından görülen bir başvuru örneği dosyaya konulan 2013/47 Esas sayılı dosyada Anayasa Mahkemesi'nin aynı gün başvuru yapılmış olduğu anlaşılmıştır. Anayasa'da aynı mahkemede aynı konuda bir başvuru yapılmış ise, aynı konuda aynı mahkemece diğer başvuru sonuçlanmadan tekrar başvuru yapılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak 6216 sayılı Yasa'nın 41/2 maddesinde aynı mahkemece yapılmış bir başvuru var ise bu başvuru sonuçlanmadan Anayasa Mahkemesi'ne yeni başvuru yapılmasını engelleyen ancak diğer dosyanın bekletici mesele yapılması yolunda hüküm konulmuştur ki, bu hüküm yasal başvuru yollarını engellemesi yönünden Anayasa'nın 36. ve 152. maddelerindeki düzenlemelere açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Mahkemece aynı

konuda yeni bir davada aynı veya ek bir gerekçe ile tekrar başvuru yapılmasını engelleyen bu düzenleme Anayasa'ya aykırıdır. Düzenlemenin varlığı yargılama ekonomisi ile açıklanamaz, Anayasa Mahkemesi önceki başvuruyu sonuçlandırarak diğer davaları bu çerçevede hükme bağlayabilecektir. Bekletici mesele yapması gereken yerel mahkemeler değil, Anayasa Mahkemesi iken, bu şekilde düzenlemeye bulunulması hukuka uygun değildir. Bu nedenle hak arama özgürlüğünün etkinliği gözetildiğinde mahkememizin 2013/47 Esas sayılı davasında Anayasa Mahkemesince verilecek karar beklenici mesele yapılmamış, ayrıca bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı karşısında Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmak gerekmiştir.

Dosyada örneği bulunan ve hükümlünün kendisi tarafından verildiği ifade edilen incelenen mektup içeriğinin ise Anayasa'nın 90/son maddesi ve yargılama süreci gözetilerek hakkın özünün kısıtlanmaması yönünden, bu aşamada davanın devam ettiği gözetilerek, 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi uyarınca masraflı hükümlü tarafından karşılandığı takdirde tedbir yoluyla bir örneğinin muhatabına iletilmesine karar vermek gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5275 sayılı Kanun'un "Hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı" başlıklı 68. maddesi şöyledir:

"Madde 68- (1) Hükümlü, bu maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir.

(2) Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir.

(3) Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yönltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.

(4) Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir."

2- 6216 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren *"Başvuruya engel durumlar"* başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"MADDE 41- (1) Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.

(2) İtiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması hâlinde, yapılmış olan itiraz başvurusu bu dosyalar için de bekletici mesele sayılır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26., 36., 38. ve 152. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 142. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

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

6216 sayılı Kanun'un *"Başvuruya engel durumlar"* başlığını taşıyan 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, *"İtiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması hâlinde, yapılmış olan itiraz başvurusu bu dosyalar için de bekletici mesele sayılır."* denilmiştir.

İtiraz yoluna başvuran aynı Mahkeme tarafından, itiraz konusu 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinin uygulanacağı başka dava dosyası kapsamında yapılmış olan itiraz başvurusunun (E.2013/54 sayılı), bakılmakta

olan dava dosyası için de bekletici mesele sayılması gerekirken, tekrar başvuruda bulunulduğu anlaşılmıştır.

Dolayısıyla, 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasına aykırı olduğu anlaşılan itiraz başvurusunun, anılan Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından, esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

Açıklanan nedenlerle;

1- 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 68. maddesinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusunun, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (2) numaralı fıkraları gereğince REDDİNE,

2- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasının esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, aynı mahkemece yapılmış bir itiraz başvurusunun bulunması hâlinde bu başvuru sonuçlanmadan Anayasa Mahkemesine yeni bir başvuru yapılması engellenerek önceki başvurunun bekletici mesele yapılacağına hüküm altına alındığı, oysa Anayasa'nın 152. maddesinde böyle bir kısıtlamaya yer verilmediği, düzenlemenin varlığının yargılama ekonomisi ile açıklanamayacağı, bekletici mesele yapması gerekenin Anayasa Mahkemesi olduğu, itiraz yoluna başvuran mahkemelerin bekletici mesele yapması gerekliliğinin yasal başvuru yollarını engellediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 36. ve 152. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 142. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

6216 sayılı Kanun'un "*Başvuruya engel durumlar*" başlıklı 41. maddesinin itiraz konusu (2) numaralı fıkrasında, itiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması hâlinde, yapılmış olan itiraz başvurusunun bu dosyalar için de bekletici mesele sayılacağı; 40. maddesinin (4) numaralı fıkrasında ise yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hüküm altına alınmıştır.

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

Anayasa'nın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Anayasa'nın 142. maddesinde ise "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" denilerek bu alanların Anayasa'ya uygun olarak düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır.

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

Anayasa'nın 152. maddesi dikkate alındığında, bir mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı kuralı Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde, bu aykırılığı gözardı etme, yani uygulamama yetkisine sahip olmadığı açıktır. Bu durumda, kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünen mahkemeye itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine başvurma olanağı tanınmıştır. Dolayısıyla, itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin,

Anayasa'ya aykırı gördüğü kuralın anayasal denetimini bekletici mesele yaparak davayı geri bırakması gerekecektir. Bekletici mesele ise bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve bu davanın incelenebilmesi veya sonuçlandırılabilmesi için mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle görevli yargılama makamınca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken meseleler olarak tanımlanmaktadır.

Bununla birlikte, itiraz konusu kural uyarınca da itiraz yoluna başvuran mahkemenin aynı kural için yeniden başvuru yapamayacağı, başka bir deyişle önceki itiraz başvurusunun bekletici mesele sayılacağı da hüküm altına alınmıştır. Böylece, hem usul ekonomisinin gereği olarak zaman, emek, masraf kaybı önlenerek Anayasa Mahkemesinin gereksiz iş yükü artışının engellenmesinin hem de itiraz yoluna başvuran mahkemelerin aynı normu uygulayacağı uyumazlıklara ilişkin olarak farklı kararlar vermelerinin önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralla ilgili olarak, Anayasa'nın 152. maddesinde bekletici mesele saymanın düzenlenmediği, bu yönüyle böyle bir düzenleme yapılamayacağı ileri sürülmüşse de hukuk devletinde, kanun koyucunun, yargılama hukukuna ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisine sahip bulunduğu açıktır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvuran mahkemelerin aynı norm aleyhine yapmış olduğu önceki itiraz başvurusunun bekletici mesele sayılmasının düzenlenmesi de mahkemelerin işleyişi ve yargılama usulüne ilişkin olup bu hususta kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapmasının da hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin anayasal denetimde, itiraz yoluna başvuran mahkemenin Anayasa'ya aykırılık hususunda ileri sürdüğü gerekçelere dayanma zorunluluğu bulunmadığı gibi Mahkeme taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilmektedir. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesince kurala ilişkin olarak yapılan anayasal denetim, başvuran mahkemenin ileri sürdüğü gerekçelerle sınırlı olarak yapılmamakta, yapılan denetim ilgili görülen tüm Anayasa kurallarını kapsamaktadır. Bu yönüyle de itiraz konusu

kural uyarınca önceki başvurunun bekletici mesele yapılmasının, hem itiraz yoluna başvuran mahkemenin aynı norm aleyhine farklı Anayasa kurallarına dayanarak yeni başvuru yapmasının engellenmesi sonucu başvuran mahkemenin başvuru yolunu hem de bekletici mesele yapılacak olan uyuşmazlığın taraflarının hak arama özgürlüğünü kısıtladığından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın hem usul ekonomisi gereği hem de aynı normun uygulanacağı benzer uyuşmazlıklarda hukuki birlik ve istikrarın sağlanması amacına yönelik olması ve yargılama sonucunda işin esasına ilişkin adil ve hakkaniyete uygun karar verilmesine engel oluşturmaması nedeniyle kişilerin hak arama özgürlüğüne de aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 36., 142. ve 152. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.5.2013 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un itiraz yoluyla iptali istenen (2) numaralı fıkrasında, itiraz yoluna başvuran mahkemede itiraz konusu kuralın uygulanacağı başka dava dosyalarının bulunması halinde, yapılmış olan itiraz başvurusunun diğer dosyalar için de bekletici mesele sayılması öngörülmüştür.

1- Öncelikle Bekletici Mesele Kurumunun niteliği ve amaçları yönünden itiraz konusu kuralı değerlendirmek gerekmektedir.

Bekletici meselenin tanımı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 165. maddesinde şu şekilde yapılmıştır:

“(1) Bir davada hüküm verilebilmesi başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkemeye o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir.

(2) Bir davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması başka bir davanın veya idari makamın çözümüne bağlı ise mahkeme, ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurması için uygun bir süre verir. Bu süre içinde görevli mahkemeye veya idari makama başvurulmadığı takdirde, ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak esas dava hakkında karar verilir”.

Ceza yargılamasında işin esasına ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkartılması başka bir ceza yargılamasının sonucuna bağlı ise esasen orada davalar arasında bağlantının mevcudiyeti söz konusu olur ve bu davalar birlikte görülür. Bağlantılı davalar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 8 ila 11. maddelerinde düzenlenmiştir. Bekletici mesele ise CMK'nun 218. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer almaktadır. Buna göre:

“Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir”.

İdari yargılama usulünde de “Bağlantılı Davalar” düzenlenmiş olup bu konudaki hükümler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 38 ila 42. maddelerinde yer almaktadır. İdari yargıda da bekletici mesele kararı verilebilir.

Gerek hukukun genel ilkelerine gerek Türk hukukundaki düzenleniş şekline göre bekletici mesele yargı görevini yapmakta olan mahkemece somut olayın özelliklerine göre, serbestçe takdir olunacak bir husustur. Kanunen zorunlu bekletici mesele, aşağıda incelenecek olan Anayasa’nın 152. maddesinde doğrudan düzenlenen hal dışında, ilke olarak söz konusu değildir.

2- Anayasa’ya uygunluk denetiminde bekletici mesele yönünden şu saptamalar yapılabilir:

Anayasa yargısında ve dolayısıyla anayasa mahkemelerinin çalışma usullerinde bekletici mesele müessesesi düzenlenmemiş olmakla beraber Anayasa Mahkemesinin bir iptal veya itiraz başvurusunu karara bağlamadan önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vereceği bir kararı beklemeye karar vermesine bir engel bulunmadığı açıktır.

Mahkemelerin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaları halinde başvurunun sonucunun beklenmesi, Anayasa’nın 152. maddesinde doğrudan düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında bir davaya bakmakta olan mahkemenin 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 kadar davayı geri bırakacağı belirtilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında da şöyle denilmiştir:

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

Anayasa’da doğrudan düzenlenen kurala göre, mahkemelerin bir dosya ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine başvurmalarının, ellerindeki benzer

dosyalara bekletici etkisi yönünden bağlantı bulunmamaktadır. Anayasa'da öngörülen bekletici süre beş ay ile sınırlı olup sadece başvurunun konusu olan olayın sonuçlandırılması ile sınırlıdır. Anayasa, başvuran mahkemeye, beş aylık müddetin sonunda yargılamaya devam etmek veya ne kadar sürerse sürsün Anayasa Mahkemesi kararını beklemek seçenekleri arasında bir tercih hakkı vermemektedir. Mahkeme, beş ayın sonunda Anayasa Mahkemesince karar verilmemişse, yargılamaya devam etmek zorundadır.

İtiraz yoluyla iptali istenen kuralda, Anayasa Mahkemesine başvuran mahkemenin elindeki benzer dosyaları da bekletmesi öngörülmüştür. Bu durumda, farklı tarihlerde açılmış olsalar da aynı kuralın uygulanacağı davalar, ilk dosyanın akıbetini beklemek zorunda kalacaklardır. Öte yandan Anayasa, bekletici mesele konusunu doğrudan düzenlemiş ve beş ayın sonunda karar verilmemişse, uyuşmazlığın yürürlükteki kanun hükümlerine göre çözülmesini, yani daha fazla beklenmemesini öngörmüştür. Anayasa koyucunun buradaki iradesinin, kanunların anayasaya uygunluğu karinesini gözeterek davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılması ihtiyacına öncelik vermek yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki tarafları ve açılış tarihleri farklı olan davalar, mutlaka Anayasaya aykırılığı düşünülen kuralın uygulanması yoluyla değil, hukuk mahkemelerinde sulh, feragat, uzlaşma gibi yollarla, ceza mahkemelerinde lehte kanun değişikliği, af, zamanaşımı gibi nedenlerle de sonuçlanabilecektir. İtiraz yoluyla iptali istenen kural, yargılamanın mahkemece serbest takdir esasına göre sonuçlandırılması esasına sınırlama getirdiği ve böylece tarafların adil yargılanma hakkına da bir müdahale teşkil ettiği için Anayasa'nın 36. maddesine de aykırı düşmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bir mahkemece uygulanacak kuralın Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle yaptığı başvuru üzerine yaptığı denetim, doktrinde somut norm denetimi olarak adlandırılmaktadır. Bunun anlamı, Anayasa mahkemesinin itiraz konusu kurala ilişkin uygulamayı ve kuralın yol açtığı sonuçları örnek olay temelinde incelemesidir. **İtiraz konusu kuralın uygulanacağı farklı olayların Anayasa Mahkemesine ayrı başvurulara konu edilmesi, Anayasa Mahkemesinin bu dosyaları birleştirmek suretiyle yapacağı incelemenin daha etraflı ve kapsamlı olmasına yardımcı olabilecek, aksi halde kural tek bir olay temelinde değerlendirilecektir. Anayasa yargısının ve Mahkemenin oluşum şeklinin özellikleri gözetildiğinde, anayasal denetimin salt hukuki normların**

ötesinde sosyal, toplumsal ve ekonomik sonuçları ile kapsamlı bir değerlendirme yapılmasına katkı sağlayacak olan birden çok başvurunun birleştirilerek incelenmesinin Anayasa yargısının ruhuna daha uygun olduğu açıktır. İtiraz konusu kural bu imkanı ortadan kaldırmaktadır.

Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen her hangi bir konuda yasa ile düzenleme yapılabileceği anlamına gelen yasamanın asliliği ilkesinin sınırları yine Anayasa'nın çeşitli maddelerinde düzenlenen kurallar tarafından belirlenir. Anayasa'da doğrudan belirtilen beş aylık bekleme süresinin sadece başvuru konusu dosya için öngörülmüş olduğu açıktır. Birbirini takip eden farklı tarihlerde açılmış davaların ilk itiraz dosyasının sonuçlanmasına talik edilmesinin, tarafları ve talep konuları farklı davaları zorunlu bir neden olmaksızın uzatabileceği, bunun yerine aynı itiraz konusu kurala ilişkin dosyaların Anayasa Mahkemesinde birleştirilebileceği, bunun Anayasa Mahkemesince kurala ilişkin denetimin derinliğine de katkı sağlayacağı gözetildiğinde, itiraz başvurularının Anayasa'da öngörülenden farklı koşullara bağlanması sonucunu doğuran kuralın Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine ve beş aylık bekleme süresi öngören 152. maddesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle iptali gerektiği düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2011/79

Karar Sayısı : 2013/69

Karar Günü : 6.6.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Emine Ülker TARHAN ile birlikte 114 milletvekili

DAVANIN KONUSU : 7.7.2011 günlü, 646 sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin;

1- Tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin,

2- 1. maddesinin birinci fıkrasının,

Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 6., 7., 10., 73., 87., 91., 112. ve 113. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"...

C- 646 Sayılı KHK 6223 Sayılı Yetki Kanununun Kapsamına Girmedüğinden Anayasanın Başlangıç, 6 ncı ve 91 inci Maddelerine Aykırıdır:

10/07/2011 tarih ve 27990 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve

Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 646 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede (KHK), mezkur Kararnamenin 06/04/2011 tarihli ve 6223 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkartıldığı belirtilmiştir.

6223 sayılı Kanun ile verilen yetkinin 646 sayılı KHK ile yapılan düzenlemeleri kapsayıp kapsamadığını ortaya koyabilmek için 6223 sayılı Kanunun, öncelikle lafzı ve gerekçesinin irdelenmesi gerekmektedir.

i- 6223 sayılı Yetki Kanununun Amacı ve Kapsamı:

6223 sayılı Kanunun “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1inci maddesinin birinci fıkrasında Kanunun amacı, ikinci fıkrasında ise kapsamı belirtilmiştir. Söz konusu madde aynen aşağıdaki gibidir:

“(1) Bu Kanunun amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere;

a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek;

1) Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine,

2) Mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine,

3) Mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına,

b) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına,

ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektir.

(2) Bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler;

a) Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak;

1) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda,

2) 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununda,

3) 27/9/1984 tarihli ve 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında 174 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 13/12/1983 Gün ve 174 Sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 202 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda,

4) 10/10/1984 tarihli ve 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda,

5) 8/1/1985 tarihli ve 3143 sayılı Sanayi ve Ticaret Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,

6) 21/5/1986 tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,

7) 9/12/1994 tarihli ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,

8) 1/5/2003 tarihli ve 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,

9) 27/10/2004 tarihli ve 5251 sayılı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,

10) 10/11/2004 tarihli ve 5256 sayılı Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda,

11) 1/12/2004 tarihli ve 5263 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanunda,

12) 13/12/1983 tarihli ve 180 sayılı Bayındırlık ve İskan Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

13) 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

14) 8/6/1984 tarihli ve 217 sayılı Devlet Personel Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

15) 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu, 5434 Sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu ile Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması, Devlet Memurları ve Diğer Kamu Görevlilerine Memuriyet Taban Aylığı ve Kıdem Aylığı ile Ek Tazminat Ödenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

16) 7/8/1991 tarihli ve 441 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

17) 2/7/1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

18) 19/6/1994 tarihli ve 540 sayılı Devlet Planlama Teşkilatı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

19) 25/3/1997 tarihli ve 571 sayılı Özürlüler İdaresi Başkanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede,

20) Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde,

b) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme,

seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak;

- 1) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda,
- 2) 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununda,
- 3) 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunda,
- 4) 23/6/1981 tarihli ve 2477 sayılı 23/4/1981 Tarih ve 2451 Sayılı Kanunun Kapsamı Dışında Kalan Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usulüne İlişkin Kanunda,
- 5) 11/10/1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununda,
- 6) 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamede,
- 7) Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin hükümlerinde,

yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeleri kapsar.”

Yukarıda yer alan Kanun maddesinden; Kanunun amacının, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere, kamu hizmetlerinin mevcut, birleştirilecek veya yeni kurulacak bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek, Kanunda sayılan konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi vermek; kapsamının ise, kamu hizmetlerinin söz konusu bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde toplam 19 alt bent halinde sayılan çeşitli kanun ve kanun hükmünde kararnama ile belirtilen bu kanun ve kanun hükmünde kararnamelerle ilgisi bulunan diğer kanun ve kanun hükmünde olduğu anlaşılmaktadır.

Bilindiği üzere, Kanunların lâfzî yorumunda fıkra, bent ve alt bent silsilesi büyük önem arz etmektedir. Bir bendin ilgili olduğu fıkra ile birlikte, bir alt bendin ise ilgili olduğu bent ve fıkra ile birlikte okunması lazım gelmektedir. 6223 sayılı Kanunun 1inci maddesinin birinci fıkrasının bahsedilen şekilde ele alınması halinde Kanunun amacı net bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Buna göre:

- Bu Kanunun amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere; kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek;

- mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine,

- mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine

- mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına,

- kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına

ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermektir.

Açıkça görülmektedir ki, 6223 sayılı Kanunun amacı; mevcut bakanlıkların birleştirilmesi, kaldırılması ve yeni bakanlıklar kurulması sonucunda oluşan yeni yapı içerisinde bir kamu hizmetinin bakanlıklar arasında nasıl dağıtılacağına yöneliktir.

Bu bağlamda, mevcut herhangi bir Bakanlık kaldırılmıyorsa, başka bir bakanlıkla birleştirilmiyorsa veya hâlihazırda yürütmekte olduğu kamu hizmetlerini kısmen de olsa başka bir bakanlığa devretmiyor ya da daha önce bir başka

bakanlığın yetki alanında bulunan hizmetleri devralmıyorsa, düzenleme yapılmak istenen sözkonusu bakanlığın 6223 sayılı yetki kanunu kapsamında olduğundan söz etmek de mümkün olmayacaktır.

ii- 646 Sayılı KHK'nın 6223 Sayılı Kanun Karşısındaki Durumu

646 Sayılı KHK ile ne yeni bir bakanlık kurulmamakta ya da kaldırılmakta ne de mevcut bir bakanlık başka bir bakanlıkla birleştirilmektedir. Diğer taraftan 646 Sayılı KHK ile mevcut bir bakanlığın bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine ilişkin bir düzenleme yapmamaktadır. Kararname ile Maliye Bakanlığının merkez teşkilatı içinde Danışma ve Denetim birimleri arasında yer alan Maliye Teftiş Kurulu ve Hesap Uzmanları Kurulu kaldırılarak yerine Vergi Denetim Kurulu kurulmaktadır. 6223 sayılı Kanunun 1inci maddesinin birinci fıkrasının bahsedilen şekilde ele alınması halinde açıkça görülmektedir ki 6223 sayılı Kanunun amacı; mevcut bakanlıkların birleştirilmesi, kaldırılması ve yeni bakanlıklar kurulması sonucunda oluşan yeni yapı içerisinde bir kamu hizmetinin bakanlıklar arasında nasıl dağıtılacağına yöneliktir. Maliye Bakanlığının hâlihazırda yürütmekte olduğu bir kamu hizmeti aynı Bakanlık içerisinde kalıyorsa, bu hizmetin görülmesine ilişkin yapılacak Bakanlık içi düzenlemeler mezkur Kanunun hem lafzını hem de maksadını aşmaktadır.

Diğer taraftan 6223 sayılı Yasanın 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının a ve b bentlerinde ise kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler sayılmıştır. Maddenin ikinci fıkrasının (a) alt bendinde 20 alt bent bulunmaktadır. İlk 19 alt bentte hangi birimlerle ilgili kararnameler çıkarılacağı tek tek sayıldıktan sonra 20. alt bendinde ise "Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde" diyerek kapsamı ve içeriği belli olmayan bir düzenleme yer almaktadır.

Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak 6223 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının a bendinin 19 alt bendinde Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 178 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname sayılmamıştır. Çünkü Maliye Bakanlığının teftiş

ve vergi denetimi anlamında diğer bakanlıklarla arasında herhangi yeni bir görev dağılımı söz konusu değildir. Bunun farkında olan Kanun koyucu böyle bir hususu zaten anılan Kanuna eklememiştir. Ancak Bakanlar Kurulu kendisine 6223 sayılı yetki Kanunu ile bir yetki verilmemesine rağmen 646 sayılı KHK ile Maliye Bakanlığının hâlihazırda yürütmekte olduğu bir kamu hizmetine ilişkin (vergi denetimi ve vergi incelemesine ilişkin olarak) 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve diğer bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde düzenleme yapmıştır.

646 sayılı KHK'nın girişinde, KHK'nın 6223 sayılı Yetki Kanunun verdiği yetkiye dayandırıldığı belirtilmiş olmakla birlikte, Yetki Kanununun hangi maddesinin bu yetkiyi verdiği açıkça belirtilmemiştir. Nitekim mezkur Kanunda yer alan hiçbir madde Maliye Bakanlığında hizmet birimi olarak Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının kurulmasına yetki vermemektedir.

Yetki Kanunu ile yapılabilecek düzenlemelerin sınırının; mevcut bakanlıkların birleştirilmesi, kaldırılması veya yeni bakanlıklar kurulması ve bunların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları arasındaki hiyerarşik ilişkinin yeniden belirlenmesi; mevcut, birleştirilen veya yeni kurulacak bakanlıkların görev ve yetkileri ile taşra ve yurtdışı teşkilatlarının düzenlenmesi olduğu izahtan varestedir. Hal böyle iken diğer bakanlıkların görev ve yetki sahasına girmeyen, dolayısıyla da bakanlıklar arasındaki görev ve yetki dağılımına da söz konusu edilmeyen vergi denetimi ve inceleme hizmetinin yeniden yapılandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin 6223 sayılı Kanuna dayandırılması hukuken olanaksızdır. Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının kurulması amacıyla çıkartılan 646 sayılı KHK'nın hukuki dayanaktan yoksun olduğu, olaya ister 6223 sayılı Yetki Kanununun lâfzî yorumuyla bakılsın isterse amaçsal yorumuyla bakılsın, hiçbir tereddüde yer vermeyecek derecede açıktır.

Anayasanın başlangıç hükmünde "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 medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" belirtilmektedir. Diğer taraftan Anayasanın 87 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri arasında,

kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek” sayılmıştır. Yine Anayasanın 91 inci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmış, anılan maddede yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstereceği hükmüne da yer verilmiştir.

646 sayılı KHK’nin dava konusu maddeleriyle Maliye Bakanlığında yapılan değişikliklere bu açıdan bakıldığında, yapılan düzenlemelerin 6223 sayılı Yetki Kanunuyla Bakanlar Kuruluna verilmiş yetkinin tamamen dışında kaldığı görölmektedir. Zira KHK’nın dava konusu maddeleri incelendiğinde düzenlemelerin Maliye Bakanlığının mevcut organizasyonu içinde zaten var olan Kurul ve birimlerin birleştirilmesi, Maliye Müfettişliği ve Hesap Uzmanlığı gibi kariyer unvanların ortadan kaldırılarak Bakanlık denetim elemanlarının, taşrada görev yapan vergi denetmenlerinin, Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde görev yapan gelirler kontrolörleri ile tek bir unvan altında birleştirilerek tek birime bağlanmasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Burada Maliye Bakanlığı ne kapatılmakta, ne başka bir bakanlıkla birleştirilmekte ve ne de başka bir bakanlığın uhdesinde bulunan yeni bir fonksiyonu devralmaktadır. Bakanlığın teşkilat yasasında yapılacak her türlü değişiklik yetkisi, yasama meclisinde olmasına rağmen 646 sayılı KHK’nın dava konusu maddeleri ile bu yetki hukuka aykırı olarak Bakanlar Kurulunca kullanılmaktadır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 646 sayılı KHK’nın giriş bölümünde, anılan KHK’nın 6223 sayılı Yetki Kanunun verdiği yetkiye dayandırıldığı belirtilmiş olmakla birlikte, Yetki Kanununun hangi maddesinin bu yetkiyi verdiği açıkça belirtilmemiştir. Nitekim mezkur Kanunda yer alan hiçbir madde Maliye Bakanlığında hizmet birimi olarak Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının kurulmasına Bakanlar Kuruluna böyle bir yetki vermemektedir. Bir an için, hatalı olarak, “torba madde” olarak da adlandırılan 1inci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinin 20’nci alt bendinde böyle bir yetkinin varlığından söz edilebileceği varsayılsa dahi, Kanun maddesinin dikkatle incelenmesi halinde böyle bir yorumun son derece yanlış olduğu ortaya çıkmaktadır. Söz Konusu alt bent, bağlı olduğu bent ve fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde şöyle bir sonuç çıkmaktadır:

“Bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnameler; 1 inci maddenin ikinci fıkrasının a bendinin 1 ila 19 uncu alt bentlerinde sayılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin düzenlediği alanlardaki kamu hizmetlerini yürütmekle görevli bulunan bakanlıklarda, bakanlıklar arasındaki hizmet dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak; diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde, yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeleri kapsar.”

Son derece açıktır ki Yetki Kanununun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının a bendinin 1 ila 19 uncu alt bentlerinde, Maliye Bakanlığının hizmet vermekte olduğu alanla ilgili herhangi bir kanun veya kanun hükmünde kararname sayılmamaktadır. 646 sayılı KHK ile başta 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname olmak üzere, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunda yapılan değişiklikler 6223 sayılı Yetki Kanununun tamamen dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması, Yetki Kanununa dayandırılabilir bir düzenleme değildir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, Maliye Bakanlığını ilgilendiren kamu hizmeti (vergi denetimi ve vergi incelemesi) yine Maliye Bakanlığı tarafından yerine getirilmekte, bu hususta mevcut veya yeni kurulan diğer bakanlıklar arasında herhangi bir görev dağılımı söz konusu olmamaktadır.

6223 sayılı Kanunun 1/2-a-20 maddesinde yer alan “diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin” ifadesinin, bağlı olduğu bent ve fıkradan bağımsız olarak, son derece geniş biçimde yorumlanması demek; bu maddeye dayanarak tüm devlet teşkilatının yeniden düzenlenebilmesi anlamına gelir. TBMM’nin Bakanlar Kuruluna, Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına aykırı biçimde ve yürütme erkini aşan ölçüde böylesine geniş bir yetki vermeyi arzulamadığı aşikârdır. Öte yandan, mahiyeti itibariyle zaten istisnai ve sınırlı olan yasama yetkisinin devri hususunda, geniş yorumdan ziyade dar yorumun tercih edilmesi anayasal açıdan tercihe şayan bir hareket tarzı olacaktır.

646 sayılı KHK’nın dava konusu maddelerinin 6223 sayılı Yetki Kanununun kapsamı dışında olduğu yönündeki iddiamızın doğru olduğunu Yetki Kanunun gerekçesine bakarak da teyit etmek mümkündür.

6223 sayılı Yetki Kanununun 1inci maddesinin gerekçesinde, amaç ve kapsamın; kamu hizmetlerinin düzenli, hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesini

sağlamak üzere, kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi ve kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usûl ve esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi olduğu belirtilmiştir.

TBMM Plan ve Bütçe Komisyonunun 04/04/2011 tarih, 1/1017 Esas No.lu ve 36 Karar No.lu Raporunda aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“Tasarı ve gerekçesi incelendiğinde; kamu hizmetlerinde düzenlilik, etkinlik ve verimlilik sağlanması ve kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliğin artırılması amacıyla mevcut bakanlıkların birleştirilmesine, kaldırılmasına veya yeni bakanlıklar kurulmasına ve bunların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları arasındaki hiyerarşik ilişkinin yeniden belirlenmesine; mevcut, birleştirilen veya yeni kurulacak bakanlıkların görev ve yetkileri ile taşra ve yurtdışı teşkilatlarının düzenlenmesine ve bakanlıklarda ve bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memur, işçi ve sözleşmeli personelin atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarının belirlenmesine ihtiyaç duyulduğu, bu konularla ilgili olarak 6 ay süreyle ve bu süre içerisinde birden fazla kararname çıkarılabilecek şekilde Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilmesinin ve bu yetki kullanılırken Bakanlar Kurulu tarafından uyulacak ilkelerin belirlenmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır.”

Öte yandan, Komisyonda yapılan görüşmelerde, Hükümet adına yapılan tamamlayıcı açıklamalarda; Tasarının amaç ve kapsam başlıklı 1 inci maddesi ile ilkeler ve yetki süresi başlıklı 2 nci maddesinde yetki sınırlarının açıkça çizildiği, Hükümetin temel olarak mevcut bakanlıkların birleştirilmesi, kaldırılması ve yeni bakanlıkların kurulmasını teminen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine ihtiyaç duyduğu; ancak bakanlıkların teşkilat yapısında gerçekleştirilecek değişikliklerin doğal olarak bakanlıkların personelini de ilgilendireceği, bu nedenle personele ilişkin hükümlerin de yetki kapsamına dahil edildiği belirtilmiştir.

Yetki Kanunu ile yapılabilecek düzenlemelerin sınırının; mevcut bakanlıkların birleştirilmesi, kaldırılması veya yeni bakanlıklar kurulması ve bunların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşları arasındaki hiyerarşik ilişkinin yeniden belirlenmesi; Kanunun

1 inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin 1 ila 19 uncu alt bentlerinde sayılan mevzuatın düzenlediği alanlardaki kamu hizmetleriyle ilgili olarak, mevcut, birleştirilen veya yeni kurulacak bakanlıkların görev ve yetkileri ile taşra ve yurtdışı teşkilatlarının düzenlenmesi olduğu izahtan varestedir. Hal böyle iken, diğer bakanlıkların görev ve yetki sahasına girmeyen, dolayısıyla da bakanlıklar arasındaki görev ve yetki dağılımına söz konusu edilmeyen vergi denetimi ve vergi incelemesi hizmetinin yeniden yapılandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin 6223 sayılı Yetki Kanununa dayandırılması hukuken olanaksızdır. Dolayısıyla, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının kurulması amacıyla çıkartılan 646 sayılı KHK'nın dava konusu maddelerinin anayasal dayanaktan yoksun olduğu ve iptal edilmesi gerektiği, hiçbir tereddüde mahal vermeyecek şekilde açıktır.

Görüldüğü üzere 6223 sayılı Yetki Kanunu dayanak gösterilerek çıkarılan 646 sayılı KHK anayasanın başlangıç, 87 nci ve 91 inci maddelerindeki şartları taşımadığından Anayasanın anılan maddelerine aykırıdır.

D- 646 Sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 1inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Yukarıda 646 sayılı KHK'nin bütünüyle 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanmadığı ve bu nedenle Anayasanın başlangıç, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı olduğu detaylı şekilde açıklanmıştır.

Hal böyle olmakla birlikte, 646 sayılı KHK'nin maddeleri itibariyle de Anayasa aykırılığının irdelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede anılan KHK'nin maddeler itibariyle Anayasaya aykırılık açısından değerlendirilmesine aşağıda yer verilmiştir.

06.04.2011 tarih ve 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin Ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev Ve Yetkileri İle Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'na (6223 sayılı Yetki Kanunu) dayanılarak çıkarılan 10/07/2011 tarihli ve 27990 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 646 sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin (646 sayılı KHK) 1 inci maddesi ile 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de değişiklik yapılarak Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı kurulmuştur.

Anılan maddenin Anayasaya aykırılık durumu farklı gerekçelerle aşağıda belirtilmiştir.

a) 646 sayılı KHK'nin dayanağını teşkil eden 6223 sayılı Yetki Kanunu ile 178 sayılı KHK'da değişiklik yapılmasına yetki verilmediğinden 646 sayılı KHK'nın 1 inci maddesi Anayasanın 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırıdır.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun 1/a-3'üncü maddesinde, bu Kanunun amacının kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

6223 sayılı Yetki Kanunun 1inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde, bu Kanuna göre çıkarılacak KHK'ların, 19 farklı Kanun ve KHK'da kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak yapılacak değişiklik ve düzenlemeleri kapsadığı ifade edilmiştir.

Anılan maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinin (20) numaralı alt bendine göre bu Kanuna göre çıkarılacak KHK'lar, "Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde""Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak" yapılacak değişiklikleri ve yeni düzenlemeleri kapsayabilecektir.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun yukarıda yer verilen düzenlemelerinden, bu Yetki Kanunu ile 178 sayılı KHK'da değişiklik yapılmasına ilişkin olarak Bakanlar Kuruluna doğrudan bir yetki verilmediği gibi, anılan maddede tadadi olarak sayılan Kanun ve KHK'lar dışındaki Kanun ile KHK'larda da ancak kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak değişiklik yapılabileceği anlaşılmaktadır.

646 sayılı KHK ile ise, 178 sayılı KHK'nın birden fazla maddesinde (2, 6, 13, 19, 20, 21, 33/B, 42, 43 üncü maddelerinde değişiklik yapılmış, Ek

Madde 29, Ek Madde 30, Ek Madde 31, Ek Madde 32, Geçici Madde 11, Geçici Madde 12, Geçici Madde 13 ihdas edilmiş ve KHK'nın eki (1) sayılı Cetvelde de değişiklik yapılmıştır.) değişiklik yapılmış, Maliye Bakanına doğrudan bağlı olarak görev yapan Teftiş Kurulu Başkanlığı ile Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlığı kaldırılarak bunların yerine esas olarak vergi incelemesi ile görevli ve yetkili olan Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı kurulmuştur.

178 sayılı KHK'da değişiklik yaparak Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının kurulmasına ve buna bağlı olarak farklı kanunlarda yapılan değişikliklere ilişkin hükümler taşıyan 646 sayılı KHK, Anayasanın 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırıdır. Zira Anayasanın 87 nci maddesinde TBMM'nin görev ve yetkileri açıkça sayılmış, 91 inci maddesinde de Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği; yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstereceği hükümlerine yer verilmiştir.

Buna göre 178 sayılı KHK'da değişiklik yapılmasına doğrudan veya dolaylı olarak yetki vermeyen 6223 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 646 sayılı KHK'nın 1inci maddesi Anayasanın 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırıdır.

b) 178 sayılı KHK'da Maliye Bakanlığı'nın teşkilat yapısında değişiklik yapan 646 sayılı KHK'nın 1 inci maddesi, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun 2/a-20 nci maddesi Bakanlar Kurulu'na, diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin teşkilat yapılarına ilişkin hükümlerinde değişiklik yapma yetkisi vermediğinden Anayasanın 91 inci maddesine aykırıdır.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun 1/a-3 üncü maddesinde, mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermesine karşın; anılan Kanun 2/a-20 nci maddesinde, bu Kanuna göre çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve

ilişkili kuruluşların bağıllık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeleri kapsadığı hükümlerine yer verilmiştir.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun 2/a-20 nci maddesindeki düzenlemelerden anılan maddenin 1 ila 19 uncu alt bentlerinde tadadi olarak sayılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağıllık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde yapılacak değişiklik ve yeni düzenlemeler yapmak ile sınırlamış, teşkilat yapılarına ilişkin düzenleme yapma yetkisini kapsam dışında bırakmıştır.

Anayasanın 91 inci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği; yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstereceği hükümlerine yer verilmiştir.

Bu noktadan hareketle, Maliye Bakanlığının teşkilat yapısını düzenleyen 178 sayılı KHK'nın çeşitli maddelerinde değişiklik yaparak Teftiş Kurulu ve Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlıklarını kaldırarak bunların yerine Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının kurulmasına ilişkin hükümler içeren 646 sayılı KHK'nın 1 inci maddesi yukarıda belirtilen gerekçelerle 6223 sayılı Yetki Kanununa ve Anayasanın 91inci maddesine aykırıdır.

c) Ayrı hukuksal durumlarda bulunan Maliye Müfettişi, Hesap Uzmanı ile Gelirler Kontrolörleri ve Vergi Denetmenlerinin tek bir unvan altında "Vergi Müfettişi" olarak belirlenmesine ilişkin hükümler içeren 646 sayılı KHK'nın 1 inci maddesi Anayasanın 10 uncu maddesine aykırıdır.

646 sayılı KHK ile yapılan değişiklik öncesindeki teşkilat yapısı içerisinde Maliye Bakanına doğrudan bağlı olarak görev yapan Maliye Müfettişleri ve Hesap Uzmanlarının Gelir İdaresi Başkanına bağlı olarak görev yapan Gelirler Kontrolörleri ile taşrada Vergi Dairesi Başkanlarına bağlı olarak görev yapan Vergi Denetmenlerinin "Vergi Müfettişliği" unvanı altında birleştirilmesi Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Yetiştirici ve kariyer meslek kazandırıcı bir okul olarak kabul edilen, kamuya ve özel sektöre üst düzey yönetici ve devlet adamı yetiştiren ve bu özellikleri

dolayısıyla meslek tercihinde her zaman ön sıralarda yer alan, 4 oturumda yapılan ve toplam 2 gün süren klasik usuldeki giriş sınavlarına olan başvuruları yüksek puanlarla sonuçlanan, her yıl ortalama en fazla 10-20 kişinin sınavlarını kazanabildiği, 3 yıllık ciddi bir yetiştirme sürecini kapsayan yardımcılık döneminin sonunda üçer ve beşer gün süren yeterlik sınavına sahip olan Teftiş Kurulu ve Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlıklarında görev yapan Maliye Müfettişleri ile Hesap Uzmanlarının, test usulü ile yapılan tek oturumlu en fazla 3 saat süren yaklaşık 80-100 soruluk sınav ile göreve başlayan Vergi Denetmenleri ile tek bir “Vergi Müfettişliği” unvanı altında birleştirilmesi Anayasanın 10 uncu maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 10 uncu maddesinde, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” hükümleri yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin 23.7.2009 tarih, 2006/166 esas ve 2009/113 karar sayılı kararında, “Anayasanın 10 uncu maddesinde öngörülen “yasa önünde eşitlik ilkesi” hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunanlar kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, 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 Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.” hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin anılan kararındaki hükümlerin mefhumu muhalifinden ayrı hukuksal durumda bulunanların ayrı hukuksal kurallara bağlı olması gerektiği anlaşılmaktadır. 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 konumlarındaki 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 Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Maliye Bakanına doğrudan bağlı olarak görev yapan Maliye Müfettişleri ve Hesap Uzmanları ile Gelir İdaresi Başkanı ile Vergi Dairesi Başkanına bağlı olan Gelirler Kontrolörleri ile Vergi Denetmenlerinin ayrı hukuksal durumlarda bulunmaları nedeniyle, tek bir "Vergi Müfettişi" unvanı altında birleştirilmeleri aynı hukuksal duruma sahip olmaları sonucu doğurduğundan, 646 sayılı KHK'nın 1 inci maddesi Anayasanın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır.

E) Maliye Bakanı'nun siyasi, mali ve idari sorumluluğunun sağlanmasına ilişkin olarak bakanlık merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekte kullandığı Bakanlık Teftiş Kurulunu kaldıran 646 sayılı KHK'nın 1 inci maddesi Anayasanın 112 nci ve 113 üncü maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 112 nci maddesinde Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumlu olduğu, 113 üncü maddesinde ise bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının kanunla düzenleneceği hükümleri yer almaktadır.

3046 sayılı 3046 sayılı Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun'un 21 inci maddesinde, "Bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiridir. Bakanlar, bakanlık hizmetlerini mevzuata, Hükümetin genel siyasetine, milli güvenlik siyasetine, kalkınma planlarına ve yıllık programlara uygun olarak yürütmekle ve bakanlığın faaliyet alanına giren konularda diğer bakanlıklarla işbirliği ve koordinasyonu sağlamakla görevli ve Başbakana karşı sorumludur. Her bakan, ayrıca emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden de sorumlu olup, bakanlık merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkilidir." hükümleri yer almaktadır.

Diğer taraftan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, bakanların, kamu kaynaklarının etki, ekonomik ve verimli kullanılması ile hukuki ve mali konularda Başbakana ve Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı sorumlu oldukları hükümlerine yer verilmiştir.

Bakanların kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğu Anayasal bir sorumluluktur. Anayasanın

Bakanlara yüklediği bu sorumluluk, kaçınılmaz olarak 3046 sayılı Kanunun 21 inci maddesinde de belirtildiği gibi her bakanı, bakanlık merkez, taşra ve yurt dışı teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkili kılmıştır. Bakanların bu sorumluluğu bizzat yerine getirmeleri beklenemeyeceği için Bakan adına bu görevi gerçekleştirecek birimde yine 3046 sayılı Kanunda belirtildiği gibi Bakanlık Teftiş Kurullarıdır.

Merkezi yönetim, yönetsel etkinlikler alanında, yasal düzenlemelerin merkez olarak kabul ettiği bir yerde toplanmış bulunan üst düzey yöneticilerin aldıkları karar ve yaptıkları yürütülebilir işlemlere, Devlet tüzelkişiliğinin yetki alanında bulunan tüm örgütsel birim ve görevlilerce uyulması ve bunları uygulaması anlamına gelmektedir.

Hukuksal bir kurum ve kavram olan hiyerarşi, merkezi yönetimin yukarıda yer verilen anlamı karşısında, “İdarenin Bütünlüğü”nün söz konusu olduğu örgütlenmede, merkezden yönetimin gerçekleşme yöntemi ve aracıdır.

Bu yöntem ve aracın geçerli kılınabilmesinin en etkin yolunun ise hiyerarşik denetim olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı gibi, Anayasada, “İdarenin Bütünlüğü İlkesi”nin gerçekleştirilmesinin hukuksal araçları olarak, hiyerarşi, yetki genişliği ve idari vesayet kurumlarına yer verilmiştir. Bu kurumların her birinin “denetim” olgusunu içinde taşıdığı, bu yönüyle Devlet aygıtının örgütlenmesine ilişkin düzenlemelerin, bu kurumlara yer vermesinin anayasal bir zorunluluk olduğu tartışmasızdır.

Uluslararası standartlarda teftiş kavramı, “denetim”, “soruşturma”, “yönetim” ve “danışmanlık” işlevlerini ve bu işlevleri yürütecek uzmanları içermektedir.

Gerek yukarıda ortaya konulan anayasal ilkeler, gerek içerdiği öğeler gözönünde bulundurulduğunda, teftiş hizmeti, yalnızca yönetsel etkinliklerin yürütülmesinde usulsüzlüklerin ve yolsuzlukların ortaya çıkarılmasından, soruşturulmasından, bunların önlenmesi ve hizmetin daha etkin ve verimli kılınması için alınacak önlemlerin araştırılmasından ibaret olmayıp, aynı zamanda hiyerarşik denetimin ve vesayet denetiminin bu alanda uzmanlaşmış, yetkin, güvenceye sahip, siyasal istencin etkisinden soyutlanmış denetim elemanları eliyle yapılarak, idarenin bütünlüğü ilkesinin yaşama geçirilmesinin aracı olarak da görülmelidir.

Denetim elemanları aracılığıyla yolsuzlukları ve hukuka aykırılıkları saptamak ve önlemlerini almakla yükümlü olan merkezi yönetim, bunun dışında, yerel yönetimlerle ilgili olarak çıkardığı yasalar ve saptadığı standartlar uyarınca yaptığı düzenlemelerin uygulanmasını izlemek ve gerçek gereksinimleri karşılayıp karşılamadığını, bunlarda değişiklik yapılması gerekip gerekmediğini, aksayan yönlerin neler olduğunu bilmek ve gerekli önlemleri almak durumundadır.

Bu izlemenin ise, ancak kamu yönetimini her yönüyle çok iyi bilen, alanında uzmanlaşmış kişilerden oluşan denetim kuralları eliyle yapılabileceği açıktır. Bu nitelikte bir görevi herhangi bir kamu görevlisinin yapabileceğini varsaymak gerçeğe uygun olmadığı gibi, sağlayacağı yararlar da son derece sınırlıdır.

Sonuç olarak, getirilen düzenleme ile idarenin bütünlüğü ilkesinin gerçekleştirme araçlarından biri olan denetim işlevini etkisiz kılacağı açıktır.

646 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1 inci maddesiyle 178 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 20 nci maddesinde yapılan değişiklikle, Maliye Bakanı adına Maliye Bakanlığının tüm merkez, taşra teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında teftiş, araştırma ve soruşturma yapma yetkisine haiz Maliye Teftiş Kurulu kaldırılmaktadır. Vergi Denetim Kurulu'nun görev ve yetkilerini düzenleyen maddenin yeni halinde "...Bakan tarafından verilen teftiş, inceleme, denetim ve soruşturmalar yapmak" biçiminde bir bent hükmüne yer verilmiş ise de, bu yetkinin sadece ve sadece vergi tarh ve tahsili ile görevli "Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı" ile sınırlı olduğu aşikardır. Bakanlığın diğer birimleri üzerinde Bakanın ihtiyaç duyacağı teftiş, denetim ve soruşturmaları yerine getirecek olan ve doğrudan Maliye Bakanına bağlı herhangi bir denetim birimi artık bulunmamaktadır. Getirilen bu düzenleme ile Maliye Bakanı anayasanın 112 nci ve 113 üncü maddelerinde tanımını bulan kendi teşkilatı üzerindeki denetim yetkisinden mahrum bırakılmaktadır.

Bu noktadan hareketle, Maliye Bakanı adına Maliye Bakanlığının tüm merkez, taşra teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında teftiş, araştırma ve soruşturma yapma yetkisine haiz Maliye Teftiş Kurulu'nun kaldırılmasına yönelik hükümler içeren 646 sayılı KHK'nın 1inci maddesi Anayasanın 112 nci ve 113 üncü maddelerine aykırıdır.

F- 646 Sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 2 nci, 3 üncü, 9 uncu, 10 uncu ve 13 üncü Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun 1/a-3 üncü maddesinde bu Kanunun amacının kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

6223 sayılı Yetki Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinde, bu Kanuna göre çıkarılacak KHK'ların, 19 farklı Kanun ve KHK'da kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak yapılacak değişiklik ve düzenlemeleri kapsadığı hükümlerine yer verilmiştir.

Anılan maddenin (a) bendinin (20) numaralı alt bendine göre bu Kanuna göre çıkarılacak KHK'lar, "Diğer kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin görev, yetki, merkez, taşra ve yurt dışında teşkilatlanma esasları, kadrolar, bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerine ilişkin hükümlerinde""Kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesine ilişkin olarak" yapılacak değişiklikleri ve yeni düzenlemeleri kapsayabilecektir.

646 sayılı KHK'nın;

2 nci maddesi ile 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'un ek 1inci maddesinde,

3 üncü maddesi ile 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 33üncü maddesinde,

9 uncu maddesi ile 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 4 üncü, 8 inci, 13 üncü, 14 üncü, 28 inci, 29 uncu, 31inci ve Ekli (I) sayılı maddelerinde,

10 uncu maddesi ile 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 2 nci, 11 inci ve 20 nci maddelerinde,

değişiklik yapılmış,

13 üncü maddesi ile de 28.03.1945 tarih ve 4709 sayılı Hesap Uzmanları Kurulu Kurulmasını ve Maliye Bakanlığı Merkez ve İller Kadrosunda değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

1567 sayılı Kanun, 6245 sayılı Kanun, 5345 sayılı Kanun ve 5549 sayılı Kanun'da değişiklik yapan ve 28.03.1945 tarih ve 4709 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 646 sayılı KHK, Anayasanın 91 inci maddesine aykırıdır. Zira Anayasanın 91 inci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği; yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstereceği hükümlerine yer verilmiştir.

Buna göre söz konusu Kanunlarda değişiklik yapılmasına doğrudan veya dolaylı olarak yetki vermeyen 6223 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 646 sayılı KHK'nın 2 nci, 3 üncü, 9 uncu, 10 uncu ve 13 üncü maddeleri Anayasanın 91 inci maddesine aykırıdır.

G- 646 Sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 4 üncü ve 5 inci Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın dördüncü bölümünde düzenlenen "Siyasi haklar ve ödevler" arasında yer alan "Vergi Ödevi" ile ilgili düzenlemeler içeren 646 sayılı KHK'nın 4 üncü ve 5 inci maddeleri Anayasanın 73 üncü ve 91 inci maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 73 üncü maddesinde, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı; 91 inci maddesinde ise, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği hükümlerine yer verilmiştir.

646 sayılı KHK'nın 4 üncü maddesi ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 135 inci, 140 ıncı, 367 nci maddelerinde, 5 inci maddesi ile de 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 134 üncü maddesinde değişiklik yapılmıştır.

Vergi kanunları usul hükümleri ile bir bütündür. Usule yönelik olarak yapılacak değişikliklerin de kanunla yapılması gerekir. Aksi bir düşünüş tarzı, vergi cezalarının da KHK ile yapılması sonucunu doğurur ki, bu Anayasaya açık bir aykırılık oluşturur.

646 sayılı KHK ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yapılan düzenlemeler, anılan Kanunun “Vergilendirme” başlıklı birinci kitabını ilgilendirmektedir. Parlamentoda tartışılarak yasalaşması gereken ve vergi mükelleflerinin vergi yüklerini doğrudan yada dolaylı olarak etkileyebilecek bu tür düzenlemelerin Anayasaya uygun olarak TBMM tarafından Kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Buradan hareketle vergisel durumlara ilişkin usul hükümlerinde değişiklik yapan 646 sayılı KHK’nın 4 üncü ve 5 inci maddeleri Anayasanın 73 üncü ve 91 inci maddelerine aykırıdır.

H- 646 Sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin 4 üncü ve 6 ncı Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

Bilindiği üzere “Mali haklar”, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 5 inci kısmında 146-186 ncı maddelerinde, “sosyal haklar ve yardımlar” ise 6 ncı kısımda 187-213 üncü maddeler arasında düzenlenmiştir. 657 sayılı Kanun dışındaki diğer personel kanunlarında da mali haklar, sosyal hak ve yardımlar açısından 657 sayılı Kanun’a atıflar yapılmakta ya da benzeri hükümler içermektedir. Bu çerçevede “mali ve sosyal haklar” kavramı hukuk sistemimizde çok net olarak belirlenmiştir.

Bundan önce çıkarılmış bulunun bir çok yetki Kanunu incelendiğinde “mali ve sosyal haklar” konusunda Hükümetlere açıkça yetki verilmesini kapsayan hükümler bulunduğu görülecektir. Dolayısıyla bu konularda yetki verilmesi için “mali ve sosyal haklar” kavramının çok açık şekilde yetki kanunlarında yer alması mutlak zorunluluktur. Aksi takdirde bu alanlarda düzenleme yapılması Anayasaya aykırı olacaktır.

6223 sayılı Kanun’un 1 inci maddesinde, bu Kanun’un amacının, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak üzere kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler,

sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin çalışmalarında etkinliği artırmak üzere, bunların atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek olduğu hükümlerine yer verilmiştir.

646 sayılı KHK'nın 4 üncü maddesi ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13 üncü maddesine, "6. En yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dâhil);

a) Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcılarına % 200'ünü,

b) Vergi Müfettişi ve Yardımcılarından; görev yeri Küçük ve Orta Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı olarak belirlenenlere % 100'ünü, diğer grup başkanlıkları olarak belirlenenlere % 200'ünü,

geçmemek üzere her ay ek ödeme yapılabilir.

Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları ile Vergi Denetim Kurulu Başkanlığında Vergi Müfettişlerinden Grup Başkanı olarak görevlendirilenlere en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) % 50'sini geçmemek üzere ayrıca ek ödeme yapılabilir.

Söz konusu ek ödemelerin oranı ile esas ve usulleri; görev yapılan grup başkanlıkları, görev yapılan yer, kadro unvan ve derecesi gibi kriterler birlikte veya ayrı ayrı dikkate alınarak Maliye Bakanı tarafından belirlenir. Bu ödemelerde 657 sayılı Kanunun aylıklara ilişkin hükümleri uygulanır ve bu ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesinti yapılmaz."

hükümleri eklenmiş,

6 ncı maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile "Vergi Müfettişliği" unvanı kazanan Vergi Denetmenlerinin ek gösterge ile zam ve tazminat miktarlarında değişiklik yapılmıştır.

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarına ilişkin düzenleme yapılmasına ilişkin olarak Bakanlar Kuruluna herhangi bir yetki verilmemiştir.

Anayasanın 91 inci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği; yetki kanununun, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstereceği hükümlerine yer verilmiştir.

Memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarına ilişkin olarak değişiklik yapılmasına doğrudan veya dolaylı olarak yetki vermeyen 6223 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan 646 sayılı KHK'nın 4 üncü ve 6 ncı maddeleri Anayasanın 91 inci maddesine aykırıdır.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Hukuk devletine aykırı olan, temel hak ve özgürlükleri ölçüsüzce sınırlandıran ve Anayasaya açıkça aykırı olan bir düzenlemenin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi olanaksız zararlara yol açacağı çok açıktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde sübjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

646 sayılı KHK'nın Anayasaya aykırılığı ileri sürülen maddelerinin uygulanması halinde Maliye Bakanlığı teşkilatında yapılan değişiklikten etkilenen denetim birimleri ile personelinin Anayasaya aykırı KHK ile düzenlenmesi sonucu, sonradan öngörülemeyecek ve giderilemeyecek büyük kayıplara sebebiyet verilebilecek, telafisi imkansız zararlar doğacaktır.

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 07.07.2011 tarih ve KHK/646 sayılı “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 1 inci, 2 nci, 3 üncü, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 9 uncu, 10 uncu ve 13 üncü maddelerinin Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 10 uncu, 73 üncü, 87 nci, 91 inci, 112 nci ve 113 üncü maddelerine aykırı olduklarından iptallerine, Anayasaya açıkça aykırı olmaları ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Kanun Hükmünde Kararname Kuralları

646 sayılı KHK’nin iptali istenen kuralları şöyledir:

“MADDE 1- 13/12/1983 tarihli ve 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin;

a) 2 nci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.

“s) Vergi incelemesi ve denetimine ilişkin temel politika ve stratejileri belirlemek ve uygulanmasını sağlamak.”

b) 6 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Bu amaçla Bakanlık Teftiş Kurulu ve Hesap Uzmanları Kurulu hariç olmak üzere” ibaresi “Bu amaçla Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı hariç olmak üzere” şeklinde değiştirilmiştir.

c) 13 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent ve aynı maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“r) Bakanlar Kurulunca uygulama usul ve esasları belirlenen projeler kapsamında; Hazinesin özel mülkiyetinde ve Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazları geliştirmek, değerlendirmek, kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazları satın almak, trampa etmek, kamulaştırmak, toplulaştırmak,

kamulaştırma ve toplulaştırma kapsamında kalan taşınmazlar da dâhil olmak üzere taşınmazların imar planlarını, çevre imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde yapmak, yaptırmak, tadil etmek ve imar uygulamasını gerçekleştirmek.

Genel Müdürlük tarafından birinci fıkranın (r) bendi uyarınca yapılan, yaptırılan ve tadil edilen planlar; büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il ve ilçe belediye sınırları ile mücavir alanları içinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, beldelerde ve diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içinde aynen veya değiştirilerek onaylanır. Belediyeler ve valilik tarafından üç ay içinde onaylanmayan planlar Genel Müdürlük tarafından re'sen onaylanır. Belediyeler, valilik veya Genel Müdürlük tarafından onaylanan bu planlar; askı, ilan ve itiraza dair kararlar da dâhil olmak üzere 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerine göre belediyeler ve ilgili kamu kurumları tarafından yapılacak tüm işlemler Genel Müdürlük tarafından re'sen yapılmak suretiyle yürürlüğe konur. İlgili belediyeler ve valilikler bu arsa ve arazilerin imar fonksiyonlarını beş yıl süreyle değiştiremezler.”

ç) 19 uncu maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve (b) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

“a) Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı,”

d) 20 nci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı:

MADDE 20- Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı, doğrudan Bakana bağlı olarak Başkan, Başkan Yardımcıları, Grup Başkanları ve Vergi Müfettişleri (Vergi Başmüfettişi, Vergi Müfettişi ve Vergi Müfettiş Yardımcısı)’nden oluşur.

Kurula verilen görevlerin yerine getirilmesinde, uzmanlaşma ve işbölümünün sağlanması amacıyla uygun görülen yerlerde Bakan onayı ile doğrudan Başkanlığa bağlı olmak üzere aşağıdaki grup başkanlıkları kurulabilir.

a) Küçük ve Orta Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı.

b) Büyük Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı.

c) *Organize Vergi Kaçakçılığı ile Mücadele Grup Başkanlığı.*

ç) *Örtülü Sermaye, Transfer Fiyatlandırması ve Yurtdışı Kazançlar Grup Başkanlığı.*

İkinci fıkrada belirtilen grup başkanlıkları, uygun görülen yerlerde ihtiyaca göre birden fazla sayıda kurulabilir.

Kurulun görev ve yetkileri şunlardır:

a) *Vergi Usul Kanunu ve diğer gelir kanunları kapsamında vergi incelemeleri yapmak.*

b) *Her türlü bilgi, veri ve istatistiği toplamak suretiyle oluşturulacak Risk Analiz Sistemi üzerinden mükelleflerin faaliyetlerini gruplar ve sektörler itibarıyla analiz etmek, mukayeseler yapmak ve bu suretle risk alanlarını tespit etmek.*

c) *Vergi yükümlülüklerine ilişkin ihbar ve şikayetleri değerlendirmek.*

ç) *Vergi incelemelerinde Gelir İdaresi Başkanlığı ile gerekli eşgüdümü ve işbirliğini sağlamak.*

d) *İnceleme ve denetim sonuçlarını izlemek, değerlendirmek ve istatistikler oluşturmak.*

e) *Vergi inceleme ve denetimleri ile raporlamaya ilişkin standart, ilke, yöntem ve teknikleri geliştirmek, inceleme ve denetim rehberleri hazırlamak, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların uyacakları etik kuralları belirlemek.*

f) *Vergi Müfettişlerinin mesleki yeterlik ve yetkinliklerinin sağlanması ve artırılması için gerekli çalışmaları yapmak, bu amaca katkı sağlamak üzere kalite güvence sistemini geliştirerek uygulamak.*

g) *Performans değerlendirme sistemi oluşturmak ve Vergi Müfettişlerinin performansını bu sisteme göre değerlendirmek.*

ğ) *Vergi kaçırma ve vergiden kaçınma alanındaki gelişmeler ile bunların ortaya çıkarılması ve önlenmesine yönelik yöntemler konusunda araştırmalar yapmak.*

h) Vergi mevzuatı ile ilgili görüş ve önerilerde bulunmak.

ı) Bakan tarafından verilen teftiş, inceleme, denetim ve soruşturmaları yapmak.

i) Bakan tarafından verilen benzeri görevleri yapmak.

Vergi incelemesine yetkili olanlar tarafından yapılacak tam ve sınırlı vergi incelemelerinin kapsamı, vergi incelemesine tabi tutulma bakımından birinci sınıf tüccarların yıllık iş hacimleri, aktif ve öz sermaye büyüklükleri esas alınarak gruplara ayrılması ve yapılacak bu gruplamaya bağlı olarak vergi incelemesine alınma bakımından asgari süreler getirilmesi ile bu hususlara dair diğer usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.”

e) 21 inci ve 33/B maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

f) 42 nci maddesinin (b) fıkrasında yer alan “ve Maliye Bakanlığında en az üç yıl fiilen çalışmış” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

g) 43 üncü maddesinin (a) fıkrasının ikinci paragrafında yer alan “(Gelir İdaresi Başkanlığı gelirler kontrolörleri dahil)” ve “Başkanlık ve” ibareleri yürürlükten kaldırılmış ve aynı maddenin (b) fıkrasının (1) numaralı bendine “Devlet Muhasebe Uzmanı,” ibaresinden sonra gelmek üzere “Gelir Politikaları Genel Müdürlüğünde Devlet Gelir Politikaları Uzmanı,” ibaresi eklenmiştir.

ğ) Ek 28 inci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki ek maddeler eklenmiştir.

“Vergi Denetim Kurulu Başkanlığında atama, yükselme ve yer değişikliği

EK MADDE 29- Vergi Denetim Kurulu Başkanı, atama tarihi itibarıyla Devlet memuriyetinde bulunan, kamudaki hizmet süresi toplamı oniki yılı aşan ve bu sürenin en az on yılında Vergi Müfettişi olarak görev yapmış olanlar arasından atanır. Başkan, Vergi Müfettişi sıfat ve yetkilerini haizdir.

Görevlerin yürütülmesinde Başkana yardımcı olmak üzere dört Başkan Yardımcısı atanabilir. Başkan Yardımcıları, atama tarihi itibarıyla Devlet memuriyetinde bulunan, kamudaki hizmet süresi toplamı on yılı aşan ve bu

sürenin en az sekiz yılında Vergi Müfettişi olarak görev yapmış olanlar arasından atanır. Başkan Yardımcıları, Vergi Müfettişi sıfat ve yetkilerini haizdir.

Grup Başkanları, görevlendirme tarihi itibarıyla Vergi Müfettişi kadrosunda bulunan, kamudaki hizmet süresi toplamı on yılı aşan ve bu sürenin en az sekiz yılında Vergi Müfettişi olarak görev yapmış olanlar arasından görevlendirilir.

Vergi Müfettişleri, en az dört yıllık yükseköğretim veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakülteleri ile yönetmelikle belirlenen yükseköğretim kurumlarından veya bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulunca kabul edilmiş yükseköğretim kurumlarından mezun olup, sınavın yapıldığı tarih itibarıyla otuzbeş yaşını doldurmamış olan ve yapılacak özel yarışma sınavını kazananlar arasından, Bakan onayı ile mesleğe Vergi Müfettiş Yardımcısı olarak atanır.

Vergi Müfettiş Yardımcılığına atananlardan giriş sınavındaki başarı sırasına göre en başarılı yüzde yirmisi üç aylık ayrı bir eğitime tabi tutulur. Bu eğitim sonucunda yapılacak yazılı ve sözlü sınavda başarı sırasına göre en başarılı yüzde yirmibeşi 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen grup başkanlıklarında görevlendirilir. Giriş sınavında ilk yüzde yirmiyeye, eğitim sonucunda yapılacak sınavda ise ilk yüzde yirmibeşe giremeyenler 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen grup başkanlığında görevlendirilir.

Vergi Müfettiş Yardımcıları, filen üç yıl çalışmak ve yardımcılık döneminde performans değerlendirmesine göre başarılı olmak şartıyla yapılacak yeterlik sınavına girmeye hak kazanırlar. Yeterlik sınavında her bir grup başkanlığı itibarıyla yer alacak sınav konuları ile ortak sınav konuları ve sınava ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir. Yapılacak yeterlik sınavında başarılı sayılabilmek için giriş sınavında alınan puanın yüzde otuzu ile yeterlik sınavında alınan puanın yüzde yetmişinin toplamının yüz puan üzerinden en az altmışbeş puan olması şarttır. Yeterlik sınavında başarılı olanlar Vergi Müfettişi olarak atanırlar. 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen grup başkanlığında görev yapmakta iken Vergi Müfettişi olarak atananlardan yeterlik sınavındaki başarı sırasına göre en başarılı yüzde beşi, 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen grup başkanlıklarında görevlendirilir. Yeterlik sınavına girmeye hak kazanamayanlar ile yeterlik sınavında başarılı olamayanlar ise Bakanlıkta derecelerine uygun memur kadrolarına atanırlar.

Yardımcılık dönemi dahil Vergi Müfettişi olarak en az on yıl çalışan, yeterlik sonrası dönemde en az üç yıl performans değerlendirmesine tabi tutulan ve yapılan performans değerlendirmelerinde başarılı olanlar, Vergi Başmüfettişi kadrolarına atanırlar. 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen grup başkanlığında görev yapıp, bir takvim yılı içinde Vergi Başmüfettişi olarak atananlardan giriş sınavında alınan puanın yüzde onu, yeterlik sınavında alınan puanın yüzde yirmisi ve performans değerlendirmesine göre alınan puanın yüzde yetmişi esas alınarak yapılacak sıralamaya göre en başarılı yüzde beşi, izleyen yıl içinde 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen grup başkanlıklarında görevlendirilir.

20 nci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen grup başkanlıklarında görev yapan Vergi Müfettişleri bu grup başkanlıkları arasında görev yerleri bakımından yer değiştirmeye tabidir. 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen grup başkanlıklarında görev yapan Vergi Müfettişleri ise bu grup başkanlıkları arasında yer değiştirmeye tabidir.

Performans değerlendirme sistemi, Vergi Müfettişlerinin mesleki yeterlik ve yetkinliklerinin objektif, nesnel ve mukayeseli bir şekilde değerlendirilmesi için görev yaptıkları süre içindeki sınavlarda elde ettikleri başarı derecesi, grup başkanlarının Vergi Müfettişlerinin iş performansına ilişkin değerlendirmeleri, düzenledikleri vergi inceleme raporları hakkında rapor değerlendirme komisyonları tarafından yapılan değerlendirmeler, düzenledikleri diğer inceleme, araştırma, görüş, denetim ve soruşturma raporları hakkında yapılan değerlendirmeler, lisansüstü eğitim düzeyleri ve benzeri kriterler esas alınarak oluşturulur. Vergi Müfettişlerinin performans değerlendirmesi takvim yılı itibarıyla yapılır.

Başkanlığın görev, yetki ve sorumlulukları, grup başkanlıklarının görev alanları, performans değerlendirme sisteminin oluşturulması ve yönetimi ile Vergi Müfettişlerinin görev, yetki ve sorumlulukları, mesleğe alınmaları, yetiştirilmeleri, yeterlikleri, yükselmeleri, grup başkanlıklarında görevlendirilmeleri ve yer değiştirme usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

Yapılamayacak işler

EK MADDE 30- Vergi incelemesine yetkili olanlar, görevlerinden ayrıldıktan sonra üç yıl süreyle, görevden ayrılış tarihi itibarıyla son üç yıl içinde nezdinde inceleme yaptıkları mükellefler veya bu mükelleflerin veya ortaklarının idaresi,

denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu kurumlarda herhangi bir görev veya iş alamazlar, 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu kapsamında sözleşme düzenleyemezler. Bu yasağa uymayanlar hakkında 2/10/1981 tarihli ve 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

Görevlendirme yasağı

EK MADDE 31- Kamu kurum ve kuruluşları kendi görev alanlarına giren konularla ilgili araştırma, inceleme, soruşturma, kontrol, tetkik, tahkik, denetim ve benzeri işler için Vergi Müfettişlerinin görevlendirilmesini talep edemez.

Kadrolar

EK MADDE 32- 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Maliye Bakanlığına ait bölümünde yer alan “Maliye Başmüfettişi” ve “Baş Hesap Uzmanı” kadro unvanları “Vergi Başmüfettişi” şeklinde, “Maliye Müfettişi” ve “Hesap Uzmanı” kadro unvanları “Vergi Müfettişi” şeklinde ve “Maliye Müfettiş Yardımcısı” ve “Hesap Uzman Yardımcısı” kadro unvanları “Vergi Müfettiş Yardımcısı” şeklinde değiştirilmiş ve ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Maliye Bakanlığına ait bölümüne eklenmiştir.

190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Maliye Bakanlığına ait bölümünde yer alan “Teftiş Kurulu Başkanı” ve “Hesap Uzmanları Kurulu Başkanı” unvanlı kadrolar ile Gelir İdaresi Başkanlığına ait bölümünde yer alan “Gelirler Kontrolörleri Başkanı”, “Gelirler Başkontrolörü”, “Gelirler Kontrolörü”, “Stajyer Gelirler Kontrolörü”, “Vergi Denetmeni” ve “Vergi Denetmen Yardımcısı” unvanlı kadrolar iptal edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Maliye Bakanlığı ve Gelir İdaresi Başkanlığına ait bölümlerinden çıkarılmıştır.”

h) Geçici 10 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 11- Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte;

a) Maliye Teftiş Kurulu Başkanlığı ile Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlığında kullanılan taşınır, taşıt, araç, gereç, malzeme, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtlar ve diğer dokümanlar hiçbir işleme gerek kalmaksızın Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına,

b) Gelir İdaresi Başkanlığında Gelirler Kontrolörleri Başkanlığı ile Vergi Denetmenlerinin görev yaptıkları yerlerde kullanılan taşınır, taşıt, araç, gereç, malzeme, yazılı ve elektronik ortamdaki kayıtlar ve diğer dokümanlar hiçbir işleme gerek kalmaksızın Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına,

devredilmiş sayılır.

GEÇİCİ MADDE 12- Maliye Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanı ve Hesap Uzmanları Kurulu Başkanı ile Gelir İdaresi Başkanlığı Gelirler Kontrolörleri Başkanı kadrolarında bulunanların görevi bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Bunlar ekli (2) sayılı listede ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadrolarına herhangi bir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılır. Bu şekilde ihdas edilen Bakanlık Müşaviri kadroları, boşalmaları halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Bu fıkra uyarınca atanmış sayılan personelin yeni kadrolarına atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır), yeni atandıkları kadrolara ilişkin olarak yapılan aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (ilgili mevzuatı uyarınca fiili çalışmaya bağlı fazla mesai ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenir. Atanmış sayıldıkları kadro unvanlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, kendi istekleriyle başka kurumlara atanarlara fark tazminatı ödenmesine son verilir.

Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte Maliye Başmüfettişi, Baş Hesap Uzmanı ve Gelirler Başkontrolörü kadrolarında bulunanlar Vergi Başmüfettişi kadrolarına; Maliye Müfettişi, Hesap Uzmanı ve Gelirler Kontrolörü ile Vergi Denetmeni kadrolarında bulunanlar Vergi Müfettişi

kadrolarına; Maliye Müfettiş Yardımcısı, Hesap Uzman Yardımcısı ve Stajyer Gelirler Kontrolörü ile Vergi Denetmen Yardımcısı kadrolarında bulunanlar Vergi Müfettiş Yardımcısı kadrolarına halen bulundukları kadro dereceleriyle herhangi bir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılır.

İkinci fıkra uyarınca Vergi Müfettişliğine atanmış sayılanlardan bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla;

a) Vergi Denetmeni ve Vergi Denetmen Yardımcısı kadrolarında bulunanlar 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen grup başkanlığında,

b) Maliye Başmüfettişi, Maliye Müfettişi, Baş Hesap Uzmanı, Hesap Uzmanı, Gelirler Başkontrolörü ve Gelirler Kontrolörü ile bunların yardımcılarına (stajyerler dahil) ilişkin kadrolarda bulunanlar 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen grup başkanlıklarında,

görevlendirilir.

Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Maliye Müfettiş Yardımcısı, Hesap Uzman Yardımcısı, Stajyer Gelirler Kontrolörü ve Vergi Denetmen Yardımcısı giriş sınavını kazanmış olup henüz ataması yapılmayanlar atamaya ilişkin diğer şartları taşımaları kaydıyla Vergi Müfettiş Yardımcısı kadrolarına atanırlar. Vergi Denetmen Yardımcısı giriş sınavını kazananlardan Vergi Müfettiş Yardımcısı kadrosuna atananlar 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen grup başkanlığında; Maliye Müfettiş Yardımcısı, Hesap Uzman Yardımcısı ve Stajyer Gelirler Kontrolörü giriş sınavını kazananlardan Vergi Müfettiş Yardımcısı kadrosuna atananlar 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinde belirtilen grup başkanlıklarında görevlendirilir.

İkinci fıkra uyarınca Vergi Müfettiş Yardımcısı kadrolarına atanmış sayılanların yeterli sınavları, ek 29 uncu maddenin onuncu fıkrası uyarınca yürürlüğe konulan yönetmelik hükümlerine göre yapılır. Ancak, 1/3/2013 tarihinden önce yapılacak yeterli sınavlarında performans değerlendirme sistemine göre başarılı olma şartı aranmaz.

Maliye Müfettişi, Hesap Uzmanı, Gelirler Kontrolörü ve Vergi Denetmeni kadrolarında bulunanlardan ikinci fıkra uyarınca Vergi Müfettişi kadrolarına

atanmış sayılanların Vergi Başmüfettişi kadrolarına atanabilmeleri için bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen şartlar aranır. Ancak, Maliye Müfettişi, Hesap Uzmanı ve Gelirler Kontrolörlerinden Vergi Müfettişliğine atanma tarihi itibarıyla on yıllık çalışma süresinin dolmasına üç yıldan az süre kalanlar için performans değerlendirmesi bakımından aranan asgari üç yıllık süre yerine bir yıldan aşağı olmamak üzere kalan süre dikkate alınır.

Ek 29 uncu maddede öngörülen performans değerlendirme sisteminin uygulanmasına 1/1/2012 tarihinden itibaren başlanır.

İkinci fıkrada belirtilen kadrolarda geçirilen süreler Bakanlıkta Vergi Başmüfettişi, Vergi Müfettişi ve Vergi Müfettiş Yardımcısı olarak geçmiş sayılır.

Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce Maliye Müfettişi, Hesap Uzmanı, Gelirler Kontrolörü ve Vergi Denetmeni unvanını kazanmış olanlardan, bu unvanları kazandıktan sonra özel sektörde çalışmış olanlar hariç olmak üzere Bakanlık ve bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarında yönetici kadrolarında bulunanlar Vergi Müfettişi kadrolarına atanabilir.

Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin uygulanmasına ilişkin düzenlemeler, 31/10/2011 tarihine kadar yürürlüğe konulur. Bu düzenlemeler yürürlüğe girinceye kadar mevcut düzenlemelerin bu Kanun Hükmünde Kararnameye aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

Bu Kanun Hükmünde Kararnamede Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına ve Vergi Müfettişlerine verilen görev ve yetkiler kapsamında olmak şartıyla; mevzuatta Maliye Teftiş Kurulu, Hesap Uzmanları Kurulu, Gelirler Kontrolörleri Başkanlığına yapılmış olan atıflar Vergi Denetim Kuruluna, Maliye Müfettişleri, Hesap Uzmanları, Gelirler Kontrolörleri ve Vergi Denetmenlerine yapılmış olan atıflar Vergi Müfettişlerine yapılmış sayılır.

Vergi Müfettişliğine atanmaların bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten önce başlamış işleri devam ettirilerek ilgili mevzuatında yer alan hükümlere göre sonuçlandırılır.

Bu Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı teşkilatlanıncaya kadar, Başkanlığa verilen görev ve hizmetler daha önce bu görevleri yapmakta olan birimler ve mevcut personel tarafından yapılmaya

devam edilir. Gelir İdaresi Başkanlığı Gelirler Kontrolörleri Başkanlığında ve vergi dairesi başkanlıklarında Vergi Denetmenlerinin görev yaptıkları birimlerde çalışan personel de bu süre içerisinde görevlerine devam eder.

Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının 2011 mali yılı harcamaları, 6091 sayılı 2011 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa istinaden Bakanlık tarafından yeni bir düzenleme yapılincaya kadar kaldırılan Maliye Teftiş Kurulu ve Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlıklarının 2011 yılı bütçelerinde yer alan ödeneklerden karşılanır. Bu Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı teşkilatlanıncaya kadar, bu Kanun Hükmünde Kararname ile Gelirler Başkontrolörü, Gelirler Kontrolörü, Stajyer Gelirler Kontrolörü ile Vergi Denetmen ve Yardımcısı iken Vergi Müfettişliğine atanarlara yapılacak her türlü ödemeler ile bunların görev yaptıkları birimlerin diğer her türlü harcamaları Gelir İdaresi Başkanlığının 2011 yılı bütçesinde yer alan ödeneklerden karşılanır.

Geçici 11 inci madde ile bu maddenin uygulanmasında teşkilat, personel, yürütülen işler ve hizmetler, demirbaş devri, taşınmazların tahsisi ve benzeri diğer konularda ortaya çıkacak tereddütleri gidermeye ve uygulamayı sağlamaya Bakan yetkilidir.

GEÇİCİ MADDE 13- Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte Gelir Politikaları Genel Müdürlüğünde çalışmakta olup Devlet Gelir Uzmanı ve Gelir Uzmanı kadrolarında bulunanlardan talep edenler, mesleğe özel yarışma sınavı ile girmiş ve yeterli sınavıyla bulundukları kadrolara atanmış olmaları kaydıyla, kadro ve ihtiyaç durumuna göre 31/12/2011 tarihine kadar Devlet Gelir Politikaları Uzmanı olarak atanabilirler.

Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte aynı Genel Müdürlükte çalışmakta olup Devlet Gelir Uzman Yardımcısı ve Gelir Uzman Yardımcısı kadrolarında bulunanlardan Devlet Gelir Uzmanı ve Gelir Uzmanı kadrolarına 31/12/2011 tarihine kadar atanamlar hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır.

Bu madde uyarınca atanabileceklerin sayısı kırkı geçemez.”

ı) Eki (1) sayılı Cetvelin “Danışma ve Denetim Birimleri” başlıklı sütununun birinci sırası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve ikinci sırası yürürlükten kaldırılmıştır.

“1- Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı”

MADDE 2- 20/2/1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Maliye müfettişleri ile Maliye müfettiş muavinleri, hesap uzman ve yardımcıları” ibaresi “Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 3- 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanununun 33 üncü maddesinin (b) fıkrasında yer alan “Maliye Bakanlığı Hesap Uzman ve Uzman Yardımcıları” ibaresi “Maliye Bakanlığı Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 4- 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun;

a) 135 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 135- Vergi incelemesi; Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri tarafından yapılır.

Gelir İdaresi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar her hal ve takdirde vergi inceleme yetkisini haizdir.”

b) 140 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddenin son fıkrasında yer alan “Vergi İnceleme ve Denetim Koordinasyon Kurulunun önerisi üzerine” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

“Vergi Müfettişleri ile Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, işleme konulmak üzere ilgili vergi dairesine tevdi edilmeden önce, meslekte on yılını tamamlamış en az üç Vergi Müfettişinden oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonları tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanla komisyon arasında uyuşmazlık oluşması halinde uyuşmazlığa konu vergi inceleme raporları üst değerlendirme mercii olarak, Maliye Bakanlığınca belirlenen tutarları aşan tarhiyat önerisi içeren vergi inceleme raporları ise doğrudan, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı bünyesinde bir Başkan Yardımcısının başkanlığında dört grup başkanından oluşan beş kişilik merkezi rapor değerlendirme komisyonu tarafından vergi kanunları ile

bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir. İncelemeyi yapanlar, bu komisyon tarafından yapılacak değerlendirmeye uygun olarak düzenleyecekleri vergi inceleme raporlarını işleme konulmak üzere bağlı oldukları birime tevdi ederler.”

c) 367 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri” ibaresi “Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları” şeklinde değiştirilmiştir.

ç) Ek 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinin birinci paragrafında yer alan “(bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)” ibaresi “(Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcıları, Vergi Müfettişi ve Yardımcıları ile bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)” şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“6. En yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil);

a) Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcılarına % 200’ünü,

b) Vergi Müfettişi ve Yardımcılarından; görev yeri Küçük ve Orta Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı olarak belirlenenlere % 100’ünü, diğer grup başkanlıkları olarak belirlenenlere % 200’ünü,

geçmemek üzere her ay ek ödeme yapılabilir.

Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları ile Vergi Denetim Kurulu Başkanlığında Vergi Müfettişlerinden Grup Başkanı olarak görevlendirilenlere en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) % 50’sini geçmemek üzere ayrıca ek ödeme yapılabilir.

Söz konusu ek ödemelerin oranı ile esas ve usulleri; görev yapılan grup başkanlıkları, görev yapılan yer, kadro unvan ve derecesi gibi kriterler birlikte veya ayrı ayrı dikkate alınarak Maliye Bakanı tarafından belirlenir. Bu ödemelerde 657 sayılı Kanunun aylıklara ilişkin hükümleri uygulanır ve bu ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesinti yapılmaz.”

MADDE 5- 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 134 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Maliye müfettişleri, maliye müfettişi

muavinleri ve gelirler kontrolörleri" ibaresi "Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 6- 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun;

a) 36 ncı maddesinin "Ortak Hükümler" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendinde yer alan "Maliye Bakanlığı Hesap Uzman Yardımcıları" ile "Hesap Uzmanlığına" ibareleri sırasıyla "Maliye Bakanlığı Vergi Müfettiş Yardımcıları" ve "Vergi Müfettişliğine" şeklinde değiştirilmiş, aynı bende "Devlet Muhasebe Uzman Yardımcıları," ibaresinden sonra gelmek üzere "Devlet Gelir Politikaları Uzman Yardımcıları," ibaresi, "Devlet Muhasebe Uzmanlığına," ibaresinden sonra gelmek üzere "Devlet Gelir Politikaları Uzmanlığına," ibaresi eklenmiş ve aynı fıkra da yer alan "Vergi," ibareleri yürürlükten kaldırılmıştır.

b) 152 nci maddesinin "II-Tazminatlar" kısmının "A – Özel Hizmet Tazminatı" bölümünün (h) bendinde yer alan "Vergi," ibaresi yürürlükten kaldırılmış ve aynı bölümün (i) bendine "Devlet Muhasebe Uzmanları," ibaresinden sonra gelmek üzere "Devlet Gelir Politikaları Uzmanları," ibaresi eklenmiştir.

c) Eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetvelinin "I – Genel İdare Hizmetleri Sınıfı" bölümünün (g) bendinde yer alan "Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları" ibaresi "Maliye Bakanlığı Vergi Müfettişleri" şeklinde değiştirilmiş, (h) bendine "Devlet Muhasebe Uzmanları," ibaresinden sonra gelmek üzere "Devlet Gelir Politikaları Uzmanları," ibaresi eklenmiş ve aynı bölümün (g) bendinde yer alan "Gelirler Kontrolörleri," ibaresi ile (h) bendinde yer alan ", Vergi Denetmeni" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

ç) Eki (II) sayılı Ek Gösterge Cetvelinin "I – Başbakanlık ve Bakanlıklarda" bölümüne "Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkan Yardımcısı," ibaresinden sonra gelmek üzere "Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcısı," ibaresi eklenmiştir.

d) Eki (IV) sayılı Makam Tazminatı Cetvelinin 5 inci sırasının (c) bendine "Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkan Yardımcısı," ibaresinden sonra gelmek üzere "Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcısı," ibaresi eklenmiş ve aynı cetvelin 8 inci sırasının (a) bendinde yer alan "Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları" ibaresi "Maliye Bakanlığı Vergi Müfettişleri" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 7- 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunun eki (2) sayılı cetvelde yer alan "Maliye

Bakanlığı Hesap Uzmanları" ibaresi "Maliye Bakanlığı Vergi Müfettişleri" şeklinde değiştirilmiş ve aynı cetvele "Strateji Geliştirme Başkanları," ibaresinden sonra gelmek üzere "Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları," ibaresi eklenmiştir.

MADDE 8- 9/12/1994 tarihli ve 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun mülga ek 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

"EK MADDE 3- 4572 sayılı Tarım Satış Kooperatif ve Birlikleri Hakkında Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uyarınca, tarım satış kooperatif ve birlikleri ile ilgili olarak Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu kapsamındaki yetki ve görevler ile her türlü işlemler Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan ve Hazine Müsteşarlığı tarafından yürütülür. Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonunun ilgili mevzuat kapsamında devir tarihi itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası nezdindeki gider hesabı bakiyesi genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere Hazine İç Ödemeler Muhasebe Biriminin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası nezdindeki hesabına aktarılır. Bu tarihten sonra tarım satış kooperatif ve birlikleri tarafından yapılacak kredi geri ödemeleri genel bütçeye gelir kaydedilmek üzere aynı hesaba aktarılır. Bu madde ile ilgili usul ve esaslar Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenir."

MADDE 9- 5/5/2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun;

a) 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"j) Vergi kayıp ve kaçışının önlenmesi konusunda gerekli tedbirleri almak."

b) 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ile ikinci fıkrasında yer alan "(Gelirler Kontrolörleri Başkanlığı hariç)" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

c) 13 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 13- Denetim ve Uyum Yönetimi Daire Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Uyum bozukluklarını tespit ve analiz etmek, çözümler üretmek suretiyle mükelleflerin vergi kanunlarına gönüllü uyumunu sağlamak.

b) Uygulama ve Veri Yönetimi Daire Başkanlığında oluşacak bilgileri değerlendirerek vergi incelemesine yetkili birimlerin kullanımına sunmak.

c) Vergi kayıp ve kaçacağı ile mücadele etmek, bu konuda gerekli tedbirleri önermek ve çalışmaları yapmak.

ç) Vergi inceleme ve denetimleri ile ilgili görüş ve önerilerde bulunmak.

d) Vergi yükümlülüklerine ilişkin ihbar ve şikayetleri değerlendirmek.

e) Başkanlığın görev alanına giren konularda 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun uygulanmasına ilişkin çalışmalar yapmak ve tereddütleri gidermek.

f) Tek düzen hesap planı ve mali tablolara ilişkin çalışmalar yapmak veya yapılmasına katkıda bulunmak.

g) Muhasebe standartlarının belirlenmesine ilişkin çalışmalara katılmak ve görüş bildirmek.

ğ) Başkanlıkça verilecek diğer görevleri yapmak.”

ç) 14 üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

d) 28 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “gelirler kontrolörleri,” ibaresi “Grup Başkanları”, aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “maliye müfettişi, hesap uzmanı veya gelirler kontrolörü” ibaresi “Vergi Müfettişi” şeklinde değiştirilmiş ve son fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

e) 29 uncu maddesinin madde başlığı “Avukat ve uzman personel çalıştırılması” şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddenin altıncı fıkrasında yer alan “ile vergi denetmenleri” ibaresi ile birinci ve ikinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

f) 31 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “vergi incelemesine yetkili denetim birimleri” ibaresi “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı” şeklinde değiştirilmiştir.

g) Eki (1) sayılı Listenin “Ana Hizmet Birimleri” başlıklı sütununun altıncı sırası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 10- 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunun;

a) 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“e) Denetim elemanı: Vergi Müfettişleri, Gümrük ve Ticaret Müfettişleri, Bankalar Yeminli Murakıpları, Hazine Kontrolörleri, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Sermaye Piyasası Kurulu Uzmanlarını,”

b) 11 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(1) Bu Kanun ve ilgili mevzuatla getirilen yükümlülüklerin denetimi, 2 nci maddede sayılan denetim elemanları vasıtasıyla yerine getirilir.”

“Görevlendirilecek denetim elemanları Başkanlığın talebi üzerine ilgili birim amirinin teklifi ve bağlı veya ilgili bulundukları Bakanın onayı ile belirlenir.”

c) 20 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanı, Maliye Teftiş Kurulu Başkanı, Maliye Hesap Uzmanları Kurulu Başkanı, Gelir İdaresi Başkanı” ibaresi “Gelir İdaresi Başkanı, Vergi Denetim Kurulu Başkanı, Malî Suçları Araştırma Kurulu Başkanı” şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 11- 3/6/2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin;

a) 7 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Kalkınma planı ve programlarına uygun olarak ihracatın teşviki ve döviz gelirlerinin artırılması maksadıyla ihracatın kalkınma planı ve yıllık programlar dairesinde geliştirilmesi ve düzenlenmesi için alınması gerekli tedbirler Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

b) 35 inci maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ile sözkonusu personele yapılacak diğer ödemeler Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

c) Geçici 2 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(8) Mevzuatta mülga 28/7/1967 tarihli ve 933 sayılı Kalkınma Planının Uygulanması Esaslarına Dair Kanunun 3 üncü maddesine yapılan atıflar 7 nci maddenin ikinci fıkrasına yapılmış sayılır. Yeni bir düzenleme yapılincaya kadar, mülga 933 sayılı Kanuna dayanarak yürürlüğe konulan düzenlemelerin uygulanmasına devam olunur.”

MADDE 12- 3/6/2011 tarihli ve 641 sayılı Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Bakanın başkanlığında,” ibaresi yürürlükten kaldırılmış ve aynı fıkranın sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Kurulun başkanı Başbakan tarafından belirlenir.”

MADDE 13- 28/3/1945 tarihli ve 4709 sayılı Hesap Uzmanları Kurulu Kurulmasına ve Maliye Bakanlığı Merkez ve İller Kadrosunda Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 14- Bu Kanun Hükmünde Kararname yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 15- Bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 6., 7., 10., 73., 87., 91., 112. ve 113. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN,

Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 22.9.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karar bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Bahadır YALÇINÖZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükmünde kararname kuralları, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözülmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimi de girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnamelerin bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle, kanun hükmünde kararnameler ile dayandıkları yetki kanunu

arasında çok sıkı bir bağ vardır. Kanun hükmünde kararnamenin yetki kanunu ile olan bağı, kanun hükmünde kararnameyi aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. Kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerin içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmaya bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

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

Anayasa'da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında *"Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."*in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi, *"Bakanlar Kurulu"*na ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

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

Öte yandan, Anayasa'nın 91. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, yetki kanununda, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, süresi ile süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağının da gösterilmesi gerekmektedir.

B- Kanun Hükmünde Kararname'nin Tümünün Anayasa'ya Aykırılığı İddiasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, KHK'nin dayanağı olan 6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerekeceği, iptal edilmesi hâlinde ise KHK'nin dayanaktan yoksun kalacağı belirtilerek KHK'nin tümünün, Anayasa'nın Başlangıcı ile 87. ve 91. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 günlü, E.2011/60, K.2011/147 sayılı kararı ile 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun Anayasa'ya aykırılığı iddiasına dayalı iptal isteminin reddine karar verildiğinden KHK'nin tümüne yönelik Anayasa'ya aykırılık iddiası dayanaksız kalmıştır. İptal isteminin reddi gerekir.

C- Kanun Hükmünde Kararname'nin Ayır Ayır Tüm Maddelerinin 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, KHK'nin ayır ayır tüm maddelerinin, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında olmadığı gibi acil, ivedi, önemli ve zorunlu konuları düzenlemediği belirtilerek Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 6., 7., 10., 73., 87., 91., 112. ve 113. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

1- KHK'nin 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının (c) Bendi

KHK'nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle, 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendi ile aynı maddeye eklenen fıkra, 8.8.2011 günlü, 648 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 40. maddesi ile değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu bende ilişkin iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

2- KHK'nin 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının (g) Bendi

KHK'nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendiyle, 178 sayılı KHK'nin 43. maddesinin (a) fıkrasının ikinci paragrafının yürürlükten

kaldırılan “(Gelir İdaresi Başkanlığı gelirler kontrolörleri dahil)” ve “Başkanlık ve” ibareleri ile (b) fıkrasının (1) numaralı bendine “Devlet Muhasebe Uzmanı,” ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen “Gelir Politikaları Genel Müdürlüğünde Devlet Gelir Politikaları Uzmanı,” ibaresi, 26.9.2011 günlü, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin 17. maddesinin (5) numaralı fıkrasının (g) bendiyle değiştirilen 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 43. maddesi kapsamında yer aldığından, konusu kalmayan bu ibarelere ilişkin iptal istemleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

3- KHK’nin 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının (ğ) Bendi

KHK’nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle, 178 sayılı KHK’ye eklenen ek 31. maddede yer alan “Kamu kurum ve kuruluşları” ibaresi, 24.10.2011 günlü, 661 sayılı Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin 101. maddesi ile “Kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilatına dahil birimleri” şeklinde değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu maddeye ilişkin iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

4- KHK’nin 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının (h) Bendi

KHK’nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle, 178 sayılı KHK’ye eklenen Geçici Madde 13’te yer alan Devlet Gelir Uzmanı ve Gelir Uzmanı kadrolarında bulunanlardan talep edenlerin Devlet Gelir Politikaları Uzmanı olarak kadrolarına atanabilecekleri düzenlemesinde yer alan “Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,” ibaresi, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 152. maddesinde değişiklik yapan 659 sayılı KHK’nin 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendiyle yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu maddeye ilişkin iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

5- KHK’nin 4. Maddesinin Birinci Fıkrasının (ç) Bendi

KHK’nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendiyle, 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun ek 13. maddesinin dördüncü

fıkrasının (a) bendinin birinci paragrafında yer alan “(bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)” ibaresinin “(Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcıları, Vergi Müfettişi ve Yardımcıları ile bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)” şeklinde değiştirilmesi ve aynı maddeye eklenen (6) numaralı fıkra, ek 13. maddenin dördüncü fıkrasının (a) bendi ve (6) numaralı fıkrası, 11.10.2011 günlü, 666 sayılı Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin 1. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu fıkra ve değişikliğe ilişkin iptal istemleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

6- KHK’nin 6. Maddesi

KHK’nin 6. maddesinin;

(a) bendiyle, 657 sayılı Kanun’un 36. maddesinin “Ortak Hükümler” bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendine “Devlet Muhasebe Uzman Yardımcıları,” ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen “Devlet Gelir Politikaları Uzman Yardımcıları,” ibaresi ile “Devlet Muhasebe Uzmanlığına,” ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen “Devlet Gelir Politikaları Uzmanlığına,” ibaresi, 659 sayılı KHK’nin 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendiyle yürürlükten kaldırıldığından,

(b) bendiyle, 657 sayılı Kanun’un 152. maddesinin “II-Tazminatlar” kısmının “A-Özel Hizmet Tazminatı” bölümünün (i) bendine “Devlet Muhasebe Uzmanları,” ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen “Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,” ibaresi, 659 sayılı KHK’nin 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendiyle yürürlükten kaldırıldığından,

(c) bendiyle, 657 sayılı Kanun’un eki (I) Sayılı Ek Gösterge Cetvelinin “I- Genel İdare Hizmetleri Sınıfı” bölümünün (h) bendine “Devlet Muhasebe Uzmanları,” ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen “Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,” ibaresi, 666 sayılı KHK’nin 5. maddesinin (ç) fıkrasının (5) numaralı alt bendi ile yürürlükten kaldırıldığından,

konusu kalmayan bu ibarelere ilişkin iptal istemleri hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

7- KHK'nin 11. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendi

KHK'nin 11. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 3.6.2011 günlü, 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümle, 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 637 sayılı KHK'nin 35. maddesi yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

8- KHK'nin 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının (ğ) Bendiyle 178 sayılı KHK'ye Eklenen Ek Madde 30

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amaç ve kapsamını düzenleyen 1. maddesinde, Kanun'un amacı, kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, etkin, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesini sağlamak olarak belirlenmiş ve yetkinin kapsamı iki başlık altında tespit edilmiştir. Yetkinin kapsamına ilk olarak kamu hizmetlerinin bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenmesi girmektedir. Bu çerçevede gerekli görülmesi hâlinde yeni bakanlıklar kurulması, var olan bakanlıkların birleştirilmesi, bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarının yeniden belirlenmesi için kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir. Bu amaçla;

1- Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına, anılan bakanlıkların bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarıyla hiyerarşik ilişkilerine,

2- Mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların bağlılık ve ilgilerinin yeniden belirlenmesine veya bunların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine,

3- Mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına,

ilişkin kanun hükmünde kararname çıkarılabilecektir.

İkinci olarak, kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, işçiler, sözleşmeli personel ile diğer kamu görevlilerinin

atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esaslarına ilişkin olarak değişiklikler ve yeni düzenlemeler yapılması için kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmiştir.

KHK'nin 1. maddesinin (ğ) bendiyle 178 sayılı KHK'ye eklenen "Yapılamayacak işler" başlıklı ek madde ile vergi incelemesinde yetkili olanların görevlerinden ayrıldıktan sonra üç yıl süreyle yapamayacakları işler belirtilmiş, aksine bir davranış durumunda ise 2.10.1981 günlü, 2531 sayılı Kamu Görevlerinden Ayrılanların Yapamayacakları İşler Hakkında Kanun uyarınca cezalandırılacakları kural altına alınmıştır. 2531 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca yasağa aykırı hareket edenler 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir.

Yetki Kanunu, kamu kurum ve kuruluşlarında halen çalışmakta olan kamu personeline ilişkin düzenlemeler yapma konusunda Bakanlar Kuruluna yetki vermektedir. Kuralda ise vergi incelemesi ile yetkili olan kamu görevlilerinin görevlerinden ayrıldıktan sonra yapamayacakları işlerin sayılmakta ve aksine davranışta bulunanların cezalandırılması öngörülmektedir. Bu nedenle, dava konusu kural 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında bulunmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

9- KHK'nin Diğer Kuralları

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde yapılan inceleme sonucunda; KHK'nin, hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilenler ile Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca iptal edilenler dışında kalan diğer kuralları 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında kaldığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

D- Kanun Hükmünde Kararname'nin Tüm Maddelerinin Anayasa'nın 91. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Dava dilekçesinde, KHK'nin ayrı ayrı tüm maddelerinin, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alanlara ilişkin düzenleme içerdiği belirtilerek Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 6., 7., 10., 73., 87., 91., 112. ve 113. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

1- KHK'nin 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının (ğ) Bendiyle 178 Sayılı KHK'ye Eklenen Ek Madde 29'un Dördüncü Fıkrası ile Son Fıkrasında Yer Alan "...mesleğe alınmaları,..." İbaresini

KHK'nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle 178 sayılı KHK'ya eklenen Ek Madde 29 ile yapılan düzenlemeler Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına, başkan yardımcılığına, grup başkanlığına, vergi müfettişliğine yapılacak atamaların usul ve esaslarını, vergi müfettiş yardımcılığı süresini, bunların performans değerlendirmelerini ve grup başkanlıklarında görevlendirilmelerini ayrıntılı olarak düzenlemekte ve bu hususlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceğini kural altına almaktadır.

Ek Madde 29'un dördüncü fıkrası, yeni ihdas edilen vergi müfettişliği kadrosunda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esaslarına yer vermekte, maddenin son fıkrası ise Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının görev, yetki ve sorumluluklarının, grup başkanlıklarının görev alanlarının, performans değerlendirme sisteminin oluşturulmasının ve yönetiminin, vergi müfettişlerinin görev, yetki ve sorumluluklarının, mesleğe alınmalarının, yetiştirilmelerinin, yeterliliklerinin, yükselmelerinin, görevlendirilmelerinin ve yer değiştirmelerinin usul ve esaslarının yönetmelikle düzenleneceğini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*"in kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "*Kamu hizmetlerine girme hakkı*" başlıklı 70. maddesinin birinci fıkrasında, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrasında hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "*Siyasi Haklar ve Ödevler*" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan ve 70. maddesinde korunan kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

EK Madde 29'un dördüncü fıkrası ile vergi müfettişliği kadrosuna ataması yapılacak kişilerin atama usul ve esaslarının belirlenmesinin ve

maddenin son fıkrasında yer alan “...mesleğe alınmaları...” ibaresinin, Anayasa’nın 70. maddesine göre kamu hizmetine girme hakkına ilişkin bir düzenleme olduğundan, iptali istenen kurallar Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptalleri gerekir.

Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

2- KHK’nin Diğer Kuralları

KHK’nin iptal edilen kuralları ile hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilenler dışında kalan diğer kurallarında, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi yasaklanmış alanlara ilişkin herhangi bir aykırılık saptanmadığından, bu kurallara ilişkin iptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun Hükmünde Kararname’nin 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İçerik Yönünden İncelenmesi

1- Anayasa’nın 10. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Dava dilekçesinde, maliye müfettişleri ile hesap uzmanlarının, gelirler kontrolörleri ve vergi denetmenlerine göre daha zorlu sınavlarda başarılı oldukları, üç yıllık yetiştirme sürecinden geçirildikleri, yeterlilik sınavlarının bulunduğu, vergi denetmenlerinin yapılan test sınavından başarılı olduktan sonra atamalarının yapıldığı, böylece maliye müfettişleri ve hesap uzmanlarının, gelirler kontrolörleri ve vergi denetmenleri ile aynı konumda bulunmadıkları belirtilerek, bu kadroların vergi müfettişliği kadrosunda birleştirmesini düzenleyen kuralın, Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

KHK’nin yürürlüğe girmesiyle beraber vergi denetim sisteminde köklü bir revizyona gidilmiş, Gelirler Kontrolörleri Başkanlığı, Maliye Teftiş Kurulu Başkanlığı ve Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlığı kaldırılarak yerine “*Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı*” kurulmuş; vergi denetmenleri ile birlikte bu başkanlıklarda görev yapan maliye müfettişleri, hesap uzmanları ve gelirler kontrolörleri kadroları kaldırılarak vergi müfettişliği

kadrosunda birleştirilmiş, vergi denetmenlerinin mali, sosyal ve özlük hakları iyileştirilerek maliye müfettişleri, hesap uzmanları ve gelirler kontrolörleri ile aynı düzeye getirilmiştir.

Doğrudan Maliye Bakanı'na bağlı olarak örgütlenen Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı; Kurul Başkanı, dört Kurul Başkan Yardımcısı, Grup Başkanları ve Vergi Müfettişlerinden oluşmaktadır.

KHK ile daha önce maliye müfettişi, hesap uzmanı ve gelirler kontrolü olarak görev yapıp vergi müfettişliğine atanmaların çalışacakları gruplar *“Büyük Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı”, “Organize Vergi Kaçakçılığı ile Mücadele Grup Başkanlığı”* ve *“Örtülü Sermaye, Transfer Fiyatlandırması ve Yurtdışı Kazançlar Grup Başkanlığı”* olarak, vergi denetmenliğinden vergi müfettişliğine atanmaların çalışacakları grup ise *“Küçük ve Orta Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı”* olarak belirlenmiştir. Bu sayede önceki görev ve unvanların kazanılma zorlukları, bu unvanlarda çalışanların liyakatleri dikkate alınarak maliye müfettişi, hesap uzmanı ve gelirler kontrolörü olarak görev yapıp vergi müfettişliğine atanmalar için daha nitelikli çalışma sahaları oluşturulmuştur. Aynı şekilde KHK'nin yürürlüğe girmesinden sonra vergi müfettiş yardımcılığı sınavına girerek vergi müfettişliğine ataması yapılacakların çalışacakları gruplar da sınav ve stajlarındaki başarılarına göre tespit edileceği kural altına alınmıştır.

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

Vergi müfettişliği kadrosunda birleştirilen dört meslek grubu için de aynı tür fakültelerden mezun olma, yazılı ve sözlü giriş sınavlarına tabi tutulma, üç yıllık staj dönemi ve son olarak yazılı ve sözlü yeterlilik sınavlarından başarılı olma şartları bulunmaktadır. Buna göre, anılan meslek

gruplarının nitelikleri ve yetiştirme süreçleri bakımından aynı konumda oldukları açıktır.

Ayrıca, bir kamu kurumunun görmesi gereken kamu hizmetinin niteliğinin hangi kamu görevlilerince yerine getirileceğine karar verme yetkisi yasama organına aittir. Yasama organı 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 birleştirebilir ya da kaldırabilir.

Bu durumda, kanun koyucunun aynı konumda bulunan maliye müfettişleri, hesap uzmanları, gelirler kontrolörleri ile vergi denetmenlerinin, vergi müfettişliği kadrosunda birleştirilmesi hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla, bu takdir yetkisinin kullanılması, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı görülemez.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe KHK'nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle 178 sayılı KHK'ye eklenen geçici 12. madde yönünden katılmamıştır.

2- Anayasa'nın 112. ve 113. Maddeleri Yönünden İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Maliye Teftiş Kurulu Başkanlığının kaldırılması nedeniyle Maliye Bakanı'nın yetkisi içindeki işleri ve emri altındakilerin eylemlerini ve işlemlerini tam manasıyla denetleyemeyeceği, hâlbuki Anayasa'nın 112. maddesi uyarınca bu tür işlemlerden dolayı kendisinin sorumlu olduğu, Vergi Denetim Kurulunun ise bu anlamda bir teftişi yerine getiremeyeceği, zira bu Kurulun sadece vergi tarh ve tahsili ile sınırlı olmak üzere teftiş, inceleme, denetim ve soruşturma görevli kılındığı, böylece Teftiş Kurulu Başkanlığının kaldırılmasının sonucu olarak Bakan'ın, bakanlık teşkilatı üzerindeki teftiş ve denetleme yapamayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 112. ve 113. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 112. maddesinin ikinci fıkrasında, *"Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur."*; Anayasa'nın 113. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatı kanunla düzenlenir."* denilmiştir.

Anayasa'nın 112. maddesinde bakanın sorumluluğu belirtilmiştir. Bu sorumluluğun bir gereği olarak da bakanın, bakanlık teşkilatı üzerinde bir hiyerarşik denetim yetkisinin bulunması ve bunu etkin bir şekilde kullanabilmesi gerekmektedir.

178 sayılı KHK'nin 5. maddesinde, Bakan'ın, emri altındakilerin faaliyet ve işlemlerinden sorumlu olduğu, Bakanlık merkez, taşra ve yurtdışı teşkilatı ile ilgili kuruluşlarının faaliyetlerini, işlemlerini ve hesaplarını denetlemekle görevli ve yetkili bulunduğu kural altına alınmıştır.

KHK'nin yürürlüğe girmesinden önce Maliye Bakanlığında merkez teşkilat içerisinde teftiş ve denetimle görevli Maliye Teftiş Kurulu Başkanlığı, Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlığı ve Gelirler Kontrolörlüğü Başkanlığı, taşra teşkilatında ise vergi denetmenleri bulunmaktaydı. Bu başkanlıkların ve vergi denetmeni kadrolarının kaldırılmasının ardından, sayılanların görev ve yetkilerinin tek elde toplandığı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı kurulmuştur. Daha öncesinde sayılan başkanlıklarda çalışanlar ile vergi denetmenleri de vergi müfettişi kadrosuna atanmış sayılmışlardır.

Dava dilekçesinde KHK ile Teftiş Kurulu Başkanlığının kaldırılması sonucu olarak Bakan'ın, bakanlık teşkilatı üzerindeki teftiş ve denetleme imkânının kalmadığı ileri sürülmekte ise de, KHK'nin 20. maddesinde, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının görevleri sayılmış ve aynı maddenin (1) bendinde de *"Bakan tarafından verilen teftiş, inceleme, denetim ve soruşturmaları yapma."*nin Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının görevleri arasında olduğu kural altına alınmıştır.

Diğer yandan, KHK ile 178 sayılı KHK'de yapılan değişiklik sonrasında 31.10.2011 günlü, 28101 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği'nin 38. maddesinde, vergi müfettişlerinin görev ve yetkileri sayılmış olup, maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde, *"Bakanlık ve bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşlarında,*

Bakan tarafından Kurula verilen inceleme, teftiş, denetim ve soruşturmaları yapmak” şeklinde görev tanımı yapılmıştır.

3046 sayılı Kanun’un 21. maddesi uyarınca bakan, bakanlık kuruluşunun en üst amiri olup tüm bakanlık teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşların iş ve işlemlerini denetlemekle görevli ve yetkilidir. Ayrıca, Bakanın Anayasa’ya göre siyasal, ceza kanunlarına göre cezai ve nihayet özel hukuk çerçevesinde de mali sorumluluğu bulunmaktadır. Asli denetleme görevi ve sorumluluğu bakana aittir. Denetim hizmetleri, hangi ad altında yapılırsa yapılsın temel olarak tüm denetlemeler Bakan adına yapılmaktadır.

KHK’nın 1. maddesiyle öngörülen değişikliklerle Bakan’ın, Anayasa’nın 112. maddesinde yer alan sorumluluğuna aykırı bir düzenleme yapıldığı söylenemez. Zira, kamu kurumu ve kuruluşlarının yerine getireceği görevleri hangi teşkilat yapısı ve kamu görevlileri ile yerine getireceğini düzenleme konusunda Anayasa’ya aykırılık bulunmadığı sürece yasama organının takdir yetkisinin bulunduğu açıktır.

Buna göre, 178 sayılı KHK ile Bakan’a verilen teşkilat yapısı içerisindeki memurlar ve bunların yerine getirdiği işlem ve eylemler üzerindeki teftiş, denetim, inceleme ve soruşturma görevleri KHK’nin yürürlüğe girmesinden sonra kaldırılmamış veya sınırlandırılmamış olup anılan kapsamdaki görevler Bakan tarafından, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı bünyesinde oluşturulan vergi müfettişleri vasıtasıyla yerine getirilecektir. Dolayısıyla, kuralın Anayasa’nın 112. maddesine aykırı olduğu söylenemez.

Dava dilekçesinde KHK’nin 1. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa’nın 113. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa’nın 113. maddesinde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının kanunla düzenlenebileceği kural altına alınmıştır.

Anayasa’da bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi yasamanın genelliği ilkesi çerçevesinde kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla, kanun koyucunun idari gerekleri dikkate alarak kamu hizmetinin niteliğinin hangi

kamu görevlilerince yerine getirileceği konusunda düzenleme yapması takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Buna göre, Bakan'ın bakanlık teşkilatı üzerindeki denetim, inceleme ve soruşturma görevlerinin Vergi Denetim Kurulu Başkanlığı vasıtasıyla yerine getirilmesi hususu da kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır. Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 113. maddesine aykırı olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 112. ve 113. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

7.7.2011 günlü, 646 sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin;

A- 6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'nun iptal edilmesi halinde dayanaksız hale geleceği yönünden ileri sürülen iptal istemi, 6.6.2013 günlü, E.2011/79 K.2013/69 sayılı kararla reddedildiğinden, Kanun Hükmünde Kararname'nin tümünün yürürlüğünün durdurulması isteminin REDDİNE,

B- 1- 1. maddesinin birinci fıkrasının;

a- (c) bendiyle, 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendi ile aynı maddeye eklenen fıkra,

b- (g) bendiyle, 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 43. maddesinin, (a) fıkrasının ikinci paragrafının yürürlükten kaldırılan "(Gelir İdaresi Başkanlığı gelirler kontrolörleri dahil)" ve "Başkanlık ve" ibareleri ile (b) fıkrasının (1) numaralı bendine "Devlet Muhasebe Uzmanı," ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "Gelir Politikaları Genel Müdürlüğünde Devlet Gelir Politikaları Uzmanı," ibaresi,

c- (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen ek 31. maddede yer alan "*Kamu kurum ve kuruluşları*" ibaresi,

d- (h) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici Madde 13,

2- 4. maddesinin (ç) bendiyle, 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinin birinci paragrafında yer alan "*(bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)*" ibaresinin "*(Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcıları, Vergi Müfettişi ve Yardımcıları ile bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)*" şeklinde değiştirilmesi ve aynı maddeye eklenen (6) numaralı fıkra,

3- 6. maddesinin;

a- (a) bendiyle, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinin "*Ortak Hükümler*" bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendine "*Devlet Muhasebe Uzman Yardımcıları,*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*Devlet Gelir Politikaları Uzman Yardımcıları,*" ibaresi ile "*Devlet Muhasebe Uzmanlığına,*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*Devlet Gelir Politikaları Uzmanlığına,*" ibaresi,

b- (b) bendiyle, 657 sayılı Kanun'un 152. maddesinin "*II-Tazminatlar*" kısmının "*A-Özel Hizmet Tazminatı*" bölümünün (i) bendine "*Devlet Muhasebe Uzmanları,*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,*" ibaresi,

c- (c) bendiyle, 657 sayılı Kanun'un Eki (I) Sayılı Ek Gösterge Cetvelinin "*I- Genel İdare Hizmetleri Sınıfı*" bölümünün (h) bendine "*Devlet Muhasebe Uzmanları,*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,*" ibaresi,

4- 11. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 3.6.2011 günlü, 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümle,

hakkında, 6.6.2013 günlü, E.2011/79, K.2013/69 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu maddeye, fıkralara,

bende, cümleye, ibarelere ve değişikliğe ilişkin yürürlüğün durdurulması istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

C- 1- Kapsam ve Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası yönünden, 1. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (ç), (d), (e) ve (f) bentleri, (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Ek Madde 29'un dördüncü fıkrası ve son fıkrasının "...mesleğe alınmaları,..." ibaresi dışında kalan bölümü, Ek Madde 32, (h) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici Madde 11 ve Geçici Madde 12, (ı) bendi, 2. ve 3. maddeleri, 4. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi dışında kalan bölümü, 5. maddesi, 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "*Devlet Gelir Politikaları Uzman Yardımcıları,*" ve "*Devlet Gelir Politikaları Uzmanlığına,*", (b) bendinde yer alan "*Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,*" ve (c) bendinde yer alan "*Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,*" ibareleri dışında kalan bölümü, 7., 8., 9. ve 10. maddeleri, 11. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi dışında kalan bölümü ile 12., 13., 14. ve 15. maddelerine yönelik iptal istemleri, 6.6.2013 günlü, E.2011/79, K.2013/69 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, bölümlere ve bentlere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

D- Kapsam yönünden 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Ek Madde 30'a ilişkin iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

E- Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası yönünden 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Ek Madde 29'un dördüncü fıkrası ile son fıkrasında yer alan "...mesleğe alınmaları,..." ibaresine ilişkin iptal hükümlerinin yürürlüğe girmelerinin ertelenmeleri nedeniyle bu fıkra ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

F- İçerikleri itibariyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen 1. maddesinin birinci fıkrasının;

1- (a), (b), (ç), (d), (e), (f), ve (ı) bentlerine,

2- (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen;

a- Ek Madde 29'un dördüncü fıkrası ile son fıkrasının "...mesleğe alınmaları,..." ibaresi dışında kalan bölüme,

b- Ek Madde 32'e,

3- (h) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici Madde 11 ve Geçici Madde 12'ye,

yönelik iptal istemleri, 6.6.2013 günlü, E.2011/79, K.2013/69 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, bentlere ve bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

6.6.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

KHK'nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Ek Madde 29'un dördüncü fıkrası ile son fıkrasında yer alan "... mesleğe alınmaları, ..." ibaresinin ve Ek Madde 30'un iptal edilmeleri nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu maddelere ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

7.7.2011 günlü, 646 sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin;

A- 6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu'na yönelik iptal istemi, 27.10.2011 günlü, E.2011/60, K.2011/147 sayılı kararla reddedildiğinden, Kanun Hükmünde Kararname'nin tümüne yönelik iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 1- 1. maddesinin birinci fıkrasının;

a- (c) bendiyle, 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendi ile aynı maddeye eklenen fıkra, 8.8.2011 günlü, 648 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 40. maddesi ile değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu fıkra ve bende ilişkin iptal istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- (g) bendiyle, 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 43. maddesinin (a) fıkrasının ikinci paragrafının yürürlükten kaldırılan “(Gelir İdaresi Başkanlığı gelirler kontrolörleri dahil)” ve “Başkanlık ve” ibareleri ile (b) fıkrasının (1) numaralı bendine “Devlet Muhasebe Uzmanı,” ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen “Gelir Politikaları Genel Müdürlüğünde Devlet Gelir Politikaları Uzmanı,” ibaresi, 26.9.2011 günlü, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin (5) numaralı fıkrasının (g) bendiyle değiştirilen 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 43. maddesi kapsamında yer aldığından, konusu kalmayan bu ibarelere ilişkin iptal istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

c- (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen ek 31. maddede yer alan *"Kamu kurum ve kuruluşları"* ibaresi, 24.10.2011 günlü, 661 sayılı Avrupa Birliği Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 101. maddesi ile *"Kamu kurum ve kuruluşlarının taşra teşkilatına dahil birimleri"* şeklinde değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu maddeye ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

d- (h) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici Madde 13'te yer alan Devlet Gelir Uzmanı ve Gelir Uzmanı kadrolarında bulunanlardan talep edenlerin Devlet Gelir Politikaları Uzmanı olarak kadrolarına atanabilecekleri düzenlemesinde yer alan *"Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,"* ibaresi, 657 sayılı Devlet memurları Kanunu'nun 152. maddesinde değişiklik yapan 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendiyle yürürlükten kaldırıldığından konusu kalmayan bu maddeye ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

2- 4. maddesinin (ç) bendiyle, 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinin birinci paragrafında yer alan *"(bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)"* ibaresinin *"(Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcıları, Vergi Müfettişi ve Yardımcıları ile bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç)"* şeklinde değiştirilmesi ve aynı maddeye eklenen (6) numaralı fıkra, ek 13. maddenin dördüncü fıkrasının (a) bendi ve (6) numaralı fıkrası, 11.10.2011 günlü, 666 sayılı Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu fıkra ve değişikliğe ilişkin iptal istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

3- 6. maddesinin;

a- (a) bendiyle, 657 sayılı Kanun'un 36. maddesinin *"Ortak Hükümler"* bölümünün (A) fıkrasının (11) numaralı bendine *"Devlet Muhasebe Uzman Yardımcıları,"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"Devlet Gelir Politikaları*

Uzman Yardımcıları," ibaresi ile "Devlet Muhasebe Uzmanlığına," ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "Devlet Gelir Politikaları Uzmanlığına," ibaresi, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendiyle yürürlükten kaldırıldığından,

b- (b) bendiyle, 657 sayılı Kanun'un 152. maddesinin "II-Tazminatlar" kısmının "A-Özel Hizmet Tazminatı" bölümünün (i) bendine "Devlet Muhasebe Uzmanları," ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "Devlet Gelir Politikaları Uzmanları," ibaresi, 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendiyle yürürlükten kaldırıldığından,

c- (c) bendiyle, 657 sayılı Kanun'un eki (I) Sayılı Ek Gösterge Cetvelinin "I- Genel İdare Hizmetleri Sınıfı" bölümünün (h) bendine "Devlet Muhasebe Uzmanları," ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "Devlet Gelir Politikaları Uzmanları," ibaresi, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinin (ç) fıkrasının (5) numaralı alt bendi ile yürürlükten kaldırıldığından,

konusu kalmayan bu ibarelere ilişkin iptal istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

4- 11. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 3.6.2011 günlü, 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümle, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 35. maddesi yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

C- 1- 1. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (ç), (d), (e) ve (f) bentleri, (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Ek Madde 29'un dördüncü fıkrası ve son fıkrasının "...mesleğe alınmaları,..." ibaresi dışında kalan bölümü, ek madde 32, (h) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici Madde 11 ve Geçici Madde 12, (ı) bendi, 2. ve 3. maddeleri, 4. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi dışında kalan bölümü, 5. maddesi, 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "Devlet Gelir Politikaları Uzman Yardımcıları," ve "Devlet Gelir Politikaları Uzmanlığına,", (b) bendinde yer alan "Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,"

ve (c) bendinde yer alan “Devlet Gelir Politikaları Uzmanları,” ibareleri dışında kalan bölümü, 7., 8., 9. ve 10. maddeleri, 11. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi dışında kalan bölümü, 12., 13., 14. ve 15. maddeleri, 6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Kanun kapsamında olduğundan ve Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa’ya aykırı olmadığından ve bu maddelere, bölümlere ve bentlere ilişkin iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen Ek Madde 30, 6223 sayılı Kanun kapsamında olmadığından, bu maddenin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE; iptal hükmünün, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE’DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen Ek Madde 29’un dördüncü fıkrası ile son fıkrasında yer alan “...mesleğe alınmaları,...” ibaresinin, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Anayasa’ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Muammer TOPAL’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA; iptal hükümlerinin, Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun’un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE’DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- İçerikleri itibariyle Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülen;

1- 1. maddesinin birinci fıkrasının;

a- (a), (b), (ç), (d), (e), (f) ve (ı) bentlerinin,

b- (ğ) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ye eklenen;

ba- Ek Madde 29’un dördüncü fıkrası ile son fıkrasının “...mesleğe alınmaları,...” ibaresi dışında kalan bölümünün,

bb- Ek Madde 32'nin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 1. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle 178 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen;

a- Geçici Madde 12'nin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Geçici Madde 11'in Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

6.6.2013 gününde karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY YAZISI

7.7.2011 günlü, 646 sayılı Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle 178 sayılı KHK'ya eklenen Ek madde 29'un

dördüncü fıkrası ile son fıkrasında yer alan “...mesleğe alınmaları...” ibaresi çoğunluk kararıyla Anayasa’nın 91. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

KHK’nin 1. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendiyle 178 sayılı KHK’ya eklenen Ek madde 29 ile yapılan düzenlemeler Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına, başkan yardımcılığına, grup başkanlığına, vergi müfettişliğine yapılacak atamaların usul ve esaslarını, vergi müfettiş yardımcılığı süresini, bunların performans değerlendirmelerini ve grup başkanlıklarında görevlendirilmelerini ayrıntılı olarak düzenlemekte ve bu hususlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceğini kural altına almaktadır.

Ek madde 29’un dördüncü fıkrası, yeni ihdas edilen vergi müfettişliği kadrosunda görev yapacak kişilerin atanma usul ve esaslarına yer vermekte, maddenin son fıkrası ise Vergi Dairesi Kurulu Başkanlığı’nın görev, yetki ve sorumluluklarının, grup başkanlıklarının görev alanlarının, performans değerlendirme sisteminin oluşturulmasının ve yönetiminin, vergi müfettişlerinin görev, yetki ve sorumluluklarının, mesleğe alınmalarının, yetiştirilmelerinin, yeterliliklerinin, yükselmelerinin, görevlendirilmelerinin ve yer değiştirmelerinin usul ve esaslarının yönetmelikle düzenleneceğini ifade etmektedir.

6223 sayılı Yetki Kanunu’nun 1’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (a-3) bendinde, Kanun’un amaçlarından birinin kamu hizmetlerinin Bakanlıklar arasındaki dağılımının yeniden belirlenerek, mevcut Bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan Bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına ilişkin konularda düzenlemelerde bulunmak üzere Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek olduğu belirtilmiş ve aynı Kanun’un 2’nci fıkrasında da ilgili kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılabileceği belirtilmiştir.

KHK’nin iptali istenen kurallarıyla Vergi Denetim Kurulu Başkanlığına, başkan yardımcılığına, grup başkanlığına, vergi müfettişliğine yapılacak atamalarla ilgili olarak atanma koşullarının düzenlenmesi ve Vergi Dairesi Kurulu Başkanlığı’nın görev, yetki ve sorumluluklarının, grup başkanlıklarının görev alanlarının, performans değerlendirme sisteminin oluşturulmasının

ve yönetiminin, vergi müfettişlerinin görev, yetki ve sorumluluklarının, mesleğe alınmalarının, yetiştirilmelerinin, yeterliliklerinin, yükselmelerinin, görevlendirilmelerinin ve yer değiştirmelerinin usul ve esaslarına yönelik düzenleme yapılmasının öngörülmesi teşkilat ve kadroların belirlenmesine ilişkin bir husus olduğundan Yetki Kanunu'na aykırılık bulunmamaktadır.

Kamu görevlilerinin kadrolarının ve bu kadrolara atanacak kişilerde bulunması gereken niteliklerin de kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Ancak, kamu görevlisi olarak atanacak kişilerle ilgili tüm ayrıntıların sadece yasayla düzenlenmesi gerektiği ve bu konuda idarî düzenlemeler yapılmasının Anayasa'nın 128'inci maddesinin ikinci fıkrasına aykırı düşeceği iddiası yerinde değildir. Anayasa'nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile doğrudan ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasa'da özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı değildir.

Anayasa'nın 70. maddesine göre, *"her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez"*. Maddede Türkiye Cumhuriyeti Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesin görevin gerektirdiği nitelikler dışında, dil, din, mezhep, renk, siyasi düşünce, cinsiyet ve benzeri ayırım gözetilmeksizin kamu hizmetlerine girme hakkına sahip bulundukları belirtilmiştir. Böylece *"kamu hizmetlerine girme hakkı"* siyasi hak ve ödevler kapsamında, vatandaşlık bağına bağlı olarak kullanılacak bir hak olarak düzenlenmiştir. Düzenlemenin temel hakka ilişkin niteliği bundan ibarettir. Yoksa, bunun dışında kamu görevlerine giriş, atanma, görev değişikliğine ilişkin tüm düzenleme ve uygulamaların temel hakkın düzenlenmesi ve 91. madde anlamında yasak alan kapsamında görülmesi yerinde değildir.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Anayasanın belirtilen bölümlerinde birçok temel hak ve özgürlük düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu temel hak ve özgürlüklerin kapsama alanları ve ilgili oldukları hususlar geniş bir biçimde yorumlandığında KHK'lerle yapılacak tüm düzenlemelerin bu hak ve özgürlüklerle bağlantılarının

bulunduğu ileri sürülebilecektir. Böyle bir yorumdan hareket edilmesi halinde yasak alan kapsamı oldukça genişleyecek ve KHK ile düzenlenebilecek alan kalmayacaktır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin, 6.1.1987 günlü, E:1986/15 ve K:1987/1 sayılı kararında, dolaylı biçimde kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmenin oldukça güç olduğu, bu nedenle de dolaylı bir ilginin varlığına dayanılarak sonuca gitmenin isabetli sayılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, yasak alanın kapsamının, temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili düzenlemeleri kapsayacak, dolaylı olarak ilgili düzenlemeleri ise kapsam dışında bırakacak şekilde belirlenmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 16.5.1989 günlü, E:1989/4 ve K:1989/24 sayılı kararında, 3.11.1988 günlü, 347 sayılı *“233 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bir Maddesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”*nin Genel Müdür olarak atanabilmek için, *“yükseköğrenim görmüş olmak, dört yılı kamuda, altı yılı özel sektörde geçmek şartıyla en az on yıl hizmeti bulunmak, kamu hizmeti bulunmayanlarda ise özel sektörde asgari onbeş yıl çalışmış olmak, Genel Müdürlük görevini yerine getirebilecek yetenek, bilgi ve tecrübeye sahip olmak”* şartlarını getiren 1. maddesine yönelik iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa’nın 91’inci maddesi kapsamına giren alanlarda düzenleme yapılmış olmasından söz edilebilmesi için 91’inci maddede belirtilen hak ve alanlarla ilgili doğrudan bir düzenleme yapılmış olması gerekir.

İptaline karar verilen kurallarda Yetki Kanunu kapsamında Vergi Denetim Kurulu Başkanlığında ve Vergi Dairesi Kurulu Başkanlığında vergi müfettişliği ve vergi müfettiş yardımcılığı kadroları oluşturulduğundan, zorunlu olarak bu kadrolara girişin koşulları da düzenlenmiştir. Bu nedenle anılan kuralların Anayasa’nın 91’inci maddesinde belirtilen yasak alana ilişkin düzenlemeler içerdiğinden söz etmek mümkün değildir.

Belirtilen nedenlerle, itiraz konusu kurallara yönelik iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle kuralın iptaline yönelik çoğunluk görüşüne katılmadık.

Başkan
Haşım KILIÇ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ

646 sayılı KHK'nin 1. maddesinin (h) bendi ile 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye eklenen Geçici Madde 12 ile Maliye Bakanlığı Teftiş Kurulunda Maliye Başmüfettişi, Maliye Müfettişi, Maliye Müfettiş Yardımcısı; Maliye Bakanlığı Hesap Uzmanları Kurulunda Başhesap Uzmanı, Hesap Uzmanı ve Hesap Uzman Yardımcısı; Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı Gelirler Kontrolörleri Başkanlığında Gelirler Başkontrolörü, Gelirler Kontrolörü, Gelirler Kontrolör Yardımcısı statüsünde görev yapmakta olanların, yeni ihdas edilen Vergi Denetim Kurulunda Vergi Başmüfettişi, Vergi Müfettişi, Vergi Müfettiş Yardımcısı kadrolarına atanmış sayımları gerçekleştirilmiş ve özlük hakları da buna göre yeniden düzenlenmiştir.

Maliye Bakanlığının kuruluş ve görevleriyle ilgili 178 sayılı KHK'nin önceki düzenlemelerinde, Maliye Müfettişleri, Hesap Uzmanları ve Gelirler Kontrolörleri statülerinin sırasıyla ayrı ayrı "Teftiş Kurulu Başkanlığı", "Hesap Uzmanları Kurulu Başkanlığı" ve "Gelirler Kontrolörleri Başkanlığı" şeklindeki birimlerde yer aldığı, bu birimlerin Maliye Bakanlığının denetim ile görevli kuruluşları olduğu, "müfettişlik", "hesap uzmanlığı" ve "kontrolörlük" unvanlarının kariyer meslek esaslarına göre belli prosedür sonucu kazanılmış unvanlar olduğu, bu unvan sahiplerinin dava konusu düzenlemeyle "vergi müfettişi" statüsüne intibak ettirildikleri anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılan Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını yaratmakta, yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Hukuk güvenliği

ve adalet, çağdaş kamu yönetimi anlayışında, istikrar olgusunun temelini oluşturmaktadır. Hukuk güvenliği, kamu görevlileri yönünden önemli bir güvencedir. 646 sayılı KHK değişikliğinden önceki düzenleme, maliye müfettişleri, hesap uzmanları ve gelirler kontrolörlerinin belli koşulları sağlayarak ve süre kaydı olmaksızın atandıkları anılan görevlerden yaş haddinden önce bu statülerinin sona erdirilemeyeceği konusunda yasal bir güvenceye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Yasayla elde edilen bu statülerin sayılan denetim elemanları yönünden kazanılmış bir hak olarak değerlendirilmesi olanaklı olmasa da, statülerinin devam edeceği yolunda **meşru bir beklentiye** sahip oldukları, bu beklentinin ise hukuki güvenlik, adalet ve belirlilik ilkeleri gereğince korunması gerektiğinin kabulü zorunludur. Nitekim Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihatları da bu doğrultudadır. (Any.Mah.nin 16.7.2010 tarih ve E.2010/29, K.2010/90; 9.6.2011 tarih ve E.2008/31, K.2011/94 sayılı kararları)

Davanın somutunda da görüleceği üzere, dava konusu düzenlemeyle sayılan denetim elemanlarının mevcut bu haklı beklentileri hiç dikkate alınmadan statülerine son verildiği ve yeni öngörülen sisteme “vergi müfettişi” olarak intibak ettirildikleri açık olduğundan; bu düzenlemenin Anayasa’nın 2. maddesine aykırı düştüğü ve iptali gerektiği kanısına vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2012/147

Karar Sayısı : 2013/78

Karar Günü : 18.6.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 17. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun, 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen geçici 206. maddesinde yer alan *"8.9.1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan..."* ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Emniyet Genel Müdürlüğünde polis memuru olarak 10 yıl 3 ay 7 gün çalıştıktan sonra istifa etmek suretiyle memuriyetten ayrılan davacının, 60 yaşını doldurduktan sonra yapmış olduğu emeklilik başvurusunun 8.9.1999 tarihinde Emekli Sandığı iştirakçisi olmadığı için reddine ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"10 yıl 3 ay 7 gün polis memuru olarak görev yaptıktan sonra istifaen görevinden ayrılan davacı ...'nın tarafına emekli aylığı bağlanması istemiyle yaptığı başvurusunun reddedilmesine ilişkin 01/02/2011 tarih ve 50.723.043 sayılı işlemin iptali istemiyle Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'na karşı açılan davada, davacının Anayasaya aykırılık iddiasında bulunması üzerine, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı

Kanununun 23/05/2002 tarih ve 4759 sayılı Kanunun 6. maddesi ile yeniden düzenlenen Geçici 206. maddesinde yer alan “08/09/1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan 50 ve daha yukarı yaşlarda bulunanlar, yaş haddi nedeniyle istekleri üzerine veya resen emekliye ayrıldıklarında fiili hizmet sürelerinin 10 yılını doldurmuş olmak şartıyla emekli aylığına hak kazanırlar” hükmündeki “08/09/1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan...” ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasının incelenmesine geçildi.

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

Anayasa’nın 2. maddesi ile öngörülen hukuk devleti ilkesi ile devletin tüm faaliyetlerinde hukukun egemen olması amaçlanmaktadır. Kuşkusuz bu amacın gerçekleşmesi için konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulması gerekir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

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.

Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasa’nın 60. maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 23/05/2002 tarih ve 4759 sayılı Kanunun 6. maddesi ile yeniden düzenlenen Geçici 206. maddesine göre 08/09/1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan 50 ve daha yukarı yaşlarda bulunanlar fiili hizmet sürelerinin 10 yılı doldurmuş olması şartıyla emekli aylığına hak kazanabilecek iken; önceki kurala göre fiili hizmet süresi 10 yılı doldurunca (yaş koşulunu da sağlamak suretiyle) emekli olabileceği düşüncesiyle memuriyete giren ve 10 yıl fiili hizmet süresini doldurduktan sonra istifa ederek memuriyet görevinden ayrılan ve bu nedenle iştirakçilik durumları sona erenlerin emekli olmaları, hizmet sürelerinin 15 yıla tamamlanmasına bağlı hale getirilmiştir.

Bu suretle, hukukî statüleri kanunla oluşturulan ve bu statü kurallarına güvenerek geleceklelerini tasarlayan kamu görevlilerinin hakları, sosyal güvenlik beklentileri ve sosyal durumları zedelenmiş; önceki kurala göre 10 yıl fiili hizmet süresini tamamladıktan sonra istifa eden ve yaş koşulunu sağlayacağı tarihi bekleyerek emeklilik hakkını kazanacağını düşünen ve bu düşünceyle memuriyete girenlerin bir kısmının söz konusu düzenleme nedeniyle, emekli olmak olanağını veya emekliliğe ilişkin birtakım haklarını kaybetmeleri söz konusu olmuş, bir başka deyişle 08/09/1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlar ile bu tarihten önce iştirakçiliği sona erenler arasında adil ve makul olmayan bir fark oluşturulmuştur.

Böyle bir durumun sosyal bir hukuk devletinde olması gereken istikrar, kazanılmış haklara saygı, hukukî belirlilik ve hukuk güvenliği nitelikleriyle bağdaşmayacağı düşüncesiyle davacının Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanması gereken 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 23/05/2002 tarih ve 4759 sayılı Kanunun 6. maddesi ile yeniden düzenlenen Geçici 206. maddesinde yer alan "08/09/1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan..." ibaresinin Anayasanın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti (hukuk güvenliği) ilkesine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından, Anayasanın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddeleri uyarınca sözkonusu ibarenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına 22/10/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

5434 sayılı Kanun'un, 4759 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu ibareyi de içeren geçici 206. maddesi şöyledir:

"8.9.1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan 50 ve daha yukarı yaşlarda bulunanlar, yaş haddi nedeniyle istekleri üzerine veya re'sen emekliye ayrıldıklarında fiilî hizmet sürelerinin 10 yılını doldurmuş olmak şartıyla emekli aylığına hak kazanırlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 27.12.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine göre Devletin, hukuk devleti olduğu, bununla Devletin tüm faaliyetlerinde hukukun egemen olmasının amaçlandığı, bu amacın gerçekleşmesinin konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin göz önünde tutulması ile mümkün olacağı, hukuk güvenliğinin, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kıldığı, hukuki statüleri kanunlarla oluşturulan ve bu statü kurallarına güvenerek geleceklerini tasarlayan kamu görevlilerinin hakları, sosyal güvenlik beklentileri ve sosyal durumlarının itiraz konusu kural ile zedelendiği, önceki kurala göre 10 yıl hizmet süresini tamamladıktan sonra istifa eden ve yaş koşulunu sağlayacağı tarihi bekleyerek emeklilik hakkını kazanacağını düşünen ve bu düşünceyle memuriyete girenlerin bir kısmının itiraz konusu kural nedeniyle, emekli olma olanağını kaybettiği, böyle bir durumun ise sosyal hukuk devletinde olması gereken istikrar, kazanılmış haklara saygı, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği nitelikleri

ile bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5434 sayılı Kanun'un, 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralın da yer aldığı geçici 206. maddesinde, 8.9.1999 tarihinde Emekli Sandığı iştirakçisi olanlardan 50 ve daha yukarı yaşlarda bulunanların yaş haddi nedeniyle istekleri üzerine veya resen emekliye ayrılmalarında, fiili hizmet sürelerinin 10 yılını doldurmuş olmaları hâlinde emekli aylığına hak kazanacakları belirtilmektedir.

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

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*hukuk güvenliği*" ilkesidir. Bu ilke ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi uyarınca geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapılabilmesine engel bulunmamakta ise de bu yönde yapılacak yasal düzenlemelerde, daha önce tesis edilmiş bulunan ve kişilerin lehine hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin gözetilmesi gerekmektedir. Bu işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Kamu görevlisi olarak memurların, Devlet ile olan ilişkileri statü hukuku içerisinde yürütülmektedir. Devlet, hukuki durumları kanunlarla oluşturulan ve bu statü kurallarına güvenerek geleceklerini tasarlayan kamu görevlilerinin haklarını, sosyal güvenlik beklentilerini ve sosyal durumlarını gözetmek ve bu haklarda oluşabilecek muhtemel kayıpları en aza indirmek ve sosyal güvenlik başta olmak üzere bir kısım haklarda daha geniş kapsamlı bir koruma mekanizması öngörmek durumundadır. Devlet sosyal güvenlik sisteminin sağlıklı bir şekilde kurulması ve işleyebilmesi için gerekli tedbirleri almak ve bu tedbirleri uygulamak zorundadır. Ancak, sosyal güvenlik sisteminde değişiklik yapılırken, hizmet süresini tamamladıktan sonra istifa eden ve yaş koşulunu sağlayacağı

tarihi bekleyerek emeklilik hakkını kazanacağını düşünen ve bu düşünceyle memuriyete girenlerin bir kısmının itiraz konusu kural nedeniyle emekli olamaması, üstelik benzer durumda olan bir kısım kişilerin çalışamayacak derecede ileri yaşlarda olması ya da olası malullük hâllerine düşmesi gibi kimi durumlar karşısında eksik hizmet sürelerini çalışma ve prim ödeme suretiyle doldurmasının mümkün olamayacağı açıktır.

İtiraz konusu kural ile sosyal güvenlik reformunun yapıldığı 8.9.1999 tarihinde benzer durumda olan kişilerden, çalışabilecek güç ve kuvvete sahip olamama ya da ileri yaşları dolayısıyla kendilerini istihdam edecek bir işveren bulamama gibi nedenlerle emekli olmak için gerekli olan ilave prim ödeme gün sayısına ulaşamama durumu söz konusu olabileceği gibi bazı sigortalıların, çalışma istek ve arzusuna sahip olmasına rağmen, sağlık sorunları nedeniyle çalışmalarının mümkün olamayacağı gerçeği göz önüne alındığında artık bu kişiler için emekli olma ve yaşlılık aylığı alabilme hakkının tamamen ortadan kalkması söz konusu olabilecektir.

Bu nedenle, itiraz konusu kuralla 8.9.1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlar ile bu tarihten önce iştirakçiliği sona erenler arasında adil ve makul olmayan bir fark oluşturulduğu, söz konusu fark ile daha önceki kanuni düzenlemeye güvenen bazı kişilerin emekli olma hakkı ortadan kalkmamış olsa dahi bu hakkın kullanılabilmesinin oldukça güçleştirildiği, böyle bir durumun ise sosyal hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliği ilkesi ile çeliştiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak, Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak

iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırılabileceği belirtilmektedir.

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen geçici 206. maddesinde yer alan "8.9.1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan..." ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun, 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen geçici 206. maddesinde yer alan "8.9.1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, 18.6.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Erdal TERCAN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Zühtü ARSLAN

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2012/91

Karar Sayısı : 2013/86

Karar Günü : 10.7.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Muharrem İNCE ile birlikte 118 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 31.5.2012 günlü, 6322 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesiyle 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (8) SAYILI TARİFESİ'ne eklenen "XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:" bölümünün Anayasa'nın 2., 10., 73. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"31.05.2012 Tarihli ve 6322 Sayılı "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 20 nci Maddesiyle 02.07.1964 Tarihli ve 492 Sayılı Harçlar Kanununun (8) Sayılı Tarifesine Eklenen "XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:" Bölümünün Anayasaya Aykırılığı

31.05.2012 tarihli ve 6322 sayılı "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 20 nci maddesiyle 02.07.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun (8) sayılı Tarifesine "XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:"

bölümü eklenmiş; bölüm kendi içinde, “1- Denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri (Her yıl için)” ve “2- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları.” biçiminde ikiye ayrılmıştır.

Buna göre, “Kamu yararını ilgilendiren kuruluşları denetleyecek bağımsız denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri”nden, belgenin verildiği yıl 30.000 TL, takip eden yıllarda ise 10.000 TL’den az olmamak üzere bağımsız denetim faaliyetlerinden elde edilen bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatının binde 5’i oranında harç alınacak; “Diğer kuruluşları denetleyecek bağımsız denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri”nden, belgenin verildiği yıl 15.000 TL, takip eden yıllarda ise 5.000 TL’den az olmamak üzere bağımsız denetim faaliyetlerinden elde edilen bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatının binde 5’i oranında harç alınacaktır.

Diğer yandan, “Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları” kapsamında ise, Yeminli Mali Müşavirlik Ruhsatı için 1.800 TL, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Belgesi için 450 TL, Bağımsız Denetçi Yetkilendirme Belgesi için 900 TL harç alınacaktır.

Ayrıca, Bakanlar Kurulu gayrisafi iş hasılatı üzerinden hesaplanacak harcın oranını binde 2’den az, binde 10’dan çok olmamak üzere yeniden belirlemeye yetkili kılınmış ve Bakanlar Kuruluna bu yetkisini denetim kuruluşlarının gayrisafi iş hasılatlarına göre farklı oranlar belirleyerek de kullanabilme olanağı getirilmiştir.

Bağımsız dış denetim konusunda temel yasa 01.06.1989 tarihli ve 3589 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve yeminli Mali Müşavirlik Kanunudur.

Nitekim, 26.09.2011 tarihli ve 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin “Tanımlar” başlıklı 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında,

“Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin uygulanmasında;

a) Bağımsız denetçi: Bağımsız denetim yapmak üzere, 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre yeminli mali müşavir ya da serbest muhasebeci mali müşavirlik ruhsatını almış meslek mensupları arasından Kurum tarafından yetkilendirilen kişileri,

(...)

c) Bağımsız denetim kuruluğu: Bağımsız denetim yapmak üzere, Kurum tarafından yetkilendirilen sermaye şirketlerini,

(...)

ifade eder.” denilmiş;

13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun “Denetçi olabilecekler” başlıklı 400 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasında da “Denetçi, ancak ortakları, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluğu olabilir.” hükmüne yer verilmiştir.

3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu’nun genel gerekçesinde ise, “Maliye Bakanlığı’nın Vergi Denetimi konusundaki ağır yükünü hafifletmek, Türk vergi sisteminin yozlaşmasına mani olmak, vergicilik ve işletmecilik sahasında güven ve ahlak unsurunun gelişmesini temin edebilmek, vergi kanunlarının uygulanmasında doğacak uyumsuzlukları en az düzeye indirebilmek için bu tasarıyla, batı ülkelerindekine benzer SM, SMMM ve YMM müessesesi Türkiye’ye getirilmek istenmektedir.” ifadeleri yer almaktadır.

Bu bağlamda yasa koyucu, Yeminli Mali Müşavir (YMM) ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlere (SMMM), vergi alan devlet ile vergi ödeyen vatandaş arasında köprü olma işlevi yüklemiş; vergi mükelleflerinin kazanç tutarları ile ödeyecekleri vergilerin belirlenmesi, beyanı ve Devlete kazandırılmasında meslek mensuplarının çalışmasını, mükellefe hizmet etmenin ötesinde bir kamu görevi olarak nitelendirmiştir.

Harç ise, en genel tanımıyla, kamu kurum ve kuruluşlarının yaptığı hukuki işlem den ve sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Serbest meslek faaliyetlerinin yürütülmesi için mesleki yeterlilik göstergesi durumunda olan ruhsatlar ile uzmanlık ve yeterlilik belgeleri, bu belgelere sahip olan kişilere özel bir fayda sağladığından harca tabi tutulabilmektedir.

Nitekim, 3568 sayılı Kanunun “Birliğin gelirleri” başlıklı 30 uncu maddesinde, “Birliğin gelirleri, birliğe dahil odaların gelirlerinden alınacak paylar

ile birliğe ait mal varlığından sağlanan gelirler, ruhsatname ücretleri ve genel hükümler çerçevesinde elde edilen bağış ve yardımlardan meydana gelir.” denilerek, YMM ve SMMM’den alınacak ruhsat ücretleri, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB)’nin gelirleri arasında sayılmış; yaptıkları görevin kamu görevi niteliğinde olmasından dolayı ayrıca 492 sayılı Kanun kapsamında harca tabi tutulmamıştır.

SMMM ve YMM’lerin mesleklerini yapabilmeleri için zorunlu bulunan ruhsat için TÜRMOB’a ruhsatname ücreti öderlerken; ayrıca 492 sayılı Harçlar Kanunu kapsamında harca tabi tutulmaları, başka bir ifadeyle SMMM ve YMM ruhsatı için, hem 3568 sayılı Kanunun 30 uncu maddesine göre TÜRMOB’a ruhsatname ücreti, hem 492 sayılı Harçlar Kanununun (8) sayılı Tarifesine eklenen “XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:” bölümü kapsamında Hazine’ye ruhsat harcı ödemesi, harcın mükerrerliği sonucunu doğurmaktadır.

Vergi hukukunda mükerrer vergileme, aynı mükelleften aynı döneme ilişkin aynı matrah üzerinden aynı mahiyette verginin birden fazla tarh ve tahakkuk ettirilmesi olarak tanımlanmaktadır.

Ayrıca, 492 sayılı Harçlar Kanununun (8) sayılı Tarifesine eklenen “XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları” bölümü kendi içinde de mükerrerlik taşımaktadır. Bölüm düzenlenirken bağımsız denetçilik, SMMM ve YMM’den ayrı bir meslek dalı gibi düzenlenmiş ve ayrı harca tabi tutulmuştur. Oysa, yukarıda değinildiği üzere 3568 sayılı Kanunun 2 nci, 660 sayılı KHK’nin 2 nci ve 6102 sayılı Kanunun 400 üncü maddelerine göre, bağımsız denetim ayrı bir meslek dalı değil, SMMM ve YMM’lerin görev alanı içinde yer alan bir faaliyettir.

Bu durumda, bir yandan SMMM ve YMM’ler hem ruhsat alırken (sırasıyla 450 TL ve 1.800 TL); hem bağımsız denetçi olarak yetkilendirilirken (900 TL) harç ödemekle karşı karşıya kalmaktadırlar. Aynı şekilde, bağımsız denetim kuruluşları hem yetkilendirme belgelerini alırken (sırasıyla ilk yıl 30.000 TL ve 15.000 TL devamı yıllarda ise 10.000 TL ve 5.000 TL’den az olmamak üzere gayrisafi iş hasılatının binde 5’i oranında), hem bağımsız denetçi yetkilendirirken (900 TL) harç ödeyeceklerdir.

Öte yandan, (8) sayılı Tarifenin “VI – Meslek erbabına verilecek tezkere, vesika ve ruhsatnamelerden alınacak harçlar” bölümü incelendiğinde doktor,

avukat, diş hekimi, kimyager, mühendis ve mimarlar için ihtisas belgelerinden alınan harç tutarının 448,95 TL olduğu görölmektedir.

YMM ve SMMM'lik de tıpkı yukarıda sayılan meslek kolları gibi bir serbest meslek faaliyetidir. Buna karşın, yeminli mali müşavirler ve serbest muhasebeci mali müşavirler için belirlenen harç tutarları doktorlar, avukatlar, mühendis ve mimarlar için belirlenen harç tutarlarının üç katı civarındadır. Düzenleme bu yönüyle Anayasanın eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan "hukuk devleti", temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde sağlayan ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti ve millî gelirin adil bir biçimde dağıtılmasını sağlayan devlettir. Hukuk devletinde, vergilendirmenin temel ilkelerinin gözetilmesi, vergilendirmeye ilişkin yasalarda bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması esastır.

Anayasanın 73 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır" denilerek verginin malî güce göre alınması ve genelliği, vergi yükünün adaletli ve dengeli bir biçimde dağılımı öngörülmüştür.

Anayasanın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi de, vergide yasallık, malî güç ve genellik gibi anayasal ilkelerle birlikte, Devletin vergilendirme yetkisinin sınırlandırıldığı ilkeler arasında yer almaktadır.

SMMM ve YMM'ler mesleklerini yapabilmek için 3568 sayılı Kanunun 30 uncu maddesine göre TÜRMOB'a ruhsatname ücreti öderlerken, 492 sayılı Harçlar Kanunu kapsamında ayrıca harca tabi tutulmaları ve hem ruhsat alırken, hem bağımsız denetçi olarak yetkilendirilirken ayrıca harç ödemekle yükümlü kılınmaları mükerrer harç ödenmesi sonucunu doğurmakta; ek olarak ödemekle yükümlü tutuldukları harç tutarının benzer serbest meslek faaliyetlerinde bulunanların ödedikleri harç tutarının yaklaşık üç katını oluşturması ve Bakanlar Kuruluna harç oranını artırma yetkisi verilmesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki sosyal hukuk devleti ile 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamakta ve 73 üncü maddesindeki vergilemedeki mali güç ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, “Kamu yararını ilgilendiren kuruluşları denetleyecek bağımsız denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri”nden, belgenin verildiği yıl 30.000 TL, takip eden yıllarda 10.000 TL’den az olmamak üzere bağımsız denetim faaliyetlerinden elde edilen bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatının binde 5’i oranında; “Diğer kuruluşları denetleyecek bağımsız denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri”nden ise, belgenin verildiği yıl 15.000 TL, takip eden yıllarda 5.000 TL’den az olmamak üzere bağımsız denetim faaliyetlerinden elde edilen bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatının binde 5’i oranında, harç alınması öngörülmektedir.

Bağımsız Denetim Kuruluşlarının her yıl ödemesi öngörülen 30.000 TL harç tutarı, bu kuruluşların bankacılık, aracı kurumlar, döviz büfeleri, faktöring şirketleri ve sigorta ve reasürans şirketleri ile eşdeğer görüldüğünü ortaya koymaktadır. Ancak, bağımsız denetim kuruluşları, diğer finansal kuruluşlar gibi alım-satım, aracılık vb. finansal faaliyet yapmamakta; para ve sermaye piyasalarının sağlıklı işleyebilmeleri için finansal kuruluşları denetleme gibi toplumsal bir görev üstlenmektedirler.

Belgenin verildiği yıl ve sonrasındaki harçların bu derece yüksek tutulması, bağımsız denetim alanının, yıllık kazançları yerli denetim firmalarına kıyasla çok yüksek olan ve sayıları bir elin parmaklarını geçmeyen yabancı ortaklı uluslararası denetim firmalarının hakimiyetine geçmesine yol açacaktır. Çünkü yıllık ortalama hasılatı 100.000 TL ile 200.000 TL seviyelerinde olan ve bu hasılat üzerinden giderler düşüldükten sonra kalan kısım üzerinden % 20 oranında Kurumlar Vergisi ödeyen denetim şirketlerinden ödedikleri kurumlar vergisine ilaveten 30.000 TL harç alınmasının öngörülmesi, söz konusu yerli firmaların kapanarak faaliyetlerine son verme zorunluluğunu da beraberinde getirecektir. Öte yandan birden fazla şubeye sahip olan bağımsız denetim kuruluşları ile şubesi olmayan bağımsız denetim kuruluşlarından aynı tutarda harç alınması, eşitlik ilkesine aykırıdır.

Bağımsız denetim kuruluşlarının her yıl ödemesi öngörülen harcın yüksek tutulması ve şube sayısına göre harcın farklılaştırılmaması, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti, 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ve 73 üncü maddesindeki vergilemedeki mali güç ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturmakta ve Anayasanın 167 nci maddesiyle Devlete verilen görevlerle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 31.05.2012 tarihli ve 6322 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 20 nci maddesiyle 02.07.1964 tarihli ve 492 sayılı

Harçlar Kanununun (8) sayılı Tarifesine eklenen "XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:" bölümü, Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 73 üncü ve 167 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Bağımsız denetim kuruluşları ile SMMM ve YMM'lerin ödeyeceği harçların yüksek tutulması, adil ve eşitlikten uzak olması ve mükerrer harç ödenmesinin öngörülmesi, söz konusu meslekleri yürütenlerin ileride telafisi olmayan mali zarar görmelerine yol açacaktır.

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

15.06.2012 tarihli ve 28324 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 31.05.2012 tarihli ve 6322 sayılı "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

20 nci maddesiyle 02.07.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun (8) sayılı Tarifesine eklenen "XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:" bölümü, Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 73 üncü ve 167 nci 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

6322 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'un (8) SAYILI TARİFE'sine eklenen dava konusu "XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:" bölümü şöyledir:

"XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:

1- Denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri (Her yıl için):

<i>a) Kamu yararını ilgilendiren kuruluşları denetleyecek bağımsız denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri:</i>
<i>aa) Belgenin verildiği yıl 30.000 TL</i>
<i>bb) Takip eden yıllarda 10.000 TL'den az olmamak üzere bağımsız denetim faaliyetlerinden elde edilen bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatının Binde 5'i</i>
<i>b) Diğer kuruluşları denetleyecek bağımsız denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri:</i>
<i>aa) Belgenin verildiği yıl 15.000 TL</i>
<i>bb) Takip eden yıllarda 5.000 TL'den az olmamak üzere bağımsız denetim faaliyetlerinden elde edilen bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatının Binde 5'i</i>

2- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:

<i>a) Yeminli mali müşavirlik ruhsatı</i>	<i>1.800 TL</i>
<i>b) Bağımsız denetçi yetkilendirme belgesi</i>	<i>900 TL</i>
<i>c) Serbest muhasebeci mali müşavirlik ruhsatı</i>	<i>450 TL</i>

Bakanlar Kurulu gayrisafi iş hasılatı üzerinden hesaplanacak harcın oranını binde 2'den az, binde 10'dan çok olmamak üzere yeniden belirlemeye yetkilidir. Bakanlar Kurulu bu yetkisini denetim kuruluşlarının gayrisafi iş hasılatlarına göre farklı oranlar belirleyerek de kullanabilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 10., 73. ve 167. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İktüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 12.9.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatma BABAYİĞİT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralı, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava dilekçesinde, bağımsız denetim kuruluşlarınca her yıl ödenmesi öngörülen harcın yüksek tutulduğu ve şube sayısına göre harcın farklılaştırılmadığı, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler (SMMM) ve Yeminli Mali Müşavirlerin (YMM) ruhsat için hem Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğine (TÜRMOB) ruhsatname ücreti hem de 492 sayılı Kanun kapsamında Hazineye harç ödemelerinin harcın mükerrerliği sonucunu doğurduğu, bağımsız denetimin SMMM ve YMM'lerin görev alanı içinde yer alan bir faaliyet olmasına rağmen, SMMM ve YMM'lerin hem ruhsat alırken hem bağımsız denetçi olarak yetkilendirilirken harç ödemekle karşı karşıya kaldığı ve SMMM ile YMM için belirlenen harç tutarlarının benzer serbest meslek mensupları için belirlenen harç tutarlarından yaklaşık üç katı fazla olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 73. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile yeminli mali müşavirlik ruhsatları, serbest muhasebeci mali müşavirlik ruhsatları ile bağımsız denetçi yetkilendirme belgeleri ve denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri harç kapsamına alınmıştır. Denetim kuruluşları yetkilendirme belgeleri, ilk alındığında

maktu harca, daha sonraki yıllarda ise bağımsız denetim faaliyetlerinden elde edilen gayri safi iş hasılatı üzerinden hesaplanacak nispi harca tabi olacaktır. Ancak, yapılan düzenlemeye göre hesaplanacak harç, ilgili bentlerde belirtilen tutarlardan az olamayacaktır.

SMMM ve YMM ile bağımsız denetçilerin, ruhsat alabilmek için dava konusu kural uyarınca Hazineye maktu ruhsat harcı ödemesi gerekmekte olup bu harç, ruhsat veya belgenin ilk alındığında bir defaya mahsus olmak üzere ödenecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözetten devlettir.

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

Anayasa'nın “*Vergi ödevi*” başlıklı 73. maddesinde ise “*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.*”

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” denilmiştir.

Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedel olup, kamu hizmetinden yararlananların ödeme güçlerine bakılmaksızın harca tabi tutulması asıldır. Serbest meslek faaliyetlerinin yürütülmesi için mesleki yeterlilik göstergesi durumunda olan ruhsatlar ile uzmanlık ve yeterlilik belgeleri, bu belgelere sahip olan kişilere özel bir fayda sağladığından harca tabi tutulabilmektedir.

SMMM ve YMM ruhsatları Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB) tarafından verilmektedir. SMMM ve YMM’lerin ruhsat alabilmek için iptali istenilen kural uyarınca Hazineye ödedikleri ruhsat harcının yanı sıra TÜRMOB’a “ruhsatname ücreti” de ödemeleri gerekmektedir. 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu’nun 30. maddesinde “Birliğin gelirleri, birliğe dahil odaların gelirlerinden alınacak paylar ile birliğe ait mal varlığından sağlanan gelirler, ruhsatname ücretleri ve genel hükümler çerçevesinde elde edilen bağış ve yardımlardan meydana gelir.” hükmüne yer verilmiştir. TÜRMOB tarafından alınan ve geliri TÜRMOB varlıklarına aktarılan ruhsat ücretleri, Birliğin gelirlerini oluşturmakta olup odalara ve meslek mensuplarına verilecek hizmetle ilgilidir. TÜRMOB tarafından ruhsat ücreti alınmasının temelinde, TÜRMOB’un ve ilgili odaların faaliyetlerini sürdürebilecekleri, meslek mensuplarına hizmet verebilecek kaynakları sağlamaları yer almaktadır. İptale konu kuralda düzenlenen müşavirlik ruhsat harçları ise Devlet tarafından yapılan hizmetin karşılığında alınmakta ve bu gelir Devlet varlıklarına aktarılmaktadır. TÜRMOB tarafından alınan ruhsatname ücreti ile dava konusu kural uyarınca alınan ruhsat harçlarının nitelikleri birbirinden farklı olup harcın mükerrer alınması söz konusu değildir. SMMM, YMM ve bağımsız denetçilerin mesleki şartları, faaliyet alanları ve yükümlülükleri farklı olduğundan, bunlara ilişkin olarak alınacak ruhsatlardan farklı harç alınması harcın mükerrer alınması anlamına gelmeyecektir. Eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasa kuralının aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım veya ayrıcalık yaratması gerekir. İptale konu kural uyarınca öngörülen ruhsat

harçları, aynı hukuksal konumda olan tüm kişilere uygulanacağından eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunduğu söylenemez.

Bağımsız denetim kuruluşlarının ödemesi öngörülen harcın, bağımsız denetim sektörünün önemi, iş hacmi ve piyasa değeri dikkate alındığında yüksek olmadığı, bağımsız denetim şirketlerinin piyasa değerleri, denetim hizmeti verilen işletme sayısı ve denetlenen işletmelerin piyasa değerlerinin büyüklüğü birlikte değerlendirildiğinde bağımsız denetim kuruluşlarınca iptali istenilen kuralla ödemesi öngörülen yetkilendirme belgesi harcı, makul ve kabul edilebilir olduğu gibi aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım, ayrıcalık veya piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini engelleyen bir durum da söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 167. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

31.5.2012 günlü, 6322 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesiyle 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (8) SAYILI TARİFE'sine eklenen *"XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:"* bölümüne yönelik iptal istemi, 10.7.2013 günlü, E.2012/91, K.2013/86 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 10.7.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

31.5.2012 günlü, 6322 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesiyle 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (8) SAYILI TARİFE'sine eklenen *"XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:"* bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 10.7.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2012/75

Karar Sayısı : 2013/88

Karar Günü : 10.7.2013

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

İPTAL DAVASININ KONUSU : 3.5.2012 günlü, 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü fıkraları ile dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 3., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 16., 35., 43., 44., 45., 57., 123., 138., 152. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesinin gerekçesi şöyledir:

“...

IV. GEREKÇE

A-) 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesini değiştiren 1 inci maddesinin 1 inci ve 2 inci fıkralarının; 1 inci maddesinin 4 üncü fıkrasının 1 inci tümcesinin Anayasa'ya aykırılığı:

1. Mülkiyet Hakkının Mâhiyeti ve Anahatları ile Karakteristik Vasıfları:

Mülkiyet hakkı, şahıslara her türlü eşyaları temellük etme, onlar üzerinde herkese karşı dermeyan edebilecek bir hâkimiyet kurma yetkisi verir. Mülkiyet hakkının tanıdığı bu yetki sayesinde şahıslar mülk sahibi olabilmekte, her çeşit eşya ve araziye aralarında bölüşebilmektedirler.

Mülkiyetten doğan bu yetkiler dolayısıyladır ki, bu hakkın sosyal düzen üzerinde önemli etkileri olur. İyi bir mülkiyet rejimi cemiyeti her bakımdan düzenli ve ahenkli hale sokar ve insanların huzur içinde yaşamasını sağlar (Prof. Dr.Jale G.Akipek, Mülkiyet Kavramı Üzerine Bir İnceleme, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Şubat 1969, Cilt V, Sayı 1, s.1 vd.).

İyi bir mülkiyet rejiminin nasıl olması gerektiği hususundaki nazari tartışmalar ne olursa olsun bugün özel mülkiyet hiç olmazsa Batı Avrupa hukuk sistemlerinin çoğunluğu tarafından benimsenmiştir. Yine çoğunlukla Anayasalar mülkiyeti bir hak olarak fertlere tanırlar (Alman Anayasası madde 2, Türk Anayasası madde 35, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde 17, Avrupa İnsan Hakları Beyannamesi madde 7) ve yürürlükte bulunan hukuk düzeninin öngördüğü şekilde kazanılmış olan mülkiyet hakkını genellikle korurlar.

Yürürlükte bulunan hukuk düzeni tarafından mülkiyet hakkının muhtevâsı, şümûlü çok geniş veya dar tutulmuş olabilir. Bu her memleketin sosyal bünye ve anlayışına göre değişecek olan bir husustur.

Mülkiyet hakkının mahiyetini ve ana hatları ile karakteristik vasıflarını medenî kanunlar çizer. Bu hakkın muhtevâsının şümûlünü ise daha ziyâde kamu hukuku karakterli kanunlar tayin eder. Çünkü Anayasalar devlete, Anayasa'da gösterilen sebeplerle mülkiyet hakkını sınırlama yetkisini tanır ve hatta bazen kendileri bu hakkı sınırlar (Prof.Dr.Jale G.Akipek, a.g.m., s.2).

Hukuk kâideleri arasında en üst norm Anayasa'dır (Anayasa, madde 11/2). Bu itibarla, mülkiyet hakkının sınırları, öncelikle Anayasa'ya göre tayin edilmek, çizilmek gerekir.

Diğer yandan, Anayasa'da mülkiyet hakkının şümûlü oldukça daraltılmıştır. Bu cihet "Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına olamaz" diyen 35/3 ile "Toprak mülkiyeti" başlığını taşıyan 44 üncü maddesinden açıkça anlaşıldığı

gibi, Anayasa'nın Türk Devletinin sosyal bir devlet olduğunu belirten 2 nci maddesinden de çıkan bir sonuçtur. Bu suretle mülkiyet hakkının "...ferdin dilediği şekilde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir hürriyet niteliğinde olmadığını ... bu hakkın bir bakıma sosyal bir hak olduğunu" göstermek isteyen Anayasa bu hükümleri ile "fert yararı ile toplum yararının karşılaştığı hallerde toplum yararının üstün tutulacağını (Anayasa Mahkemesi Kararı, 28.4.1966 gün ve 3/23, Resmi Gazete 11.7.1966, 12345)" ve toplum yararına olarak mülkiyet hakkının sınırlanabileceğini kabul etmiş olur. Anayasa'nın 35 inci maddesinden de zâten bu anlaşılır. Gerçekten, mülkiyet hakkı sosyal nitelikte aynı bir haktır.

Şu halde, Türk Hukukunda mülkiyet hakkından doğan görevlerin asgarisinin ne olduğunu Anayasa belirler. Başka bir deyişle, mülkiyet hakkının asgarî sınırını Anayasa'nın 35/3 üncü maddesi çizer.

Bu nedenledir ki, mülkiyet hakkı, sadece özel hukuk karakterli bir hak, bir müessese olarak değil, fakat kamu hukuku ile karışık mahiyette bir hak, bir müessese olarak nazara alınmak gerekir (Prof.Dr.Jale G.Akipek, a.g.m., s.3).

2. Yabancı Gerçek ve Tüzel Kişilerin Ülkemizde Taşınmaz Edinme Haklarının Tarihsel Gelişimi:

İptali istenilen Kanun hükümlerinin Anayasa ilke ve kuralları karşısındaki durumlarının irdelenip değerlendirmesine geçilmeden önce yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ülkemizde taşınmaz edinme haklarının tarihsel gelişimine ve bunların esaslarına bakıldığında:

Osmanlı İmparatorluğu'nda yabancı tüzel kişilere ülkede mülk edinme hakkının tanınmadığı, yabancı gerçek kişilere de söz konusu hakkın 7 Sefer 1284 (16 Haziran 1868) tarihli Tebaaye Ecnebiyenin Emlake Mutasarruf Olmaları Hakkındaki Kanunla verildiği görülmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti döneminde ise Lozan Barış Antlaşmasıyla, 7 Sefer 1284 Tarihli Kanunun kabul ettiği tebaaya temsil sistemi yerine tam bir ahdî mütekâbiliyet sistemi getirilmek suretiyle, yabancıların ülkede mülk edinme imkânı kısmen sınırlanmıştır. Sözü edilen antlaşmayla ahdî mütekâbiliyet sistemini kabul eden Türkiye Cumhuriyeti, bu antlaşmadan yedi ay kadar sonra, çıkardığı Köy Kanunu'nda yabancı gerçek ve tüzel kişilerin köyde gayrimenkul edinmelerini yasaklamıştır. Böyle bir yasağın yeni kurulan Devlette millî birlik ve beraberliğin

korunması amacıyla ve bilhassa sosyal ve kültürel açıdan gelişmemiş ve Devlet denetiminin istenilen etkinlikte görülemediği yörelerin yabancı unsurlara açık tutulmasının yaratabileceği bir takım sakıncalardan duyulan endişe nedeniyle getirildiğinden kuşku yoktur. Bugün de söz konusu amaç ve nedenlerin önem ve değerini kaybettiği söylenemez.

Köy Kanunu ile yapılmış olan bu sınırlamayı Tapu Kanunu'nun 35 ve 36 ncı maddelerindeki sınırlama izlemiştir.

Mevzuatımızda 4916 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar, yabancı tüzel kişilere ülkemizde taşınmaz edinme hakkını tanıyan genel bir hukuk kuralı olmamış; Türk hukuk öğretisinde de, (Anayasa Mahkemesi'nin E.1984/14, K.1985/7 sayı ve 13.06.1985 tarihli kararının gerekçesinde belirttiği gibi) ilke olarak yabancı şirketlerin Türkiye'de taşınmaz edinemeyecekleri konusunda görüş birliği oluşmuştur.

Genel hukuk öğretisinde de, yabancı kamu hukuku tüzel kişilerinin, özellikle devletlerin, bir başka devlet ülkesinde taşınmaz edinmelerine imkân tanınması uygun görülmemekte; bir devletin başka bir devlet ülkesinde taşınmaz edinmesinin o devletin siyasî bütünlüğü ilkesine aykırı düşeceğine ve siyasî anlaşmazlıklara yol açacağına dikkat çekilerek bazı istisnalar dışında bu konuda mütekâbiliyet esasının dahi geçerli sayılamayacağı belirtilmektedir. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E.1986/18, K.1986/24 sayı ve 09.10.1986 tarihli kararının gerekçesi)

Başka ülkelerde de, yabancılara mülk edinmelerine bakış açısının Türkiye'den pek farklı olmadığı görülmektedir.

Yabancıların, klasik insan hak ve özgürlüklerinden vatandaşlar gibi yararlandırılması, günümüzde genellikle, bütün hukuk sistemlerince kabul edilmiş bir genel ilke niteliğinde ise de; yerine göre kamunun çok yönlü çıkarları açısından vatandaşlar bakımından sınırlanabilen söz konusu hakların, yabancılar yönünden de sınırlandırılması, demokratik esaslara aykırı görülmemektedir. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de, yabancıyı ülkesinde barındıran Devlete bu imkân açıkça tanınmış bulunmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin tanıdığı bu sınırlandırma imkânının, devletler tarafından, yabancıların ülkelerinde taşınmaz edinme hakları konusunda, yaygın biçimde kullanıldığı görülmektedir.

Günümüzün küreselleşen dünyasında iktisadî ve ticarî nedenler, ülkede yabancıların taşınmaz edinmesini bir gereksinim haline getirmiş olsa bile, yabancılara böyle bir hakkın tanınmasından doğan bir takım karmaşık sorunlar, devletleri bu sorunları çözmek üzere yabancılar hukukunda çeşitli sistemler geliştirmeye ve bu hakkı kendi ulusal çıkarlarına uygun esas ve yöntemleri benimseyerek sınırlamaya yöneltmektedir.

Kimi devletlerde sınırlama, arazinin türü bakımından yapılmakta; örneğin, tarım arazilerinde yabancılara mülk edinme hakkı verilmemektedir, kimi devletlerde ise sınırlamanın, taşınmaza komşu mülk, taşınmazın kullanılma amacı veya stratejik bölgeler esas alınarak yapıldığı görülmektedir. Kimi devletler ise, yabancının uyruğunda olduğu devlete göre bir sınırlamaya gitmekte; belli bir devletler topluluğunun üyelerine topraklarında mülk edinme hakkı tanırken, bunların dışındakilere böyle bir hak vermemektedir. Bu bağlamda dünya ülkelerine bakıldığında, örneğin Litvanya'da Avrupa Birliği üyeleri hariç, yabancılara tarım arazilerinde taşınmaz edinmek hakkı verilmediği; Rusya Federasyonu'nda yabancı uyruklu gerçek kişilerle yabancı ticaret şirketlerine ulusal sınırlara bitişik yerlerde ve tarım arazilerinde mülk edinmek hakkı tanınmadığı ve yabancının edinebilecekleri mülkün azami ve asgari büyüklüğü ile ilgili sınırlar da bulunduğu görülmektedir. Ukrayna, yabancılara tarım arazilerinde taşınmaz edinmek hakkını tanımamakta; tarım arazisi olmayan alanlarda ise yabancı gerçek kişilere sadece halen yabancı bir gerçek kişiye ait olan mülke bitişik taşınmaz malları satın almak hakkını vermektedir. Ukrayna'da yabancı tüzel kişilerin ancak bina inşa etmek üzere ve halen bir yabancı tüzel kişiye ait olan mülke bitişik mülkü satın alma hakları vardır.

İspanya ise kural olarak ülkesinin tarım alanlarında sadece Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşlarına mülk edinme hakkı vermektedir. Avusturya da aynı şekilde, sadece Avrupa Birliği üyesi devletlerin vatandaşlarına ülkesinde taşınmaz edinme hakkı tanımakta; diğer yabancı devletlerin vatandaşlarının bu haktan yararlanmasını izne bağlamaktadır. İsveç ve İsviçre, yabancıların tarım arazisinde taşınmaz edinmesine imkân tanımamaktadır.

Slovenya'da, ülkenin tarım arazileri ile bunların dışında kalan kısımlarında yalnız Avrupa Birliği ülkesi üyelerinin vatandaşları, üç yıldır Slovenya'da oturuyor olmak koşuluyla taşınmaz edinebilmektedir. Estonya'da, yabancı tüzel kişilere her türlü arazinin devri, idarî makamların iznine bağlıdır.

Avrupa Birliği ülkelerinde genellikle, yabancıların taşınmaz edinme hakkına arazinin niteliği bakımından bir sınırlama getirilerek, yurdun her bölgesinde yabancıların mülk edinmesine imkân tanınmamasının yaygın bir uygulama olduğu ve sınırlamanın da tarım arazileri bakımından yapıldığı görülmektedir.

Bu sınırlamaların nedeni, ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesinin salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilmemesidir. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız aslî - maddî unsuru, egemenlik ve bağımsızlık simgesidir. Ülke olmadan devlet olmaz. Ülke, devlet otoritesinin geçerli olacağı alanı belli eder. Devlet, sahip olduğu üstün kudretine dayanmak suretiyle, ülkede yerleşik olan ve devletin diğer aslî-maddî unsurunu oluşturan insan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır; bu aslî görevi nedeni ile ki, ülke üzerinde egemenliğe dayalı üstün bir hakka sahiptir. Toprak ile alakalı konuda, insan haklarına saygılı, ölçülü, âdil bir sınırlama, Devlet için bir nefsi müdâfaa tedbiri niteliğindedir. Devletin böyle bir tedbirden vazgeçebilmesi, düşünülemez. Yurdun belli bölgelerinde toprak alacak yabancıların o bölgelerde çoğunluk sağlayarak etkinlik kazanmaları, bu yöndeki gelişmelerle yabancılar tarafından mülk edinilen ülke topraklarının ülkeden kopma noktasına gelmesi, akıldan çıkarılmaması gereken ve yakın tarihte örnekleri bulunan vâkıâlardır.

Osmanlı İmparatorluğu'nda yabancı tüzel kişilere ülkede mülk edinme hakkının tanınmadığı, yabancı gerçek kişilere de söz konusu hakkın 7 Sefer 1284 (16 Haziran 1868) tarihli Tebaayı Ecnebiyenin Emlake Mutasarrıf Olmaları Hakkındaki Kanunla verildiği görülmektedir.

24 Temmuz 1923 tarihinde imza edilmiş bulunan Lozan Barış Antlaşması Türkiye'de yabancılar hukuku açısından yeni bir dönemin başlangıcıdır. İmparatorluk döneminde kişi ve kurum olarak yabancılar hukukunun önemli bir kesimini kapitülasyonlar oluşturuyordu. Osmanlı Devleti, türlü gâilelere neden olan kapitülasyonlardan kurtulmak için Birinci Dünya Savaşı'nın çıkmasını fırsat sayarak 1 Ekim 1914 tarihinden itibaren "Kapitülasyonlar ve daha sonra yapılan Antlaşmalar ve temin edilen teâmüller ve bunların tefsirleri ile Avrupa Devletler Umumî Hukukuna muhalif olan bütün yabancı imtiyazları kaldırdığını ve bu tarihten itibaren yabancı Devletler tebaası hakkında Avrupa Devletler Umumî Hukuku hükümlerinin uygulanacağını. ilân etmişti. Ne var ki, kapitülasyonlara sahip olan devletler tek taraflı olarak yapılan ilgâ işlemini kabul etmediler. Zaten bu tarihten çok kısa bir süre sonra ittifak Devletleri safında savaşa katılan ve yenik düşerek Mondros Mütarekesini ve bunu izleyen Sevr Antlaşmasını

imzalamak durumunda kalan Osmanlı Devletinin, kapitülasyonlar konusundaki kararının da bir anlamı kalmamıştır.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde; münferit irade ve fermanlarla yapılmış olan padişah ihsanları bir yana bırakılırsa yabancı tüzel kişilerin Osmanlı ülkesinde mülk edinmelerine asla izin verilmemiş ve bu dönemde yabancıya mülk edinme imkânı veren herhangi bir antlaşma da yapılmamıştır. Yabancı gerçek kişilerin mülk edinmelerine imkân sağlayan 7 Sefer 1284 (1868) tarihli Kanunun çıkarılmasında Osmanlı Devletinin o tarihlerde içinde bulunduğu sıkıntılar ve kapitülasyonlarla yabancıların himâyesini üstlenmiş bazı batılı devletlerin etkisi yadsınmaz.

Bilindiği üzere kapitülasyonlar millî Kurtuluş Savaşı sonunda 24 Temmuz 1923 tarihinde imzalanmış bulunan Lozan Barış Antlaşmasının 28 inci maddesiyle kaldırılabilmiştir.

Sözü edilen Antlaşmaya ekli “İkamet ve Selahiyeti Hakkındaki Mukavelename”nin 3 üncü maddesiyle yabancıların Türkiye’de mal ve mülk edinme haklarına ilişkin olarak “Türkiye’de, diğer akide tebaasının kavânin ve nizamatı mahalliyeye tevfikân her türlü emvali menkule ve gayrimenkuleyi ihraza, tasarrufa ve devre ve ferağa, hakları olacaktır; tebaai mezkûre bilhassa beyi ve mübadele ve hibe, vasiyet ile yahut diğer her suretle emvali mebhuseyi tasarruf edebilecekleri gibi ber mucibi kanun veraset tarikiyle veya hibe veyahut vasiyet suretiyle emvali mezkûreye malik olabileceklerdir” hükmü getirilmiş; aynı mukavelenin 1. maddesinde ise “İşbu fasılda münderiç ahkamdan her birinin Türkiye’de diğer Düveli akide tebaa ve Şirketlerine tatbiki, Düveli mezkûre arazisinde Türk teba ve şirketleri hakkında tam bir muamelei mütekabile tatbiki şartı sarihine muallaktır” denilerek, 7 Sefer 1284 tarihli Kanunun benimsediği tebaayı temsil sistemi yerine, Türkiye’nin âkit devletlerle tam eşitliğinin bir tezahürü olarak siyasi (ahdî) mütekâbiliyet esası benimsenmiştir.

Lozan Barış Antlaşmasıyla Misâkı Millî hudutları içerisinde özgür ve bağımsız bir devlet olarak varlığı tanınan Türkiye Cumhuriyeti millî mevzuatını düzenleme çalışmalarının hemen başında Lozan Barış Antlaşmasından yedi ay kadar sonra. 18 Mart 1924 tarihinde yürürlüğe konulan 442 sayılı Köy Kanunu’nun 87.nci maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetinde bulunmayan gerek şahıslar ve gerek şahıs hükmünde olan cemiyet ve şirketlerin (eşhası hususiye ve hükmiye) köylerde arazi ve emlak almaları memnudur.” şeklinde

yer alan hükümle, yabancılara, Lozan Barış Antlaşmasıyla verilmiş bu konudaki haklara oldukça kapsamlı bir sınırlama getirilmiştir.

Köy Kanunu ile yapılmış olan bu sınırlamayı Tapu Kanunu'nun 35 inci ve 36 ncı maddelerindeki sınırlama izlemiştir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin dünya milletler ailesine bağımsız bir devlet olarak kabulünün uluslararası belgesi Lozan Barış Antlaşmasıdır. Bu antlaşmaya ekli İkamet ve Selahiyeti Adliye Hakkındaki Mukavelenamede; yabancının ülkede mülk edinmeleri konusunda mütekâbiliyet şartı öngörülmüş, bu tarihten sonra düzenlenen konu ile ilgili yasalarda ve yapılan bir çok antlaşmada mütekâbiliyet şartı getirilmek suretiyle, karşılıklı muâmele esası, gerek antlaşmalar hukuku, gerek mevzuu hukuk olarak Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden biri haline dönüştürülmüştür.

Yabancıların Türkiye'de mülk edinebilmeleri konusunda Lozan Barış Antlaşmasına bağlı "İkamet ve Selahiyeti Adliye Hakkında Mukavelename" ile kabul edilmiş ahdî mütekâbiliyet esası, sözü edilen mukâvelenemeye taraf olmayan devletler bakımından Tapu Kanunu ile Kanunî mütekâbiliyet esâsına bağlanmış ve söz konusu hakka yeni bir takım sınırlamalar daha getirilmiştir.

Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinde yer alan "tahdidi mutazammın kanunî hükümler yerinde kalmak ve karşılıklı olmak şartıyla yabancı hakiki şahıslar Türkiye'de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilirler." şeklindeki hükümle, yabancı gerçek kişilere ülkede taşınmaz edinme hakkı tanınmıştır. Söz konusu hakkın kullanımı için Kanunun aradığı koşullardan birincisi, Kanun ile getirilmiş kısıtlayıcı hükümlere uymak, diğeri ise karşılıklılık (mütekâbiliyet) ilkesidir.

Böylece, Tapu Kanunu'nun 6302 sayılı Kanunla yapılan değişikliktan önceki 35 inci maddesindeki karşılıklılık (mütekâbiliyet) ilkesi ve Köy Kanunu'nun 87.nci maddesindeki yasaklayıcı hükümler sayesinde, bugüne kadar ülke topraklarının ve özellikle tarım (kültür) arazilerinin büyük ölçüde yabancılar eline geçmesi önlenebilmiştir.

3. “Karşılıklılık/Mütekâbiliyet Esâsı”nı Ülkemiz Açısından Önemli Kılan Sebepler:

Yabancıların ülkemizde mülk edinmelerine ilişkin mevzuatımız esaslarını, yabancı gerçek ve tüzel kişiler yararına sonuçlar doğuracak biçimde değiştiren 6302 sayılı Kanun’un 1 inci maddesinin iptalini talep ettiğimiz hükümlerinin Anayasa ilkeleri yönünden değerlendirilmesine girmeden önce, konuyla ilgili olarak, genellikle yabancılar hukukunda benimsenmiş sistemler, bu konuda. Anayasa’da yer alan temel ilkeler ile Türk Yabancılar Hukukunun bir bölümünü oluşturan ikili ve çok taraflı antlaşmalarda gözetilen genel ilkelerden biri durumunda bulunan karşılıklılık “mütekâbiliyet” esâsı üzerinde, bilhassa bu iptal sebebine hasren kısaca durmak gerekmiştir.

Yabancıların, klasik insan hak ve özgürlüklerinden vatandaşlar gibi yararlandırılması, günümüzde genellikle bütün hukuk sistemlerince kabul edilmiş genel bir ilke niteliğine ise de; yerine göre kamunun çok yönlü çıkarları açısından vatandaşlar bakımından sınırlanabilen söz konusu hakların yabancılar yönünden de sınırlandırılmasının demokratik esaslara aykırı görülmemesi gerektiği yönündedir. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yabancıyı ülkesinde barındıran Devlete bu imkân açıkça tanınmış bulunmaktadır.

İnsan hak ve özgürlüklerini vatandaş gibi yabancıya da tanımış bulunan Anayasa’nın 16 ncı maddesinde “Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir” ilkesini getirmiştir. Anayasa’nın bu ilke ile gözettiği husus, temel hak ve özgürlükler konusunda yabancılar yönünden getirilecek sınırlamaların milletlerarası hukuka uygun bulunması ve her halde bu sınırlamanın ancak kanunla yapılmasıdır. Milletlerarası Hukukun kaynaklarını da, Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı Antlaşmalar, milletlerarası teâmüller (örf ve adetler) medenî milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyiniyet, ahde vefâ, kazanılmış haklara saygı, Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmî ve kazaî içtihatlar oluşturmaktadır.

Anayasa’nın Başlangıç Kısmının 2 nci paragrafı, milletlerarası ilişkilerde geçerli olması gereken en önemli unsurun eşitlik ilkesi olduğunu göstermektedir. Eşitliği sağlayacak hususların en başta geleni ise karşılıklılık/mütekâbiliyet esasıdır.

Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklı muâmele (mütekâbiliyet) esası, öğretide en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin

ülkesinde diğzerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımlarını ifade eden bir prensip olarak izah olunmaktadır. Bu prensibe göre; bir yabancınnın Türkiye’de bir haktan yararlanabilmesi, Türklerin de o yabancınnın ülkesinde aynı tür ve nitelikte olan haklardan yararlanmasına bağılıdır. Karşılıklı muamele esası antlaşma ile (ahdî veya siyasi) ya da kanunla (kanunî veya fiilî) olabilir. Hukukumuzda, kanunî karşılıklı muâmele, yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz edinme ve miras hakları konusunda da aranmaktadır.

Yabancınnın klasik insan hak ve özgürlüklerinden bazılarından vatandaş gibi yararlandırılmamasının, bu hakların kimi sınırlama ya da kısıtlamalara tabi tutulmasının nedenlerini Devleti korumak, onun devamlılığını sağlamak gibi düşüncelerde aramak gerekir. Devletler arasında, ticari, iktisadî, askerî ve kültürel ilişkilerin olabildiğince arttığı, insancıl düşüncelerin son derece yaygınlaştığı günümüzde aynı mülâhazaların büsbütün gücünü yitirdiği söylenemez. Tarih boyunca, devletler, ülkelerindeki yabancı unsurlara kuşku ile bakmışlar, bazı hakları onlardan esirgemişler, bazılarını ise kimi koşullara bağlamak suretiyle sınırlamışlardır. Sınırlamaya tâbi tutulan hakların başlıcalarından biri mülk edinme hakkıdır. Zirâ bu hak, ülke denilen yurt toprağıyla ilgilidir.

Ülke, devletin aslî ve maddî 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 diğzer aslî - maddî unsurunu oluşturan insan topluluğunun güvenliğini ve yararını kollamak ve gözetmek durumundadır. Devlet bu aslî görevi nedeniyle ki, ülke üzerinde egemenliğe dayalı üstün bir hakka sahiptir.

Anayasa’nın 2 nci maddesine göre “Türkiye Cumhuriyeti... başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan... bir... Devlet”tir. Görüldüğü gibi, Anayasa’nın 2.nci maddesi, Cumhuriyetin niteliğı olarak başlangıçta belirtilen temel ilkelere atıf (gönderme) yapmaktadır. “Başlangıçta belirtilen temel ilkeler”i görmeden önce, kısaca “Başlangıç” hakkında genel bir bilgi vermek gerekirse; bazı anayasalar, yapılış sebeplerini ve dayandıkları temel felsefeyi “Başlangıç (dibâce, preambule)” denen kısımlarında açıklamaktadırlar. Bu kısımlar çoğu zaman edebî bir üslûpla yazılır. Bu nedenle, anayasaların başlangıçlarının genelde pozitif değzer taşımadığı, pozitif anayasa hükümlerinin yorumunda yol gösterici, ışıktutucu bir etkiye, mane’î bir değzer sahip oldukları ileri sürülmüştür (İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumî Esasları (Birinci Kitap: Cumhuriyetin temel kuruluşu), Ankara, 1965, s.145; Hüseyin Nail Kubalı, Anayasa Hukuku Dersleri: Genel

Esaslar ve Siyasî Rejimler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1971, 2.122-124).

Ne var ki, bu görüş Anayasa'nın 176 ncı maddesinin ilk fıkrası karşısında geçersizdir. Bu fıkra göre, Anayasa'nın Başlangıç kısmı, "Anayasa metnine dahildir". Dolayısıyla, Başlangıç da, Anayasa'nın diğer maddeleriyle aynı pozitif hukukî değere sahiptir. Başlangıçta belirtilen ilkelerin genel, soyut, edebî bir üslûpla kaleme alınması, başlangıcın "pozitif hukukî değeri"ni ortadan kaldırmaz. Başlangıç metninin anlamını tespit etmek, onu uygulayacak organa, örneğin Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Anayasa Mahkemesi, Başlangıçtaki bir ilkeye dayanarak bir kanunu iptal edebilir (Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, s.193).

Nitekim, Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'nın Başlangıç kısmını "ölçü-norm" olarak kullanmıştır. Örneğin, Yüksek Mahkeme, yabancılara mülk satışı kararı diye bilinen 13 Haziran 1985 tarih ve E.1984/14, K.1986/7 sayılı Kararında, denetlediği hükümleri Başlangıçta belirtilen bazı ilkelere aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi anılan Kararında şöyle demiştir.

"Başlangıcın 4. 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.

Başlangıcın 7. paragrafında ise "- Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin... karşısında korunma göremeyeceği-" ilkesi ile de Anayasa'nın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir.

Ülkede yabancının arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.

Karşılıklı muamele (mütekâbiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlayan bir denge aracıdır.

... Başlangıcın 4 üncü ve 7 nci paragraflarında yer alan Anayasa'nın yorumu ve uygulanmasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz

bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz bulunan temel ilkelere aykırı bulunmuştur.” (Anayasa Mahkemesi, 13.6.1985 gün ve E.1984/14, K.1986/7 Sayılı Karar, AMKD, Sayı 21, s.173-174. Aynı gerekçe şu Kararda da tekrarlanmıştır: Anayasa Mahkemesi, 9.10.1986 gün ve e.1986/18, K.1986/24 Sayılı Karar, AMKD, Sayı 22, s.259-260).

Anayasa Mahkemesi anılan Kararıyla karşılıklılık/mütekâbiliyet ilkesine, Başlangıç Bölümü’nün Türkiye Cumhuriyeti’nin “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğunu” belirten ilk şeklinin 4.ncü paragrafı hükmünden ulaşılmaktadır. Zirâ, devletlerin kendi millî çıkarlarının gereği olarak gördükleri konularda mütekâbiliyet ilkesinden vazgeçmeleri, devletlerin “Egemenlik Bakımından Eşitliği İlkesi”ni bozucu nitelikte bir davranış biçimidir.

Diğer yandan, Anayasa’nın Başlangıç Bölümünün (ilk şeklinin) 7 nci paragrafında (23.7.1995 gün ve 4121 sayılı Kanunun 1.nci maddesiyle değişik 5.nci paragrafında) yer alan “Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının ... karşısında koruma göremeyeceği...” ilkesinin, Anayasa Mahkemesi’nin de isâbetle belirttiği gibi “siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiğini” söylemek yerinde olacaktır.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi, TEK’in özelleştirilmesi hakkında verdiği 9.12.1994 tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı Kararında da Anayasa’nın Başlangıç kısmına dayanarak Kanunu iptal etmiş ve şöyle demiştir:

“İçerdiği temel görüş ve ilkeler yönünden Anayasa’nın öbür hükümleriyle eş değer olan Anayasa’nın Başlangıç Kısmı’nın yedinci paragrafında, “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk millî menfaatlerinin... karşısında korunma görmeyeceği” ilkesi ile de Anayasa’nın öngördüğü hukuk düzeni içinde ulusal çıkarların her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir...

Bu nedenle dava konusu ek.1. maddenin son fıkrası ile ek 4.maddesinde herhangi bir sınır getirilmeden TEK’in teşebbüs, kuruluş, müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlanması Anayasa’nın Başlangıç’ının yedinci paragrafındaki “Türk millî menfaatleri”nin korunması... ilkesine aykırıdır, iptalleri gerekir” (Anayasa Mahkemesi, 9 Aralık 1994 Tarih ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı Karar, AMKD, Sayı 31, Cilt 1, s.292, 295).

4. Karşılıklılık / Müttekâbiliyet Esâsının Sınırlı Aynî Hakların Edinimi Yönünden Anlam ve Değeri:

Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün 2 nci paragrafında yer alan "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak..." ibâresi, yabancı gerçek ve tüzel kişilere sınırlı aynî hakların da, diğer haklar gibi karşılıklılık/ müttekâbiliyet ilkesi esas alınarak tanınmasını gerektirir. Aksi bir durum, Türkiye Cumhuriyeti'nin, kendi gerçek ve tüzel kişilerine yabancı bir devletin tanımadığı hakları, bu yabancı devletin gerçek kişilerine veya bu yabancı devletin ülkesinde bu ülkenin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanınması anlamına gelir. Bu da, hak tanıdığımız ülke ile eşit olmayan bir konuma girmemize yol açar.

Bu nedenle, 35 nci maddenin dava konusu yaptığımız hükümleri Anayasa'nın Başlangıcının 2 nci paragrafına aykırıdır. Çünkü 2 nci paragrafta yer alan "Dünya Milletleri ailesinin eşit sahip şerefli bir üyesi..." ibaresi, diğer milletlerle ilişkilerimizde eşit haklara sahip olunması gerekliliğini ifade etmektedir.

Yabancıların, karşılıklılık koşulu aranmaksızın ülkemiz üzerinde sınırlı veya sınırsız aynî hak elde etmesi, ülkenin bölünmez bütünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacak bir durumdur. Çünkü, karşılıklılık ilkesinin gerçekleşmesinin aranmaması, ülkemizin topraklarının kolayca yabancıların eline veya kullanımına geçmesini sağlar.

Anayasa'nın hükümlerine aykırı bir düzenlemenin, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki "hukuk devleti", 11 inci maddesindeki "Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkeleriyle bağdaştığı da düşünülemez.

5. Konumuz Açısından Anayasa'nın "Başlangıç" Bölümünün Ölçü-Norm Olarak Değeri:

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra verdiği kararlarda, Başlangıç'taki ilkeleri, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında saymanın ve onlarla özleştirmenin ötesinde, bu ilkeleri "Cumhuriyet'in niteliklerinin de dayanağı" saymış ve Başlangıç'taki ilkeleri, Anayasa'daki diğer tüm ilke ve kuralların uygun yorumlanması gereken "kesin buyruk" olarak değerlendirilmiştir... Ayrıca Yüksek Mahkeme, 1985/7 ve 1986/24 karar sayılı iki ayrı Kararında, yabancılarla mülk satımına ilişkin 3029 sayılı Kanun hükmünü, Başlangıç'ın 4 üncü ve 7 nci

paragrafları (23.7.1996 gün ve 4121 sayılı Kanunla değişiklikten sonra 2 nci ve 5 nci paragraflar) ile bu paragraflara uygun yorum yaptığı Anayasa'nın 7.nci maddesine aykırı bulunurken, Başlangıç hükümlerinin niteliği yönünden çok önemli yorum da yapmıştır. Mahkemeye göre, 'Başlangıç'ın 4 üncü ve 7 nci paragraflarında yer alan temel ilkelerin, Anayasa'nın yorumu ve uygulanmasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuzdur.' Bu yorumu ile Mahkeme, Başlangıç'taki ilkeler blokunun Anayasa ideolojisini oluşturduğunu ifade etmiş ve bu ideolojik ilkeler blokunun, 'Anayasa'nın yorum ve uygulanmasında siyasal kadroların değerlendirmesini etkisiz kılmak amacı ile getirildiğini' ileri sürerek, Başlangıç'taki ilkelerle oluşturulan Anayasa ideolojisini yorumlama yetkisini sadece kendine tanımıştır. Başlangıç'ın hukukî değeri, daha çok, pozitif Anayasa kurallarının yorumlanmasına katkısı açısından sözkonusu olabilir. Başlangıç'ın asıl hukukî değeri bu olmakla beraber içinde yeteri kadar açık, doğrudan uygulanabilir nitelikte ilke ve kurallar varsa, bunlara Anayasa'nın diğer kuralları gibi doğrudan bağlayıcı hukukî değer de vermek gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok Kararında "Başlangıç" bölümünün "ölçü-norm" olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklandığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin benzer olaylarda daha önce verdiği Kararlarda da isabetle belirttiği gibi, Anayasa'nın Başlangıç Bölümü'nde geçen "Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin... karşısında koruma göremeyeceği" ilkesine dayanarak dava konusu yaptığımız hükümleri iptal etmesi gerekmektedir. Zirâ, Anayasa'nın Başlangıcında belirtilen ilkeler, Anayasa'ya uygunluk denetiminde "ölçü-norm" niteliğini haizdir.

Ölçü-norm olarak Anayasa'nın "Başlangıç"ındaki ilkelerin hukukî anlam ve değerine ilişkin öğretide değişik görüşler bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını kısaca temas etmek yararlı olacaktır:

- "... 'Başlangıç' Anayasamızın metnine dâhildir. Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten bu kısımdaki prensipler, Anayasa metni içinde bulunmakla, kanun, tüzük, yönetmelik ve ilh... gibi, bütün diğer mevzu hukuk kaidelerinden, hukukî kıymet bakımından üstün durumdadır. Diğer kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacakları gibi, evleviyetle 'Başlangıç' kısmındaki prensiplere de muhalif hükümler ihtiva edemeyeceklerdir. Her ne şekilde olursa olsun, etmiş bulunurlarsa, Anayasa Mahkemesince iptali mümkündür. Yahut, bu aykırılık davalar görülürken her zaman taraflarca itiraz yoluyla dermeyeran edilebilir... Kısacası, 'Başlangıç' kısmındaki hüküm ve prensiplere aykırı kanunlar, kazai

bir murakabe konusu teşkil edebilir ve Anayasa Mahkemesince iptalleri imkân dahilindedir..."(A. Selçuk ÖZÇELİK, Esas Teşkilât Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 1976, s.148-149)

- "...Anayasamızın bu alanda getirdiği asıl yenilik, 156/1. madde gereğince Başlangıç kısmının Anayasa metnine dahil olmasıdır. Böylece Başlangıç kısmında bulunan temel görüş ve ilkelere de saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu görüş ve ilkelere de aykırı olan kanunlar hakkında Anayasa Mahkemesine müracaat edilebilecektir. Hukukî sonuçlar bakımından çok mühim olan bu yenilik, Başlangıç kısmını bir sembol olmaktan çıkarmakta ve Anayasaya geniş gelişmek imkânları sağlamaktadır..." (Orhan ALDIKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1970, s. 155)

- "...1961 Anayasasında olduğu gibi 1982 Anayasası da 'Başlangıç' kısmını Anayasa'nın metnine dahil addetmiştir. (Md.176)... Bu sebeple, 1961-1980 dönemlerinin Anayasa Mahkemesi kararları, Başlangıç kısmının hukukî değer ve önemini açıklamak bakımından yararlı olma niteliğini korumaktadır. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında, Başlangıç kısmından zaman zaman, bir ek gerekçe olarak yararlanmıştır... 1982 Anayasasının Başlangıç kısmı, bu bakımdan, siyasî kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakabilecek ilkeler getirmiştir. Kuvvetler arasında eşitliği açıkça belirtmiş; Anayasa'nın, "Başlangıç'ta yer alan ilkeler doğrultusunda yorumlanıp uygulanmasını emretmiştir..." (Anayasa Hukuku Ders Notları, Yıldızhan YAYLA, İstanbul 1985, s. 83-84)

- "...1982 Anayasasının Başlangıç kısmına Anayasa'nın anlaşılması ve yorumu konusunda bir anahtar görevi verilmiştir. Başlangıç kısmının son paragrafında da, Anayasa'nın Başlangıçtaki temel ilkelere egemen olan 'fikir, inanç ve karar'la anlaşılması, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna bu yönde saygı gösterilerek, mutlak bir sadakatle yorumlanıp uygulanması gerektiği vurgulanmıştır. Bu ilkelerin Cumhuriyet'in bir Anayasa değişikliği konusu yapılamayacak nitelikleri olarak geçerli kılınmaları karşısında, normal siyasal bir yaşamda onlara aykırı davranılmasının söz konusu olmayacağı açıktır. Bu ilkeler soyut ve geniş anlamalı nitelikte oluşlarına karşın ve özel bir yasada somutlaştırılmış olmasalar bile, Anayasa Md.11 f. II'ye göre sadece Devlet organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluşları değil, tüm bireyleri bağlayan ve sosyal yaşamda bireyler arası ilişkilerde de tam anlamıyla riayet edilmesi gereken genel hukuk prensipleridirler..." (Anayasa Hukukuna Giriş, Zafer GÖREN, İzmir 1999, s. 98).

Nitekim, 21.6.1984 günlü, 3029 sayılı “22.11.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35 inci maddesi ile 18.3.1924 tarih ve 442 sayılı Köy Kanunu’nun 87 nci Maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun’un” 1. ve 2. maddelerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin 13.6.1985 tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararı (AMKD, Sayı: 21, Ankara 1991, s. 172-174) ile yine 22.4.1986 günlü, 3278 sayılı “2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci Maddesi ile 442 sayılı Köy Kanununun 87 nci Maddesine İkişer Fıkra Eklenmesine Dair Kanun’un 1. ve 2. maddelerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin 9.10.1986 tarih ve E.1986/18, K.1986/24 sayılı kararında (AMKD., Sayı: 22, Ankara 1987, s.259-260) Anayasa’nın “Başlangıç” bölümü doğrudan (Anayasa’nın ölçü-norm olarak alınan diğer maddelerinin yanı sıra) ölçü-norm olarak kabul edilmiş ve her iki kararda da, iptal edilen yasa hükümleri, Anayasa’nın Başlangıç bölümünün ilgili paragraflarına aykırı görülmüştür.

Yine, Anayasa Mahkemesi’nin 29.1.1964 tarih ve E.1963/193, K.1964/9; 25.2.1975 tarih ve E.1973/37, K.1975/22; 29.1.1980 tarih ve E.1979/38, K.1980/11; 27.11.1980 tarih ve E.1979/31, K.1980/59; 25.10.1983 tarih ve E.1983/2, K.1983/2; 22.5.1987 tarih ve E.1986/17, K.1987/11, 7.3.1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12; 6.12.1990 tarih ve E.1988/62, K.1990/3; 20.3.2001 tarih ve E.2001/9, K.2001/56 sayılı kararlarının incelenmesinde, ilgili yasa hükümlerinin iptallerinde (25.10.1983 tarihli kararda siyasî partinin kapatılmasında) Anayasa’nın Başlangıç’ının değişik paragraflarının doğrudan ölçü-norm olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi, gerek 1961, gerekse 1982 Anayasaları dönemlerinde verdiği çeşitli kararlarında hukukun genel ilkelerinden “destek ölçü norm” olarak yararlanmış, hatta zaman zaman bu ilkelerin Anayasa hükümlerinden de önde geldiği yolunda ifadeler kullanmıştır (Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1995, sh.97 vd). Örneğin, bazı kararlarında “hukuk devletin, Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir” denildiği gibi (E. 1963/166 K, K. 1964/76, Karar Tarihi 22.12.1964, AMKD, Sayı 2, s.291; E. 1985/31, K. 1986/11, Karar Tarihi 27.3.1986, AMKD, Sayı 22, s.119-120), başka bir takım kararlarında da, denetim konusu olan kuralın “anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı üstün, genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığı”nın araştırılacağı ifade edilmektedir (E. 1987/30, K. 1988/5, Karar Tarihi 15.3.1988, AMKD, Sayı 24, s.77). Gene Anayasa Mahkemesinin diğer bazı kararlarına göre, “hukuk devleti ...Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun

da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilinci"ne sahip bulunan devlettir (E.1985/31, K.1986/11, Karar Tarihi 27.3.1986, AMKD, Sayı 22, s.120; E. 1986/3, K. 1986/15, Karar Tarihi 3.7.1986, AMKD, Sayı 22, s.174-175; E. 1963/124, K. 1963/243, Karar Tarihi 11.10.1963, AMKD, Sayı 1, s.429).

Kanaatimizce, "Mütekâbiliyet/Karşılıklılık Esâsı"nın varlığı, korunması ve tanınması, hukuk devletlerinde benimsenen temel bir hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda her ne kadar yabancıların mülk edinimi konusunda karşılıklılık koşuluna açıkça yer verilmemiş ise de, bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm de yoktur; olabilmesi de düşünülemez! Dolayısı ile, 6320 sayılı Kanun'un görüşülmesi sırasında Adalet Komisyonunca hazırlanan raporda yer alan "... karşılıklılık koşuluna yer verilmemesi Anayasaya aykırılık anlamına gelmez. Diğer taraftan karşılıklılık ilkesinin yer verilip verilmediği hususu yabancılar hukuku bakımından milletlerarası eşitliği sağlayan tek ilke olmadığı gibi, bu şartı zorunlu kılan bir Anayasa hükmü bulunmaması da bu ilkedен her zaman vazgeçilebileceğini göstermektedir..." yönündeki görüşe katılabilmek mümkün değildir.

6. Yabancıların Mülk Edinmelerine Yönelik Ülkemizde Görülen Hukukî Rejimi Değıştirme Girişimleri:

Yabancıların ülkemizde mülk edinmelerine ilişkin hukuksal rejimimizi değıştirme girişimleri daha önce vâki olmuştur.

Örneğin, 21.06.1984 tarih ve 3029 sayılı Kanun, Bakanlar Kurulunun uygun göreceği yabancı ülke halkına mütekâbiliyet şartı aranmaksızın Türkiye'de mülk edinme hakkı getirmişti. Ayrıca, köylerde yabancıların mülk edinmeleri yasaklanmışken, yabancıların köylerde de mütekâbiliyet şartı aranmaksızın Bakanlar Kurulunun uygun göreceği bölge ve illerde arazi ve emlak alabilmeleri esâsını getirmişti.

3029 sayılı Kanun, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (E: 1984/14, K: 1985/7)

Daha sonra 1986 yılında çıkarılan 3278 sayılı Kanun ile, yine karşılıklılık/mütekâbiliyet şartı aranmadan yabancılar mülk edinme hakkı tanınmıştır. 3278 sayılı Kanun, iptal edilen 3029 sayılı Kanundaki iptale neden olan benzer hükümleri içermekteydi.

3029 sayılı Kanunda, Bakanlar Kurulunun saptayacağı belli bölgelerdeki mülkler için satış söz konusu iken, 3278 sayılı Kanunda bu da kaldırılarak yabancılara ülkenin tümünde mütekâbiliyet şartı aranmaksızın mülk edinme olanağı sağlanmıştı.

Anayasa Mahkemesi, yabancılara Türkiye’de taşınmaz edinme hakkı tanıyan 3278 sayılı Kanunu Anayasa’ya aykırı bulmuştur. (E. 1986/18, K. 1986/24)

Anılan Kararda, “Devletlerarası ilişkilerde karşılıklı muâmele esâsı, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarından biridir. Devletlerin ilişkilerinde az ya da çok gelişmişlik, nüfus ve toprak büyüklüğü ve öbür niteliklerinin nazara alınmaması, bunların birbirlerine eşit oldukları prensibine dayanır.” denilmiştir.

Anayasa’nın 176 ncı maddesinde, Anayasa’nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dâhil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasa’nın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa’nın Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2 nci maddesinde ise “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti” olduğu belirtilmiştir.

Başlangıç’ın 2 nci paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyeti’nin “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu” ilkesiyle, devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır.

Başlangıcın 5 inci paragrafında ise “Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin karşısında korunma göremeyeceği” ilkesi ile, Anayasa’nın öngördüğü hukuk düzeni içinde, millî menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir.

7. Anayasa’ya Aykırılık Gerekçeleri

a-) Daha önce de açıklandığı üzere, 6302 sayılı Kanun’un getirdiği değişiklikten önce Tapu Kanunu’nun 35.nci maddesine göre, yabancı gerçek kişiler,

sınırlayıcı Kanun hükümlerine uymak ve karşılıklılık “mütekâbiliyet” şartı ile ülkemizde şehir ve kasaba, belediye sınırları içerisinde taşınmaz edinebiliyorlardı. 6302 sayılı Kanun’un sözü edilen 1 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilmeleri ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemeyeceği hükme bağlandıktan sonra Bakanlar Kurulunun kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkili kılındığı belirtilmiştir.

Oysa, bu kavramlara yer verilmiş olması 6302 sayılı Kanun’un Anayasa’nın 7.nci maddesine aykırılığını ortadan kaldırmamaktadır. Her şeyden önce, yabancılara karşılıklılık esâsı aranmaksızın Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinme imkânının tanınmasında “uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği haller”in ne anlama geldiğini saptayacak ve bunun üzerine yabancıya gerekli izni verecek olan mercii, anılan fıkra hükmüne göre Bakanlar Kuruludur. Başka bir deyişle, söz konusu kavramlara Kanunda yer vermekle Kanunkoyucu yürütme organına tanınan yetkileri kullanmasında bir sınır koymamış, aksine bu Kanunla verilen yetkilerin kullanımı büsbütün sübjektif nitelik taşıyan kıstaslara bağlamıştır.

Ayrıca, bu soyut kavramların Kanunda yer almasının ya da almamasının Anayasal açıdan büyük bir önem taşıdığı da savunulamaz. Çünkü hükûmetler tüm karar ve işlemlerinde ulusal çıkarları gözetmek ve korumak, ulusal birliği, ulusal güvenliği ve ulusal ekonomiyi güçlendirme yönünde çaba göstermek zorundadırlar. Özellikle dış ilişkilerde ve bu arada yabancılar hukuku alanında tesis edilen işlemlerde en geniş anlamda ulusal çıkarların gözönünde tutulması işin doğası gereğidir. Dolayısıyla, 6320 sayılı Kanun’un 1 inci maddesinde yer alan “Uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği haller” biçimindeki ibârenin, bu Kanunla tanınan yetkilerin kullanılmasında Bakanlar Kurulunu sınırlayıcı ve onun yetki alanını düzenleyici birer esas olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, Kanunda yer alan bu kavramların somut, objektif, herkesçe üzerinde anlaşılabilir bir yönü de yoktur. Aksine, “ülke menfaatlerinin gerektirdiği haller” gibi kavramlar, her yana çekilebilen, soyut ve sınırları belli olmayan, zamana ve kişiye, siyasî iktidarlara göre değişebilen ve bu

nedenle değişik siyasî iktidarlar elinde çok değişik amaçlarla kullanılma olanağı bulunan kavramlardır. 6302 sayılı Kanunda yer alan bu kavramlar Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin amacını, kapsamını ve sınırlarını belirlemekten uzaktır.

6302 sayılı Kanun ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki sınırları net ve açık değildir. Bunlar arasında “kanunla” düzenlenmesi gereken yönler vardır. Uygulamanın yaygınlaştırılması durumunda yasama organınca düzenlenmesi gereken esasların neler olabileceği daha da belirgin hale gelmektedir. Yabancıнын alacağı arazinin azamî miktarı, emlâkin adedi, alınma amaçları, satın alınacak emlâkin yeri, satın almanın koşulları, devir ve ferağda gözetilecek ilkeler hep kanun ile düzenlenmesi gereken hususlardandır. Bütün bu yönlerde yasama organının serinkanlı ve objektif değerlendirilmesine gereksinim vardır.

Öte yandan, mülkiyet hakkını sınırlayan bu esasların kanun ile düzenlenmesi Anayasa’nın 35 inci maddesi hükmü gereğidir.

Yürütmeye bir yetki olma gücü veren esaslar Anayasa’nın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasa’nın getirdikleri, olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun, sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkartma; Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışına ek mâlî yükümler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.

Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, “İdarenin Kanunîliği ilkesi” içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa’da ifadesini bulan yukarıdaki ayrık haller dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Kanun ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir. Bu itibarla 6302 sayılı Kanun’un 1.nci maddesinde uygulamaya ilişkin esasların tesbiti yönünden yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır. Anılan Kanunda, esasla alakalı birçok yönler düzenlenmemiştir. Bu durum açıkça bir yetki devridir ve her şeyden önce Anayasa’nın “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez” hükmünü içeren 7 nci maddesine aykırıdır.

b-) 6302 sayılı Kanun Tasarısı sevk gerekçesinde, özetle,

“...22/12/1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesinde, yabancı uyruklu gerçek kişilerin bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere ve köy sınırları dışında kalan arazinin otuz hektardan çoğuna ancak Hükümetin izni ile sahip olabilecekleri hükme bağlanmıştır. 1934 ila 2006 yılları arasında yabancı uyruklu gerçek kişilerin ülkemizde edinebileceği alan karşılıklı olmak şartı ile 30 hektar olarak belirlenmiş ve bu miktarı geçen alanları edinebilmeleri Hükümet iznine bağlı kılınmıştır. Böylece, 1934 ila 2006 yılları arasında Hükümet tarafından izin verilmek şartı ile yabancı uyruklu gerçek kişilerin genel olarak sınırsız taşınmaz edinim hakkı bulunmaktaydı. 2006 yılında yapılan değişiklikle, yabancı uyruklu gerçek kişilerin, ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektara düşürülmüştür.

Tasarı ile kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanlığının görüşü üzerine Çevre ve Şehircilik ve Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişilere Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinme imkanı tanınmakta, ancak bu kişilerin ülke genelinde edinebilecekleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam yüzölçümünün otuz hektarı geçemeyeceği, anılan Bakanlıkların ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde bu miktarı iki katına çıkarmaya yetkili olduğu ve bu Bakanlıkların yabancı uyruklu gerçek kişilerin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilecekleri yerleri; il, ilçe, uygulama imar planı, mevzii imar planı, koordinatları belirlenmiş alanlar veya bunların belirli oranları olarak belirleyebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece, 1934 ila 2006 yılları arasında uygulanan yabancıların taşınmaz edinimi hükümlerine, sınırsız taşınmaz edinim hakkı hariç paralel düzenleme yapılmıştır...” görüşüne yer verilmiştir.

Bu kısa ve yalın gerekçelere göre yasalaşmış olan 6302 sayılı Kanun, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ülkemizde taşınmaz satın alabilmelerinde tüm yetki ve inisiyatifli Bakanlar Kuruluna bırakmıştır.

Bakanlar Kurulunca Kanunun uygulanmasına ilişkin esaslar tespit edilmediğine göre gerektiğinde peyderpey düzenleneceği anlaşılan uygulama esasları genişletildikçe ülke topraklarından önemli bir kısmının yabancı gerçek ve tüzel kişiler eline geçmesi sonucunu doğuracaktır.

Devletlerarası ilişkilerde karşılıklı muâmele esâsı, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarından biridir. Devletlerin ilişkilerinde az ya da çok gelişmişlik, nüfus ve toprak büyüklüğü ve diğer niteliklerinin nazara alınmaması, bunların birbirlerine eşit oldukları prensibine dayanır.

Bir devletin, ülkesinde, yabancılara haklar tanınmasının ve bu konuda karşılıklı muâmele esâsından vazgeçmesinin bir iç hukuk sorunu olduğu görüşü genelde yadsınamaz; ancak, toprak edinme konusundaki mütekâbiliyet esâsının başka konulardaki mütekâbiliyet esâsından farklı yönü, Devletin, “ülke” denilen aslî ve maddî unsuruyla olan ilişkisidir. Söz konusu ilişki bu noktada farklı bir düşünce ve hassasiyeti zorunlu kılar. Kaldı ki; bu alanda hakkın süjesi bireylerdir. Kendi vatandaşına yabancı ülkede aynı hakkı sağlamadan, ülkesinde yabancıya hak tanınması gerektiği görüşü kolaylıkla savunulamaz!

Yabancı bir ülkede mülk edinmek, çoğu kez o ülkede seyahat etmek, çalışmak veya yerleşmek gibi isteklerin bir uzantısıdır. Ülkede mülk edinerek yaşamını kısmen ya da tamamen orada sürdürecektir olan yabancının her türlü davranışına katlanacak olan, onunla belli bir yöre ya da çevrede yaşamı paylaşmak zorunda kalan vatandaş olacaktır. Bu itibarla vatandaşımızın, kendi ülkesinde mülk edinmesine katlanamayan bir devlet uyruğundan her halde bu hakkın esirgenmesi gerekir. Aksine bir durum ise yabancıya tanınmış bir imtiyaz sayılır.

Yabancıya satılan toprakların yasal yollardan yerine göre geri alınabilmesi olanağının varlığına güvenilemez. Yabancının her an kendi devletin himâyesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurma devletlerarası çetin sorunları dâvet etmesi kaçınılmazdır.

Anayasa’nın 176 ncı maddesinde, Anayasa’nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dâhil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasa’nın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyet’in niteliklerini belirleyen 2 nci maddesinde ise “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti” kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyet’in nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir.

Anayasa’nın 2 nci maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer vermek

suretiyle 1961 Anayasasına nazaran Devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır.

Başlangıcın 2 nci paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyetinin “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu” ilkesiyle de devletin beşerî unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır.

Başlangıcın 3 üncü paragrafında getirilen “Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa’da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı” ilkesi ile tüm kişilerin ve kuruluşların bu hukuk düzeni dışına çıkması engellenmiştir.

Başlangıcın 5 inci paragrafında ise “Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin... karşısında korunma göremeyeceği” ilkesi ile de Anayasa’nın öngördüğü hukuk düzeni içinde millî menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir.

Yukarıda da değinildiği gibi, ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.

c-) 6302 sayılı Kanun’un muhtelif hükümlerinde yer alan “yabancı ülkelerde kendi ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri” ibâresine bakıldığında, bu ibârede belirtilen şirket niteliklerinin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine ülkesinde taşınmaz edinmek hakkını tanımayan bir devletin vatandaşlarının, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına ve ticaret şirketlerine taşınmaz edinme hakkını tanıyan bir devletin ülkesinde ve bu devlet kanunlarına tâbi bir ticaret şirketi kurmak suretiyle, bu şirket aracılığı ile Türkiye’de mülk edinmelerine imkân tanıdığı anlaşılmaktadır.

Karşılıklılık şartı aranmadan Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişilere ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinme hakkı tanınmasında “kamu yararı” bulunmamaktadır. Çünkü, bu yasal düzenlemenin Türkiye’ye olumlu bir katkı sağlaması söz konusu

değildir. 35 inci maddenin 1 inci fıkrasının 1 inci tümcesindeki söz konusu ibârenin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının 1 inci paragrafında yer alan "Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğü" ilkesine aykırı olduğu görülmektedir. Çünkü karşılıklılık şartının aşılmasına elverişli bir tanım çerçevesinde yabancı ticaret şirketlerine Türkiye'de taşınmaz edinmek hakkını tanımak, toprak - ülke unsuru bakımından, devletin bölünmez bütünlüğünü tehlikeye düşürecek bir husustur. Karşılıklılık ilkesine yer verilmeyen böyle bir düzenlemenin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının 2 inci paragrafı ile de bağdaşmayacağı ortadadır.

Karşılıklılık ilkesi, mülkiyet bakımından, yalnız ülkelerin karşılıklı olarak birbirlerinin gerçek ve tüzel kişilerine ülkelerinde mülk edinmek hakkının tanınması anlamına gelmemekte; fakat bu hakkın ediniminde uyulacak sınırlar bakımından da, ülkeler arasında bir paralellik bulunmasını gerektirmektedir.

Ülkeler arasında böylesi bir paralellik kurulmadan veya aranmadan, yabancılara ülkede taşınmaz edinme hakkının kural olarak ülkenin bütünü üzerinde tanınması, karşılıklılık ilkesine aykırı olacağı gibi, ülkenin bölünmez bütünlüğünü de tehlikeye atar; çünkü bu şekilde ülke toprakları, yabancılar tarafından satın alma yoluyla kolayca ele geçirilebilir.

Taşınmaz edinmek hakkının tanınacağı ticaret şirketinin aynı zamanda bir kamu hukuku tüzel kişiliği taşıması, bu tehlikenin boyutlarını daha da genişletecek bir durumdur.

Kaldı ki, ulusumuza ve ülkemize bir katkı sağlanması, örneğin belli ölçekte bir yatırım veya faaliyet alanı bakımından taşınmaz edinilmesinin gerekliliği gibi koşullar söz konusu olmadan yabancı ticaret şirketlerinin ülkede taşınmaz edinmesine imkân tanınmanın kamu yararı ile de ilgisi yoktur.

Kamu yararı olmaksızın, stratejik alanlar, tarım alanları gibi kısımlar dışta tutulmadan ve mülk edinme hakkının sınırlarında denklik aranmadan ülke topraklarının yabancı gerçek kişilerle yabancı ticaret şirketlerinin taşınmaz edinmesine açılmasının, Anayasa'nın Başlangıç Kısmının 1 inci paragrafında yer alan, ülkenin bölünmez bütünlüğü ilkesiyle bağdaşması da beklenemez.

Anayasa'nın çeşitli maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasa'nın 11 inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesiyle de bağdaşmaz.

Bu nedenle, karşılıklılık şartı aramaksızın Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişilere ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinmelerine imkân sağlayan 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un iptali talep olunan 1 inci maddesinin 1 inci, 2 inci fıkraları ile 4 üncü fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa’nın 2, 3 ve 11.inci maddeleri ile Başlangıç kısmının 1, 2 ve 5 inci paragraflarına aykırı olan 1.nci fıkrasının iptalinin gerekli olduğu düşünülmektedir.

8. 6302 sayılı Kanun’un Hukukî Niteliği ve Getirdiği Düzenlemenin Kısa Analizi:

a-) 6302 sayılı Kanun, girift/karmaşık ve hukuk tekniğinin gerektirdiği sistemden mahrum olması nedeniyle konuya açıklık getirmek bakımından, anılan Kanunu kısaca tanımlamak gereğini duyduk:

Ülkemizde yabancılara mülk edinmeleri konusunda Tapu Kanunu’nun (6302 sayılı Kanun’dan önce) 35 inci maddesi ve Köy Kanunu’nun 87 inci maddesinde iki hüküm yer almıştır.

Köy Kanunu’ndaki hükme göre, yabancılara (yabancı hakiki şahıs, cemiyet ve şirketin) köylerde arazi ve emlak almaları yasaklanmıştı.

Ancak, Tapu Kanunu’nun 6302 sayılı Kanun’la getirilen değişiklik öncesi 35 inci maddesindeki hüküm yabancı hakiki şahısların Türkiye’de gayrimenkul sahibi olabilecekleri ve tevâriş edebilecekleri esâsını taşıyordu. Ancak, bu hüküm mütekâbiliyet koşulunu da içeriyordu.

Her iki Kanunun getirdiği sistemi özetleyecek olursak; ülkemizde köyler dışında kalan gayrimenkuller yabancılar tarafından mülk edinilebilecek ve tevâriş edinilebilecekti. Ancak, mütekâbiliyet esâsı şart idi.

Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’nca hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı’na arzı Bakanlar Kurulunca 2.1.2012 tarihinde kararlaştırılan “Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı” ile ilgili olarak hazırlanan ve Adalet Komisyonu Başkanlığına sunulan Alt Komisyon Raporu’nda aynen şu görüşlere yer verilmiştir:

“... 21/6/1984 tarihli ve 3029 sayılı “22.11.1934 Tarihli ve 2644 Sayılı Tapu Kanununun 35 inci Maddesi ile 18.3.1924 Tarih ve 442 Sayılı Köy Kanununun 87 nci Maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun” ile başlayıp günümüze kadar gelen süreçte aynı konuda düzenleme öngören toplam altı değişiklik yapılmış ve yapılan değişiklikler Anayasa Mahkemesi tarafından ya tamamen ya da kısmen iptal edilmiştir.

Halen yürürlükte bulunan 35 inci maddedeki “karşılıklılık ilkesi”, yürürlükten kaldırılmaktadır...”

Hiç şüphe yok ki, karşılıklılık (mütekâbiliyet) ilkesinin yürürlükten kaldırılması dahi tek başına Anayasa’ya aykırılık anlamı taşımaktadır.

Yukarıda da değinildiği gibi, Anayasa’nın Başlangıç Bölümü’nde Türkiye Cumhuriyeti’nin “Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olduğu hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla yabancı uyruklu kişilerin Ülkemizde taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilmelerinde Karşılıklılık (Mütekâbiliyet) aranması, eşitlik ilkesinin hayata geçirilebilmesinin bir yöntemi olarak kabul edilmektedir. Kaldı ki Karşılıklılık (Mütekâbiliyet) ilkesi, uluslararası hukukun dayandığı temel ilkelerden birisi olduğuna göre buna aykırı düzenlemeler kabul edilemez.

Karşılıklılık (Mütekâbiliyet) kuralı aranmadığı takdirde kendi ülkesinde yabancıların taşınmaz edinmesine müsaade etmeyen bir Devletin vatandaşlarının Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinmesine imkân sağlanmış olur ki, bu sonuç kabul edilmez.

Diğer yandan 1 inci maddenin 1.nci fıkrasının ilk tümcesinde yer alan “Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla” kıstasının ne anlam ifade ettiği açık değildir. Bu kıstasın ne anlam ifade ettiği, daha önceki değişikliklerde olduğu gibi bu Tasarıda da açık ve seçik bir biçimde ortaya konulmamıştır. Kuşkusuz bu kavram bugün yürürlükte olan birtakım kanunları ifade ettiği gibi ileride yürürlüğe konulabilecek olan ve bugünden ne getireceği bilinmeyen/bilenemeyen kanunları da kapsamına almakta ve bu nedenle de öngörülemezliğe neden olmaktadır. Açıklıktan ve öngörülebilirlikten uzak olan Tasarı, hukukî güvenlik beklentisini zedeleyebilecek nitelikte olduğundan Anayasa’nın 2 nci maddesine aykırıdır. Diğer taraftan kıstastaki muğlaklık, kendini “ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde” ibaresinde de açıkça göstermektedir.

Yabancıların taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilmeleri yönündeki tüm yetkiler Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile Maliye Bakanlığı'na verilmektedir. Özellikle "ülke menfaatlerinin gerektirdiği haller" kıstasından ne anlaşılması gerektiğinin açık olmaması karşısında, bu kadar ehemmiyetli konularda tüm yetkilerin iki Bakanlığa verilmesi doğru değildir. Kaldı ki, Ülkemizin büyük oranda yabancıların nüfuzuna açılmasına neden olabilecek olan bir konuda tüm yetkilerin iki Bakanlık arasında paylaştırılması Bakanlar Kurulu'nun kolektif sorumluluğu ile bağdaşmamaktadır."

Gerçekten, Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinde yer alan "kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla" biçimindeki sözcüklerle başka kanunlarda yer alan düzenlemelere "yollama" yapılarak kamu yararı ve ülke güvenliği korunmak istenmekte ise de, maddede yer alan "kanuni sınırlamalar" ibâresine açıklık getirilmemiştir. Anayasa'dan kaynaklanan sınırlamalara ülkede yaşayan herkesin uyacağı kuşkusuzdur. Ancak, kapsamı ve önemi bakımından tek başına kanun konusu olabilecek bir düzenlemede, ülke güvenliği ve kamu yararını sağlayabilmek için ihtiyaç duyulan sınırlamalara maddede yer verilmesi yerine diğer kanunlardaki sınırlamalara yollama yapılması anayasal denetimi güçleştirebileceği gibi, sözü edilen düzenlemenin açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gereğini öngören hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan, ülke güvenliği ve kamu yararı için ihtiyaç duyulan sınırlamalara nitelikleri açıklıkla belirtilerek maddede yer verilmemesi nedeniyle oluşan belirsizlik, uygulamayı zorlaştırabileceği gibi anayasal denetimi de güçleştirir.

Bu nedenle, söz konusu ibâreyle yapılan yollama, ülke güvenliğini ve kamu yararını korumak bakımından yeterli olmadığı için, Anayasa'nın Başlangıç ve 5 inci maddesine aykırı olduğu gibi; açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermediği için de Anayasa'nın 2 inci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

b-) Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 nci cümlesinde yabancılara tanınan sınırlı aynî hak tesisi, birinci fıkranın birinci cümlesindeki "...kanuni sınırlamalara uyulmak..." koşuluna bağlandığı için, sınırlı aynî hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır biçimindeki kural, yukarıda açıklanan gerekçelerle "...kanuni sınırlamalara uyulmak..." ibâresi yönünden Anayasa'ya aykırıdır.

Gerçekten, 1 inci maddenin 1 inci fıkrasının 1 inci tümcesinde geçen “kanunî sınırlamalar”ın ne olduğu, söz konusu kanunda açık ve seçik bir biçimde ortaya konulmamıştır. Kuşkusuz bu kavram, bugün yürürlükte olan birtakım kanunları ifade ettiği gibi ileride yürürlüğe konulabilecek olan ve bugünden ne getireceğini bilmediğimiz kanunları da kapsamına almakta ve bu nedenle de neyin sınır olup, neyin olmadığı hususunu açıklıktan uzaklaştırmaktadır. Halbûki, bir kanunun hükümlerinden neye imkân tanıyıp neye imkân tanımadığının, açıkça anlaşılması gerekir. Böylesi açıklıktan yoksun bir düzenleme, belirsizlik ve öngörülemezlik yaratır; bu da hukuk kurallarının karşılaması gereken hukukî güvenlik beklentisinin karşılanamamasına yol açar. Anayasa’nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından biri de, hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının kanunlarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukukî güvenlik sağlamayan kurallar ise “hukuk devleti” ilkesi ve dolayısıyla Anayasa’nın Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2.nci maddesi ile bağdaşmaz.

c-) 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun değişiklikten önceki 35 inci maddenin 1 inci fıkrasında yabancı uyruklu gerçek kişilere satılacak topraklar için;

- Karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak,
- İşyeri veya mesken olarak kullanmak,
- Uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilmek,
- Ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hakların toplam yüzölçümünün iki buçuk hektarı geçmemek,
- Merkez ilçe ve ilçeler bazında uygulama imar planı ve mevzi imar planı sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün % 10’unu aşmamak koşulları getirilmiş idi.

6302 sayılı Kanun’un 35. Maddeyi değiştiren 1 inci maddesiyle bundan böyle:

- Karşılıklılık (Mütekâbiliyet) şartı kaldırılmaktadır,
- İşyeri ve mesken olarak kullanmak şartı kaldırılmaktadır,
- Uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilmek şartı kaldırılmaktadır,
- Yabancıların ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı ayrı hakların toplam yüzölçümü 2.5 hektardan 30 hektara çıkarılmakta, 60 hektara kadar çıkarılması yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmektedir,
- Merkez ilçe ve ilçeler bazında uygulama imar planı ve mevzii imar planı sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün % 10'unu aşmamak şartı kaldırılmaktadır.

Kısaca, 6302 sayılı Kanun'da, 35 inci maddenin önceki düzenlemesindeki koşulların ve sınırlamaların miktarı dışında tamamının kaldırıldığı, miktarın büyük oranda artırıldığı, hiçbir sınırlama getirilmediği gibi, tüm yetkilerin Bakanlar Kuruluna devredildiği görülmektedir.

Bu Kanun'un amacının, ulus devletimizin sınırları içinde, her yerin ölçüsüz ve ön koşulsuz olarak Bakanlar Kurulu kararı ile Karşılıklılık (mütekâbiliyet) bile aranmadan, tarım alanları da dâhil olmak üzere yabancıya toprak satılabilmesinin önünü açmak olduğu âşikârdır.

Öncelikle, Kanun'un içeriği, Anayasa'ya açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'ya aykırılık açısından baktığımızda, Anayasa Mahkemesi; "Karşılıklılık" şartının önemini 13.06.1985 gün ve E. 1984/14, K. 1985/7 Sayılı Kararında açıkça belirtmiştir. Bu karara göre;

"Ülke devletin asli ve maddi unsurlarından biridir. Ülke olmadan devlet olmaz... Toprak edinme konusundaki mütekabiliyetin, başka konulardaki mütekabiliyet esasından farklı yönü, devletin, ülke denilen asli - maddi unsuruyla olan ilişkisidir. Söz konusu ilişki, bu noktada farklı bir düşünce ve hassasiyeti zorunlu kılar. Bu koşullardan herhangi bir nedenle tek taraflı vazgeçmek, devletler hususi hukukunun yabancılar hukuku alanında etkili, zaruri eşitlik prensibini benimsememek anlamına gelir."

“Karşılıklılık (mütekâbiliyet) şartı belirtilmeden Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinme hakkını getiren düzenleme, Anayasa’nın, Türkiye Cumhuriyetinin ‘Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi’ olduğunu ifade eden başlangıç kısmına ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletler arası hukukuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini ifade eden 16. maddesine aykırıdır. Çünkü, ‘Karşılıklılık’ unsurunu gözetmeyen düzenlemeler ‘Eşit haklara sahip’ kılmamak anlamına gelmekte; dolayısıyla, milletler arası hukukun dayandığı temel ilkelerden birisini oluşturan, Karşılıklılık (mütekâbiliyet) ilkesiyle çelişmekte ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aykırılık oluşturmaktadır.”

Yine, Anayasa Mahkemesi 2006/35 Esas, 2007/48 karar sayılı kararında “Yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesine aykırı olarak yürütme organına genel, sınırsız esasları ve çerçevesi belirsiz bir yetki devri “yapıldığı” gerekçesiyle iptal hükmü kurmuştur.

Yine Anayasa Mahkemesi’nin 4916 Sayılı Kanunla ilgili 14.03.2005 gün ve 2003/70 E., 2005/14 sayılı kararına göre; “... Hukuk devletinin belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi için, ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu ve öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usûl ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerekir. Bunların yasada düzenlenmemiş olması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların; taşınmaz edinimi konusunda yetki devrine yol açacağı gibi yasaların açık, anlaşılabilir sınırları belirli kurallar içermesi, gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleşmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına da aykırı düşer.”

Yukarıda da belirtildiği üzere, 35 inci maddeye getirilen düzenleme ile, Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere, “Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir yetki devri yapıldığı” açıkça görülmektedir. Çünkü, madde metninde belirtilen “Ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde” ifadesi, son derece genel, muğlak, sınırları belli olmayan, soyut ve belirsiz bir söylemdir. Böylesine belirsiz, genel ve soyut, kişi ve kurumlara göre değişik yorumlanabilen göreceli bir kavramla yabancı uyruklu gerçek kişilere karşılıklılık (mütekâbiliyet) şartı aranmadan Bakanlar Kurulu kararı ile taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilmeyi getiren düzenleme, açıkça, yasama yetkisinin Anayasa’ya aykırı biçimde yürütmeye devri mâhiyetindedir.

d-) 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin eski metninde yer alan sınırlamaların, karşılıklılık (mütekâbiliyet) esâsı da dâhil, büyük bir bölümünün 6302 sayılı Kanun'la kaldırılması, toplumun yararları, bağımsızlık ve ülke güvenliği açısından büyük sakıncalar taşımaktadır.

Hatta öyle ki, merkez ilçe ve ilçeler bazında yüzölçümün %10'u sınırlamasının kaldırılması ile; ilçelerin, hatta illerin tamamının satılabilmesi gibi, ülkenin bölünmez bütünlüğü, güvenliği ve kamu yararı açısından son derece tehlikeli ve sakıncalı bir sürece yol açılmaktadır.

Kezâ, imar planı ve mevzî imar planı sınırları içerisinde kalmak ve işyeri ve mesken olarak kullanılmak şartlarının kaldırılması ülkemizdeki tarım alanlarının da satılabileceği anlamına gelmektedir. Bu durum Tasarı'nın görüşülmesi evresinde komisyonda bilgi sunan bürokratlarca dahi açıkça ifade edilmiştir.

e-) 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 3.5.2012 günlü, 6302 sayılı Kanunla değişik 35.nci maddesinin iptalini talep ettiğimiz kurallarını, 3.7.2003 günlü, 4916 sayılı Kanun'un daha önce iptal davasına konu yapılmayan 38 inci maddesi ile yürürlükten kaldırılan 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36 ncı maddesi ve 18.3.1924 günlü, 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87.nci maddesiyle birlikte bir bütün (kül) hâlinde değerlendirmek gerekir. Gerçekten, 4916 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki düzenlemede, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesine göre, yabancı gerçek kişiler, sınırlayıcı kanun hükümlerine uymak ve karşılıklılık koşulu ile ülkemizde şehir ve kasaba belediye sınırları içerisinde taşınmaz edinebiliyorlardı. 422 sayılı Köy Kanunu'nun 87 inci maddesi ile de yabancı gerçek vetüzel kişilerin köylerde arazi ve emlak almaları yasaklanmış, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36 ncı maddesiyle de, yabancı gerçek kişilerin bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere ve köy sınırları dışında kalan arazinin 30 hektardan çoğuna ancak Bakanlar Kurulunun izniyle sahip olabileceği, kanunî miras halinin istisna olduğu, söz konusu çiftlikler ile 30 hektardan fazla araziye vasiyet suretiyle veya mansup mirasçı sıfatıyla yabancı gerçek kişilerin sahip olabilmesinin de yine Bakanlar Kurulunun iznine tâbi olduğu, bu izin verilmezse söz konusu taşınmazların 30 hektardan fazlasının tasfiye suretiyle bedele çevrileceği hüküm altına alınmıştı.

4916 sayılı Kanun'un daha önce iptale konu 19 uncu maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesi ve o zaman iptale konu edilmeyen 38 inci maddesiyle yürürlükten kaldırılan 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36 ncı maddesi ile 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87.nci maddesi birlikte irdelendiğinde,

yukarıda özetlenen önceki düzenlemeye nazaran şu farklılıkların mevcut olduğu görülmektedir:

- Yine karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişilerin yanı sıra yabancı ülkelerde, o ülke kanunlarına göre kurulmuş ticaret şirketlerine de Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilme imkânı tanınmıştır.

- Yabancı uyruklu gerçek kişilerin yanı sıra, yabancı uyruklu ticaret şirketlerinin de Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde 30 hektara kadar taşınmaz edinebilme imkânı getirilmiştir.

- Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile ticaret şirketlerinin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde aynı hak iktisapları esâsı kabul edilmiş; ayrıca hem yabancı gerçek kişiler, hem de ticaret şirketlerinin aynı hak iktisaplarında karşılıklılık esâsının aranmayacağı kuralı öngörülmüştür.

- Yabancı gerçek kişiler ile ticaret şirketlerinin köylerde taşınmaz edinebilmelerine imkân sağlanmış ve bunların köy sınırları içindeki taşınmazlara ilişkin aynı hak iktisapları serbest bırakılmıştır.

- Yabancı gerçek kişiler ile ticaret şirketlerinin bir köye bağlı olmayan müstakil çiftliklere sahip olamayacaklarına ilişkin yasal engel kaldırılmıştır.

Belirtilen bu değişikliklerden “yabancı ticaret şirketleri”nin durumu ile bundan böyle 6302 sayılı Kanun’un 2644 sayılı Tapu Kanunu’nu değiştiren hükümleri ile meşrû hâle gelen “köylerde taşınmaz edinim serbestisi”nin hem yabancı gerçek kişilere hem de yabancı ticaret şirketlerine tanınması üzerinde özel olarak durulmalıdır.

Mevzuatımızda, başlıca şu üç kanunda yabancı ticaret şirketlerine taşınmaz edinimi imkânı tanındığı öngörülmektedir: 7.3.1954 günlü, 6326 sayılı Petrol Kanunu’nun 87. maddesi, petrol hakkı sahibi ticaret şirketine, petrol sahasındaki özel mülkiyet konusu arazinin sahibi ile anlaşmak suretiyle ya da kamulaştırma yoluyla mülkiyetini iktisap etme imkânını tanımış; 12.3.1982 günlü, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu’nun 8. maddesi, yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere turizm merkezlerinde taşınmaz tahsisi, irtifak hakkı tesisi gibi imkânlar öngörmüş, ayrıca bu kanun kapsamındaki taşınmazlarla ilgili olarak

442 sayılı Köy Kanunu'ndaki yabancılara ilişkin kısıtlamalar ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'ndaki yine yabancılara ilişkin kısıtlamaların uygulanmayacağı esâsını benimsemiş; nihâyet, 5.6.2003 günlü, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun 3. maddesi, yabancı yatırımcıların (yabancı gerçek kişiler ile yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin) Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmelerinin serbest olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1985 tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı Kararının gerekçesinde de çarpıcı biçimde dile getirildiği üzere, daha önce 4916 sayılı Kanun'la yapılan düzenlemelerden önce mevzuatımızda yabancı tüzel kişilere taşınmaz edinme hakkını tanıyan genel bir kural yoktur ve ilke olarak yabancı şirketlerin Türkiye'de arazi iktisap edemeyecekleri (sayılan istisnalar dışında) hususunda Türk doktrini de görüş birliği içindedir. Yabancı tüzel kişilerin ülkede mülk edinmeyeceklerine ilişkin bu esâsın (önceki uygulamanın) millî yararlarımızla ilgili olduğu açıktır. Yabancı bir ticaret şirketinin petrol arama-çıkarma, turizm yatırımı yapma ve son olarak 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile öngörülen ve esasen sınırları çok geniş tutulan "doğrudan yabancı yatırım yapma" amacı dışında ülkemizde taşınmaz edinimini tamamen serbest bırakma düşüncesinin, Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün 5 inci paragrafı karşısında Anayasal kabul görmemesi gerektiğini belirtmek gerekir.

Öte yandan, benzeri kısıtlamaların bir kısım Avrupa Birliği ülkesinde de mevcut olması, örneğin Danimarka, İrlanda ve Avusturya gibi eski üye ülkelerde tüzel kişiler ve ticaret şirketlerinin taşınmaz edinimlerinde bazı özel kuralların ve tahditlerin getirilmesi, yeni üyelerden Estonya, Polonya, Slovakya, Malta ve Macaristan'ın da kendilerine tanınan geçiş dönemi boyunca benzer kısıtlayıcı kurallar öngörmesi karşısında, Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana benimsenen bu konudaki esâsın terkinin, Başlangıç/ 5 inci paragrafın açık hükmü karşısında Kanun koyucunun takdir hakkı çerçevesinde değerlendirilebilmesi imkânı da bulunmamaktadır.

9. Köylerde (bu meyanda "yapısız" taşınmazlarda) yabancı gerçek kişiler ile yabancı ticaret şirketlerine taşınmaz edinim serbestisi getirilmesinin sakıncaları:

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değinilen 13.6.1985 tarihli kararında "... Türkiye Cumhuriyeti bu antlaşmadan yedi ay kadar sonra çıkardığı Köy

Kanununda yabancı gerçek ve tüzel kişilerin köyde gayrimenkul edinmelerini yasaklamış, bu durum; yabancıların mülk edinmesi konusunda Lozan Barış Andlaşmasında kabul edilmiş esasların, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti'nin özgürlük ve bağımsızlığının tanınması pahasına verilmiş bir taviz niteliği taşıdığını açıkça ortaya koymuştur. Böyle bir hükmün yeni kurulan Devlette milli birlik ve beraberliğin korunması ve bilhassa sosyal ve kültürel açıdan gelişmemiş ve Devlet denetiminin istenilen etkinlikte götürülemediği yörelerin yabancı unsurlara açık tutulmasının yaratabileceği bir takım sakıncalardan duyulan endişe nedeniyle getirildiğinde kuşku yoktur..." denilmektedir.

442 sayılı Köy Kanunu'nun "Esbabı Mucibe"sinde "... Her devlette idarei mülkün mebdai köylerdir. Denilebilir ki köyler bünyei devletin hüceyratı esasiyesi mesabesindedir..." denilmektedir. (TBMM Zabıt Ceridesi, Devre:2, İçtima:1, Cilt:5-6, s.213) Köy Kanunu'nun gerekçesindeki bu sosyolojik ve hukukî gerçek, günümüzde de güncelliğini korumaktadır. "Öz"ün korunması amacıyla, 442 sayılı Köy Kanunu'nun 87 inci maddesiyle yabancı ve tüzel kişilerin köylerde taşınmaz edinemeyecekleri kuralı getirilmiş; 88 inci maddesiyle de yabancıların köylerde ikamet etmelerinin İçişleri Bakanlığı'nın yazılı iznine tâbi olduğu hükmü öngörülmüştür.

Cumhuriyetin ilânından itibaren seksen yılı aşkın süre ile yabancı unsurlara kapalı tutulan köylerin koşulsuz bir biçimde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinimlerine açılmasının ülkemize getireceği yararların, yabancılaşmanın ülke bütünlüğü ve millî menfaatler bakımından yaratacağı zararlara nazaran çok hafif kalacağı görüşündeyiz.

Bu bakımdan, "... ülke bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu..." gibi ölçütlerin içinde "köyler"in özel durumunun da değerlendirilmesi gerekli bulunmaktadır.

10. Tarım Topraklarının (Kültür Arazilerinin) Ülkemiz Açısından Önemi:

a-) Tarım toprakları, fert ve toplumların hayatında çok önemli yer işgal eder. Fert ve toplumların tarımsal faaliyet ve uğraşları bu topraklar üzerinde cereyan eder. Yeryüzünde tarım toprağı olmayan bir devlet düşünülemez. Gerçekten günümüzde bilimsel ve teknolojik gelişme büyük bir aşama kaydetmiş olmasına rağmen, fert ve toplumların uzayda veya sulara yaşayıp geçimlerini sağlamaları, buralarda bitkisel tarım yapmaları henüz mümkün olamamıştır.

Tarım toprakları, tarımla uğraşanların ve özellikle çiftçilerin yerleşme, barınma ve beslenmelerinin; mesleklerinin yürütülmesinin temel maddî unsurunu oluşturur. Gerçekten ekim, dikim, bakım gibi tarımsal faaliyet ve üretim her şeyden önce toprak üzerinde yapılır. Ayrıca kırsal yerleşme birimlerinde oturmak, barınmak ve çalışmak için gerekli yapı ve konutların, çiftçilerin çalışıp, tarımsal üretim yapacakları hizmet binalarının inşası, toprağa ihtiyaç gösterir. Ayrıca tarımsal faaliyette son derece önemli olan alt-yapı hizmetlerini karşılamak için gerekli karayolları, sulama, elektrifikasyon ve kanalizasyon tesisleri de toprak üzerinde yapılır.

Tarım toprakları, tarımsal yerleşme, barınma, çalışma ve yukarıda sayılan diğer ihtiyaç ve faaliyet alanları dışında, birey ve toplumların beslenmesinde gerekli bitkisel gıda maddelerinin üzerinde yetiştirilip, üretildiği temel alanı oluşturur. Gıda maddelerinin sağlanmasında toprak başlıca üretim aracı, en aslî üretim faktörüdür (Fikret Eren, Toprak Hukuku, Ankara, 1992, s.6).

Tarım toprakları, gıda maddeleri dışında ayrıca birçok sınai (endüstri) kuruluşların ihtiyaç duyduğu hammaddenin üretildiği alandır. Gerçekten birçok endüstri dalının ihtiyaç duyduğu hammadde, topraktan sağlanır. Pamuk, şekerpancarı, susam, ayçiçeği, haşhaş, tütün gibi endüstri bitkileri bunların başında gelir. Ayrıca ülke ekonomisinde, çevre sağlığında çok büyük rol oynayan doğayı ve doğa güzelliklerini önemli ölçüde oluşturan ve koruyan ormanlar, hayvanların beslenmesinde doğal ve ekonomik ortamı sağlayan mer'a ve çayır bitkilerinin yetişmesi de arazi üzerinde olur.

Toprak, diğer üretim faktörlerine ve özellikle emek ve sermayeye oranla bazı özellikler taşır. Gerçekten bir üretim faktörü olarak toprak, fizik (maddî) yapısı, yani miktarı itibariyle kıttır, arz elâstikiyeti yoktur; bu nedenle artırılıp, çoğaltılamaz; yeniden üretilemez; yerine başka bir madde konulamaz. Bütün bunların sebebi, toprağın tabiat vergisi olması, bu yüzden de miktarının sâbit bulunmasıdır (Fikret Eren, a.g.e., s.6-7).

Fert ve toplum hayatında sosyal ve ekonomik yönden bu kadar büyük bir önem taşıyan toprak, bu özelliği ve niteliği itibariyle hukukî açıdan diğer mal ve şeylere oranla ayrı ve özel bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Kanun koyucular, toprağı, klasik medenî hukuk anlayışı içinde basit bir eşya (mal) türü olarak görüp onlarla aynı düzenlemeye tâbi tutmamıştır. Bu nedenle, toprak üzerindeki hukukî ilişkilerin en önemlilerinden olan mülkiyet, rehin, miras, kiracılık ve ortakçılık, toprak ve tarım reformu, arazi toplulaştırması ve kamulaştırma ilişkilerinin

çağımızda liberal felsefenin bir sonucu olarak klasik mülkiyet, miras ve sözleşme özgürlüğü esprisi içinde düşünülmesi, düzenlenmesi mümkün olamaz. Nitekim, bu söylenenlere uygun olarak bir taraftan toprağın fert ve toplum hayatı için oynadığı son derece önemli rolü, diğer taraftan miktarının kıt olmasını, bir yerden başka bir yere taşınamamasını gözönünde tutarak, kanun koyucular, toprağı, diğer mallardan ayrı tutarak onu özel bir düzenlemeye tâbi tutmuşlardır (Fikret Eren, a.g.e., s.7).

Toprak, kuşkusuz, özellikle az gelişmiş yerlerde, genellikle, tarımsal işletmenin en önemli ögesi olmaktadır. İleri ekonomilerde de tarımsal işletmenin önemli öğelerinden biri olmayı sürdürmektedir. Toprak, işletmeyi oluşturan nesnelere egemen durumdadır. Bu nesneler toprağı bağımlıdır ve varlıkları onun işlevi dolayısıyla anlam kazanır. Toprak, genişlik ve işlevsel açıdan en önemli öğedir. Toprak, doğal ve yapay (ser’alarda olduğu gibi) iklimle bağdaşmak zorunda olduğu için de önemli öğedir (Prof.Dr.Suat Aksoy, Tarım Hukuku, Ankara, 1984, s.61-62).

Bir tarımsal işletmede sadece tarım için gerekli topraklar bulunmaz. Bunun yanında topraklar üzerinde bulunan ve toprağın bütünleyici parçası (mütemmim cüz’ü) niteliğinde olan binalar (yapılar) da vardır. Tarımsal işletmenin toprakları üzerindeki binaların, işletmenin kapsamı içinde sayılabilmesi için, binalarla işletme arasında bir amaç bağı bulunmalıdır. Yani bu binalar işletmeyi kolaylaştırmalı ya da işletmenin amacına ulaşmasına yardımcı olmalıdır. Binalarla işletme arasında bir ekonomik ilişki bağı bulunmalıdır (Prof.Dr.Suat Aksoy, a.g.e., s.63).

b-) Köy Kanunu’nun 87.nci maddesi yürürlüğe girdiği tarihte mer’i olan Lozan Antlaşması’na bağı İkamet ve Selâhiyeti Adliye Mukavelenamesini sınırlar nitelikte idi. Bu sınırlama, o dönemde Antlaşmaya taraf olan devletlerce protesto edilmiş ve 2418 sayılı ve 26.9.1926 tarihli Kararname ile “adı geçen devlet vatandaşı olanların köylerde taşınmaz edinmelerine mümanaat edilmemesine” karar verilmişti. Böylece 87.nci maddenin uygulanması Antlaşmanın tarafları açısından durdurulmuştu.

Ancak, bugün için İkamet ve Selâhiyeti Adliye Mukavelenamesi yürürlükten kalktığına göre, âkit devlet vatandaşı olanların köylerde taşınmaz edinmeleri mümkün değildir.

Bu noktada Köy Kanunu’nun 87 inci maddesinin kısaca üzerinde durulmasında yarar bulunmaktadır:

“Türkiye Cumhuriyeti tâbiyetinde bulunmayan gerek şahıslar gerek şahıs hükmünde olan cemiyet ve şirketlerin (eşhası hususiye ve eşhası hükmiye) köylerde arazi ve emlâk almaları memnudur.” (madde:87).

Diğer yandan, Köy Kanunu’nun 87 inci maddesinin konuluş amacının, yabancılara köylerde taşınmaz mülkiyetine sahip olmalarını önlemeye yönelik bulunduğu unutulmamalıdır. Kanun koyucu, millî güvenlik, ekonomik, sosyal ve diğer nedenlerle yabancılara köylerde bu hakkı tanımak istememiş ve bunu ifade etmek üzere de, maddede “satın almak” yerine “almak” ibâresine yer vermiştir. Bu maddede söz konusu amacın gerçekleşmesi, yabancılara miras yoluyla intikal eden taşınmaz malların tasfiye edilmesine bağlıdır (Aysel Çelikel, Yabancılar Hukuku, İstanbul 1985, s.232-233).

c-) Küresel kuraklık olgusunun bilim insanlarınca sıkça vurgulandığı bir süreçte “ülkemizin gıda güvenliği açısından” tarım alanlarımızın, mer’alarımızın, sulak alanlarımızın korunması büyük önem arz etmektedir.

Bu cümleden olarak, Anayasa’nın 44 üncü maddesinde, toprağın verimli olarak işletilmesi, topraksız köylüye toprak sağlanması, 45 inci maddesinde tarım arazileriyle çayır ve meraların amaç dışı kullanımının önlenmesi, 57 inci maddesinde de konut ihtiyacının karşılanması konularında olduğu gibi Anayasa’nın birçok maddesiyle Devlet’e çeşitli görevler verilmiştir.

Bu nedenle Devlet, yabancılara toprak satışı konusunu, Anayasa ile kendisine verilen bu görevleri yerine getirmesini engellemeyecek ve kendi vatandaşlarının önceliklerini gözeterek biçimde düzenlemek zorundadır. Kamu yararının gerçekleştirilmesi başka türlü mümkün değildir. Tüm sınırlamaları kaldıran düzenleme devletin bu görevlerini yerine getirmesini engelleyecek mâhiyettedir.

Kezâ, ülkelerinde vatandaşlarımıza toprak edinme hakkı tanımayan başta körfez ülkeleri olmak üzere, pek çok ülke vatandaşına toprak satışının yapılacağına açıkça ifade edilmesi “Türkiye Cumhuriyeti’nin Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olgusunu ve uluslararası alandaki saygınlığını ortadan kaldırmaktadır.

Nitekim, Cumhuriyet tarihinde yabancılara gayrimenkul edinmede karşılıklı işlem şartına belli ülkeler bakımından istisna getirilmesine ilişkin 21.06.1984 tarihli ve 3029 sayılı Kanun ve 22.04.1986 tarihli ve 3278 sayılı kanun Anayasa

Mahkemesi tarafından, karşılıklı işlem şartının Türk Yabancılar Hukukunu temel ilkelerinden birisi olduğu gerekçesi ile getirilen istisnanın Anayasa'ya aykırı olduğundan iptaline hükmetmiştir.

11. 6302 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede karşılıklı işlem şartı nazara alınmamasına rağmen, yerine getirilen sistem, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda yabancılara hak tanıma hususunda kabul edilen sistemlerden herhangi biri ile uyumlu değildir. Getirilen sisteme göre, "... Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişilerin" Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinmelerine imkân tanınacaktır. Başka bir deyişle hangi ülke vatandaşlarının Türkiye'de taşınmazlar üzerine mülkiyet ve sınırlı aynî hak sahibi olabilecekleri, Bakanlar Kurulunun takdirine bırakılmaktadır. Bakanlar Kurulu, Türkiye'de taşınmazlar üzerinde mülkiyet ve sınırlı aynî haklarının tanınacağı ülkeleri hangi kıstaslara göre tespit edecektir? Bu hususta da 6302 sayılı Kanun'da herhangi bir objektif kistas bulunmamaktadır. Böyle bir düzenleme, hem Anayasa'nın 16 ncı ve 35 inci maddeleri hükümlerine, hem de uluslararası ve evrensel hukuk ilkelerine aykırı olacağı gibi, Türkiye'de yabancı gerçek kişilerin gayrimenkul edinmelerine ilişkin tarihî süreçle de uyumlu olmayacaktır.

Dolayısı ile 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1.nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin 4 üncü fıkrasının 1 inci tümcesinde yer alan "Yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunmak zorundadır" hükmü, Anayasa'nın toprak mülkiyeti ile ilgili 44 üncü; tarım, hayvancılık ve üretim dallarında çalışanların korunmasıyla ilgili 45 inci maddesinde yer alan ilke ve kurallara da açık aykırılık oluşturmaktadır.

12. 21/6/1984 tarihli ve 3029 sayılı "22.11.1934 Tarihli ve 2644 Sayılı Tapu Kanununun 35 inci Maddesi ile 18.3.1924 Tarih ve 442 Sayılı Köy Kanununun 87 inci Maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun" ile başlayıp günümüze kadar gelen süreçte aynı konuda düzenleme öngören toplam altı değişiklik yapılmış ve yapılan değişiklikler Anayasa Mahkemesi tarafından ya tamamen ya da kısmen iptal edilmiştir. Söz konusu iptal kararları incelendiğinde, 6302 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının görmezden gelinerek hazırlandığını göstermektedir. Anayasa'nın 153 üncü maddesinin altıncı fıkrasında Anayasa Mahkemesi Kararlarının Resmî Gazete'de hemen yayımlanacağı ve Yasama, Yürütme ve Yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel

kişileri bağlayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçeleri görmezden gelinerek ısrarla bu yönde düzenleme yapılması doğru değildir.

Az yukarıda da değinildiği gibi, toprak, devletin aslî ve maddî unsurlarından birisidir. Ülkemizin jeopolitik konumu ve içerisinde bulunduğumuz süreç göz önünde bulundurulduğunda, yabancıların bu kadar geniş ölçekte taşınmaz veya sınırlı aynî hak edinebilmelerinin önünün açılması, ülkemiz menfaatleri açısından gelecekte telâfisi imkânsız sonuçlar doğurabilecektir.

Her türlü ırkçı anlayışa karşı olmak ve Büyük Önderimiz Mustafa Kemal Atatürk'ün "Yurtta sulh, dünyada sulh" anlayışını ödünsüz benimsemekle birlikte, emperyalizmin sadece adının değiştiği, ancak tüm dünyadaki enerji kaynaklarına, su kaynaklarına, tarım alanlarına sahip olma hedefinden vazgeçmediği bir süreçte yabancılara toprak satışı konusunun hassasiyeti göz ardı edilemez.

Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarında ifade ettiği gibi; "Toprak sadece basit bir mülkiyet soru olarak kabul edilemez. Ülke toprakları, ülke egemenliğinin asli ve vazgeçilmez unsurudur."

Ülke egemenliğinin ve bağımsızlığının asli unsuru olan ülke toprakları "Cari açığı kapatmak, yeni kaynak gereksinimlerini karşılamak gibi kısa erimli ticari çıkarlar uğruna" ölçüsüz bir şekilde yabancılaştırılamaz...

Böyle bir uygulamada ulusal çıkarların varlığından ve kamu yararından söz edilemez."

Bu itibarla,

"Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 1/557 sayılı Kanun Tasarısı'nın Adalet Komisyonu Alt Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında dile getirilen "... Karşılıklılık ilkesinin uluslararası hukukta eşitliği sağlayan bir denge aracı olduğu ve dolayısıyla da yürürlükten kaldırılmasının dahi tek başına Anayasa'ya aykırılık anlamı taşıdığı belirtilmişse de bu iddia doğru değildir. Şöyle ki, Anayasa'nın 35 inci maddesinde herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmış ancak yabancılar açısından ayrıca bir karşılıklılık koşulunun aranması gerektiğine yer verilmemiştir. Temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanabileceğine

dair Anayasa'nın 16 ncı maddesinde de karşılıklılık konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Anayasa koyucu yabancıların mülkiyet edinmesi konusunda karşılıklılığın aranmasını şart koşmuş olsaydı, herhalde Anayasa'nın dilekçe hakkını düzenlediği 74 üncü maddesindeki gibi "karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla" hükmüne, yabancıların taşınmaz edinmeleri konusunda da açıkça yer verirdi. Dilekçe hakkının kullanılması açısından bu ilkeye açıkça Anayasa'da yer verilmiş olması da Anayasa koyucu'nun amacının bu yönde olmadığını göstermektedir. Bu nedenle karşılıklılık koşulunun yürürlükten kaldırılması Anayasa'ya aykırılık anlamına gelmez." Yönündeki görüşlerin ve daha sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nun "Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 1/557 sayılı Kanun Tasarısı'nın görüşülmesi sırasında 19.4.2012 günlü Raporu'nda yer alan "Yürürlükteki Anayasamızda, karşılıklılık ilkesini benimseyen somut bir temel norm bulunmamaktadır..." yönündeki görüşünün Anayasal dayanağı -kesinlikle- bulunmamaktadır.

13. Bilindiği üzere, doktrindeki tanımıyla, bir devletin varlığından söz edebilmek için, üç temel unsurdan söz etmek gerekir. Bu unsurlardan ilki; belirli bir ülke; ikincisi teşkilatlanmış insan topluluğu; üçüncüsü üstün iktidar gücü; yani devlet gücüdür. Ülke; bir insan topluluğunun üzerinde yerleşmiş bulunduğu maddî bir cevredir. Ülke devletin en önemli maddî unsurlarından birini oluşturmaktadır. Bu itibarla ülke olmadan devlet düşünülemez. Ülke sadece devletin oluşumu için değil, aynı zamanda varlığının sürekliliği için de gereklidir.

O halde; yabancıların ülkemizde taşınmaz edinme olanağına sahip olması, son derece önemli bir konudur. Ülkemiz, gerek coğrafi, gerek sosyal, gerekse de ekonomik yapısıyla son derece özel bir konumdadır. Avrupa ve Asya kıtaları arasında bir köprü durumunda bulunması ve Avrupa ile petrol ülkeleri arasında yer alan stratejik topraklara sahip olması, ülkemizi son derece önemli bir hâle getirmektedir.

Yine ülkemiz, dünyanın kimi din mensuplarının, vaat edilmiş toprakların mensupları olarak nitelendirildikleri arazilere sahip olduğu gibi, kuraklık olgusu goz önünde bulundurulduğunda su kaynaklarına ve her çeşit tarımsal üretime uygun verimli topraklara sahip olan bir ülkedir. Nitekim; Türkiye'nin en büyük, Dünya'nın ise; en büyük dokuz projesinden biri olan Güneydoğu Anadolu Projesi de, bu nitelikteki toprakları kapsamaktadır.

Dünyanın küresel ısınma tehlikesi altında olduğu göz önünde bulundurulduğunda da; su havzaları ve tarım alanları ülkelerin gıda güvenliği açısından büyük bir öneme sahiptir.

Diğer bir taraftan; Türkiye'nin jeopolitik bakımdan dünyada son derece önemli bir konumda olması, dünyanın en duyarlı bölgelerine yakınlığı, büyük devletlerin çıkar çatışmalarının kavşak noktasında bulunması, yabancılara toprak satışında geniş boyutlu bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Böyle bir çerçeveye içerisinde konu ele alındığında; ülke ve millet bölünmezliği ve devletin geleceği açısından da, sağlıklı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir.

2644 Sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesi değiştiren 6302 sayılı Tapu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1 inci ve 2 nci maddelerinin dava konusu olan hükümlerine bakıldığında; ne yazık ki, her türlü sınırlamaların kaldırıldığı açıkça görülmektedir.

14.3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1.nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 inci cümlesinde yer alan düzenleme, yabancı uyruklu gerçek kişilerin kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşları olan yabancı uyruklu gerçek kişilerin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilmelerini öngörmektedir.

Anayasa'nın 16 ncı maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, yabancıların Türk vatandaşları ile aynı düzey ve kapsamda hak sahibi olmalarının asıl değil, istisnâî bir durum oluşturacağı anlaşılmaktadır. Bu kuralın amacı, Türk millî çıkarlarını korumaktır.

İptali istenen kuralda kanunî sınırlamalara uymak koşulunun aranması her ne kadar yabancılar yönelik bir sınırlama imiş gibi görünse de, Türkiye Cumhuriyeti kanunları Türk vatandaşları dâhil herkes için bağlayıcı olduğundan, bu sözcüklerin yabancılar yönünden herhangi bir ek sınırlama getirmediği açıktır. Bu nedenle, iki devlet arasında mütekâbiliyet mevcut olsa bile, 6302 sayılı Kanunla bu koşul da kaldırıldığına göre, her yabancı uyruklu, maddenin 3 üncü ve 6 ncı fıkrasında belirtilen kayıtlar hariç, aynen bir Türk vatandaşı gibi taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilecektir. Bu hakkın kullanımında, yabancı

gerçek kişinin Türkiye'ye dostâne bir yaklaşım içinde olup olmadığı, Türk millî menfaatlerine, ülke ve milletin bölünmez bütünlüğüne aykırı söylem ve faaliyetlerinin bulunup bulunmadığı, kendi ülkesinde müteber bir kişi olarak tanınıp tanınmadığı, yüz kızartıcı veya uluslararası organize suçlardan sâbıkalı olup olmadığı gibi, toplum barışı, ülke güvenliği ve dış ilişkiler bakımından etkileri olabilecek hususlarda hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Anayasa'nın 16 ncı maddesi sadece bu tür sınırlamalara olanak vermemekte, özü itibariyle bunu âmir bulunmaktadır. Bu hususlar gözetilmeden yasalaştırılan kural, Anayasa'nın Başlangıç bölümünün beşinci paragrafı ile, Anayasa'nın 2. 5. ve 6 ncı maddelerine aykırılık oluşturmaktadır. Kaldı ki yabancı uyruklu kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların toplam alanının, özel mülkiyete konu ilçe yüzölçümünün yüzde onu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektar (300 dönüm) kullanım için makûl ihtiyaçların çok üzerindedir. Bu nedenlerle fıkranın tümüyle iptali gerektiği görüşündeyiz.

15. 6302 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan 2 inci tümcesinde, yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki aynî hakların toplam alanının, özel mülkiyete konu ilçe yüzölçümünün yüzde onunu ve kişi başına da ülke genelinde otuz hektarı geçemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Tümcenin yazılış biçiminin ve "ile" sözcüğünün bağlaç işlevinin ayırıcı sonuçlar vermesi olanaklıdır; zirâ, "ile" bağlacıyla, "edinilecek taşınmazlar" bir yanda, "sınırlı aynî haklar" bir yanda kalmaktadır. Daha sonra gelen "toplam" sözcüğü ise, taşınmaz mefhûmuna taâllûk eden bu farklı aynî hakları farklılaştıran ve ayrı ayrı hesaplanması yolunu açan bir niteliktedir.

Bu bakımdan, "toplam" sözcüğünün açık bir netlik taşımaması, kuralın yasaların belirginliğini temel olan hukuk devleti ilkesiyle çelişmesine neden olmaktadır. Yabancıların Ülkemizin çeşitli yörelerinde edinebileceği taşınmazların üst sınırının otuz hektarı aşıp, aşmadığının nasıl saptanacağı da madde hükümde yer almadığından, bu konuda da belirsizlik bulunmaktadır.

Düzenleme, edinimler toplamının otuz hektarı (300 dönümü) geçemeyeceğini belirleyerek bir üst sınır ölçüsü çizmiş, bu sınır içinde edinilen hakları ise taşınmaz ile bağımsız ve sürekli sınırlı aynî haklar olarak sayıp nitelemiştir.

Taşınmaz mülkiyeti; mâlike hak konusundan yararlanma, üzerinde hukukî ve fiilî tasarrufta bulunma yetkisi veren, bağımsız ya da sürekli nitelikli sınırlı

aynî haklar ise sahibine eşyadan yararlanma veya mâlike bir çekinme borcu yükleyen irtifak hakları ya da mâliki bir taşınmaz karşılık olmak üzere bir edimde bulunma borcu altına sokan mükellefiyet veya eşyayı bir alacağın temini için paraya çevirme yetkisi veren rehin haklarından oluşup, hak sahibine mülkiyetten farklı ancak muhtevâsını oluşturan hak konusunda yetki verirler.

İrtifak Hakları, (geçit, mecra, kaynak gibi) taşınmaz lehine ya da (intifa, üst gibi) belirli bir şahıs lehine tesis edilirler. Bir grup irtifak hakları da hak sahibine eşya üzerinde olumlu davranışta bulunma zorunluluğu getirmekte olup, inşaat yapmama, manzara kapatmama gibi mülkiyetin sağladığı hakka ilişkin tüm yetkilerin kullanılamayacağı TMK. md. 779 gibi olumsuz irtifak hakları da vardır.

Bağımsız olmayan, yani belli bir şahıs lehine tesis edilmiş irtifak hakkı (sükna, intifa, rehin)nuntapu siciline taşınmaz olarak kaydı ile aynî irtifaklarında lehine tesis edilen taşınmazlardan ayrı olarak devri mümkün değildir. O halde bağımsız mahiyetleri de yoktur. Kaynak ve üst hakkı gibi hakların ise devredilebilir şekilde tapu siciline tescili mümkündür.

İpotek, ipotekli borç senedi gibi taşınmaz rehni nitelikli sınırlı aynî hakların özelliği, taşınmaz mülkiyet hakkı ve buna inhisar ettirilen hak sınırını belirleyen yüzölçümü kriteri ile aynı ölçü birimi ile mukâyese edilmesi farklı nitelik ve muhtevâyaya sahip hakların kuraldaki gibi ölçümleme yolu ile toplanabileceğinin söylenmesi mümkün değildir.

Kanun, hem mülkiyet hakkını, hemde niteliği ne olursa olsun sınırlı aynî haklar toplamını otuz hektar ile sınırlamıştır. Bu cümleden baktığımızda otuz hektarlık bir alan üzerinde ipotek hak sahibi bir yabancı, artık herhangi bir taşınmaz mülkiyet edinme hakkını kullanamayacak ya da otuz hektar tapusu olan bir kişi o gayrimenkul için gerekli olsa da, söz gelimi, sınırlı bir aynî hak olan geçit hakkı edinemeyecektir.

Dolayısı ile, 6302 sayılı Kanun'un 1 inci maddesinin 1 inci fıkrasında yer alan 2 nci tümcesindeki düzenleme, aynı nitelikte sayılıp ölçümlemeyecek hakların birbirleri ile toplanması sonucuna götürmekte ve bu hakları birbirine bağımlı hâle getirerek "bireysel işlevselliğini" ortadan kaldırmaktadır.

Başka bir deyişle, bir aynî hakkın (mülkiyet) varlığının rakamsal boyutunun, diğer bir aynî hakkın (sınırlı aynî hak) varlığının tesisine imkân vermiyecek

şekilde sınırlıyor olması, 6302 sayılı Kanun'un amacı ile çelişmekte ve hukukî belirsizliğe sebebiyet vermektedir.

Oysa, hukuk devletinde hukukî düzen, hukukî güvenilirlik sağlamak için belirli ve öngörülebilir, düzenleme açık, net anlaşılabilir, ölçülü ve ulaşılabilir istenen amaç ile başvurulacak yöntem arasında orantılı olmalı, kamu yararı amacı gütmeli, haktan yararlanacak kimselere, endişeden uzak güven ve inanç sağlamalıdır. Düzenleme bu hâli ile Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen "hukuk devleti ilkesi"ne kesinlikle aykırıdır.

Anayasa'nın Başlangıç kısmında "hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, ... karşısında koruma göremeyeceği", 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş, 5 inci maddesinde de kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak Devletin amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 35 inci maddesinde de, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendirebilen, eylem ve işlemleri hukuka uygun olup, yargı denetimine bağlı tutulabilen, eşitlik temelinde adil bir hukuk düzeni kurabilen, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamı hazırlayan devlettir. Hukuk devletinde, yasaların açık ve anlaşılabilir olması hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ön-koşuldur. Ayrıca yasaların kişisel ya da siyâsî amaçlarla değil, kamu yararı amacıyla çıkarılması gereğinde de hukuk devleti bağlamında kuşku bulunmamaktadır.

Bir devletin ülke ve millet bütünlüğünün korunmasındaki önceliği, bu varlıkları yakından ilgilendiren konuların daha ayrıntılı, açık ve anlaşılabilir biçimde düzenlenmesini gerektirmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 44 üncü maddesinde toprağın verimli olanak işletilmesi, topraksız köylüye toprak sağlanması, 45 inci maddesinde, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasının önlenmesi, 57 nci maddesinde, konut ihtiyacının karşılanması konularında olduğu gibi, devlete Anayasa'nın birçok maddesiyle çeşitli görevler verilmiştir. Bu nedenle devlet, yabancılara toprak satışı konusunu, Anayasa ile kendisine verilen bu görevleri yerine getirmesini engellemeyecek ve kendi vatandaşlarının önceliklerini gözeterek biçimde düzenlemek zorundadır. Esasen kamu yararının başka türlü gerçekleşmesi de olanaklı değildir.

Bu itibarla, dava konusu 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 1 inci cümlesinin, içerdiği belirsizlikler nedeniyle hukuk devletinde kanunların açık ve anlaşılabilir olması gereğine; amacı aşan oranlarda toprak satışına izin vermesi nedeniyle ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğu ve bu yönüyle kamu yararı amacıyla da düzenlenmediği sonucuna varılmaktadır.

16. Anayasa'nın 7 nci maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin benzer uyuşmazlıklarda verdiği önceki Kararlarında vurgulandığı üzere, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi yasa ile sınırlandırılmış, tamamlayıcı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, düzenleme bakımından sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Dava konusu kuralla yabancı uyruklu gerçek kişilerin ilçe bazında edinebilecekleri taşınmazların ilçe yüzölçümüne göre yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçmemek üzere oranını tespitte Bakanlar Kurulu yetkili kılınmaktadır. İller / İlçeler coğrafi ve stratejik olduğu kadar yerleşim alanları ve konumları itibariyle de birbirinden farklılıklar göstermektedir. Kimi illerin yerleşim alanlarının tamamı veya birçok büyük ilçenin tamamı yüzde onluk sınırın altında kalabilmektedir. Buna karşılık ilin (merkez ilçe dâhil) yüzölçümleri, ilin ormanları, dağları ve mer'aları gibi yerleşim alanları dışındaki kısımlarını da kapsamaktadır. İller için geçerli koşulların ilçeler ve beldeler için de geçerli olmadığından söz edilemez. Bu durumda Bakanlar Kuruluna bırakılan düzenleme yetkisinin Anayasal sınırlar da gözetilerek çerçevesinin sarıh bir biçimde belirlenmediği açıktır.

Ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda tereddüt bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kuralları içermesi gerekir. İptali istenilen 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35

inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki kural ise yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan Anayasa'nın 2 inci ve 7 inci maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun ile değiştirilen 22.12.1934 gün ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 3 üncü (son) tümcesinin Anayasa'ya aykırılığı

Değişik iktisadî politikalar ve ekonomiye sözde kaynak yaratmak maksadıyla ülke topraklarının yabancı unsurlar eline geçmesine imkân sağlayan 6302 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde "Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler." hükmü ile yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların toplam alanının, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemeyeceği belirtildikten sonra 1 inci fıkrasının son tümcesini oluşturan "Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir" hükmü, Anayasa'nın 2 inci maddesi karşısında Başlangıç'ın 4 üncü ve 7 nci paragraflarında yer alan Anayasa'nın yorumu ve uygulamasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz bulunan temel ilkelere aykırılık teşkil etmektedir.

Ancak, 6302 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 1 inci fıkrasının son tümcesinde yer alan "Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir" hükmü ile Kanunun uygulama esaslarının tespitine Bakanlar Kurulunun yetkili kılındığı; oysa mülk edinecek yabancı ülkeler ile mülk edinilecek bölge ve illerin saptanması konusundaki yetkinin doğrudan doğruya bir "yasama yetkisi" olduğu,

Anayasa'nın 91 inci maddesiyle tanzim edilen kanun hükmünde kararname çıkarma, 115 inci maddesiyle tanzim edilen tüzük çıkarma ve 124 üncü maddesiyle düzenlenen yönetmelik yapma yetkilerinin istisnâî ve özel yetkiler olduğu ve Bakanlar Kurulunun ancak, bu yollarla düzenleme yapabileceği,

6320 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi hükümlerinde Bakanlar Kuruluna verilen yetkilerin kanun kuvvetinde kararname çıkarma, tüzük veya yönetmelik yapma yetkisi olmadığı, yasama yetkisi niteliğinde bulunduğu, her iki maddenin bu açıdan Anayasa'nın 7 inci maddesine aykırı olduğu âşikârdır.

Şu hale göre çözümlenmesi gereken diğer bir sorun, yasama organınca, ülke topraklarının yabancılara satışı konusunda 6302 sayılı Kanun'da düzenlenmesi gerektiği halde boş bırakılmış alanların (hâli arazilerin) idarece düzenlenip düzenlenemeyeceği, dolayısıyla, yasama yetkisi devrinin söz konusu olup olamayacağı hususuna ilişkin bulunmaktadır.

Gerçekten, 6302 sayılı Kanun ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki son derece sınırsız ve belirsizdir. Kanun'un 1 inci maddesinin 1 inci fıkrasında sadece "yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez" denilmek suretiyle miktar belirlenmiş, diğer hususların tespiti yürütme organına bırakılmıştır. Bu ölçütler arasında, şüphesiz, sadece kanunla düzenlenmesi gereken yönler mevcuttur. Söz gelimi, yabancıların alacağı arazinin azami miktarı, emlakın adedi, alınma amaçları Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin devamı süresi, satın alınacak arazi ya da emlakın yeri, satın almanın koşulları, devir ve ferağda uygulanacak ilkeler dâima kanun ile düzenlenmesi gereken hususlardandır. Benzer konularda yasama organının serinkanlı ve objektif değerlendirmelerine ihtiyaç vardır.

O halde, "Bakanlar Kurulunun kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkili kılınması" esâsını, yürütme organı tarafından düzenlenebilecek uygulama esaslarından saymak mümkün değildir. Ayrıca, mülkiyet hakkının kapsamını belirleyen ve bu hakkı sınırlayan bu esasların Kanun ile düzenlenmesi, Anayasa'nın 35 inci maddesi hükmü gereğidir.

Diğer yandan, 6302 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değiştirilen 35 inci maddenin 1 inci fıkrasının 3 üncü (son) tümcesinde, 2 nci tümcede yer alan otuz hektarlık (300 dönümlük) sınıra ek olarak kişi başına ülke genelinde edinebileceği miktarı iki katına (600 dönüme kadar) kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Dava konusu kural ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin sınırı, esasları ve çerçevesi fıkra da belirlenmiş olmakla beraber, verilen yetki 30 hektarlık yasal sınırı iki katına kadar arttırabilmeyi olanaklı kıldığından düzenleme, sınırlamanın işlevselliğini etkisiz bırakacak derecede ölçsüzdür.

Buna göre Bakanlar Kuruluna tanınan iki katına kadar arttırma yetkisinin ölçüsüz olması yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracağından kabul edilemez.

Bu tümcede (1 inci fıkranın 1 inci ve 2 nci tümceleri de birlikte nazara alındığında) iki açıdan Anayasa'ya aykırılık görülmektedir.

Birinci aykırılık “yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri” ibâresi ile ilgilidir.

Bu ibâre, 35 inci maddenin birinci fıkrasının birinci ve ikinci tümcelerinde de yer almıştır ve yukarıda 35 inci maddenin birinci fıkrası ile ilgili Anayasa'ya aykırılık gerekçesinde, bu ibârenin içerdiği tanımın, karşılıklılık ilkesinin kaldırılması nedeniyle Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafındaki “Dünya Milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi...” ibâresine; ülke topraklarının gerçek bir karşılıklılık söz konusu olmadan yabancılar tarafından satın alınarak kolayca ele geçirilmesine imkân tanınması bakımından, Anayasa'nın 3 üncü maddesinde ve Anayasa'nın Başlangıç kısmının 1 inci ve 5 inci paragraflarında ifade edilmiş olan “ülkenin bölünmez bütünlüğü” ilkesine aykırı olduğu açıklanmıştır.

Söz konusu üçüncü fıkranın birinci tümcesi de, bu ibâre nedeniyle ve aynı gerekçelerle Anayasa'nın 3 üncü maddesi ile, Anayasa'nın Başlangıç'ının 1, 2 ve 5 inci paragraflarına aykırıdır.

Anayasa'ya aykırı bir düzenlemenin, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesiyle bağdaşması da düşünülemez.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda 1 inci fıkranın 3 üncü (son) tümcesinin Anayasa'nın 2, 3 ve 11 inci maddeleri ile Anayasa'nın Başlangıç'ının 1, 2 ve 5 inci paragraflarına aykırı olduğu için iptalinin gerekli olduğu düşünülmektedir.

Söz konusu tümcede görülen Anayasa'ya ikinci aykırılık nedeni ise, yabancıların ülkemizde 30 hektardan fazla taşınmaz alımının Bakanlar Kurulu iznine bağlanmasıdır.

Dünyadaki devletlerin bir kısmı, hangi büyüklükte olursa olsun, yabancıların ülkede taşınmaz edinmesini çeşitli düzeydeki resmî otoritelerin iznine bağlamaktadır.

Üçüncü (son) tümcede Bakanlar Kurulu izninin 30 hektardan fazla taşınmazlar için öngörülmüş olması; Türkiye ile yabancının ülkesinde her büyüklükte taşınmaz satın alımını izne bağlayan devletler arasında, karşılıklılık ilkesini zedeleyen bir eşitsizlik doğmasına neden olabilecektir.

Böyle bir eşitsizliğin Anayasa'nın Başlangıç'ının 2 nci paragrafındaki "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak..." ibâresi ile bağdaşması düşünülemez.

Kezâ, böyle bir eşitsizliğin, ülkenin bölünmez bütünlüğünü zedeleyecek bir biçimde ülke topraklarının yabancıların eline kolayca geçmesini sağlayacağı da ortadadır. Bu durum, söz konusu düzenlemeye, Anayasa'nın 3 üncü maddesi ile Başlangıç'ının 1 inci ve 5 inci paragraflarına da aykırı bir nitelik vermektedir.

Anayasa'nın çeşitli maddelerine aykırı bir düzenlemenin Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti, 11 inci maddesindeki Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkeleriyle bağdaştığı da söylenemez.

Bu açıklamalar doğrultusunda, üçüncü fıkranın birinci tümcesinin, Anayasa'nın, 2, 3 ve 11 inci maddeleri ile Anayasa'nın Başlangıç'ının 1, 2 ve 5 inci paragraflarına aykırı olduğu için iptalinin gerektiği düşünülmektedir.

3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun ile değiştirilen 22.12.1934 gün ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin 2 inci fıkrasının 1 inci tümcesinin Anayasa'ya aykırılığı:

a-) 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 inci maddesinin 2 inci fıkrasının 1 inci tümcesinde, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilecekleri belirtildikten sonra, ikinci tümcede, bu ticaret şirketleri dışındakilerin taşınmaz edinemeyeceği ve lehlerine sınırlı aynı hak tesis edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, yabancı tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmelerinde, yabancı gerçek kişilerden farklı olarak karşılıklı olma koşulu aranmadığı gibi, edinilebilecek taşınmaz miktarı yönünden de bir sınırlama getirilmemektedir. Fıkra ile göndermede bulunulan özel kanun hükümleri kapsamında yer alan 6326 Sayılı Petrol Kanunu, 2634 Sayılı Turizmi Teşvik Kanunu ve 4737 Sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu'nda da yabancı tüzel

kişilerin edinebilecekleri taşınmazların toplam yüzölçümü bakımından bir üst sınır öngörülmediğinden bu konuda bir sınırsızlık bulunduğu duraksamaya yer yoktur. Yabancı tüzel kişileri yabancı uyruklu gerçek kişilere göre imtiyazlı duruma getiren dava konusu ikinci fıkranın Anayasa'nın eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10. maddesinin "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz" diyen üçüncü fıkrası hükmü ile bağdaşmadığı açıktır.

Anılan tümce, tüzel kişiliğe sahip yabancı ticaret şirketlerinin, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinebileceklerini öngörmektedir. Buna göre, yabancı ticaret şirketlerinin tâbi olacağı kurallar, Tapu Kanunu'nun genel bir göndermede bulunduğu, tahdit edilmemiş ve her zaman değişebilecek, farklı yasa hükümlerine göre belirlenecektir. Ticaret şirketleri yönünden, ilgili kanunlarda yer almamışsa, mütekâbiliyet koşulu da söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 2 inci ve 5 inci maddelerine aykırıdır.

Söz konusu tümcede yer alan bu hükümden, belirtilen yabancılar dışındaki yabancıların, Türkiye'de mülk edinemeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak, bu hükmün belirtilen yabancılar dışında kimsenin (dolayısı ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının dahi) Türkiye'de taşınmaz edinemeyeceği şeklinde anlaşılması da mümkündür. Bu durum, belirsizliğe yol açmaktadır. Bir hukuk devletinde, hukuk düzeninin "belirliliği" sağlaması esastır. İptali istenen kural ise neyin kapsanıp, neyin dışlandığı konusunda yeterli açıklıktan yoksundur ve bu durum Anayasa'nın 2 inci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Çünkü hukuk devleti, "belirliliği ve öngörülebilirliği" nedeniyle hukuk güvenliğini gerçekleştirmeyi amaçlar.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine ise, Anayasa'nın 10.ncu maddesinde yer verilmiştir. Bu hükme göre, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmek suretiyle Kanunların herkese eşitlikle uygulanacağı vurgulanmıştır.

"Eşitlik" ilkesi ile eylemli değil, hukukî 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. Kanun

önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulanmaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Kaldı ki, Kanun koyucu, kuşkusuz Anayasa'nın ve mülkiyet hakkının temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla düzenleme yapabilir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural Anayasa'nın 2 inci maddesindeki "Hukuk Devleti" ile 10 uncu maddesindeki "eşitlik" ilkelerine aykırıdır. Keza, az yukarıda değinildiği gibi, Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini ifade eden Anayasa'nın 11 inci maddesi ile bağdaşması da beklenemeyeceğinden, iptali istenen kural Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

b-) 35 nci maddenin 2 nci fıkrasında "Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilirler." denilmektedir.

Dava konusu fıkra ile üçüncü fıkra birlikte gözetildiğinde yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin "ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde ... ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar" gözönünde tutularak taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilecekleri anlaşılmaktadır. Buna göre belirtilen kriterlere uygun olmadığı Bakanlar Kurulunca belirlenen alanlarda, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinmeyeceklerdir. Dolayısıyla yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilmeleri, bunların dışında kalan alanlarda ve özel kanun hükümleri çerçevesinde sınırlandırılmış olarak mümkün olabilecektir.

Bu düzenlemenin Anayasa'nın "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğu belirtilen Başlangıç Bölümünün 2 inci paragrafına, "Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik,

laik ve sosyal bir hukuk Devleti" olduğunu belirten 2 inci maddesine, "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamayı Devletin temel amaç ve görevleri" arasında sayan 5.nci maddesine, "yürütme yetkisi ve görevini" düzenleyen 8 inci maddesine, "Herkesin kanun önünde eşit" olduğunu belirten 10 uncu maddesine, "Temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuku uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini" belirten 16.ncı maddesine, "mülkiyet hakkı"nı düzenleyen ve 2.nci fıkrasında "Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir" diyen 35.nci maddesine, kıyılar, toprak mülkiyeti ve tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması ile ilgili düzenlemeleri içeren 43, 44 ve 45.nci maddeleri hükümlerine aykırılık oluşturduğu açıktır. Zirâ (aşağıda, Anayasa'ya aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal gerekçelerini özetlediğimiz VII.nci bölümde de açıkladığımız üzere), verimli tarım arazilerinin önemi ve değeri her geçen gün artmaktadır. Tarım arazilerinin yabancılar satışı, Milletimizin değil, sadece ve sadece yabancı ülkelerin servetini ve refahını artırmaya yarayacaktır. 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1.nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35.nci maddesinin getirdiği düzenlemeler karşısında tarım arazilerinin de yabancıların eline geçmesi yolu açılmıştır. Kezâ, arşılıkılık koşulu olmaksızın, "ülke menfaatlerinin gerektirdiği haller" gibi soyut ve muğlâk ifadelerle ve özellikle Bakanlar Kuruluna tanınan geniş yetkilerle yabancı gerçek ve tüzel kişilere taşınmaz ve sınırlı aynî hak edindirmenin, kıyıların, tarım topraklarının, çayır ve mer'aların amaç dışı kullanımını artırması ve dolayısı ile tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların kazanç, huzur ve refahını olumsuz yönde etkilemesi kaçınılmazdır.

3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun ile değiştirilen 22.12.1934 gün ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35.nci maddesinin 2.nci fıkrasının 3.ncü (son) tümcesinin Anayasa'ya aykırılığı:

6302 sayılı Kanun'un 1.nci maddesinin 2.nci fıkrasının 3.ncü (son) tümcesinde 2.ci fıkrasının 1.nci tümcesine atf yapılarak yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamaların uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Taşınmaz rehni hakkı tesisi konusunda yabancılar için söz konusu birinci ve ikinci fıkra da geçerli olan kayıt ve sınırlamaların aranmaması, taşınmaz rehni tesisini tamamen sınırsız bir duruma getirmektedir.

Bu düzenlemeye bakıldığında, öncelikle “karşılıklılık / mütekâbiliyet” ilkesinin taşınmaz rehni bakımından da tamamen ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Halbûki Anayasa’nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafındaki “Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak Türkiye Cumhuriyeti...” ibâresi, yabancılara tanınacak haklarda “karşılıklılık/mütekâbiliyet” ilkesine uyulmasını gerekli ve zorunlu kılmaktadır.

Böyle bir düzenlemenin Anayasa’nın başlangıç kısmının 5.nci paragrafında belirtilen “ulusal çıkarların üstünlüğü”, “bağımsızlık ve ülke güvenliği” kavramları ve 5.nci maddesinde belirtilen “toplumun huzuru” kavramı ile yukarıda iptali talep olunan hükümlerin Anayasa’ya aykırılık gerekçelerinde belirtilen nedenlerle bağdaşmayacağı da açıktır. Çünkü, taşınmaz rehni tesisi de, kimi zaman mülkiyet hakkı ediniminin doğuracağı sonuçlara benzer sonuçlar doğurur.

Bu itibarla, mülkiyet hakkı için söz konusu sınırların taşınmaz rehni tesisinde de geçerli olması, bağımsızlık, güvenlik, ülke ve toplum çıkarları bakımından zorunlu ve gereklidir.

Birinci ve ikinci fıkralarda geçerli olan kayıt ve sınırlamaların taşınmaz rehni tesisinde aranmaması, taşınmaz rehni tesisini tamamen sınırsız bir duruma da getirmektedir. Bu da, yapılan bu düzenlemeyi, bağımsızlık, güvenlik, ülke ve toplum çıkarları bakımından daha da sakıncalı kılmakta ve Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 5.nci maddesine aykırılığı daha da belirginleştirmektedir.

Diğer yandan birinci ve ikinci fıkra yabancı uyruklu gerçek ve tüzelkişilerin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimi çok zayıf ve yetersiz de olsa bir takım koşullara bağlanmış iken 2.nci fıkranın iptali istenen son tümcesinde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulmuş tüzelkişiliğe sahip ticaret şirketlerine bu koşullardan farklı koşullarda taşınmaz rehni tesisi imkânı tanınması ve birinci ve ikinci fıkralardaki bir takım sınırlamaların bunlar için söz konusu olmaması, Anayasa’nın 10.ncu maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı bir ayrıcalık yaratmaktadır. Çünkü rehin hakkı tesisi de, mülkiyet hakkı ediniminden doğacak sonuçlara benzer durumlara yol açabilmektedir. Bu nedenle, aynı durumda bulunanlara aynı kuralların uygulanması gerekmektedir.

Anayasa’nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin ise Anayasa’nın 2.nci ve 11.nci maddelerinde belirtilen “hukuk devleti” ve “Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” ilkeleri ile çelişeceği ortadadır.

Ayrıca, iptali istenen 35/1-2-4 (1.nci tümce) madde ve fıkraları ile yapılan düzenlemelerde edinilecek taşınmazın arazi, arsa veya bina olması açısından, yabancıların mülk edinme koşullarının ayrı ayrı belirtilmediği de görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 4916 sayılı Kanun ile ilgili 14.03.2005 gün ve E.2003/70-K.2005/14 sayılı Kararında,

"... hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi için, ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu ve öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usul ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerekir. Bunların yasada düzenlenmemiş olması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda, yetki devrine yol açacağı gibi yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleştirilmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına da aykırı düşer."

Denilmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına göre;

a) Yabancıların alacağı taşınmazın arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıkların ve,

b) Devirde uyulacak usul ve esasların,

Kanunda belirtilmesi zorunludur. Bu zorunluluk aynı zamanda yukarıda belirtildiği gibi Anayasa'nın 35 nci maddesinin de gerekli kıldığı bir husustur. Kanunda belirtilmesi gereken bu hususlara 6302 sayılı Kanunda yer verilmediğinden, yapılan bu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu olan ve emsâl niteliği bulunan Kararı ve Anayasa'nın 3.ncü maddesi ile bağdaşmadığı; yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir yetki devri yaptığı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan Kararında vurgulandığı üzere, Kanunda belirtilmesi gereken hususlara yer verilmemesi, kanunların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleştirilmesi için ön-koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Yine, Anayasa Mahkemesi'nin 3987 sayılı Özelleştirme Yetkisi Kanunu'nun iptal gerekçesinde vurguladığı gibi, "Türkiye'de kamu işletmelerinin bir çoğunun taşınmaz mal varlıkları çok değerlidir. Bu nedenle yerli ve yabancı özel sektöre çoğu kuruluş çekici gelmektedir. Önemli olan KİT'lere ilişkin araç ve gereçlerle birlikte taşınmaz malların da satılmasıdır. Bu yolla, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırı bularak kapatmış olduğu yabancılara taşınmaz mal satışı yolu, bu konuda dolaylı olarak yeniden açılmış olacaktır ki, bu Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılma anlamına gelir." Kuşkusuz, böyle bir durum da, Anayasa'nın 138 nci, 152 nci ve 153 ncü maddeleri hükümlerine aykırılık anlamına gelmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle düzenlediği 22.12.1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin 1 nci, 2 nci fıkrasının, 4 cü fıkrasının 1 nci tümcesinin tamamının iptali gerekmektedir.

V- İptal Davamıza Konu Olay Hakkında Anayasa Mahkemesi'nin Daha Önce Verdiği Emsâl Niteliğindeki Kararlar:

21/6/1984 tarihli ve 3029 sayılı "22.11.1934 Tarihli ve 2644 Sayılı Tapu Kanununun 35.nci Maddesi ile 18.3.1924 Tarih ve 442 Sayılı Köy Kanununun 87.nci Maddesine Birer Fıkra Eklenmesi Hakkında Kanun" ile başlayıp günümüze kadar gelen süreçte aynı konuda düzenleme öngören toplam altı değişiklik yapılmış ve yapılan değişiklikler Anayasa Mahkemesi tarafından ya tamamen ya da kısmen iptal edilmiştir. Söz konusu iptal kararları incelendiğinde, Kanunun, Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda kronolojik olarak tarih ve sayıları verilen İptal Kararları'nın görmezden gelinerek hazırlandığını göstermektedir. Bu İptal Kararları şunlardır:

1-) Anayasa Mahkemesi'nin 24.8.1985 gün ve 18852 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13.6.1985 gün ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı Kararı.

2-) Anayasa Mahkemesi'nin 31.1.1987 gün ve 19358 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 9.10.1986 gün ve E. 1986/18, K. 1986/24 sayılı Kararı.

3-) Anayasa Mahkemesi'nin 26.4.2005 gün ve 25797 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 14.3.2005 gün ve E. 2003/70, K. 2005/14 sayılı Kararı.

4-) Anayasa Mahkemesi'nin 16.1.2008 gün ve 26758 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11.4.2007 gün ve E. 2006/35, K. 2007/48 sayılı Kararı.

5-) Anayasa Mahkemesi'nin 16.4.2008 gün ve 26849 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11.3.2008 gün ve E.2003/71, K.2008/79 sayılı Kararı.

a-) Gerek karşılıklılık (mütekâbiliyet) ilkesine yer verilmemesi nedeniyle Anayasa'nın "Başlangıç" Bölümüne, gerekse Bakanlar Kurulu'na sınırlama, yasaklama ve durdurma konusunda sınırsız yetki verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 16.ncı ve 35.nci maddelerine açıkça aykırılık teşkil eden 6302 sayılı Kanun'un, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 38. nci maddesi uyarınca reddi gerekirken, ne yazık ki, kanunlaşmıştır.

Anayasa'nın 153'üncü maddesinin altıncı fıkrasında Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmî Gazete'de hemen yayımlanacağı ve Yasama, Yürütme ve Yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin benzer yasal düzenlemeler karşısında emsal niteliği taşıyan iptal gerekçeleri görmezden gelinerek ısrarla aynı yönde düzenleme yapılması doğru değildir.

Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan hükümler (daha önceki 3029 sayılı Kanun) yeniden kanunlaştırılarak (3278 sayılı Kanun) yürürlüğe konmuştu. Şu anda yürürlüğe konmuş olan iş bu 6302 sayılı Kanun ise, Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nce defalarca saptanmış bir Kanundur!

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasa Mahkemesi Kararları ile Anayasa'ya aykırılığı saptanan hükümleri yeniden Kanun hâline dönüştürmüştür. Bu hâliyle yasama organı, Anayasa Mahkemesi Kararlarını tanımamış, Anayasa Mahkemesi'nin iptale taallük eden Kararlarını zımnen de olsa ortadan kaldırmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin, Meclisi böyle bir Kanunu çıkarmaya yetkili görmediği konuda TBMM kendisini yetkili addetmiştir. Böylesi bir davranış, şüphesiz, Anayasa'nın 138 nci, 152 nci ve 153 ncü maddelerine aykırılık anlamına gelmektedir.

Prof.Dr.Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, kitabında (Hukuk Fakültesi yayınları 1973, Sayfa : 329) şöyle demektedir; "Anayasa Mahkemesinin iptal kararına rağmen iptal edilen hükmün aynı veya benzerini değişik deyimlerle aynı hükmü kanunlaştırma hareketi, Anayasaya aykırılıktan Anayasayı ihlal kavramına değin giden kuvvetli bir karinedir. Fakat Anayasaya aykırılıkta ısrarın herhalde bir anlamı ve yorumu olabilecektir. Kaldığı, yürütme organının Anayasa Mahkemesi kararına uymak zorunluluğunda olmadığı (Anayasa Mahkemesi kararının bağlayıcı olmadığı) zannı hukukî bir görüş sayılmaz. Emrin bağlayıcılığı ile bir hükmün bağlayıcılığı aynı şey değildir. Bir tarafa yapıcı, diğer tarafa bozucu yetki tanıyan

ve bunun ne zaman biteceğini göstermeyen bir hukuk sistemi mantiken mevcut olamaz. Bir tarafa yapılı bozmak yetkisi tanınmış olunca diğer tarafın uyma zorunluluğu böyle bir sistemin tabii sonucudur. Tevali eden bozma ve aynı şeyi yapma karşılıklı her iki organı yıpratacaktır. Böyle bir sonuç aynı Anayasa sistemi içinde haklı görülemez.”

Prof.Dr.Tahsin Bekir Balta da (İdare Hukuku isimli kitabında s.164) aynı doğrultuda düşünce belirterek, yasama organının “Anayasa Mahkemesince iptal olunan bir kanunun yasama kuvvetinin ne aynını ve ne de benzerini kısmî de olsa çıkarmayacağını, aksi halde Anayasa Mahkemesi Kararının bağlayıcılığı kuralına aykırı düşeceğini ve sırf bu sebepten iptali gerekeceğini” ileri sürmüş ve “iptal edilen hükmü yeniden yürürlüğe koymak gibi bir olay çok ciddi bir konu olduğu ve Anayasaya aykırılık kavramı bu sınırdan bitmiş sayılacağı ve bundan sonra sadece Anayasayı ihlâl fiilinin kanunî unsurlarının olayda mevcut olup olmadığına münakaşası kalır” şeklinde görüş açıklamıştır.

Nitekim, 5.6.2003 günlü ve 4875 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin (d) bendi ile, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık koşulu olmaksızın kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmelerine imkân sağlandığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş ve bu durumun Anayasa’nın Başlangıç kısmı ile 2 nci, 3 ncü ve 11 nci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali talep olunmuş idi.

Anayasa Mahkemesi, bu iptal talebini ve gerekçesini yerinde bulmuş ve 5.6.2003 günlü ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmelerine ilişkin “Taşınmaz edinimi” başlığını taşıyan 3.ncü maddesinin (d) bendinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Olayımızda tamamen emsâl oluşturacak nitelikteki Anayasa Mahkemesi’nin anılan Kararında özetle şöyle denilmiştir:

“Dava dilekçesinde, 4875 sayılı Yasa’nın 3. maddesinin (d) bendi ile, yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe

sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık (mütekâbiliyet) koşulu olmaksızın kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerine imkan sağlandığı; bu durumun Anayasa'nın Başlangıç kısmı ile 2., 3. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen (d) bendinde, taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinilmesi konusunda, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla aynı statüde değerlendirildikleri, aralarında hiçbir fark gözetilmediği, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir. Böylece, herhangi bir miktar kısıtlaması olmaksızın ve yatırım faaliyeti bakımından gerekli olup olmadığına bakılmaksızın yabancı yatırımcılar Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebileceklerdir.

Bilim ve teknolojideki gelişmeler, artan ulaşım ve iletişim olanakları, ekonomik, sosyal ve siyasal ilişkilerde beliren yeni yapılanma gereksinimleri, uluslararası ilişkilere yoğunluk ve yeni boyutlar kazandırmıştır. Bunun sonucu olarak kimi durumlarda yabancı yatırımcılara mülk edinme hakkının tanınması ve buna koşut olarak da konunun ülke koşullarına göre belli yasal sınırlamalara bağlı tutulması gereği ortaya çıkmıştır.

Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyeti'nin niteliklerini belirleyen 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmaktadır. Bu maddeyle göndermede bulunularak Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilen Anayasa'nın Başlangıç'ının beşinci paragrafında ise, hiçbir faaliyetin, Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin karşısında korunma göremeyeceğine işaret edilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde de, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır.

Anayasa'nın Başlangıcı ile 5. maddesi bağlamında anlam ve içerik kazanan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve Kanun Koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Dava konusu yasa kuralıyla yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmeleri serbesttir denilmiştir. Hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlemlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır; İptali gerekir.”(Anayasa Mahkemesi'nin 11.3.2008 gün ve E.2003/71, K.2008/79 sayılı Kararı, Resmi Gazete, Tarih: 16.4.2008 Sayı: 26849).

Görüldüğü gibi (az yukarıda da değinildiği üzere), Anayasa Mahkemesi, 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un iptalini talep ettiğimiz 1.nci maddesinin 1.nci fıkrası hükmü ile paralellik arz eden 4875 sayılı Kanunun 3/d maddesine yönelik iptal talebini ve gerekçesini yerinde bulmuş ve 5.6.2003 günlü ve 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmelerine ilişkin “Taşınmaz edinimi” başlığını taşıyan 3.ncü maddesinin (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

Anayasa'ya aykırılık açısından baktığımızda, Anayasa Mahkemesi, “Karşılıklılık” şartının önemini 13.06.1985 gün ve E. 1984 / 14, K. 1985 / 7 Sayılı Kararında açıkça belirtmiştir. Bu karara göre; “Ülke devletin asli ve maddi unsurlarından biridir. Ülke olmadan devlet olmaz... Toprak edinme konusundaki

mütekâbiliyetin, başka konulardaki mütekâbiliyet esasından farklı yönü, devletin, ülke denilen asli - maddi unsuruyla olan ilişkisidir. Söz konusu ilişki, bu noktada farklı bir düşünce ve hassasiyeti zorunlu kılar. Bu koşullardan herhangi bir nedenle tek taraflı vazgeçmek, devletler hususi hukukunun yabancılar hukuku alanında etkili, zaruri eşitlik prensibini benimsememek anlamına gelir.

Karşılıklılık şartı belirtilmeden Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinme hakkını getiren düzenleme, Anayasa’nın, Türkiye Cumhuriyetinin “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olduğunu ifade eden Başlangıç kısmına ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletler arası hukukuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini ifade eden 16. Maddesine aykırıdır. Çünkü, “Karşılıklılık” unsurunu gözetmeyen düzenlemeler “Eşit haklara sahip” kılmamak anlamına gelmekte; dolayısıyla, milletler arası hukukun dayandığı temel ilkelerden birisini oluşturan, karşılıklılık (mütekâbiliyet) ilkesiyle çelişmekte ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aykırılık oluşturmaktadır.

Kezâ; “Devletlerarası ilişkilerde, karşılıklılık esası, devletlerin ülkeler üzerindeki egemenlik hakkının doğal sonucudur.”

Ayrıca, Anayasa Mahkemesi 2006 / 35 Esas, 2007 / 48 Karar sayılı Kararında “Yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesine aykırı olarak yürütme organına genel, sınırsız esasları ve çerçevesi belirsiz bir “yetki devri yapıldığı” gerekçesiyle iptal hükmü kurmuştur.

Yine, Anayasa Mahkemesi’nin 4916 Sayılı Kanunla ilgili olarak verdiği 14.03.2005 gün ve 2003/70 E., 2005 /14 sayılı Kararına göre; “... Hukuk devletin belirlenen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi için, ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu ve öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usûl ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerekir.

Bunların yasada düzenlenmemiş olması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların; taşınmaz edinimi konusunda yetki devrine yol açacağı gibi kanunların açık, anlaşılabilir sınırları belirli kurallar içermesi, gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleşmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına da aykırı düşer.”

35.nci maddeye getirilen ve iptalini istediğimiz düzenlemeler ile, Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere, “Yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkesine aykırı olarak, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir yetki devri “yapıldığı” açıkça görülmektedir.

Çünkü, madde metninde belirtilen “Ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde” ibâresi son derece genel, muğlak, sınırları belli olmayan, belirsiz bir düzenlemedir. Böylesine belirsiz, genel ve soyut, kişi ve kurumlara göre değişik yorumlanabilen bir kavramla yabancı uyruklu gerçek kişilere karşılıklılık (mütekâbiliyet) şartı aranmadan Bakanlar Kurulu kararı ile taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilmeyi getiren düzenleme, açıkça, yasama yetkisinin Anayasa’ya aykırı olarak yürütmeye devri mâhiyetindedir.

b-) Yine, Anayasa’nın 5.nci maddesinde de, bir yandan “Türk Milletinin bağımsızlığını”, öteyandan “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin 2983 sayılı Kanun ile ilgili Kararında, 5.nci maddede yer alan “Türk Milletinin bağımsızlığı” ilkesinin siyasal ve ekonomik bağımsızlığı birlikte içerdiği, bu kavramların yalnız başına bir anlam taşımadıkları, birbirlerini tamamlayan kavramlar oldukları vurgulanmıştır.

35 nci maddenin eski metninde yer alan sınırlamaların karşılıklılık ilkesi de dâhil, büyük bir bölümünün kaldırılması, ülke egemenliğiyle ters düştüğü gibi, toplumun yararları, bağımsızlık ve ülke güvenliği açısından büyük sakıncalar taşımaktadır.

Küresel kuraklık olgusunun bilim insanlarınca sıkça dillendirildiği bir süreçte “Ülkemizin gıda güvenliği açısından” tarım alanlarımızın, mer’alarımızın, sulak alanlarımızın korunması büyük önem arz etmektedir.

Bu paralelde Anayasa’nın 44.ncü maddesinde, “Toprağın verimli olarak işletilmesi, topraksız köylüye toprak sağlanması, 45.nci maddesinde tarım arazileriyle cayır ve meraların amaç-dışı kullanımının önlenmesi, 57.nci maddesinde konut ihtiyacının karşılanması konularında olduğu gibi, devlete Anayasa’nın birçok maddesiyle çeşitli görevler verilmiştir.

Bu nedenle devlet, yabancılara toprak satışı konusunu, anayasayla kendisine verilen bu görevleri yerine getirmesini engellemeyecek ve kendi vatandaşlarının

önceliklerini gözetecek biçimde düzenlemek zorundadır. Kamu yararının gerçekleştirilmesi başka türlü de mümkün değildir. Tüm sınırlamaları kaldıran düzenleme devletin bu görevlerini yerine getirmesini engelleyecek mâhiyettedir.

Yabancılar satılan toprakların gerektiğinde bedel ödenmek suretiyle kamulaştırma yoluyla geri alınabileceğinin savunulması ise; uluslararası hukuk açısından pek mümkün görülmemektedir. Bir taşınmazın yabancı kişilere satıldıktan sonra artık karşınıza satın alan yabancı kişi değil, tâbiyetinde bulunduğu devlet karşınıza çıkar ki, bu devlete karşı mülkiyet hakkının ortadan kaldırılması çok kolay bir olgu olarak görülemez.

Konuya dünya ülkeleri açısından bakıldığında da, Fransa, Almanya ve Lüksemburg gibi ülkelerin dışında kalan çoğu ülkelerde, ülkelerin kendi ulusal çıkarlarına göre değişen çeşitli sınırlamalar söz konusudur. Özellikle birçok ülkelerdeki sınırlamaların tarım alanları konusunda yoğunlaştığı görülmektedir. Hatta, tarım alanlarının yabancıların taşınmaz edinimine açık tutulmaması genel bir ilke olarak da nitelendirilmektedir. Tarım alanlarının yanı sıra, kimi ülkelerde “Su, hava ve maden kaynakları”, “Tarihi, kültür, sanat eserleri ve anıtları”, “Deniz kıyıları ve plajlar”, “Kamu / Devlet mülkiyetindeki mallar”, “Askerî nitelikteki bölgeler”, “Stratejik bölgeler” gibi vs. oldukça geniş bir alanın tümü yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinimine kapalı olduğu görülmektedir.

Kişi başına düşen millî gelirden ülkeler arasındaki büyük farklılıklar da, yabancıya taşınmaz satımında ülkeden ülkeye değişen farklılıkların gözetilmesini zorunlu kılmaktadır. Her ne kadar son yıllarda ülkemizin millî gelirinin arttığı şeklindeki abartılı söylemler mevcut siyasî iktidarca çok sık kullanılsa da, halkımızın millî gelirinin gelişmiş ülkelere göre çok düşük olması gerçekliliği karşısında, yabancıya toprak satışındaki ölçsüzlüğü, her türlü sınırlamaların kaldırılmasının, ülke topraklarının -sulanabilir tarım alanları da dâhil olmak üzere- haraç mezat yabancılaştırılması tehdidini ciddî şekilde yaratmaktadır.

Emperyalizme karşı büyük mücadelelerle kurulan Cumhuriyetimizin sınırlarının belirlendiği Lozan Antlaşmasının pek çok ülke tarafından benimsenmediği, Sevr haritalarının uluslararası toplantılarda masalara sürüldüğü, üniter yapıya karşı saldırıların olabildiğince arttığı bir siyasî konjonktürde yabancılar toprak satışındaki sınırlandırmalar, sadece “paranoya” olarak nitelendirilemez.

Ülkemizin lâik, üniter yapısını, toprak bütünlüğünü tehdit eden projeler, Dicle ve Fırat Havzasına yönelik hesaplar gözönünde bulundurulmadan, ülkemizin

hassas alanları değerlendirilerek masaya yatırılmadan yabancılara ölçüsüz toprak satışını öngören düzenlemeler kabul edilemez...

Buna karşılık mevcut siyasî iktidar döneminde ülke varlıklarının haraç mezat yabancılaştırılması anlayışı toprak satışında da açıkça görülmektedir. 2003 yılına kadar; 80 yıllık Cumhuriyet tarihinde toplam: 11 Milyon metrekare olan yabancılara toprak satışı, mevcut siyasî iktidârın geride bıraktığımız 10 yıllık iktidarına baktığımızda; 2002 - 2011 yılları arasında yabancı gerçek kişiye 75.893.700 metrekare, Yabancı tüzel kişiye 30.447.810 metrekare, Yabancı ortaklı ve yabancı sermayeli şirketlere 30.186.277 metrekare olmak üzere; toplam 136.527.787 metrekareye ulaşmıştır. Dolayısıyla, 80 yılda satılan toprak parçasının neredeyse 12 katı mevcut siyasî iktidar partisi döneminde gerçekleşmiştir.

Mevcut siyasî iktidâr tarafından getirilen bu yasal düzenleme ülke çıkarlarımız ve kamu yararı açısından kabul edilemez.

Tüm bu nedenlerden dolayı ve Anayasa Mahkemesi'nin: 13.06.1985 tarihli ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararına, 09.10.1986 tarihli ve E.1986/18, K.1986/24 sayılı Kararına, 14.03.2005 tarihli ve E.2003/70, K.2005/14 sayılı Kararına, 11.04.2007 tarihli ve E.2006/35, K.2007/48 sayılı Kararının gerekçelerine göre, açıkça Anayasa'ya aykırılık oluşturan 6302 sayılı Kanun'un dava konusu yapılan hükümlerinin iptal edilmesi gerekmektedir.

c-) Bu aşamada, Anayasa Mahkemesi'nin 9.10.1986 gün ve E.1986/18-K.1986/24 sayılı Kararındaki KARŞI OY YAZISINA İLİŞKİN GÖRÜŞLERİMİZİ AÇIKLAMAKTA YARAR GÖRMEKTEYİZ

3029 sayılı Kanunun iptaline dair Kararın ittihâzında bulunan ve Karara muhâlif üç sayın üye tarafından düzenlenen karşı oy yazısı konumuzu yakından ilgilendirdiğinden, buradaki görüşlere kısaca değinmenin zorunlu olduğuna inanmaktayız.

a) Başkan H. Semih ÖZMERT, Başkanvekili Orhan ONAR ve üye Mehmet ÇINARLI tarafından hazırlanan 24.8.1985 gün ve 18852 sayılı Resmî Gazete'nin 40, 41, ve 42 nci sayfelerinde yer alan "KARŞI OY YAZISININ" 1 numaralı bölümünün 1 ve 2 nci paragraflarında

"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, temel hak ve hürriyetlerden yalnızca Türk vatandaşları tarafından kullanılacak olanları açıkça göstermiş; bunların dışında

kalan hak ve hürriyetlerden yabancılara da vatandaşlar gibi faydalandırılmalarını esas kabul etmiştir.

Örneğin, Anayasa'nın 68 inci maddesinde "vatandaşlar, siyâsî parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden çıkma hakkına sahiptir" denilerek sözü edilen hakların yalnızca Türk vatandaşlarınca kullanılabilceği açıklanmış bulunduğu halde, 35 inci maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu belirtilerek, bu konuda vatandaşlarla yabancılar arasında bir ayırım yapılmamıştır" denmektedir.

Esefle belirtmek gerekir ki, böyle bir yorum tarzı ile giderek ülkenin tüm varlığına, Devletin aslî unsurlarına yabancıların ortak edilmeleri ve onun üzerinde hak sahibi olmalarına imkân verecek çok menfî sonuçlara varılabilir. Bu durumda, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin bağımsız bir Devlet olmasının nedeni ve gerekçesi tamamen ortadan kalkabilir.

Her şeyden önce, "yabancı bir kişi" sırf yabancı olması nedeniyle "vatandaş"tan farklı bir statüye sahiptir. "Anayasa yabancılar için sadece Anayasa'nın 16.ncı maddesindeki kısıtlama mevcuttur; öyle ise, onun dışında her şey yabancılar için kanunla mubah kılınabilir" tarzında bir yorum, gerçekçi bir yorum olamaz!

Kaldı ki, Anayasa'nın hangi ilkelerine aykırılık olduğu dilekçe metninde açık olarak belirtilmekte ve aykırılık nedenleri açıklanmaktadır. Aykırılık açıkça zikredildiğine göre, yalnızca bir karşıt anlam mantığına saklanarak Anayasa'ya uygunluk iddiasında bulunmanın mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

b) Karşıoy yazısının 2 numaralı bölümünde: "Anayasa'nın 176 ncı maddesindeki açıklık karşısında, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dâhil bulunduğunu kabul etmek gerekirse de, burada amaçlanan sözü edilen ve ilkelerin bağımsız birer hüküm gibi uygulanmaları değil, Anayasa maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında bu görüş ve ilkelerin gözönünde tutulmasıdır. Nitekim, sözü edilen Başlangıç kısmında "Bu Anayasa" diye başlayıp görüş ve ilkeleri sıralayan cümlelerin "Fikir, inanç ve kararlarıyla anlatılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere emanet ve tevdi olunur" sözleriyle bitmesi de bu görüşümüzü doğrulamaktadır" denmektedir.

Anayasa'nın 176 ncı maddesi hükmünce, "Başlangıç kısmı Anayasa'nın metnine dahildir.". Bu durumda Başlangıç Kısmının birer hüküm gibi

uygulanmayacağını ifade etmenin haklı bir gerekçesi olamaz. Anayasa'nın 176 ncı maddesi açıktır ve bunun aksi, zorlama bir yoruma imkân vermemektedir.

c) Yine karşıoy yazısının 2 numaralı bölümünde: "Anayasa'nın Başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyetinin Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip değerli bir üyesi" olduğundan bahsedilmiş bulunmasından, Devletimizin yabancılar hukukuyla ilgili bir hükmü koyar veya kaldırırken mutlaka ve her zaman mütekabiliyet şartını araması gerektiği sonucu çıkarılamaz.

Bir devletin, elde ettiği veya edeceği bazı haklar ve çıkarları gözönünde tutarsak, belli konumlarda mütekabiliyet şartından kendi arzu ve iradesiyle vazgeçmiş bulunması, o devletin "dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olmak özelliğini ortadan kaldırmaz" denmektedir.

Bu gerekçede yer alan" her zaman mütekâbiliyet şartını araması gerektiği sonucu çıkarılamaz" yorumunu anlayabilmek mümkün değildir. Buradan, mütekâbiliyet şartı bazen aranır, bazen aranmaz gibi bir anlam çıkmaktadır. Böyle bir yorum ve iddianın hukukta ciddiye alınabileceğini kabullenemiyoruz!

Dilekçemizde müteaddit defalar belirttiğimiz gibi, "Ülkede yabancıların arazi ve emlâk edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, Devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir."

Devletin böyle bir olgudan vazgeçmesi, kendi varlığı ile çelişkiye düşmesi demektir. O nedenle bu yönde bir görüşle mütekâbiliyet şartı açısından toprak satışına cevaz vermenin doğruluğuna inanmamaktayız.

Bu yönde yaygınlaşabilecek uygulamaların zaman içinde Devletin toprak bütünlüğü yanında, siyasî bütünlüğünü de zedeleme ve satılan toprak parçaları üzerinde satan devletin egemenliğini etkileme istidâdını da taşımakta olması nedeniyle söz konusu düzenlemelerin Anayasal ilkelerle uyum içinde bulunduğu söylenemez.

Diğer yandan, 6302 sayılı Kanunda yabancıların taşınmaz edinimi konusunda herhangi bir yasal denetimin olmaması da kuşku ve endişeleri beraberinde getirmektedir. Bu yolla parlamenter yapımızdaki finansal zâfiyetler ve belirsizlikler, yabancı uyruklu kişilerin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimi rejimine de taşınmış, parlamenter sistemde eksik olan şeffaflık ve denetimsizlik hâli yabancıların taşınmaz edinimine de tamam en yansıtılmış olmaktadır.

Bu yolla yapılacak denetimin, daha önce yapılmış ihlâllerin fiilî sonuçlarını ortadan kaldırması ve doğmuş olan kamu zararlarını telâfi etmesi de mümkün değildir.

Sonuç itibariyle, bu bapta iptali istenen 6302 sayılı Kanunun 1.nci maddesinin 1.nci fıkrasında geçen “Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.” hükmü; 1 nci maddenin 2 nci fıkrasında yer alan, “Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz.” hükmü; 1.nci Maddenin 4.ncü Fıkrasının 1.nci Tümcesi’nde yer alan, “Yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunmak zorundadır.” hükmü Anayasa’nın Başlangıç Bölümünün 1.nci, 2.nci, 3.ncü, 4.ncü ve 5.nci paragrafları ile 2.nci, 3.ncü, 5.nci, 6.nci, 7.nci, 8.nci, 9.ncü, 10.ncü, 11.nci, 16.nci, 35.nci, 43.ncü, 44.ncü, 45.nci, 57.nci, 123.ncü, 138.nci, 152.nci ve 153.ncü maddelerine açıkça aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

B-) 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanunun 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35.nci maddesini değiştiren 1 nci maddesinin 3 ncü fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı:

1. 6302 sayılı Kanun’un 1.nci Maddesinin Değiştirdiği 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35 nci maddesinin, üçüncü fıkrasında, ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirlemeye, sınırlandırmaya, kısmen veya tamamen durdurabilmeye veya yasaklayabilmeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Dava konusu 35.nci maddenin 3.ncü fıkrasında “Bakanlar Kurulu, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.” denilmesi ve böylece “ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde” gibi sınırları belirsiz bir kavrama dayanarak Bakanlar Kuruluna bu maddenin uygulanmayacağı yerleri saptama konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin Bakanlar Kuruluna açıkça devredilmesi anlamına gelmektedir. Çünkü, mülkiyet hakkını sınırlayan esasların ancak “kanun” ile düzenlenmesi, Anayasa’nın 35 nci maddesinin gereğidir. Bu konuda Bakanlar Kurulu kararı ile yapılacak bir düzenleme, Anayasa’nın 35 nci maddesiyle bağdaşamaz.

Bu düzenleme aynı zamanda mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamına geleceği için, Anayasa’nın 13 ncü maddesine de aykırı düşecektir; çünkü Anayasa’nın 13.ncü maddesinde hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandıracağı ilkesi yer almaktadır.

Söz konusu 35 nci maddenin 3 ncü fıkrasında Bakanlar Kuruluna verilen yetki, Kanunun uygulama esaslarını belirlemeye yönelik bir düzenlemeye ilişkin olmayıp, apaçık aslî bir düzenleme yetkisidir.

Kuşkusuz, Anayasa’mız, “yürütme”den hem bir görev, hem de bir yetki olarak söz etmektedir. Ancak, yürütmeye bir “yetki” olma gücünü veren esaslar, Anayasa’da ayrı ayrı belirtilmiştir. Yürütme, bir “görev” olarak ise, idarenin kanunîliği ilkesi dâhilinde yerine getirilmek durumundadır.

Bu bakımdan Anayasa’da gösterilen ayırık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin, sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yürütmenin, söz konusu 35 nci maddenin 3 ncü fıkrasındaki gibi bir düzenleme yapmaya -kanun ile yetkili kılınmış olsa dahi- bu sonucu değiştirmez.

2. 6302 sayılı Kanunun 3.ncü fıkrası hükmü ile uygulamaya ilişkin esasların tespiti yönünden yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır. Kanunda, esasla alakalı bir çok yönler düzenlenmemiştir. Bu durum, açıkça bir yetki devridir ve Anayasa’nın “Yasama yetkisi Türk milleti

adına Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Bu yetki devredilemez...” biçimindeki 7.nci maddesine aykırıdır.

Bu olgu, Anayasa’nın anılan maddesine aykırı bir yetki devridir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de benzer bir yasal düzenlemeyi E.1986/18, K.1986/24 sayı ve 9.10.1986 tarihli Kararında yetki devri olarak görmüş ve iptal etmiştir.

“Diğer yandan, bir kanunun uygulanacağı veya uygulanmayacağı yerler, Kanunda gösterilmesi gereken bir husustur. Yasama, kanunun uygulanacağı alanı belirler; yürütme de bu alanda kanunu uygular. Kanunun uygulanıp uygulanmayacağı yerleri belirleme yetkisinin yürütmeye bırakılması, Anayasa’nın Başlangıç kısmının 4.ncü paragrafında yer alan kuvvetler ayrılığı ilkesine de aykırıdır.

Anayasa’nın çeşitli hükümlerine aykırı olan bir düzenleme Anayasa’nın 2.nci maddesindeki hukuk devleti, 11 nci maddesindeki Anayasa’nın üstünlüğü ve Bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmaz.

Kezâ, iptalini istediğimiz 3.ncü fıkra Bakanlar Kuruluna verilen yetki, kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, yabancı gerçek kişilerle maddede belirtilen ticaret şirketlerinin 35 nci maddedeki koşulların hiçbirisi söz konusu olmaksızın taşınmaz ve sınırlı aynî haklar edinebilecekleri yerleri belirlemek anlamında alındığında; Kanunda söz konusu fıkra, zâten karşılıklılık ilkesinin de mevcut olmaması karşısında, yukarıda sıralanan Anayasa hükümlerine ek olarak, 35 nci maddenin iptalini istediğimiz diğer hükümlerinde serdettiğimiz gerekçelerle Anayasa’nın Başlangıç Bölümünün 1, 2, 3, 4 ve 5 nci paragraflarına da aykırı bir görünüme girmektedir. Dolayısı ile, 6302 sayılı Kanun’un 1 nci maddesinin 3 ncü fıkrası ile getirilen düzenleme sonucunda, Anayasal anlamda yetki gaspı yapılmış ve Anayasal sistem sabote edilmiştir.

Yürütmeye bir yetki olma gücünü veren esaslar, Anayasa’nın muhtelif maddelerine serpiştirilmiş durumundadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak Anayasa’nın getirdikleri olağanüstü haller ve sıkıyönetim sürecinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sözü edilen hallerin gerekli kıldığı durumlara hasren kanun hükmünde kararname çıkarmak, Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mâlî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle, oranlarına ilişkin hükümlerde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına

olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemler üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mâlî yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.

Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanunîliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa'da, ifadesini bulan yukarıdaki ayrık haller dışında, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Kanunla yetkili kılınmış olması da sonuca müessir değildir.

Halbuki, "Hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı" Anayasa'nın 6 ncı maddesinin 3 ncü fıkrasının son cümlesi hükmüdür. O halde, iptali istenen 6302 sayılı Kanunun 1 nci maddesinin 3 ncü fıkrasını oluşturan hükmü, Anayasa'nın 6 ncı maddesini de alenen ihlâl etmektedir.

3. Yabancıların durumunun özel olarak düzenlendiği Anayasa'nın 16. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği öngörülmektedir. 16 ncı madde hükmüne göre, temel hak ve özgürlüklerin, yabancılar bakımından sınırlanmasının, milletlerarası hukuka uygun olması ve her halde bu işlemin kanunla yapılması gerekmektedir. Dava konusu 1.nci maddenin 3 ncü fıkrasıyla Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin kullanılmasının ise yabancılar yönünden sınırlama içerdiği açıktır. Bu sınırlamanın doğrudan yasayla yapılmaması veya uygulamaya yönelik yetkilendirmenin sınırlarının ve ilkelerinin belirlenmemesi Anayasa'nın 16 ncı maddesiyle de bağdaşmamaktadır.

Bu itibarla, 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesinin 3 ncü fıkrasında, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilme, sınırlandırabilme, kısmen veya tamamen durdurabilme veya yasaklayabilme yetkisinin Bakanlar Kuruluna bırakılmış olması, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir." diyen 16.ncı maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca, Bakanlar Kurulunun, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret

şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimlerini, ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilmesi, sınırlandırabilmesi, kısmen veya tamamen durdurabilmesi veya yasaklayabilmesi esaslarını, yürütme organı tarafından düzenlenebilecek uygulama esaslarından sayabilmek de mümkün değildir. Zirâ, mülkiyet hakkının kapsamını belirleyen ve bu hakkı sınırlayan bu esasların “kanun” ile düzenlenmesi, Anayasa’nın 35 nci maddesi hükmü gereğidir.

Nihâyet, bir kanun emrinin Anayasa’nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti, onun kendiliğinden Anayasa’nın 11 nci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesi’nin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 6302 sayılı Kanun’un değiştirdiği 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35 nci maddesinin 1 nci maddesinin 3 ncü fıkrası, Anayasa’nın 2, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 16, 35, 138, 152 ve 153 ncü maddeleri ile Başlangıç kısmının 1, 2, 3, 4 ve 5.nci paragraflarına aykırı olan üçüncü fıkrasının iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

VI- ANILAN MADDELER HÜKÜMLERİYLE İLGİLİ OLARAK İPTAL BAŞVURUMUZDA DAYANILAN ANAYASA KURALLARI ŞUNLARDIR:

“BAŞLANGIÇ-Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk’ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O’nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda;

Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı, refahı, maddî ve manevî mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde;

Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa’da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmayacağı;

Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla

sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu;

(Değişik: 3/10/2001-4709/1 md.) Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esâsının, Türklüğün tarihî ve manevî değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı;

Her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;

Topluca Türk vatandaşlarının millî gurur ve iftiharlarda, millî sevinç ve kederlerde, millî varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla ve "Yurtta sulh, cihanda sulh" arzu ve inancı içinde, huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu;

FİKİR, İNANÇ VE KARARIYLA anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere,

TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye âşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur."

"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 3- Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.

Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır.

Millî marşı "İstiklal Marşı"dır.

Başkenti Ankara'dır.

“MADDE 5- 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.”

“MADDE 6- Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.

Türk Milleti, egemenliğini, Anayasa’nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.

Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.”

“MADDE 7- Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.”

“MADDE 8- Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.”

“MADDE 9- Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.”

“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. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

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

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

“MADDE 11- Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”

“MADDE 16- Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.”

“MADDE 35- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

“MADDE 43- Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir.

Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir.”

“MADDE 44- Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz.

Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez ve ancak dağıtılan çiftçilerle mirasçıları tarafından işletilebilir. Bu şartların kaybı halinde, dağıtılan toprağın Devletçe geri alınmasına ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.”

“MADDE 45- 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.”

“MADDE 57- Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetken bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.”

“MADDE 123- İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.

İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.

Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.”

“MADDE 138- Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

“MADDE 152- Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya

tarafından birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükmüyle birlikte karara bağlanır.

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

Anayasa Mahkemesinin işin esâsına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.”

“MADDE 153- Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.

Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.

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.

İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, Türkiye Büyük Millet Meclisi, iptal kararının ortaya çıkardığı hukukî boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar.

İptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.”

VII. BURAYA KADAR YAPTIĞIMIZ AÇIKLAMALARA GÖRE ANAYASA'YA AYKIRI OLAN VE İPTALİ İSTENEN HÜKÜMLERİN İPTAL GEREKÇELERİNİ ÖZETLEMEK GEREKİRSE:

1-) *Başlangıç Bölümüne Aykırılık:*

a-) 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesi, karşılıklılık/mütekâbiliyet şartı aranmaksızın, yabancı ülkelere ve bu ülke fertlerine mülk satışı esâsını getirmiştir.

Böylece her iki maddeye göre, mülk edinecek yabancılar için mütekâbiliyet şartı aranmayacaktır.

Anayasa'nın Başlangıç bölümünde; "Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının Devleti ve Milletiyle bölünmezliği esâsının karşısında korunma göremeyeceği" hükmüne bağlanmıştır.

Ülke Devletin aslî ve maddî unsurlarından biridir. Ülke olmadan Devlet olmaz. Ülke Devlet otoritesinin geçerli olacağı alanı belli eder.

Ülkede yabancıların arazi ve emlâk edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, Devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir.

Bu nedenle ülke topraklarının karşılık koşulu olmadan satışına cevaz veren bu iki maddenin iptalini talep ettiğimiz hükümleri Devleti ve ülkesiyle bir bütün olduğunu saptayan Anayasa'nın Başlangıç bölümüne aykırı bulunmaktadır.

b-) 6302 sayılı Kanun'un 1.nci maddesinin dava konusu hükümleri, Anayasa'nın Başlangıç bölümündeki "Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak..." diye başlayan hükmüne de aykırı bulunmaktadır.

Mütekâbiliyet, Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olmanın bir gereğidir. Mütekâbiliyetin olmadığı yerde eşitlikten söz edilmesi mümkün değildir..

Bu nedenle, mütekâbiliyet esâsının taşınmaz mütekâbiliyeti ortadan kaldıran 6302 sayılı Kanun'un 1.nci maddesinin iptal istemine konu hükümleri, Başlangıç bölümünün dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğumuzu saptayan ibâresine aykırı bulunmaktadır.

c-) Anayasa'nın Başlangıç bölümünde "Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Anayasa Mahkemesi Kararı ile Anayasa'ya aykırılığı saptanan hükümleri Türkiye Büyük Millet Meclisi yeniden yasalaştırmıştır. Böyle bir işlem, yasamanın yargıdan üstün olması halinde mümkündür.

Böyle bir üstünlük söz konusu olmadığına göre; Türkiye Büyük Millet Meclisinin böyle bir yasa yapmağa yetkisi de yoktur.

Bu açıdan, bu yasama işlemi, Anayasa'nın Başlangıç bölümünün yukarıda metnini arz ettiğimiz 4.ncü paragrafındaki hükme aykırıdır.

d-) Yine Anayasa'nın Başlangıç Bölümünde;

"Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili bulunan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı" hüküm altına alınmıştır.

Anayasa, millet iradesinin yasama, yargı ve yürütme organlarınca kullanılacağını öngörmüştür. Millet iradesinin üstünlüğü ancak bu yolla sağlanmaktadır. Ayrıca hürriyetçi demokrasi ancak kuvvetler ayrılığının uygulanması ile gerçekleştirilebilmektedir. Bu hürriyetçi demokrasinin icaplarındandır.

Anayasa'ya aykırılığı yargı kararı ile saptanan hükümlerin yeniden kanunlaştırılması, kuvvetler ayrılığına ters düştüğünden Anayasa'nın Başlangıç bölümünün anılan paragraflarındaki ilkelere aykırıdır.

2-) Anayasa'nın 2.nci Maddesinde Yer Alan Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık;

Anayasa'nın anılan maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir.

Hukuk Devleti, Devletin her organının hukuka uygun davrandığı, bu uygunluğun yargı organı tarafından denetlendiği durumlarda söz konusu olabilir. Hukuk devleti olmanın belirgin özelliği hukuka bağlı olmaktır.

Oysa, yukarıdaki bölümlerde de açıkladığımız üzere, 22.12.1934 gün ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci ve 36 ncı maddelerini değiştiren 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun, yabancıların taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimi konusunda 35 nci maddede getirdiği düzenlemeler ile "Hukuk Devleti" ilkesi tamamen gözardı edilmiş ve hukuka bağlılık yok sayılmıştır.

3-) Anayasa'nın 3 ncü Maddesine Aykırılık:

a-) Anayasa'nın 3 ncü maddesinin 1 nci fıkrasının 1 nci tümcesinde, "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür" demektir.

6302 sayılı Kanun'un dava konusu yaptığımız hükümleri, Anayasa'nın 3 ncü maddesinin bu hükmüne de aykırı bulunmaktadır.

b-) Yine, Anayasa, 3 ncü maddesinin 3 ncü fıkrası, "İstiklâl Marşını Millî marş" olarak kabul etmiştir. Millî marş bu şekilde Anayasa'nın metnine ithâl edilmiştir.

Millî marşımızın bir kıt'asında, "Verme dünyaları alsan da bu cennet vatanı" denmektedir.

Ülkeye, satılan toprak karşılığında sadece dolar getirmesini amaçlayan bu Kanunun 1. nci maddesinin iptal konusu yapılan hükümleri) ayrıca bu açıdan da Anayasa'nın 3. ncü maddesine aykırı bulunmaktadır. İptali gerekir.

4-) Anayasa'nın 5 nci Maddesine Aykırılık:

Anılan maddede, Devletin temel amaç ve görevleri arasında Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak olduğu belirtilmiştir.

6302 sayılı Kanunun iptali talep olunan hükümleri yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı veçhile, öngördükleri düzenleme ile anılan Anayasa hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

5-) Anayasa'nın 6.ncı Maddesine Aykırılık:

Anılan madde, Egemenliğin kayıtsız şartsız Millete ait olduğunu, Türk Milletinin, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanacağını, egemenliğin kullanılmasının hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağını; hiçbir kimsenin veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını hükme bağlamıştır.

3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin iptale konu yaptığımız hükümleri, yine yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere öngördüğü düzenleme ile Anayasa'nın 6 ncı maddesi hükmüne de açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

6-) Anayasa'nın 7 nci Maddesine Aykırılık:

Anayasa'nın 7 nci maddesi : "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez" demektedir.

Yukarıda Genel Açıklama ve Gerekçe Bölümünde Kanunun 1 nci maddesinin Bakanlar Kuruluna bazı yetkiler verdiğini ve yetkilerin nelerden ibaret olduğunu arz etmeye çalışmıştık.

Anayasa'nın 91.nci maddesi ile tanzim edilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi, 115.nci maddesi ile tanzim edilen tüzük çıkarma yetkisi, 124 ncü maddesindeki yönetmelik yapma yetkisi Anayasa'da tanzim edilen istisnâî ve özel müesseselerdir. 6302 sayılı Kanunun 1.nci maddesinde Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkiler kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisi, tüzük yapma, yönetmelik yapma yetkisi değildir.

Bu yetkiler, (daha önce çıkartılan ve benzer düzenlemeleri içeren) 3029 sayılı Kanun'u iptal eden Anayasa Mahkemesi'nin emsâl niteliğindeki İçtihadının Karar metninde ayrıntılarıyla belirtildiği ve saptandığı gibi, "yasama yetkisi"nden başka bir yetki değildir.

Bu ise yasama yetkisinin devridir! Bu nedenle 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35.nci maddesinin iptale konu yaptığımız hükümleri bu açıdan Anayasa'nın 7.nci maddesine de aykırı bulunmaktadır.

7-) Anayasa'nın 8.nci Maddesine Aykırılık:

Anılan Maddede Yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir.

Oysa, 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1.nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun özellikle 35 nci maddesinin iptale konu yaptığımız hükümleri Bakanlar Kuruluna tanıdığı yetkiler nedeniyle Anayasa'nın 8 nci maddesi hükmüne de açıkça aykırıdır.

8-) Anayasa'nın 9 ncu Maddesine Aykırılık;

Anayasa'ya aykırılığı mahkemece saptanmış bulunan hükümleri yasalaştırmak, yargı kararını ortadan kaldırmak sonucunu doğurur. Bu ise, "yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" diyen Anayasa'nın 9 ncu maddesine de aykırıdır.

Zirâ, bir yargı kararını ancak, yine yargı ortadan kaldırabilir.

9-) Anayasa'nın 10 ncu Maddesine Aykırılık:

Anılan Anayasa hükmünde, herkesin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz (ayrıcalık) tanınamayacağı, Devlet organları ve idarenin bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları vurgulanmıştır.

Yukarıdan beri tafsîlâtlı bir biçimde açıklamaya çalıştığımız veçhile, 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin iptale konu yaptığımız hükümleri, anılan Anayasa hükmünde ifadesini bulan "Eşitlik" ilkesi ile de açıkça çelişen ve çatışan düzenlemeler getirmiştir.

10-) Anayasa'nın 11 nci Maddesine Aykırılık:

Anayasa'nın 11 nci maddesi; "Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" demektedir.

6302 sayılı Kanun Anayasa'ya aykırı olup, böyle bir Kanunu çıkarmakla ve yürütmesini Bakanlar Kuruluna vermekle yasama ve yürütme organları kendilerini Anayasa hükümleri ile bağlı saymamıştır.

Bu bakımdan 6302 sayılı Kanun'un iptali talep olunan hükümleri, Anayasa'nın 11 nci maddesine de aykırı bulunmaktadır.

11-) Anayasa'nın 16 ncı Maddesine Aykırılık:

Anayasa'nın anılan hükmü temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir.

3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin 1 nci fıkrasının son cümlesi hükmü ile 3 ncü fıkrası hükmü, bâriz biçimde yasama organının yetkisini yürütme organına devretmekte ve ancak kanunla yapılması gereken sınırlamaların idarî karar ve tasarruflarla yapılabilmesinin önünü açmaktadır.

12-) Anayasa'nın 35 nci Maddesine Aykırılık:

Anayasa'nın 35 nci maddesi, "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." demektedir. Madde, ülke halkının miras hakkına sahip olması hakkının, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini öngörmektedir.

Karşılığı olmadan, yalnızca ülkemiz toprağının yabancıya satılması vâkıâsı, ülkemiz halkının mülk edinmesi hakkının sınırlanması sonucunu doğurmaktadır.

Böyle bir sınırlamada kamu yararı yoktur.

Bedeli mukâbilinde toprak satıp, bedelini döviz olarak alma olgusunu gerçek anlamda kamu yararı olarak mütâlâa etmenin mümkün olmadığı açıktır!

Öyle ise, 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesinin yukarıda ayrıntıları ile belirttiğimiz ve iptal davasına konu yaptığımız hükümleri, Anayasa'nın 35 nci maddesine de açıkça aykırıdır. İptal edilmeleri gerekir.

13-) Anayasa'nın 43 ncü Maddesine Aykırılık:

"Kıyılardan yararlanma" başlığını taşıyan bu madde, Kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğunu belirttikten sonra, yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceğini ve kıyılarla sahil şeritlerinden kişilerin yararlanma imkân ve şartlarının kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır.

Oysa, 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1.nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35.nci maddesinin getirdiği ve özellikle yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ülkemizde taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinmeleri konusunda Bakanlar Kuruluna geniş yetkiler veren hükümleri nazara alındığında Anayasa'nın bu maddesine de aykırılıklar içerdiği âşikârdır.

14-) Anayasa'nın 44 ncü Maddesine Aykırılık:

"Toprak Mülkiyeti" Başlıklı bu madde, Devletin, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla gerekli tedbirleri alacağını vurgulamaktadır.

Oysa, verimli tarım arazilerinin önemi ve değeri her geçen gün artmaktadır. Tarım arazilerinin yabancılara satışı, Milletimizin değil, sadece ve sadece yabancı ülkelerin servetini ve refahını artırmaya yarayacaktır. 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin getirdiği düzenlemeler karşısında tarım arazilerinin de yabancılardan eline geçmesi yolu açılmıştır. Şüphesiz, böyle bir düzenleme Anayasa'nın 44 ncü maddesi hükmüne açıkça aykırıdır; iptali gerekir.

15-) Anayasa'nın 45 nci Maddesine aykırılık:

"Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması" başlıklı bu madde, Devletin tarım arazileri ile çayır ve mer'aların amaç dışı kullanılmasını 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 kolaylaştıracağı hükmünü âmirdir. Bu madde hükmünü, esâsen 44 ncü madde ile birlikte mütâlâa etmek gerekir. Karşılıklılık koşulu olmaksızın, "ülke menfaatlerinin gerektirdiği haller" gibi soyut ve muğlâk ifadelerle ve özellikle Bakanlar Kuruluna tanınan geniş yetkilerle yabancı gerçek ve tüzel kişilere taşınmaz ve sınırlı aynî hak edindirmenin, tarım topraklarının, çayır ve mer'aların amaç dışı kullanımını artırması ve dolayısı ile

tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların kazanç, huzur ve refahını olumsuz yönde etkilemesi kaçınılmazdır.

Bu itibarla, 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 gün ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin iptalini talep ettiğimiz hükümlerinin Anayasa'nın 45 nci maddesi hükmüne de açıkça aykırılık teşkil ettiği her türlü izâhtan vârestedir.

16-) Anayasa'nın 57 nci Maddesine Aykırılık:

Anılan madde Konut Hakkını düzenlemektedir ve Devletin, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri almasını öngörmektedir.

6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 gün ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin iptalini talep ettiğimiz hükümleri ile öngörülen yasal düzenlemenin, yabancılara mülk ve sınırlı aynî hak tanınmasında getirilen ve özellikle "karşılıklılık mütekâbiliyet" ilkesinde ortaya çıkan ayrıcalıklar nedeniyle Anayasa'nın 57 nci maddesinde ifadesini bulan şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetten planlamanın sağlıklı olamayacağı ve bundan özellikle uzun vâdede büyük şehirlerde yaşayan halkın ve gelecek nesillerin zarar göreceği açıktır. Bu itibarla, 6320 sayılı Kanun'un getirdiği düzenleme Anayasa'nın 57 nci maddesi hükmüne de aykırıdır; bu yönüyle de iptali gerekir.

17-) Anayasa'nın 123 ncü Maddesine Aykırılık:

Anılan madde "İdarenin esasları"nı düzenlemekte ve 1.nci fıkrasında İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un 1 nci maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 gün ve 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35 nci maddesinin iptalini talep ettiğimiz hükümleri (1/1-son cümle ve 1/3 ncü madde) özellikle Bakanlar Kuruluna geniş yetkiler bahşetmekte ve Kanunun tamamı bütün (kül) halinde değerlendirildiğinde İdareye büyük ölçüde düzenleme yetkisi tanımaktadır. Böyle bir yasal uygulamanın "İdarenin kanunla düzenleneceği" hükmüne aykırılık teşkil etmekte olduğunda şüphe yoktur.

Bu itibarla, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gerekçeler küll halinde değerlendirildiğinde, 6320 sayılı Kanunun iptalini talep ettiğimiz hükümlerinin Anayasa'nı 123 ncü maddesi ile de çeliştiği açıktır.

18-) Anayasa'nın 138 nci Maddesine Aykırılık:

Anılan madde hükmünde (son fıkrada), Yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları emredilmiştir.

Oysa, yukarıda da ayrıntılarıyla açıklamaya çalıştığımız veçhile, önceki dönemlerde 6302 sayılı Kanun düzenlemelerine paralel getirilen normatif düzenlemeler hep Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin benzer nitelikteki davalarda çok sayıda yerleşmiş emsâl İçtihatı mevcut olmasına rağmen, aynı konuda benzer mahiyette 6302 sayılı Kanun adı altında yasal düzenleme yapılması çok açık bir biçimde Anayasa'nın 138/son fıkrası hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. Salt bu yönden dahi, iş bu davanın konusunu yaptığımız hükümlerin iptali gerekmektedir.

Diğer yandan, 6302 sayılı Kanun ile yapılan yasama işlemi, Mahkeme kararını değiştirir nitelikte olduğundan, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarını değiştiremeyeceğine ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceğine dair Anayasa'nın anılan hükmüne de aykırı bulunmaktadır.

19-) Anayasa'nın 152 nci Maddesine Aykırılık:

Anayasa'nın 152 nci maddesinin son fıkrası; "Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuru bulunulamaz" demektedir.

Anayasa, bu hükmü ile Anayasa Mahkemesi'nin işin esâsına girerek verilen ret kararının belirli bir süre -deyim yerinde ise- "dokunulmaz" olduğunu kabul etmiştir.

Bu hüküm yorumlandığında şu sonuç çıkmaktadır: Eğer Anayasa Mahkemesi davanın esâsına girerek kabul kararı verseydi, hiçbir zaman Anayasa Mahkemesi'ne yeniden başvurulamayacaktı. Zirâ, böyle bir durumda Anayasa'ya aykırılık saptanarak kanun hükmü yok sayılmıştır. Aykırılık yeniden kanunlaşamayacağı için böyle bir süre koymaya da gerek olmayacaktır. İşte, bu hükümden çıkan sonuç budur!

İşte, bu nedenle, 6302 sayılı Kanun'un dava konusu yaptığımız hükümleri Anayasa'nın 152 nci maddesinin son fıkrasına da tamamen aykırı bulunmaktadır ve iptalleri gerekir.

20-) Anayasa'nın 153 ncü Maddesine Aykırılık;

Anayasa'nın 153 ncü maddesi son fıkrası, "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar" demektedir. Daha önce Anayasa Mahkemesi'nce defalarca iptale konu yapılan ve yukarıda belirttiğimiz kanun hükümlerini "yeniden ve ısrarla" kanunlaştırmak, yasama organının, kendisini, daha önce verilmiş bulunan "iptal kararları" ile bağlı saymaması anlamına gelmektedir.

Böyle bir anlayışın ve düzenlemenin "Anayasa Mahkemesinin kararları" başlığını taşıyan 153 ncü maddesinin amaçsal yorumu ile bağdaşmayacağı açıktır.

VIII. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Yukarıda ayrıntılı biçimde açıklandığı veçhile,

Yüksek mâlûmları olduğu üzere, Kamu Hukuku'nda yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için iki şartın birlikte bulunması gerekmektedir.

Bu iki şarttan biri, düzenlemenin açıkça hukuka aykırı olması, diğeri de dava konusu düzenlemenin uygulanması halinde ortaya telâfisi imkânsız veya telâfisi güç bir zararın doğacak bulunmasıdır.

18.5.2012 tarihli ve 28296 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3.5.2012 gün ve 6302 sayılı Kanun'un,

İptalini talep ettiğimiz 1 nci maddesinin 1 nci fıkrasının (1 nci, 2 nci ve 3 ncü tümceleri) tamamı, 2 nci fıkrasının (1 nci, 2 nci ve 3 ncü) tümceleri) tamamı, 3 ncü fıkrasının tamamı, 4 ncü fıkrasının 1 nci tümcesi,

Öngördükleri yasal düzenlemeler nedeniyle, yürürlüklerinin durdurulması için gerekli olan her iki şartı da taşımaktadır.

Çünkü, yukarıda belirtilen ve iptali istenen hükümler, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Bu hükümlerin uygulanması halinde bir yandan Devletin varlık ve

bağımsızlığı, ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğü gibi yüksek menfaatlerinin süratle korunması, öte yandan Anayasa’da öngörülen hukuk devleti, kanun önünde eşitlik, Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, mülkiyet hakkı, toprak mülkiyeti, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, tarım arazileri ile çayır ve mer’aların amaç-dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü, Anayasa Mahkemesi Kararlarının kesinliği prensipleri yanında Anayasa’nın öngördüğü bütün kurallar ihlâl edilmiş olacağı ve bu ilkeler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı çok açık ve kesindir.

Diğer yandan, 6302 sayılı Kanun’un değiştirdiği 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun dava konusu kimi hükümlerinde yer alan “yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri” ibâresinin uygulanması, kimi yabancıların, yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri aracılığı ile ve karşılıklılık ilkesini etkisiz kılarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz veya sınırlı aynî hak edinmelerini sağlayacaktır. Bu durum, ülkenin bölünmez bütünlüğü, kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir.

6302 sayılı Kanun’un 1 nci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35 nci maddesinin iptalini talep ettiğimiz hükümleri, yabancıların taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak ediniminde karşılıklılık şartına yer vermemekle yabancılar hukukumuzun temeli olan karşılıklılık ilkesinden vazgeçerek Anayasa’nın Başlangıç’ının ikinci paragrafıyla çelişmektedir. Yabancıların ülkemizde karşılıklılık ilkesi aranmadan hak edinmesine imkân tanınmasının, Anayasa’ya aykırılığın yanı sıra, ülke güvenliğini ve kamu yararını tehlikeye sokacak sonuçları olabilecektir.

35 inci maddenin 3 üncü fıkrasında Bakanlar Kuruluna verilen yetki, Anayasa’ya aykırı bir yetki devri niteliğindedir ve böyle bir yetkinin uygulanması halinde, pek çok işlemin geçerliliği Anayasal hukukî dayanaktan yoksun kalacaktır.

35 inci maddenin belirtilen ibâre ve hükümlerinin uygulanması halinde, ülkemiz topraklarının Anayasa’ya aykırı olarak ve geriye dönüşü imkânsız biçimde yabancıların eline geçeceği ve bundan giderilmesi imkânsız hukukî zarar ve neticelerin doğacağı açıktır. Özellikle, ticari şirketlerin gerçek kişilere oranla daha büyük maddî olanaklara sahip olması, taşınmaz edinimi bakımından bu zararların daha tehlikeli boyutlara ulaşmasına yol açacaktır.

Dava konusu hükümler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa’ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır.

Ancak, dava konusu hükümler yönünden “yürürlüğü durdurma” kararı verilmeyip de iptal kararı verilmesi halinde, bu iptal kararı büyük olasılıkla etkisiz kalacaktır.

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

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

3.5.2012 tarih ve 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un iptali talep olunan 1.nci maddesinin 1 inci fıkrasının (1 nci, 2 nci ve 3 ncü tümceleri) tamamı, 2 nci fıkrasının (1 nci, 2 nci ve 3 ncü tümceleri) tamamı, 3 ncü fıkrasının tamamı, 4 ncü fıkrasının 1nci tümcesi olmak üzere anılan madde, fıkra ve tümcelerin ihtivâ ettiği hükümlerinin uygulanması halinde, giderilmesi olanaksız durum ve zararlar doğacaktır. Bu zararlar, özellikle karşılıklılık şartı aramaksızın Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişilere ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinmeleri konusunda çok belirgin bir nitelik kazanacak ve ülkenin topraklarının kolayca yabancılara geçmesine yol açacaktır.

Bu durum ve zararları önleyebilmek için, söz konusu hükümlerin yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

IX. SONUÇ VE İSTEM

18.5.2012 tarihli ve 28296 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 3.5.2012 tarihli ve 6302 sayılı “Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”.

1- 1 nci maddesinin 1nci fıkrasını oluşturan “Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.” Hükmünün Anayasa’nın Başlangıç Bölümünün 1 nci, 2 nci, 3 ncü, 4 cü ve 5 nci paragrafları ile 2nci, 3 ncü, 5 cni, 6 ncı, 7 nci, 8 nci, 9 ncu, 10 ncu, 11 nci, 16 ncı, 35 nci, 43 ncü, 44 ncü, 45 nci, 57 nci, 123 ncü, 138 nci, 152 nci ve 153 ncü maddeleri hükümlerine,

2- 1 nci maddesinin 2 nci fıkrasını oluşturan “Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz.” hükmünün Anayasa’nın Başlangıç Bölümünün 1.nci, 2.nci, 3 ncü, 4 ncü ve 5 nci paragrafları ile 2 nci, 3 ncü, 5 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 nci, 9 ncu, 10 ncu, 11 nci, 16 ncı, 35 nci, 43 ncü, 44 ncü, 45 nci, 57 nci, 123 ncü, 138 nci, 152 nci ve 153 ncü maddeleri hükümlerine,

3- 1 nci maddesinin 3 ncü fıkrasında yer alan “Bakanlar Kurulu, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.” hükmünün Anayasa’nın Anayasa’nın Başlangıç Bölümünün 1 nci, 2 nci, 3 ncü, 4 ncü ve 5 nci paragrafları ile 2 nci, 3 ncü, 5 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 nci, 11 nci, 13 ncü, 16 ncı, 35 nci, 138 nci, 152 nci ve 153 ncü maddeleri hükümlerine,

4- 1 nci maddesinin 4 ncü fıkrasının 1.nci tümcesini oluşturan “Yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunmak zorundadır.”

hükümünün Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün 1 nci, 2 nci, 3 ncü, 4 ncü ve 5 nci paragrafları ile 2 nci, 3 ncü, 5 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 nci, 9 ncu, 10 ncu, 11 nci, 16 ncı, 35 nci, 43 ncü, 44 ncü, 45 nci, 57 nci, 123 ncü, 138 nci, 152 nci ve 153 ncü maddeleri hükümlerine,

Aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

3.5.2012 günlü, 6302 sayılı Kanun'un iptali istenilen kuralları da içeren 1. maddesi şöyledir:

"Madde 1- 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen 35 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Madde 35- Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz.

Bakanlar Kurulu, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına

göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunmak zorundadır. İlgili Bakanlıkça başlama ve bitirilme süresi belirlenerek onaylanan proje tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmek üzere taşınmazın bulunduğu tapu müdürlüğüne gönderilir. Onaylanan projenin süresi içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ilgili Bakanlıkça takip edilir.

Askeri yasak bölgeler, askeri güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ait harita ve koordinat değerleri bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde ve bu yerlere ait değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri değişikliklerin yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Millî Savunma Bakanlığınca, özel güvenlik bölgeleri ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri ise İçişleri Bakanlığınca aynı sürede Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne bağlı olduğu Bakanlığa verilir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl sonra bu fıkra uyarınca gönderilen belge ve bilgilere göre tapu işlemleri yürütülür.

Bu madde hükümlerine aykırı olarak edinilen, edinim amacına aykırı kullanıldığı ilgili Bakanlık ve idarelerce tespit edilen, süresi içinde ilgili Bakanlığa başvurulmayan veya süresi içinde projeleri gerçekleştirilmeyenler ile bu maddenin birinci fıkrası kapsamındaki sınırlamalar dışında miras yoluyla edinilen taşınmazlar ve sınırlı aynı haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek bir yılı geçmeyen süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 3., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 16., 35., 43., 44., 45., 57., 123., 138., 152. ve 153. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İctüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 12.9.2012 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Esat Caner YILMAZOĞLU tarafından işin esasına ilişkin hazırlanan rapor, iptali istenilen yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 2644 Sayılı Kanun'un 35. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

1- Fıkranın Birinci Cümlesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda “karşılıklılık” esası aranmadığı, yabancılara taşınmaz mal edinme konusunda tanınan haklar açısından “karşılıklılık” esasının diğer hak kategorileri açısından farklı bir yönü olduğu, toprak mülkiyetinin devletin ülke adı verilen asli ve maddi unsuru ile de ilgili olduğu, iptali istenen kuralda bu ilkeye yer verilmediği, Bakanlar Kuruluna karşılıklılık şartı aranmaksızın vatandaş taşınmaz mal ediniminde bulunabilecek ülkeleri belirleme yetkisi verilerek yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlal edildiği, fıkranın birinci cümlesindeki “kanuni sınırlamalar” ve “uluslararası ikili ilişkiler ve ülke menfaatleri” ibaresinin kapsamının açıkça ortaya konulmayarak öngörülemezlik ve belirsizlik yaratıldığı, Bakanlar Kuruluna, karşılıklılık şartı aranmaksızın taşınmaz mal edinebilme hakkı verilecek ülkeler ile ülke menfaatinin ne olduğunu belirleme yetkisi verilmesinin çok geniş ve sınırları belirsiz bir yetki devri anlamına geldiği, mülkiyet hakkını sınırlayan esasların Kanun

ile düzenlenmesi gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 7. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasında, önceki düzenlemeden farklı olarak *"karşılıklılık ilkesine"* yer verilmemiştir. Bu ilke, devletlerarası ilişkilerin gereği olarak kullanılmakta olup, genel olarak yabancı devletlerin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ile tüzel kişilere tanıdığı haklar ölçüsünde, Türkiye Cumhuriyetinin de yabancı gerçek ve tüzel kişilere haklar tanınması esasına dayanır.

Anayasa'nın Başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyeti'nin "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 176. maddesi uyarınca, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç, Anayasa metnine dahildir. Ancak, Başlangıçta ifadesini bulan görüş ve ilkelerin, soyut nitelikleri gereği bağımsız birer hüküm olarak uygulanmalarından ziyade, Anayasa'nın maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında dikkate alınmaları gerektiği açıktır. Kaldı ki "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" ifadesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını vurgulamakta olup, bu ifadeden devletin yabancılar hukukuyla ilgili yapacağı düzenlemelerde mutlaka karşılıklılık (mütekabiliyet) şartına yer verilmesi gerektiği sonucu çıkarılamaz.

Öte yandan, Anayasa'nın 16. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırabileceği belirtilmiş, ancak bu sınırlamada karşılıklılık ilkesinin dikkate alınacağına dair bir hükme yer verilmemiştir. Benzer şekilde, Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırabileceği hükme bağlanmış ise de yabancıların bu haklardan istifadesi için mütekabiliyet şartı öngörülmemiştir.

Buna göre, Anayasa'nın yukarıda ifade edilen hükümlerinde ya da diğer maddelerinde açık ya da zımni olarak karşılıklılık ilkesinin anayasal bir ölçü norm olduğunu gösteren herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. İnsan hakları hukuku açısından bakıldığında da karşılıklılık ilkesinin her durumda uygulanması zorunlu bir ilke olduğu söylenemez.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu, 7. maddesinde de yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık devlettir.

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. Ayrıca, 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.

Dava konusu kuralda geçen “*kanuni sınırlamalar*” ibaresine, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz ediniminin düzenlendiği 2644 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1934 tarihinden bu güne kadar kanunlarımızda yer verilmiştir. Nitekim dava konusu kuralda da kanuni sınırlamalara uyulması öngörülmüştür. Buna göre, 2644 sayılı Kanun ve bunun dışında 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu, 1062 sayılı Hudutları Dahilinde Tebaamızın Emlakine Vaziyet Eden Devletlerin Türkiye'deki Tebaaları Emlakine Karşı Mukabele-i Bilmisil Tedabiri İttihazı Hakkında Kanun, Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu gibi kanunlarla getirilen konu ile ilgili sınırlamalara uyulacağı açık olduğundan, kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Diğer taraftan “*uluslararası ikili ilişkiler*” ve “*ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerin*” neler olduğunun tespitinde Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır. Yürütmenin icrai bir organı olan Bakanlar Kurulu, değişen

koşullara ve devletlerarası ilişkilerin dinamik niteliğine uygun olarak “uluslararası ikili ilişkiler” ve “ülke menfaatlerinin” gerektirdiği hâllerin neler olduğunu değerlendirecektir.

Bu nedenlerle kural, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa’nın 5. ve 35. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- Fıkranın İkinci Cümlesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda belirtilen “*toplam*” ibaresinin sınırlı aynı haklar ile edinilecek taşınmazların birlikte mi, yoksa ayrı ayrı mı toplamalarını ifade ettiğinin açıkça anlaşılamadığı, bu nedenle de belirsizlik içerdiği belirtilerek kuralın, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi, bütün uygar ve demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir. Hukuk devleti kavramı, vatandaşların hukukî güvenlik içinde bulundukları, devletin işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu devleti ifade eder. Hukuk devletinin en önemli şartlarından biri “belirlilik”tir. Buna göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler, hem de idare yönünden herhangi bir duraksama ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gereklidir.

Dava konusu kuralda, yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynı hakların toplam yüzölçümünün otuz hektarı geçemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre kuralda yer verilen “*ile*” ve “*toplam*” ibarelerinden, 30 hektarlık sınırın hem taşınmazlar hem de sınırlı aynı hakların birlikte toplamının anlaşılmasının gerektiği açıktır. Dolayısıyla, kuralda bu yönde bir belirsizlik bulunmadığından birinci fıkranın ikinci cümlesi Anayasa’nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

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

3- Fıkranın Üçüncü Cümlesi

Dava dilekçesinde, fıkranın ikinci cümlesinde belirtilen 30 hektarlık sınırın, dava konusu kuralla 60 hektara kadar arttırılması konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmesinin, asli düzenleme yetkisinin devri niteliğini taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile, Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar arttırmaya yetkili kılınmıştır. Buna göre, kuralla, birinci fıkrada belirtilen koşullarla yabancı uyruklu gerçek kişilere tanınan haklar miktar yönünden belirlenmiş 30 hektarlık sınırın Bakanlar Kurulunca 60 hektara kadar arttırılabilmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir.

Anayasa'nın 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."*; 8. maddesinde, *"Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."* denilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Buna göre, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye

yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Dava konusu kural ile, Kanun'un yabancı uyruklu gerçek kişilere tanıdığı taşınmaz edinme sınırının (otuz hektarın) Bakanlar Kurulu kararıyla iki katına kadar (altmış hektar) arttırılabilmesi öngörülmektedir. Bu kural ile Bakanlar Kuruluna tanınan iki kata kadar arttırılabilme yetkisinin, kanuni sınırı Bakanlar Kurulu kararı ile etkisiz kılacak derece ve ölçüde olmadığı; yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmediği görülmektedir. Açık ve anlaşılır olan kuralın yasama yetkisinin devri niteliğini haiz bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 123. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 2644 Sayılı Kanun'un 35. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1- Fıkranın Birinci Cümlesi

Dava dilekçesinde, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan ve tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine yabancı gerçek kişiler için aranan sınırlama ve karşılıklılık koşulu aranmadan taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinme imkanı verilmesinin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 5., 10., 11., 16. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinebilecekleri belirtilmektedir.

Dava konusu cümlede, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin “özel kanun hükümleri

çerçevesinde” olmak kaydıyla taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinebilecekleri anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin Başlangıç’da belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde de kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak Devletin amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa’nın 10. maddesinde, herkesin, kanun önünde eşit olduğu, 16. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz edinimi ile ilgili olarak dava konusu düzenlemede *“özel kanun hükümleri çerçevesinde”* olmak denilmek suretiyle, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri için özel kanunlarla taşınmaz edinim hakkı tanınmakta ve özel kanunlara gönderme yapılmaktadır.

Buna göre, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzelkişiliğe sahip ticaret şirketleri; 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu, 6326 sayılı Petrol Kanunu ve 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu gibi yürürlükteki özel kanun hükümleri ve bunların dışında çıkartılabilecek başka özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinebileceklerdir.

Dolayısıyla, belirtilen bu kanunlardaki edinim amaçları dışında yabancı ticaret şirketlerinin taşınmaz edinimi bulunmamaktadır. Böylece amaç yönünden bir sınırlama getirilmiş olmakta, bunların dışında ve sadece taşınmaz edinimine dönük olmak üzere taşınmaz edinimi imkânı ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinen yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzelkişiliğe sahip ticari şirketlerin aynı konumda olmadıkları ve sözkonusu edinimlerin nedenlerinin de farklı olduğu gözetildiğinde aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı ve bu konuda farklı sınırlamalar getirilmesinin kanun koyucunun takdir alanı içinde kaldığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 16. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşlere katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı, 5., 11. ve 35. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- Fıkranın İkinci Cümlesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda yer alan hükümden yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındaki yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinemeyeceği anlaşılmakla beraber, aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının da taşınmaz edinemeyeceği şeklinde anlaşılabileceği, bunun ise belirsizliğe yol açacağı, bu nedenle de kuralın belirli ve öngörülebilir olmadığı ve dolayısıyla hukuki güvenirlilik sağlamadığı belirtilerek, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural uyarınca yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakiler Türkiye'de taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynı hak tesis edilemez.

Maddenin gerekçesinde de yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakilerin (tüzel kişiliği olan veya olmayan vakıf, dernek, kooperatif, cemiyet, topluluk, cemaat vb.) Türkiye'de taşınmaz edinemeyecekleri ve bunlar lehine sınırlı aynı hak tesis edilemeyeceği belirtilmiştir.

Madde gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kanun koyucunun yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışında kalan tüzel kişilerin taşınmaz edinmelerini engellediği açıktır.

Bir başka ifadeyle, dava dilekçesinde ileri sürüldüğü şekilde iptali istenen kuraldan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinemeyecekleri gibi bir anlam çıkarılamaz. Zira, fıkayı içeren Tapu Kanunu'nun 35. maddesi, yabancıların Türkiye'deki taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerine ilişkin bir düzenleme niteliğindedir.

Bu nedenlerle, dava konusu kuralda belirsizlik olmadığı gibi hukuk güvenliğini sağlamaktan da yoksun bulunmadığından, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşlere katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

3- Fıkranın Üçüncü Cümlesi

Dava dilekçesinde, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine Türkiye'de taşınmaz rehni tesisinde birinci ve ikinci fıkralarda yer alan kayıt ve sınırlamaların aranmamasının, taşınmaz rehni tesisini sınırsız hâle getirdiği, böylece karşılıklılık ilkesinin taşınmaz rehni bakımından etkisizleştirildiği, bunun ise Türk milletinin bağımsızlığı, ülke güvenliği ve toplum huzuru ilkeleri ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 10., 11. ve 16. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine Türkiye'de taşınmaz rehni tesisinde birinci ve ikinci fıkralarda yer alan kayıt ve sınırlamaların aranmayacağı belirtilmektedir.

Genel olarak rehin hakkı, rehne konu hakkı paraya çevirmek ve elde edilen paradan öncelikle alacağını alma yetkisi veren aynı bir haktır.

Rehin hakkı ile hak sahibine eşyanın değeri tahsis edilmiştir. Bu hak da diğer sınırlı ayni haklar gibi mülkiyetin muhtevassından oluşmuştur. Malik paraya çevirme yetkisini rehinli alacaklıya tahsis etmekte; alacaklı da alacak ifa edilmezse eşyayı paraya çevirerek öncelikle alacağını elde

edebilmektedir. Rehin hakkının bir türü olan taşınmaz rehni ise hak sahibine bir taşınmaz malın değerinden alacağını elde etme yetkisini veren sınırlı bir ayni haktır. Taşınmaz rehni, hem kişisel alacağı teminat altına almakta hem de arazi değerinin tedavül ettirilmesini sağlamaktadır. Türk Medenî Kanunu'na göre taşınmaz rehni ancak, ipotek, ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde kurulabilir.

Alacaklı sıfatıyla bir rehin hakkının tesisi, rehne konu teşkil eden taşınmaz malın iktisabı anlamına gelmez. Alacak ödenmediği takdirde, taşınmaz mal paraya çevrilirse, rehinli alacaklı olan ve Türkiye'de taşınmaz mal edinme imkânı bulunmayan yabancı kişi, bu taşınmaz mal mülkiyetini elde edemeyecek ve ancak alacağını satış bedelinden temin edebilecektir. Bu nedenle yabancının, alacağına karşılık olmak amacıyla, Türkiye'de bulunan bir taşınmaz mal üzerinde ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi biçiminde rehin hakkı elde edebilmesi mülkiyetin, kanunlarda öngörülen izinler dışında devrine yol açmayacağından taşınmaz rehninde sınırlama aranmamasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan rehin hakkının tesisinde karşılıklılık şartının aranmaması yukarıda belirtilen gerekçelerle Anayasaya aykırı görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 16. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşlere katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı, 5., 10. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 2644 Sayılı Kanun'un 35. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, yabancıların taşınmaz edinemeyecekleri alanları belirlemede Bakanlar Kurulunun yetkili kılındığı ancak, bu düzenlemede sınırlamanın içeriğinin belirsiz ve takdire dayalı kavramlarla ifade edildiği, Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkinin yeterli bir asli düzenlemeye dayanmadığı, bu nedenle de asli düzenleme yetkisinin devri niteliği taşıdığı, hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir

Devlet yetkisi kullanamayacağı, fıkranın birinci cümlesinde yabancıların taşınmaz edinemeyecekleri alanları belirlemede ve il yüzölçümüne göre oranını tespitinde Bakanlar Kurulu yetkili kılınmakla beraber belirtilen alanların içeriğinin belirsiz ve takdire dayalı olduğu, Bakanlar Kuruluna verilen bu yetkinin asli düzenleme yetkisi niteliğini taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz edinimlerinin, Bakanlar Kurulu tarafından ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçümü ve miktar olarak belirlenebileceği, sınırlandırılabilirliği, kısmen veya tamamen durdurulabilirliği veya yasaklanabilirliği belirtilmek suretiyle Bakanlar Kurulunun hangi sınırlandırma kriterlerini ve yöntemlerini kullanabileceği açıkça belirtilmiştir.

Bakanlar Kurulu'nun söz konusu yetkiyi maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer verilen sınırlamaları gözeterek kullanacağı açık olduğundan kuralda bir belirsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 6., 8., 11. ve 123. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 2644 sayılı Kanun'un 35. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 1. maddesiyle yeniden düzenlenen 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen gerekçelerle belirsizlik içeren kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip

ticaret şirketlerinin, satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunması gerektiği ifade edilmiştir.

İptali istenen kuralda yabancılar tarafından satın alınan yapısız taşınmaz üzerinde geliştirilen projenin, projenin niteliğine göre ilgili Bakanlığın onayına sunulması öngörülmüş olup bununla yabancıların salt arazi ve arsa edinmek için taşınmaz mal ediniminde bulunmasının getirebileceği sakıncalar önlenmiştir.

Kuralda yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunacağını belirtmesi, böylece şirketin ve taşınmazın niteliği ve projenin kaç yıl içinde onaya sunulacağını açıkça ifade edilmesi karşısında kuralın belirsiz olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.5.2012 günlü, 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları ile dördüncü fıkrasının birinci cümlesine yönelik iptal istemleri, 10.7.2013 günlü, E.2012/75, K.2013/88 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkralara ve cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, 10.7.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

3.5.2012 günlü, 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin;

A- Birinci fıkrasının,

1- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz

PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- İkinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- Üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- Dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

10.7.2013 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin iptali istenen hükümlerinden Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğüm birinci fıkranın birinci cümlesinde;

“Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilirler...,

üçüncü fıkrasında da;

...Bakanlar Kurulu, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir...”

denilmektedir.

Yabancıların taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinmeleriyle ilgili olarak 2644 sayılı Kanun'un 35. maddesinde müteaddit kez yapılan düzenlemeler, Anayasa aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de 31.1.1987-19358 sayı ile Resmî Gazete’de yayımlanan 9.10.1986 günlü, E.1986/18-K.1986/24 sayılı, 24.8.1995-18852 sayı ile Resmî Gazete’de yayımlanan 13.6.11985 günlü, E.1984/14-K.1985/7 sayılı, 26.4.2005-25797 sayı ile Resmi Gazetede yayımlanan 14.3.2005 günlü, E.2003/70-K.2005/14 sayılı, 16.1.2008-26758 sayı ile Resmî Gazete’de yayımlanan 11.4.2007 günlü, E.2006/35-K.2007/48 sayılı kararlarıyla bu düzenlemeleri Anayasa aykırı bularak iptal etmiştir.

Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin iptali istenen birinci fıkrasının birinci cümlesinde, yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebilmeleri için mütekabiliyet (Karşılıklılık) şartına

yer verilmemiş, belirsiz olan kanuni sınırlamalar sözcüğüne cümlede yer verilmiş, önemi olan bu konu ayrı bir kanun yerine Tapu Kanunu'nun bir maddesinde düzenlenmiş, ayrıca taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilecek ülke vatandaşı yabancı gerçek kişilerin Bakanlar Kurulunca belirlenmesi öngörülmüştür.

Söz konusu kuralın mütekabiliyet (Karşılıklılık) şartını içermemesi, ayrıca taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilecek yabancı ülke vatandaşı gerçek kişilerin Bakanlar Kurulunca belirlenmesi 9.10.1986 günlü, E.1986/18-K.1986/24 sayılı, 13.6.11985 günlü, E.1984/14-K.1985/7 sayılı Anayasa Mahkemesi kararlarında ayrıntıları yazılı gerekçelerle;

Belirsizlik içeren kanuni sınırlamalar sözcüğünün kuralda yer alması, ayrı bir kanunla düzenlenmesi gereğinin yerine getirilmemesi ise 14.3.2005 günlü, E.2003/70-K.2005/14 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının **“DEĞİŞİK VE EK GEREKÇE”** kısmının birinci ve ikinci paragraflarında belirttiğim gerekçe ve 11.4.2007 günlü, E.2006/35-K.2007/48 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının **“KARŞIOY”** başlığı altında belirttiğim gerekçe ile;

Yine, Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin iptali istenen üçüncü fıkrasında, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilmeleri ile ilgili kimi değerlendirmelerle Bakanlar Kurulu'na yetki verilmiştir.

Bakanlar Kuruluna yetki veren bu kuralda da mütekabiliyet (Karşılıklılık) şartı öngörülmeyle kimi değerlendirmelerle yabancıların taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilmelerine imkân tanınması, 9.10.1986 günlü, E.1986/18-K.1986/24 sayılı, 13.6.11985 günlü, E.1984/14-K.1985/7 sayılı Anayasa Mahkemesi kararlarında ayrıntıları yazılı gerekçelerle;

Anayasa'ya aykırı olduklarından, söz konusu kuralların iptalleri gerekir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluğun redde ilişkin görüşlerine katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinmeleri konusunu düzenleyen ve 1934-1984 tarihleri arasında yürürlükte kalan 22.12.1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35. maddesi şu hükmü taşımaktaydı:

“Tahdidi mutazammın kanuni hükümler yerinde kalmak ve **karşılıklı olmak şartı ile yabancı hakiki şahıslar** Türkiye’de gayrimenkul mallara temellük ve tevarüs edebilirler.”

21.6.1984 tarih ve 3029 sayılı Kanun’la, 2644 sayılı Tapu Kanunu’nun 35. maddesine şu fıkra ilave edilmiştir:

“Ancak hangi ülkelere yukarıdaki fıkradaki mütekalibiyet şartının uygulanmayacağını, alım ve satımlarda %25’i geçmiyecek şekilde Toplu Konut Fonuna alınacak fon nisbetini ve uygulamaya ait esasları tespite Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

Belirtilen bu hükmün Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası sonunda Anayasa Mahkemesi, şu özet gerekçe ile bu düzenlemenin iptaline karar vermiştir:

“... Toprak edinme kanunundaki mütekalibiyet esasının başka konulardaki mütekalibiyet esasından farklı yönü, Devletin, ülke denilen asli maddi unsuruyla olan ilişkileridir. Söz konusu ilişki bu noktada farklı bir düşünce ve hassasiyeti zorunlu kılar. Bu koşullardan herhangi bir nedenle tek taraflı vazgeçmek, Devletler Hususi Hukukunda Yabancılar Hukuku alanına etkisi zaruri eşitlik prensibini benimsememek anlamı taşır. Kaldı ki, bu alanda hakkın sujesi bireylerdir. Kendi vatandaşına yabancı ülkede aynı hakkı sağlamadan, ülkesinde yabancıya hak tanınması kolaylıkla savunulamaz. Yabancı bir ülkede mülk edinmek, çoğu kez o ülkede seyahat etmek, çalışmak veya yerleşmek gibi isteklerin bir uzantısıdır. Ülkede mülk edinerek yaşamını kısmen ya da tamamen orada sürdürecektir olan yabancının her türlü davranışına katlanacak olan onunla belli bir yöne ya da çevrede yaşamı paylaşmak zorunda kalan vatandaş olacaktır. **Bu itibarla vatandaşımızın, kendi ülkesinde mülk edinmesine katlanamayan bir devlet uyruğundan her halde bu hakkın esirgenmesi gerekir. Aksine bir durum ise yabancıya tanınmış bir imtiyaz sayılır...** Yabancı

hakiki şahısların mütekabiliyet şartı aranmaksızın Türkiye’de gayrimenkul edinmeleri hakkında 3029 sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin esasların sadece yabancı gerçek kişiler açısından ve sınırlı bir biçimde ele alınmış bulunmasının isabeti kuşkusuzdur. İktisadi konjonktürün neden olabileceği sıkıntılı dönemlerde, aynı mülahazalarla uygulama esaslarında yapılacak bir değişiklik söz konusu hakkın kimi ülkeler ve yabancı tüzel kişilere tanınması olasılığı gözden uzak tutulamaz. Bu takdirde ise durumun bazı olumsuz sonuçlar doğuracağını açıklamaya gerek görülmemiştir. Yabancıya satılmış toprakların yasal yollardan yerine göre geri alınabilmesi olanağının varlığına güvenilemez. Yabancıların her an kendi devletinin himayesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurma devletlerarası çetin sorunları davet etmesi kaçınılmazdır... Başlangıç’ın 4. paragrafındaki; Türkiye Cumhuriyeti’nin Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu ilkesiyle, devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır. Başlangıç’ın 7. paragrafında ise ‘Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin ... karşısında korunma göremeyeceği’ ilkesi ile de Anayasa’nın öngördüğü hukuk düzeni içinde milli menfaatlerin her şeyin üstünde tutulması gereği belirlenmiştir. Ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir. **Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği** sağlayan bir denge aracıdır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, değişik iktisadi politikalar ve kendi olanaklarımızla gerçekleştirebileceğimiz konut sorununda önemsiz bir kaynak yaratmak maksadıyla ülke topraklarının yabancı unsurlar eline geçmesine imkan tanıyan **3029 sayılı Kanun’un düzenlemesi Anayasa’nın Başlangıç Bölümüne aykırı bulunmuştur...** 3029 sayılı Yasa ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki son derece sınırsızdır ve açık değildir. Yasada sadece Toplu Konut Fonuna alınacak miktar belirlenmiş, diğer hususların tespiti yürütme organına bırakılmıştır. Bunlar arasında kanunla düzenlenmesi gereken yönler vardır... Yabancıların alacağı arazinin azami miktarı, emlakın adedi, alınma amaçları, Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin devamı süresi, satın alınacak arazi ya da emlakın yeri, satın almanın koşulları, devir ve ferağda uygulanacak ilkeler hep yasa ile düzenlenmesi gereken hususlardandır. Bütün bu yönlerde yasama organının serinkanlı ve objektif değerlendirilmesine gereksinim vardır... 3029 sayılı Yasa ile uygulamaya ilişkin esasların tesbiti yönünden yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır. Yasada, esasla alakalı bir çok yönler

düzenlenmemiştir. Bu durum, açıkça bir yetki devridir ve **Anayasa'nın** 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.' biçimindeki **7. maddesine aykırıdır...** (Any. Mah.nin 13.6.1985 tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararı; RG. 24.8.1985)

2- Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra 22.4.1986 tarih ve 3278 sayılı Kanun'la 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesine şu fıkralar eklenmiştir:

"Ancak, milli menfaatlere ve/veya milli ekonomiye faydalı görüldüğü hallerde, Bakanlar Kurulu; hangi ülkelerin ve/veya hangi ülkeler uyuğundaki gerçek kişilerin müteakabiliyet şartından istisna edileceğine karar verebilir. Bu hususlarla ilgili usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca tespit edilir.

Ayrıca, bu alım-satımlarda satış bedelinin %25'ini geçmiyecek miktarda Toplu Konut Fonuna alınacak fon nispetini ve uygulamaya ait esasları tespit Bakanlar Kurulu Yetkilidir."

Bu yeni yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası sonunda Anayasa Mahkemesi, şu özet gerekçe ile bu düzenlemenin iptaline karar vermiştir:

"...Anayasanın Başlangıç bölümünün 'Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası'nı getiren yedinci fıkrası ve 'Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür' kuralını içeren 3. maddesinin birinci fıkrası karşısında hiçbir organın yabancı ülkelere Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içinde taşınmaz mal edinmesi için izin vermeye ya da bu yolda Bakanlar Kuruluna takdir hakkı tanımaya yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenlerle 3278 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddeleri öncelikle bu bakımdan Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün yedinci fıkrasına ve 3. maddesinin birinci fıkrasına aykırı görülmüştür... 3278 sayılı Kanun'un gerekçesinde; Türkiye'nin uluslararası ekonomik alandaki ilişkilerinin hızla artmakta olmasının bazı yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişilerin, milli menfaatlerimiz çerçevesinde memleketimizde taşınmaz mal edinmelerini zorunlu kıldığı, yapılan düzenleme ile bu konuda Bakanlar Kuruluna yetki verildiği, diğer yandan yabancı uyruklu kişilerin taşınmaz mal edinmeleri sırasında Toplu Konut Fonuna belirli bir miktar para ödemeleri öngörülmek suretiyle de, inşaat sektörü için yeni imkanlar yaratıldığı ifade edilmektedir.

Bu gerekçelere göre yasalaşmış olan 3278 sayılı Kanun yabancı ülkelerin ve yabancı ülke uyruğundaki gerçek veya tüzel kişilerin ülkemizde taşınmaz mal satın alabilmelerinde tüm yetki ve inisiyatif Bakanlar Kuruluna bırakmıştır. Bakanlar Kurulunun günün politik ve ekonomik koşullarına göre uygulama esaslarını genişletmesi durumunda zaman içerisinde ülke topraklarından önemli kısmının yabancı ülkelerin veya yabancı ülkeler uyruğundaki gerçek kişilerin eline geçmesi kaçınılmaz olacaktır... **Devletlerarası ilişkilerde karşılıklılık esası, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarındandır...** ülke topraklarının karşılıklılık koşulu aranmadan yabancı ülkeler uyruğundaki gerçek kişilere satışına imkan veren 3278 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinin birinci fıkraları bu noktadan da Anayasa'nın 2. maddesi karşısında Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafında yer alan ve Anayasa'nın yorumu ve uygulamasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz olan temel ilkeye aykırı görülmüştür... Yasalarda öngörülen sınırlayıcı hükümlere uyulmuş olmak kaydıyla, karşılıklı muamele esasının aranmayacağı belirtilen ya da yasak hükmünden istisna edilen yabancı ülkeler ve/veya yabancı ülkeler uyruğundaki gerçek kişiler Türkiye'nin her yerinden miktar kaydı olmaksızın diledikleri kadar taşınmaz mal edinme imkanına olabileceklerdir. **Keyfiyet, 3278 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddelerine göre tamamıyla Bakanlar Kurulunun** politik takdir ve tercihinin bırakılmıştır... Bu kanunla Bakanlar Kuruluna tanınan yetkilerin kullanımı, yabancılara taşınmaz mal edinme hakkının verilmesinin Türkiye açısından milli menfaatlere ve/veya milli ekonomiye faydalı görülmesi hallerine bağlı tutulmaktadır.

...Söz konusu kavramlara yasada yer vermekle yasakoyucu yürütme organına, tanınan yetkileri kullanmasında, bir sınır çizilmiş olmamakta aksine bu kanunla verilen yetkilerin kullanımı büsbütün subjektif nitelik taşıyan kıstaslara bağlanmış olmaktadır. Öte yandan bu kavramların Yasa'da yer almasının ya da almamasının Anayasal açıdan büyük bir önem taşıdığı da savunulamaz. Çünkü hükümetler tüm karar ve işlemlerinde ulusal çıkarları gözetmek ve korumak, ulusal birliği, ulusal güvenliği ve ulusal ekonomiyi güçlendirme yönünde çaba göstermek zorundadırlar. **Özellikle dış ilişkilerde ve bu arada yabancılar hukuku alanında tesis edilen işlemlerde en geniş anlamda ulusal çıkarların gözönünde tutulması işin doğası gereğidir...** Bu kavramlar her yana çekilebilen, soyut ve sınırları belli olmayan, zamana ve kişiye, siyasal iktidarlara göre değişebilen,

dolayısıyla değişik siyasal iktidarlar elinde çok değişik amaçlarla kullanılma olanağı bulunan kavramlardır. **3278 sayılı Yasa'da yer alan bu kavramlar bu Yasa ile Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin amacını ve kapsamını ve sınırlarını belirlemekten uzaktır.** 3278 sayılı Yasa ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki sınırları net ve açık değildir... Anayasa'da ifadesini bulan ayrık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir. **Bu itibarla 3278 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinin birinci fıkralarıyla uygulamaya ilişkin esasların tesbiti yönünden yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır...** Bu durum açıkça bir yetki devridir ve Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır..." (Any. Mah.nin 9.10.1986 tarih ve E.1986/18, K.1986/24 sayılı; RG. 31.1.1987)

3- Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra 3.7.2003 tarih ve 4916 sayılı Kanun'la 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Madde 35- Karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilirler. Karşılıklılık ilkesinin uygulamasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına veya yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre konulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerine tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına veya ticaret şirketlerine de tanınması esastır.

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmazlar ile kanuni kısıtlamalara tabi alanlardaki taşınmazlar, intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir ve bedele çevrilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi Bakanlar Kurulunun iznine tabidir. Kanuni miras yoluyla intikal eden taşınmazlar için bu hüküm uygulanmaz. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin, kanuni miras dışında ölüme bağlı tasarruflar yoluyla otuz hektardan fazla taşınmaz edinebilmesi de Bakanlar

Kurulunun iznine bağlıdır. İzin verilmez ise fazla miktar tasfiye edilerek bedele çevrilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine, taşınmaz üzerinde sınırlı aynı hak tesis edilmesi halinde karşılıklılık aranmaz.

Kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, bu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.”

Bu yasal düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası sonunda Anayasa Mahkemesi, şu özet gerekçe ile maddenin birinci ve ikinci fıkraları ile üçüncü fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü tümcelerinin, dördüncü ve beşinci fıkralarının iptaline karar vermiştir:

“... Maddeyle karşılıklı olmak ve yasal sınırlamalara uyulmak koşuluyla yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde taşınmaz edinebilmelerine olanak sağlanırken bunların otuz hektardan fazla taşınmaz mal alımları Bakanlar Kurulunun iznine bağlı tutulmaktadır. Kanuni miras yoluyla intikal eden taşınmazlar hakkında ise bu kuralın uygulanmayacağı öngörülmekte, yabancı uyruklu gerçek kişilerin kanuni miras dışında ölüme bağlı tasarruflar yoluyla taşınmaz edinebilmelerine de sınırlamalar getirilmektedir. Yabancıların gayrimenkul edinmelerinde aranan karşılıklılık şartı ise sınırlı aynı hak tesis edilmesi halinde aranmamaktadır. Ayrıca, kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, bu maddelerin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmaktadır... Dava konusu 35. maddenin ilk fıkrasıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilerin taşınmaz edinmeleri, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak koşuluna bağlı tutulmuş, ancak bu edinimin usul ve esasları gösterilmemiştir. Oysa hukuk devletinin yukarıda belirtilen işlemlerinin yaşama geçirilebilmesi için, ülkenin bütünlüğü, güvenliği, coğrafi özellikleri, stratejik konumu öncelikleri gözetilerek yabancıların alacağı taşınmazın yeri, arazi, arsa veya bina olmasının getireceği farklılıklar ile satın almanın amacı, koşulları ve devirde uyulacak usul ve esaslar gibi hususların yasada belirtilmesi gerekir. **Bunların yasada düzenlenmemiş olması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda**

duraksama bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda, yetki devrine yol açacağı gibi, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gereğinin hukuk güvenliğinin gerçekleşmesi için ön koşul kabul edildiği hukuk devleti anlayışına da aykırı düşer. Dava konusu maddedeki yabancılar lehine taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesis edilmesinde de kuşkusuz aynı Anayasal sakıncalar söz konusudur. Çünkü burada da tesis edilecek sınırlı ayni hak süresinin çok uzun olması halinde, mülkiyet hakkının kullanılmasından doğan sonuçlara benzer bir duruma yol açılacağından bu hakkın da, amacı, süresi, türü gibi özellikler ile buna ilişkin usul ve esasların Yasa'da belirlenmemiş olması bu konularda yasama yetkisinin yürütmeye devri anlamına gelmektedir. Dava konusu 35. maddenin son fıkrasında da 'Kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından bu maddenin uygulanmayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir' denilmesi, böylece 'ülke güvenliği' yanında 'kamu yararı' gibi sınırları belirsiz bir kavrama dayanarak Bakanlar Kuruluna bu maddenin uygulanmayacağı yerleri saptama konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devrine yol açmaktadır. Yabancıların durumunun özel olarak düzenlendiği Anayasa'nın 16. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceği öngörülmektedir. Dava konusu maddenin son fıkrasıyla Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin kullanılmasının ise yabancılar yönünden sınırlama içerdiği açıktır. Bu sınırlamanın doğrudan yasayla yapılmaması veya uygulamaya yönelik yetkilendirmenin sınırlarının ve ilkelerinin belirlenmemesi Anayasa'nın 16. maddesiyle de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7. ve 16. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." (Any. Mah.nin 14.3.2005 tarih ve E.2003/70, K.2005/14 sayılı kararı.)

4- Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra 29.12.2005 tarih ve 5444 sayılı Kanun'la 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

"Madde 35- Yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar planı veya mevzi imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı ayni hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı ayni hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı

geçemez. Bu fıkroda belirtilen koşullarla, yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynı hak edinebilirler.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine Türkiye’de taşınmaz rehni tesisinde birinci ve ikinci fıkralarda yer alan kayıt ve sınırlamalar aranmaz.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakiler Türkiye’de taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynı hak tesis edemez.

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla intikal eden taşınmazları için birinci fıkroda belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanmaz. Ölüme bağlı tasarruflarda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanır. Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanuni miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı aynı hakların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir.

Karşılıklılığın tespitinde hukuki ve fiili durum esas alınır. Bu ilkenin kişilere toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı ülke uyruklarına uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz ediniminde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esastır.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanca ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinemeyecekleri alanları, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tescile esas koordinatlı harita ve planları içeren teklifi üzerine belirlemeye ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespiti Bakanlar Kurulu yetkilidir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı

olduğu Bakanlık bünyesinde ilgili idare temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından, bu madde uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler dahilinde çalışmalar yapılmak suretiyle kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamdaki teklifleri incelenip değerlendirilerek Bakanlar Kuruluna sunulur.

Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten sonra belirlenecek askeri yasak bölgeler, askeri ve özel güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri Milli Savunma Bakanlığınca geciktirilmeksizin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlığa verilir.

Bu madde hükümlerine aykırı edinilen ve kanuni zorunluluk dışında edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ile sınırlı aynı haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.”

Bu yasal düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davası sonunda Anayasa Mahkemesi, şu özet gerekçe ile 35. maddenin birinci fıkrasının “Bu fıkra da belirtilen koşullarda, yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir.” şeklindeki dördüncü tümcesi ile yedinci fıkrasının “...ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespite...” bölümünün iptaline, maddenin kalan kısımlarının iptal isteminin reddine karar vermiştir:

“...Devletlerarası ilişkilerde geçerli olan vazgeçilmez ilkelerden biri de, Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi karşılıklılık koşuludur. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, karşılıklılık esası, en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eden bir ilke olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, bir yabancı nın Türkiye’de bir haktan yararlanabilmesi, Türk vatandaşlarının da o yabancı nın ülkesinde aynı tür ve nitelikte olanaklardan yararlanmasına bağlıdır... Birinci fıkranın dördüncü tümcesinde ‘Bu fıkra da belirtilen koşullarla yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir’ denilmektedir. Kuralla, birinci fıkra da belirtilen koşullarla yabancı uyruklu gerçek kişilere tanınan haklar miktar yönünden belirlenmiş 2,5 hektarlık sınırın Bakanlar

Kurulunca 30 hektara kadar arttırılabilmesi öngörülmüştür... Dava konusu kural ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin sınırı esasları ve çerçevesi fıkra da belirlenmiş olmakla beraber, verilen yetki 2,5 hektarlık yasal sınırın on iki katına kadar arttırabilmeyi olanaklı kıldığından, düzenleme, sınırlamanın işlevselliğini etkisiz bırakacak derecede ölçsüzdür. Buna göre Bakanlar Kuruluna tanınan on iki katına kadar arttırma yetkisinin ölçsüz olması yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracağından kabul edilemez. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir... Dava konusu kuralla yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespiti Bakanlar Kurulu yetkili kılınmaktadır. İller coğrafi ve stratejik olduğu kadar yerleşim alanları ve konumları itibarıyla da birbirinden farklılıklar göstermektedir. Kimi illerin yerleşim alanlarının tamamı veya birçok büyük ilçenin tamamı binde beşlik sınırın altında kalabilmektedir. Buna karşılık il yüzölçümleri, ilin ormanları, dağları ve meraları gibi yerleşim alanları dışındaki kısımlarını da kapsamaktadır. İller için geçerli koşulların ilçeler ve beldeler için de geçerli olmadığından söz edilemez. **Bu durumda Bakanlar Kuruluna bırakılan düzenleme yetkisinin Anayasal sınırlar da gözetilerek çerçevesinin belirlenmediği açıktır. Ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kurallar içermesi gerekir.** İptali istenen kural ise yeterli açıklık ve belirlilikten uzak olduğundan, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir..." (Any. Mah.nin 11.4.2007 tarih ve E.2006/35, K.2007/48 sayılı kararı; RG. 16.1.2008, Sayı:26758)

5- Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra iptal istemine konu 3.5.2012 tarih ve 6302 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

Bu son yasal tasarruf ile 35. madde altı fıkra halinde ve esas olarak Bakanlar Kurulunun belirleyeceği ilkeler çerçevesinde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinebilecekleri şeklinde düzenlenmiştir.

6302 sayılı Kanun'la değişik 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin incelenmesinde; yukarıda işaret edilen Anayasa Mahkemesinin dört iptal kararının gerekçelerinde ortaya konulan ve Anayasa'ya aykırı

olduğuna işaret edilen hususların yeniden madde metnine dahil edildiği, bu meyanda “karşılıklılık ilkesi”nin kaldırıldığı, yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinimindeki “taşınmazı işyeri veya mesken olarak” kullanmak şartına yeni kuralda yer verilmediği evvelce yabancı uyruklu gerçek kişilerin Türkiye’de edinebilecekleri taşınmazların toplam 2,5 hektar olması sınırı mevcutken ve bu miktar Bakanlar Kurulunca 30 hektara ıkarılabilecekken (ki bu kural da Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir.) İptal istemine konu kuralda 2,5 hektarlık sınırın tarım arazisi, köy arazisi vb. herhangi bir ayırım yapılmaksızın 30 hektara çıkarıldığı (Bakanlar Kurulunca bu limit iki kata -yani 60 hektara- çıkarılabilecektir), Yine Anayasa Mahkemesince iptal edilen önceki düzenlemede yer alan ‘yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespiti’ Bakanlar Kurulunu yetkili kılan hükmün yerine, ‘zel mülkiyete konu ilçe yüzölçümünün yüzde onu’ kriterinin getirildiği, evvelce Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçerek Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verilen önceki düzenlemedeki “yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar özel koruma alanları ile flora ve sauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz mal edinemeyecekleri alanlar” kriterine yeni düzenlemede yer verilmediği, “uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler...”, “Bakanlar Kurulu lke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir” şeklindeki düzenlemelerle yürütme organına sınırları çok geniş ve belirsiz yetki devrinde bulunduğu görülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, 2644 sayılı Kanun’un 6302 sayılı Kanun’la değişik 35. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa’nın Başlangıç, 2. ve 7. maddelerine aykırı düştüğü ve iptali

gerektiği kanaatine ulaştığımızdan, çoğunluğun davanın reddi yolundaki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY YAZISI

6302 sayılı Tapu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin,

- Birinci fıkrasının birinci cümlesinde *“Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslar arası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler”,*

- İkinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde *“Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar arttırmaya yetkilidir”,*

- İkinci fıkrasında *“Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı ayni hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz”,*

- Üçüncü fıkrasında *“Bakanlar Kurulu, ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir”*

Denilmektedir.

Kuralların Anayasa'ya aykırılığı meselesini kurallarla getirilen sistemin bütünlüğü içinde incelemek icap eder.

Anayasa'nın yabancıların toprak edinimi konusunda öngördüğü sistemin, çağın ve global ekonominin gereklerine aykırı bir nitelik taşıdığı, bir siyasal tercih ve yerindelik meselesi olarak, kuşkusuz tartışılabilir. Ancak, iptali istenen kurallarla yabancıların taşınmaz mülkiyeti konusunda eskisine oranla bazı önlemler getirilmişse de kuralların, Anayasa Mahkemesinin E:1986/18, K:1986/24; E:1984/14, K:1985/7; E:1997/36, K:1997/52; E:2006/35, K:2007/48; E:2003/70, K:2005/14; E:2003/71, K:2008/79 sayılı kararlarında etraflıca tartışılıp hükme bağlandığı üzere, Anayasa'nın 2., 16., 35., 43., 44. ve 153. maddelerine aykırılıklar içermesi nedeniyle iptalleri gerektiği düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2012/94

Karar Sayısı : 2013/89

Karar Günü : 10.7.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri
Emine Ülker TARHAN ve Levent GÖK ile birlikte 118 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 7.6.2012 günlü, 6325 sayılı Hukuk
Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun;

- 1- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının,
- 2- 4. maddesinin,
- 3- 5. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarının,
- 4- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,
- 5- 13. maddesinin,
- 6- 15. maddesinin (1), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının,
- 7- 16. maddesinin,
- 8- 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,
- 9- 18. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının,
- 10- 19. maddesinin,
- 11- 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin,

12- 21. maddesinin,

13- 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler.” biçimindeki ikinci cümlesinin,

14- 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.” ibaresinin,

15- 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin,

16- 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin,

17- 33. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 36., 37. 138. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

A- Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“III. GEREKÇE

1) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 1 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasında arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar belirlenirken tek kıstas, “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları” olarak belirlenmiştir. Ancak bu kıstas yeterince açık değildir.

Özel hukuku alanında irade serbestisi çok geniş bir alana yayılmıştır. Bazı hukuk dalları ise, hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanına girebilmektedir. Diğer taraftan, kamu hukuku alanından olmakla birlikte, bazı hukuk dallarındaki uyuşmazlıklarda, tarafların kabulü neticeyi belirlememekle birlikte, davayı kabul

eden taraf duruşmalara gelmezse, yargılamaya gıyabında devam edilerek, karar verilebilmektedir. Boşanma, velayet nesebin reddi gibi davalar buna örnek gösterilebilir.

Bu nedenle tarafların üzerinde serbestçe hareket edebilecekleri iş ve işlemlerin tespiti büyük önem taşımaktadır. Kanunun iptali istenen bu hükmü ile devletin yargı unsuru devre dışı bırakılarak, bir anlamda yargı kısmi özelleştirmeye tabi tutulmuş olmaktadır. Kanuna göre taraflar devletin yargısına başvurmak zorunda olmaksızın arabulucular vasıtasıyla uyuşmazlıklarını çözüme ulaştıracaklar ve arabulucunun katılımıyla hazırlanacak belgeyi İcra hâkimine tasdik ettirerek ilam gücüne ulaşabileceklerdir.

Bu çerçevede kanunla aşağıda sayılmış maddeler halinde sayılmış bulunan hukuk alanları devletin Yargısal faaliyet alanından çekilmek istenmiş ve bu alanlar açısından yargılama, özelleştirilmiştir.

1. Alacak
2. Tazminat
3. Taşınır mallar,
4. Boşanmada maddi manevi tazminat,
5. Nafaka,
6. Kira bedeli tespiti,
7. Feshin geçersizliği,
8. İşe iade,
9. İş güvencesi,
10. Boşta geçen süre ücret alacağı,
11. Tapu iptal ve tescil,

12. Eda davaları (Serbest tasarruf ve özel hukuk kapsamında)

13. Özel hukuk sözleşme ilişkisinden kaynaklanan davalar

Özellikle İş hukukundan ve Aile hukukundan kaynaklanan bazı konular arabuluculuk müessesesinin yapısıyla bağdaşmamasına rağmen, bu kapsamda değerlendirilebilecek ve ilgilinin aleyhine sonuçların doğmasına yol açabilecektir. Nitekim 1 inci maddede arabuluculuk faaliyetlerinin kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Türk Medeni Kanunu ve İş Hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklarda uygulanmamasına yönelik olarak Cumhuriyet Halk Partisi Grubunun vermiş olduğu önerge reddedilmiştir.

Hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu bu maddede tahdidi olarak sayılması gerekirken bu yapılmayarak, özellikle taraflardan birinin güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklar veya irade fesadı durumlarında, durumun ne olacağına ilişkin maddede herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması ise başka büyük eksikliklerdir.

Bu nedenle özellikle kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Aile Hukuku ve İş Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıklarda bu fıkranın uygulaması halinde, kamu yararı, toplum menfaati ve hak arama hürriyeti zedelenecektir. Yine ekonomik yönden güçsüz olan işçiler açısından da maddi ya da manevi baskı ile arabulucuya başvuruyla zorlama ve neticede ciddi hak kayıplarına uğrama söz konusu olacaktır.

Ayrıca yine ikinci fıkrada “ yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere” ibaresi de bu kanunla yabancıların da kendi hukuklarını yaratmasına imkân tanıyacak paralel hukuki düzenlemelerin yaratılmasına imkân sağlayacak üniter devlet açısından son derece tehlikeli durumlara ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

Sonuçta, devlet aslî vazifelerinden olan, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ve sosyal barışı gerçekleştirmek olan bu vazifesini ifa edemeyecek, adalet hizmetleri aksayacak, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı yurttaşlarımızın ellerinden alınacaktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan “hukuk devleti” kavramı da yargı birliğini ihtiva etmektedir. Egemenlik nasıl tekse, yargının da tek, bir olması

gerekir. Bir ÷lkede birden fazla yargıdan bahsediliyorsa, birden fazla egemenlik mevcut demektir. Bu çerçevede somut bir uyuşmazlığı aynı anda yargılayabilecek birden çok yargı mercii de olmamalıdır. Anayasamız da yargı birliğini bu şekilde kabul etmiş ve yargılama yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını öngörmüştür. Mevcut yasanın iptali istenen maddesi ise ikili ve çok hukuklu bir yapı ortaya koyma tehlikesi taşıdığından ve Kamu yararı vel/ veya kamu düzeninin korunması ibarelerinin kısıtlayıcı ibareler olarak ilgili yasa maddesinde yer almamış olması nedeniyle, Anayasanın başlangıç, 2 nci, 5 inci, 6 nci, 9 uncu ve 11 inci maddelerine; ayrıca hukuki uyuşmazlıklarda tarafların hak ihlallerine neden olacağından Anayasanın 10 uncu, 36 ncı, 37 nci, ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı ve 14 üncü maddelerine aykırıdır.

2) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 4 üncü Maddesinin ve 33üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Kanunun 4 üncü maddesinde arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu ve tarafların da bu konudaki gizliliğe uymak zorunda olduğu; ayrıca 33 üncü madde ile gizliliğin ihlali halinde, kişilerin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır.

Bu maddeye göre arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa aleniyet ilkesine aykırı olarak gizlilik içerisinde işlemleri yürütecek, elde ettiği bilgi ve belgeleri hiç kimseyle paylaşmayacaktır. Bu durumda, Aile Hukukundan kaynaklanan bazı sorunlarda kadınlar koca, baba, töre baskısıyla bir arabulucuya yönlendirilebilecek ve gizlilik içinde yapılan arabuluculuk çalışması sonucunda çocuğunun velayeti, görüşme hakkı, tazminat ve evlilik içi mal paylaşımına ilişkin konulardan vazgeçtiğine ilişkin bir tutanak imzalatırılabilir, bu imzalanan tutanak da hâkim tarafından yeterli denetime tabi olmayacağından önemli mağduriyetlere yol açabilecektir. Özellikle, miras hukukunda arabuluculuğun geçerli olduğu durumlarda, kadınların mirastan eşit pay sahibi olması konusunda zaten uygulamada sorunlar yaşanmaktayken, kız çocuklarının ve geride kalan eşlerin miras paylarının korunması yeterince sağlanamayacak ve kadınlar manevi baskı altında bırakılacaktır. Medeni Kanunumuzla kadınlarımızın elde etmiş olduğu tüm haklar gizlilik içinde ortadan kaldırılacaktır.

Bu konudaki kaygılar dayanaksız olmayıp, İngiltere ve Kanada'da arabuluculuk faaliyetlerinde Müslümanların kendi inanç sistemine göre çözümler üretebilmesi kabul edilmiş, bunun sonucunda kadın haklarında çok ciddi ihlaller yaşanmıştır.

Başka bir deyişle; taraflar mahalle baskısı altında tarikat ve töre kurallarına göre, hukuka aykırı bir biçimde uyuşmazlıklarının çözümlenmesini istediklerinde gizlilik ilkesi gereğince, bu dahi mümkün olabilecektir. Gizlilik içerisinde yürütülen faaliyetleri denetlemek mümkün olmayacağı için, bu durum alternatif kadı sistemini ortaya çıkaracaktır.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik içinde yürütülmesi; güçlüünün zayıfı, haksızın haklıyı ezmesi sonucunu doğurabileceği gibi, hukuka aykırı uygulamaların gizlilik kisvesi altında meşruiyet kazanmasını da sağlayacaktır. Ayrıca son derece tehlikeli olan bu madde, arabuluculuk faaliyetinin etnik ve dinsel temelde oluşumlara ya da mafyanın hâkimiyetine yol açabilecek bir düzenlemeye dönüşme sakıncalarını da içinde barındırmaktadır. Bu nedenle Arabuluculuk faaliyetleri gizlilik içinde değil, şeffaf bir şekilde yürütülmeli ve ayrıca yargı denetimine de açık olmalıdır. Arabulucu tutanağının maddi olgu ve fiili gerçeğe bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphe bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde arabulucunun da cezalandırılması gerekirken, kanunda isabetsiz ve gerekçesiz bir biçimde gizlilik kuralının ihlali durumunda 33 üncü madde uyarınca 6 aya kadar hapis cezası verilebilmesi hükme bağlanmıştır. Oysa Avusturya'da gizlilik kuralı meslek sırrı niteliğinde sadece arabulucu açısından geçerlidir. Tarafları bağlamaz. Örnek aldığımız ülkelerde düzenleme böyleyken, ülkemizde gizlilik kuralının bu denli ağır yaptırımlara bağlı olmasının kabul edilebilir hiç bir gerekçesi olamaz.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik kuralına bağlanmış olması, devlet mahkemelerindeki yargılamanın aleni olması kuralına aykırılık oluşturur. Bu konuda Anayasamız, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu açıktır. (Anayasa m. 141/1; HMK m.128; CMK m.82 vd.).

Adalet mülkün temeli ise adalete ulaşabilmek için yapılan yargılama süreci de mülkün meşru temeller üzerinde oturması açısından çok büyük önem taşımaktadır. Bu sürecin adilliği devlet açısından bir görev, bireyler açısından ise bir haktır. Adil yargılanma hakkının varlığından söz edebilmek için kişinin güvenceli yargılanmasına gereksinim vardır.Devlet, yargılama sonucunda adaletin gerçekleştiği, adalete uygun bir kararın mahkemelerden çıkmış olduğu yargısına hem taraflarca hem tüm toplumca varılmasını sağlamalıdır. Toplumun

adil bir yargılama kanısına varması, adaletin devletçe sağlanmakta olduğuna inanması ve buna güvenmesi, mülkün meşru temeller üzerine oturtulmasıyla; devletin adli mercilerinin dışında bir takım kanun dışı oluşumlara yönelebilecek taleplerin de önüne geçilmesinin sağlanmasıyla mümkün olur. Adil yargılanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimi ise yargılamanın aleniyeti ile sağlanabilir. İşte bu nedenledir ki adil yargılanma her zaman açık yargılanma hakkı ile birlikte düşünülmüş ve düzenlenmiştir. Açıklanan bu nedenlerle Arabuluculuk müessesesinin, gizlilik kuralına bağlı olması, Anayasanın 2., 9., 36., 37. ve 141.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 6 ncı maddesine aykırıdır.

3) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 5 inci Maddesinin Birinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun Beyan ve Belgelerin Kullanılmaması başlıklı 5 inci maddesinin birinci fıkrasında, Tarafların, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği; Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler; Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü; Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeleri delil olarak ileri süremeyecekleri ve bunlar hakkında tanıklık yapamayacakları düzenlemesi getirilmiş, maddenin üçüncü fıkrasında da birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamayacağı... Belirtilmiştir.

Madde gerekçesinde; bu yasağın; arabuluculuk yoluna başvurulmuş bir uyuşmazlığın taraflarını, arabulucu ve arabuluculuk faaliyetine katılmış veya karılmamış olsun üçüncü kişileri kapsadığı açıklanmıştır. Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk faaliyeti esnasında ortaya koydukları görüş ve önerilerle daha sonra bağlı olamayacaklarını bilmenin rahatlığıyla özgür ve samimi ortamda uyuşmazlığı müzakere edip sonuçlandırmalarını temin etmek amacıyla böyle bir yasağın getirilmiş olduğu ileri sürülmüştür. Aynı yasak, arabuluculuk faaliyetine katılmamış olan ve arabuluculuk yoluyla çözümüne gidilen uyuşmazlıkla bir şekilde bağlantısı bulunan üçüncü kişiler için (ki bu kişiler, müteselsil borçlu olabilir, edimi taahhüt edilen üçüncü kişi olabilir veya bunların dışında başka bir kişi

olabilir) hangi hukuksal gerekçelere dayanılarak kabul edildiği açıklanamamıştır. Bu maddedeki yasağın, arabuluculuk sürecine katılmamış ve bu faaliyet içinde yer almamış olan üçüncü kişiler için de kabul edilmesi, Anayasanın 36 ncı maddesindeki ‘herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir’ şeklindeki hiç bir anayasal kısıtlamaya tabi tutulmamış olan hak arama hürriyetine aykırılık oluşturur. Ayrıca, dava açıldığında ya da tahkim yoluna gidildiğinde gizlilik kuralı gereğince maddede belirtilen beyan ve belgeler de delil olarak ileri sürülemeyecektir. Aslında bu madde delillerin sınırlandırılması sonucunu doğuracağından, delil serbestisi ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Yine üçüncü fıkra “Birinci fıkra belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkra öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınmaz” denmektedir. Bu fıkraya göre de; arabuluculuk faaliyetleri o kadar gizlidir ki, mahkemeler bile arabuluculuk faaliyetleri dolayısıyla hazırlanan belgeleri isteyemeyecek, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alamayacaklardır. Böyle bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ve ayrıca hak arama hürriyetiyle bağdaşmasına imkân yoktur. Arabuluculuk müessesesinde gizlilik gereksiz olup, sonuç olarak tutulan uyuşmazlık tutanağının mahkemelere sunulabilme imkânının tanınması gerekirken bu yapılmayarak mahkemelere bu madde ile yardımcı değil, alternatif yargı mercii ihdas edilmiştir. HMK m.188/3 de düzenlenen sulh anlaşmasında olduğu gibi arabuluculuk görüşmelerinde de ikrarın tarafları bağlamayacağı yönünde düzenleme yapılmadığı için, bu maddeler, Anayasanın 9 uncu maddesine de açıkça aykırıdır.

Arabuluculuk faaliyeti hukukumuzda yabancı olmayıp, bu faaliyet, Medeni Usul Hukukunda tarafların mahkeme tarafından sulha teşvik edilmesi veya tarafların sulh için arabulucuya başvurmaları şeklinde uygulanır. Tarafların anlaşamamaları durumunda, uyuşmazlık tutanağı, tarafların iddia ve savunma özetlerini, delilleri ve hangi oranda haklı olup olmadıkları konusunda açıklamaları içermelidir. Bu sayede taraflar uyuşmazlık tutanağını mahkemede delil olarak kullanabilir ve mahkemenin yapacağı ön inceleme de o oranda kolaylaşmış olur. Arabuluculuğun mahkemelere alternatif olmadığı, bilakis mahkemelere yardımcı bir faaliyet olması ancak bu anlayışla sağlanabilir ve hukuk sistemimizde mümkün olur.

Oysa iptali istenen kanunla, HMK ve Medeni Usul Hukukundaki paralel hükümler hiçe sayılarak, arabuluculuk müessesesinin mahkemelere alternatif bir makam ve merci olarak ihdas edilmesi sağlanmıştır. Öyle ki, anılan maddeler ile yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hükmüne aykırı olarak, tarafsız ve bağımsız mahkemelerin dışında yeni bir yargılama yöntemi belirlenmiştir.

4) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 9 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

9 uncu maddesi ile Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceği, düzenlenmiş; böylece arabuluculuk, hâkimlik mesleği ile adeta özdeşleştirilmek istenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasıyla arabulucuya görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmesi görevi verilmiş, ancak maddede arabulucunun görevini gereği gibi yerine getirmemesi; görevi sırasında, görevi nedeniyle suç işlemesi; taraflara baskı yapması; taraflar arasında eşitlik ilkesine aykırı davranması ve görevini savsaklaması durumunda nasıl bir cezalandırma yöntemine başvurulacağı, bunun yaptırımının ne olacağı yönünde, hiç bir düzenleme yer almamıştır. Bu durumda avukat olan arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle işlediği suçtan dolayı, Avukat olarak cezalandırılabilmesi ya da baronun denetimine tabi tutulması mümkün değildir.

Arabuluculuk faaliyeti her zaman uzlaşmayla sonuçlanmayabilir. Sonucun hangi hallerde uzlaşmazlıkla sona ermiş sayılacağı konusunda uyuşmazlığın taraflarının tek söz sahibi sayılmasının sakıncalı sonuçlara yol açması kaçınılmazdır. Özellikle son durumun tespiti bakımından sadece arabulucunun yetkili kılınması, faaliyetin başlangıcının ihtiyari nitelik arz etmesi zedelenmeksizin taraflara arabulucuya tanınacak olan bu yetkinin zamansız, haksız ve kötü kullanımına ilişkin cezai yaptırımlara yer veren bir düzenlemenin kanun metninde yer almaması; arabulucunun yaptığı görev nedeniyle görev ve yetkisini kötüye kullanması durumunda, TCK m.257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması ve arabulucuya karşı görevi sırasında işlenen suçlar nedeniyle de kamu görevlisi gibi korunması gerekirken; arabuluculuk kurumunun denetim dışında bırakılması, Anayasamızın hak arama hürriyetine ve kanuni hâkim güvencesine aykırıdır. Bu nedenle mevcut düzenlemenin, Anayasanın 2 nci, 9 uncu, 36 ncı ve 37 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 13 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kanunun Arabulucuya başvuru başlıklı 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında 'Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir...' Aynı maddenin ikinci fıkrasında da 'Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır' düzenlemesi mevcuttur.

Tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda teşvik edilebileceğini; başvuru teklifine taraflardan birinin olumsuz cevap vermesi halinde bu teklifin reddedilmiş sayılacağını düzenleyen bu madde ile arabuluculuk kurumunun, uyuşmazlığın her safhasında hatta uyuşmazlığın yargıya intikalinden sonra da devreye girebilmesi sağlanmış; böylece ülkemizin öznel koşulları da gözetildiğinde, mahkeme aşamasındaki arabuluculuk faaliyetinin nafi bir çabaya dönüşmesine, yargıya duyulan güvenin tehlikeye düşmesine, yargısal faaliyetlerin kesintiye uğramasına, gecikmesine ve ertelenmesine yol açacak bir süreç uğramasına adeta izin verilmiştir. Faaliyet süresinin saptanması konusunda ve arabuluculuk faaliyeti işinin yargıya intikal etmesinden sonra da devreye alınabilmesinin getirebileceği sakıncalar, esasen usul yasamızda tarafların sulhe teşviki hükümlerinin varlığına rağmen bu konuda uygulamada başarısız olduğu da göz önüne alındığında, daha da belirgin bir şekilde ortaya çıkacaktır.

Hukuk Usulündeki, sulh iradelerini ortaya koyarak uyuşmazlığı yargı önünde sona erdirmeye olanağı varken ve arabuluculuk faaliyetinin tamamen davadan önce başvurulabilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi gerekirken, davadan sonra da arabulucuya başvurma, Devlet yargısı önündeki davaların çözüme ulaştırılmasını geciktirmeye yönelik sonuçlar doğuracağından, Anayasamızın 141 inci maddesinin beşinci fıkrasında yargının görevleri arasında yer alan, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine aykırıdır.

Ayrıca medeni yargılamamızda zorunlu avukatlık mevcut olmayıp, mevzuatımızda, hâkimlere avukatı olmayan kişilere, kendisini bir avukatla temsil etmesi gerektiği konusunda tavsiyede bulunması, yoksul kişilere adli yardım

veya CMK benzeri bir kurumdan kendisini avukatla temsil edebileceği yönünde bir açıklamada bulunması ve bu yönde tarafları teşvik etmesine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Buna rağmen hâkimden arabuluculuğu bu kadar öne çıkarmasının istenmesinin amacı, adaletin gerçekleşmesi değil, devletin hâkimi aracılığıyla adaleti gerçekleştirmemek, buna emek, masraf ve zaman harcamak istememesidir. Bu durum, devletin asli görevlerinden olan adaletin gerçekleştirilmesi görevinin askıya alınması anlamına gelir ki bu durum anayasal ilkelerle bağdaşmaz. Bu nedenle mevcut düzenleme Anayasanın, 2 nci, 5 inci, 36 ncı, 37 nci ve 141 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

6) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 15 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

a. 15 inci maddesinin birinci fıkrasının Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet edeceği...ve 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında, Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı... yazılıdır.

16 ncı maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm uyarınca ise, arabuluculuk sürecinin başlaması, uyuşmazlıkla ilgili zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında önem taşımaktadır. Bu nedenle; arabulucunun seçilmesinden sonra, tarafların ilk toplantıya hangi süre içinde ve ne yolla davet edileceğinin bu maddede somut olarak gösterilmemiş olması ve en kısa sürede ibaresinin belirsizliği, davet usulünün ise muğlak bırakılması arabuluculuk faaliyetinin başlamasında ve mahkeme sürecinde kötü niyetli kişilerin bu süreci uzatabilmesi imkânını yaratabilecektir. Bu durum Anayasanın 2 nci, 9 uncu ve 141 inci maddelerine aykırıdır.

b. Kanunun dördüncü fıkrasında "hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz" dense de, üçüncü fıkrasında "arabulucu uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür" denmekte, dolayısıyla dördüncü fıkranın aksine üçüncü fıkrada arabulucuların hâkim gibi işlemler yapmasının önü açılmaktadır. Bu düzenleme de Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 9 uncu ve 37 nci maddelerine aykırılık oluşturduğundan iptali gerekir.

c. 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının Anayasanın 141 inci maddesine beşinci fıkra da belirtilen şekilde; Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir hükmü ile dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde, yargılamanın mahkemece üç ay süre ile ertelenmesi ve tarafların birlikte başvurusu üzerine bu sürenin üç ay daha uzatılabilmesi de usul ekonomisi açısından sakıncalar doğurabilecek niteliktedir. Bu nedenle; davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda davanın üç ay süreyle ertelenmesi ve tarafların birlikte talepte bulunması üzerine sürenin üç ay uzatılması yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olabileceğinden; Anayasanın 141 inci maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan, davaları en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması hükmüne aykırıdır.

7) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 17 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

17 nci maddeye göre Arabuluculuğun hangi hallerde sona ereceği belirtilmiştir. Kanunda Arabuluculuğa ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri -aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklar hariç- özel hukuka tabi iş ve işlemler hakkında gidilebilmektedir. Özellikle taraflardan birinin güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklar veya irade fesadı durumlarında da arabuluculuk faaliyetlerinin sona ermesi gereklidir. Bu husus hem kamu düzeninin hem de kamu menfaatinin bir gereğidir. Arabuluculuk sonunda, anlaşma belgesinin arabulucu ya da uyuşmazlığın bir tarafınca, yanlış yönlendirme, yanıltma, korkutma gibi iradeyi zaafa uğratan etmenler sonucunda elde edildiği yönündeki iddialar ile tutanağın tarafları dışında, mirasçılar ya da üçüncü kişiler tarafından ileri sürülecek muvazaa iddialarının ne şekilde ele alınacağının belirsiz kalmış olması; bu konuda doğru beyanda bulunma ve bildirim sorumluluğunun doğrudan arabulucuya ait olduğuna dair herhangi bir düzenlemeye yasada yer verilmemiş olması; bu durumların ihlali halindeyse, cezai yaptırımlara da yer verilmemesi suretiyle; tarafların, çağdaş hukuk düzeni dışında farklı arayışlara yönelmesinin ve buna göz yuman ve bunu onaylayan arabuluculuk faaliyetine izin veren bir devlet anlayışının önü açılmış; bu sayede Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Hukuk Devleti niteliği zedelenmiştir.

Kanunun 17 nci maddesinin dördüncü fıkrası arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen belgenin Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne

gönderilmesini zorunlu kılmaktadır. Taraflar Devlet Yargısına başvurmadan bağımsız bir arabulucu nezdinde ve tamamen serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk alanındaki sorunlarının çözümünün ve bu alandaki özel bilgilerin arşivlenerek Adalet Bakanlığına bağlı bir birimde saklanmasıdaki amacın ne olduğu anlaşılamamaktadır. Bu durum toplumsal hukuk güvenliğimiz açısından son derece tehlikeli olup hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan ancak anti-demokratik rejimlere özgü bir anlayışın ürünüdür. Avukatlar uzlaşma tutanaklarını devletin herhangi bir birimine vermek zorunda değildirler hatta sır saklamak kapsamında belgeleri vermemek durumundadırlar.

Sır saklama yükümlülüğü o denli önemlidir ki, avukatın birincil ve en temel hak ve görevidir. Avukatın sır saklama konusundaki yükümlülüğü adaletin gerçekleşmesine olduğu kadar müvekkilin menfaatine de hizmet eder. Bu nedenle, sır saklama yükümlülüğü devlet tarafından özel bir korumaya tabi olması gerekir. Avukat, mesleğinin icrası esnasında öğrendiği bütün bilgilerin gizliliğine saygı göstermek zorundadır. Sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı tutulmamış olup; bir avukat, hukuki hizmet verirken kendisiyle birlikte çalışan iş ortaklar meslektaşları ile diğer çalışanlardan sır saklama yükümlülüğüne riayet etmelerini talep edebilir. İptali istenen bu kanun hükmüyle ise, tarafsızmış gibi görünen sicili, yetkilendirilmeleri ve ücret tarifeleri ile tamamen devlete bağlı durumda olan hukukçulara kişilerin özel alanları açılarak alınan sonuçlar devlet tarafından arşivlenmektedir.

Bu madde hükmüyle savunma hakkı ihlal edilmiş, hukuki güvenlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi zedelenmiş bireylerin devlete ve adalete olan güvenini sarsılmıştır.

8) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 18 inci Maddesinin İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Kanunun 18 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, tarafların anlaşması sonucunda Arabulucunun düzenleyeceği belgenin asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan Mahkemelerden icra edilebilir şerhi alınması sonucunda ilam niteliğinde belge niteliği kazanması düzenlenmiştir. Bu maddede anlaşma tutanaklarının hâkim önüne götürülmesi tarafların isteğine bırakılmıştır. Hâkim ise bu tutanağı sadece tarafların serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir hak konusunda olup olmadığı ve icraya elverişli olup olmadığı yönüyle inceleyecek ve onaylamak durumunda kalacaktır. Hâkimler tarafından, tarafların taraf, hak

ve fiil ehliyetlerinin olup olmadığı ve arabuluculuğa başvurmalarında hukuki menfaatlerinin olup olmadığı konusunda inceleme yapılamayacak; dolayısıyla, inceleme yetkisi çok sınırlı olacaktır.

Oysa Arabuluculuk müessesesinin, çağdaş hukuk düzeninin öngördüğü enstrümanlar kullanılarak, ‘medeni’ kurallar çerçevesinde yapılması gerekirdi. Netice olarak, yargısal organlar biçimsel bir inceleme yapmakla sınırlandırılarak, gerek varılan uzlaşmayı, gerekse tarafları uzlaşmaya götüren süreci, kamu düzeni açısından inceleyemeyecekler; kısaca sürecin medeni olmaması nedeniyle kabul edilemez ve icra edilemez olduğuna da karar veremeyeceklerdir.

Üçüncü fıkraya göre ise şerhi verecek mahkeme dosya üzerinde ancak sınırlı bir inceleme yapabilecektir. Mahkemenin şerh talebini reddetmesi halinde taraflar, ileride kurulacak “bölge” temyiz mahkemelerine (istinaf mahkemelerine) itiraz edebilecektir. Böylece zamanla her “bölge”de ayrı bir hukuk uygulaması oluşacaktır. Yine 18 inci maddede hâkim tarafından icra edilebilirlik şerhi verilen ilam niteliğindeki belgeye karşı tarafların irade fesadına uğramaları olasılığı durumunda iptal davası açılabilmesi imkânı verilmemiştir. Bununla birlikte tarafların anlaşmaya varmaları halinde düzenlenecek belgenin kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırı olması halinde, hâkimin taraflara ve arabulucuya bu aykırılığı gidermeleri için herhangi bir ek süre vermesi yönünde de yasada herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ayrıca bu belgeye ilam gücü kazandırmak için devlet nispi değil, maktu harç alarak kişilerin vergisel yükten kurtulmasını bir teşvik unsuru haline getirerek, kişileri devlet yargısına değil; arabuluculara yönlendirmektedir. Maktu harçtan dolayı, sırf bu nedenle dahi arabuluculuk ihtiyari olmaktan çıkacaktır.

Yüksek harç miktarını ödemekte zorlanan veya dava sonucunda haksız çıkmaktan ve bu nedenle ödeyeceği harçların yanabileceğinden korkan kişileri doğrudan arabuluculuğa yönlendirmiş olması devletin yargılamayı özelleştirmeyi amaçladığının göstergesidir.

Sonuçta; iptali istenen yasanın ilgili düzenlemelerini Anayasamızın 9 uncu maddesi ile bağdaştırmak imkânsızdır.

9) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 19 uncu Maddesinin, 20 nci Maddesinin İkinci Fıkrasının d Bendinin ve 21 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kanunun 19 uncu maddesinin birinci fıkrası ile Daire Başkanlığı, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicilini tutar. Bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgiler, Daire Başkanlığı tarafından elektronik ortamda da duyurulur, hükmüne yer verilmiştir.

Arabulucular sicilinin Daire Başkanlığı tarafından tutulacağını belirttiği bu madde, arabulucuların bağımsızlığını zedelemektedir. Arabulucular sicilinin Adalet Bakanlığı bünyesindeki Daire Başkanlığı tarafından değil, daha bağımsız olan Arabuluculuk kurulu tarafından tutularak, tüm işlemlerin bu kurul tarafından yapılması, Arabulucuların Adalet Bakanlığına bağımlılığının ortadan kaldırılması gerekirken; bu yapılmayarak, adeta sivil görünümlü devlet avukatlığı veya devlet hâkimliği yaratılmaktadır.

Yine, Kanunun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının d bendinde, arabulucu olabilmek için, Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak, şartı getirilmiştir.

Yazılı ve uygulamalı sınavın bağımsız konumda olan Arabuluculuk Kurulu tarafından değil de sınavın Adalet Bakanlığı tarafından yapılması, Arabulucuların Adalet Bakanlığına bağımlılığı kalmasına neden olacak; devlet yargısına alternatif bir yargı ağı oluşacaktır.

Ayrıca Kanunun 21 inci maddesinin ilk fıkrası ile Daire Başkanlığı, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydını siler ve aynı maddenin ikinci fıkrası ile Daire Başkanlığı, bu Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediyi tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Kuruldan talep eder hükmü getirilmiştir. Son olarak, Kanunun Yedinci Bölümünün Kuruluş ve Görevler Başlıklı 30 uncu maddesinin birinci fıkrasında Daire başkanının görevleri sayılarak, f bendine Arabulucu sicilini tutmak, sicile kayıt taleplerini karara bağlamak, 21 inci maddenin birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek ve bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgileri elektronik ortamda duyurmak hükmü eklenerek sicil kayıtlarının silinmesi Daire Başkanlığının görevi kapsamına alınmıştır.

Bu sayede “Arabulucuların kayıtlarının Daire Başkanlığı tarafından silinebilecektir. Arabulucuların bağımsızlığının sağlanması açısından kayıtlarının silinmesi her durumda Arabuluculuk kuruluna bırakılması gerekirken bu düzenleme ile Adalet Bakanlığına bağlı alternatif bir yargı ağının kurulması hiç de zor olmayacaktır. Ayrıca arabulucuların kayıtlarının silinmesine ilişkin işlemlere karşı, kaydı silinen arabuluculara yargı yoluna başvurma hakkının verilmemesi de Anayasadaki Hak arama hürriyetinin ihlali anlamındadır.

10) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 23 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasında Geçen “Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği” ibaresinin ve 26 ncı Maddesinde Yer Alan “eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

Yasanın 23 üncü maddesinde Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği, 26 ncı maddesinde ise; “eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı belirtilmiştir.

Arabuluculuk müessesesinin bağımsız bir kurul olarak oluşturulmasının sağlanması için eğitim kuruluşlarının Bakanlıktan değil, Arabuluculuk kurulundan izin alarak faaliyetlerini sürdürmesi; ayrıca eğitim kuruluşlarının bilgi verecekleri merciinin de Daire Başkanlığı değil, Arabuluculuk kurulu olması gerekirken, anılan kanunun 23 üncü ve 26 ncı maddelerinde yer alan ibarelerle, Arabuluculuk Kurulu, Adalet Bakanlığı güdümünde teşekkül ettirilmek istenmiş; özerkliği ve bağımsızlığı hiçe sayılmıştır. Bu durumda yürütmenin yargı üzerinde baskı kurması kaçınılmaz olacaktır. İptali istenen yasanın ilgili hükmü anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını zedeleyen hükümler ihtiva ettiği ve yargının bağımsız ve tarafsızlığını da zedelediği için Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırıdır.

11) 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunun 31 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının f Bendinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde Kurul üyeleri arasında Adalet Bakanı tarafından seçilecek üç arabulucunun da yer alacağı düzenlenmiştir. Adalet Bakanı tarafından seçilecek üç arabulucunun kurul üyesi olması, kurulun bağımsız demokratik bir işleyişe kavuşturulmasını engelleyecek tamamen siyasi

saiklerle oluşturulmuş olan bir düzenlemedir. Arabuluculuk Müessesesinin özerk, bağımsız bir yapıda oluşturulması kendisinden beklenen faydayı eksiksiz gerçekleştirmesi bakımından zorunludur. Siyasi iktidar ise, gerçekten bağımsız bir kurul oluşturmak yerine, tamamen kendisine bağımlı bir kurul oluşturma amacı gütmüş; bütün bunların yanında kendisine bağımlı alternatif bir yargı sistemi ihdas etmeye kalkmıştır. Arabuluculuk kanundan siyasi iktidarın beklediği fayda budur. Anılan bu hükümle kuvvetler ayrılığı ilkesi çiğnenmiştir. Bu durumun Anayasamızın 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu ve 11 inci maddeleriyle bağdaşır bir tarafı yoktur.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu öncelikli olarak Anayasanın 9uncu ve 36ncı maddelerine aykırıdır. Öyle ki, Anayasanın 9uncu maddesinde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ve 36ncı maddesinde de herkesin hak arama hürriyetine sahip olduğu hükme bağlanmıştır.

Hal böyleyken arabuluculuk müessesesiyle tarafsız ve bağımsız mahkemelerin dışında yeni bir yargılama merci ihdas edilerek alternatif bir yargılama yöntemi belirlenmekte bu suretle de hak arama hürriyetinin kullanılması engellenmektedir.

Ayrıca Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik içerisinde yürütülmesi, anlaşma belgesi üzerindeki hâkimin denetiminin sınırlı olması nedeniyle, güçlünün zayıfı ezmesine ve büyük oranda hak kayıplarına ve mağduriyetlere yol açabilecek, çok hukukluluğu ortaya çıkarabilecek ve neticede mahkemeler ve hukuk sisteminin dışlanmasına yol açabilecek bir düzenlemedir.

Şayet gerçekten tek amaç yargıyı hızlandırmak ve yargının yükünü azaltmaksa öncelikli olarak nitelikli, iyi eğitim almış yargıç sayısını arttırarak özellikle de yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığını sağlanması şarttır. Dolayısıyla 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu genel olarak incelendiğinde Anayasanın Başlangıç hükümlerine, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci, 36 ncı, 37 nci, 40 ncı, 138 inci, 140 ncı, vs. maddelerine açıkça aykırı hükümler taşımaktadır. Kanunun ilgili maddelerinin iptali için anayasa Mahkemesine iptal davası açılması zarureti hâsıl olmuştur.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında

sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

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

V. SONUÇ VE İSTEM

07.06.2012 tarihli 6325 sayılı 'Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun;

1) 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın başlangıç, 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci, 36 ncı ve 37 nci maddelerine,

2) 4 üncü maddesinin ve 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 9 uncu, 36 ncı, 37 nci ve 141 inci maddelerine,

3) 5 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 36 ncı, 37 nci ve 141 inci maddelerine,

4) 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 9 uncu, 36 ncı ve 37 nci maddelerine,

5) 13 üncü maddesinin Anayasanın 2 nci, 5 inci, 36 ncı, 37 nci ve 141 inci maddelerine,

6) a. 15 inci maddesinin birinci fıkrasının ve 16 ncı maddesinin Anayasanın 2 nci, 9 uncu ve 141 inci maddelerine,

b. 15 inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 9 uncu ve 37 nci maddelerine,

c. 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının Anayasanın 141 inci maddesine,

7) 17 nci maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci ve 138 inci maddelerine,

8) 18 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasanın Başlangıç, 2 nci ve 9 uncu maddelerine,

9) 19 uncu maddesinin ve 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının d bendinin, Anayasanın Başlangıç, 2 nci ve 9 uncu; 21 inci maddesinin ve 30 uncu maddesinin birinci fıkrasının f bendinin Anayasanın 36 ncı maddesine,

10) 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen “Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği” ibaresinin ve 26 ncı maddesinde yer alan “eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı” ibaresinin Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu ve 11 inci maddelerine,

11) 31 inci maddesinin birinci fıkrasının f bendinin, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu ve 11 inci maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz.”

B- 15.10.2012 günlü ek dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“a. 1. maddesinin Anayasa’nın 10. ve 37. maddelerine aykırılığı

Kanunun 1. maddesinin 2. fıkrasında arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar belirlenirken tek kıstas, “ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları” olarak belirlenmiştir. Ancak bu kıstas yeterince açık değildir.

Özel hukuku alanında irade serbestîsi çok geniş bir alana yayılmıştır. Bazı hukuk dalları ise, hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanına girebilmektedir. Diğer taraftan, kamu hukuku alanından olmakla birlikte, bazı hukuk dallarındaki uyuşmazlıklarda, tarafların kabulü neticeyi belirlememekle birlikte, davayı kabul eden taraf duruşmalara gelmezse, yargılamaya gıyabında devam edilerek, karar verilebilmektedir. Boşanma, velayet nesebin reddi gibi davalar buna örnek gösterilebilir.

Bu nedenle tarafların üzerinde serbestçe hareket edebilecekleri iş ve işlemlerin tespiti büyük önem taşımaktadır. Kanunun iptali istenen bu hükmü ile devletin yargı unsuru devre dışı bırakılarak, bir anlamda yargı kısmi özelleştirmeye tabi tutulmuş olmaktadır. Kanuna göre taraflar devletin yargısına başvurmak zorunda olmaksızın arabulucular vasıtasıyla uyuşmazlıklarını çözüme ulaştıracaklar ve arabulucunun katılımıyla hazırlanacak belgeyi İcra hâkimine tasdik ettirerek ilam gücüne ulaşabileceklerdir.

Bu çerçevede kanunla aşağıda sayılmış maddeler halinde sayılmış bulunan hukuk alanları devletin Yargısal faaliyet alanından çekilmek istenmiş ve bu alanlar açısından yargılama, özelleştirilmiştir.

1. Alacak
2. Tazminat
3. Taşınır mallar,
4. Boşanmada maddi manevi tazminat,
5. Nafaka,
6. Kira bedeli tespiti,
7. Feshin geçersizliği,
8. İşe iade,
9. İş güvencesi,
10. Boşta geçen süre ücret alacağı,
11. Tapu iptal ve tescil,
12. Eda davaları (Serbest tasarruf ve özel hukuk kapsamında)
13. Özel hukuk sözleşme ilişkisinden kaynaklanan davalar

Özellikle İş hukukundan ve Aile hukukundan kaynaklanan bazı konular arabuluculuk müessesesinin yapısıyla bağdaşmamasına rağmen, bu kapsamda değerlendirilebilecek ve ilgilinin aleyhine sonuçların doğmasına yol açabilecektir. Nitekim 1. maddede arabuluculuk faaliyetlerinin kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Türk Medeni Kanunu ve İş Hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklarda uygulanmamasına yönelik olarak Cumhuriyet Halk Partisi Grubunun vermiş olduğu önerge reddedilmiştir.

Hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu bu maddede tahdidi olarak sayılması gerekirken bu yapılmayarak, özellikle taraflardan birinin güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklar veya irade fesadı durumlarında, durumun ne olacağına ilişkin maddede herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması ise başka büyük eksikliklerdir.

Bu nedenle özellikle kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Aile Hukuku ve İş Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıklarda bu fıkranın uygulaması halinde, kamu yararı, toplum menfaati ve hak arama hürriyeti zedeleneyecektir. Yine ekonomik yönden güçsüz olan işçiler açısından da maddi ya da manevi baskı ile arabulucuya başvuruya zorlama ve neticede ciddi hak kayıplarına uğrama söz konusu olacaktır.

Ayrıca yine 2. fıkroda “yabancılik unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere” ibaresi de bu kanunla yabancıların da kendi hukuklarını yaratmasına imkân tanıyacak paralel hukuki düzenlemelerin yaratılmasına imkân sağlayacak üniter devlet açısından son derece tehlikeli durumlara ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

Sonuçta, devlet aslî vazifelerinden olan, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak ve sosyal barışı gerçekleştirmek olan bu vazifesini ifa edemeyecek, adalet hizmetleri aksayacak, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı yurttaşlarımızın ellerinden alınacaktır.

Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” kavramı da yargı birliğini ihtiva etmektedir. Egemenlik nasıl tekse, yargının da tek, bir olması gerekir. Bir ülkede birden fazla yargıdan bahsediliyorsa, birden fazla egemenlik mevcut demektir. Bu çerçevede somut bir uyuşmazlığı aynı anda yargılayabilecek birden çok yargı mercii de olmamalıdır. Anayasamız da yargı birliğini bu şekilde kabul etmiş ve yargılama yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce

kullanılacağını öngörmüştür. Mevcut yasanın iptali istenen maddesi ise ikili ve çok hukuklu bir yapı ortaya koyma tehlikesi taşıdığından ve Kamu yararı ve/veya kamu düzeninin korunması ibarelerinin kısıtlayıcı ibareler olarak ilgili yasa maddesinde yer almamış olması nedeniyle, Anayasanın başlangıç, 2., 5., 6., 9., 11. maddelerine aykırıdır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "kanun önünde eşitlik" ilkesi ile de, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır.

Anayasanın bu hükmü ile aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağı, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Anayasa ile eylemli değil hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda ise Anayasa'nın eşitlik ilkesinin ihlali söz konusu olmazken, Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta bunların durumu ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilmektedir. Bununla birlikte, kamu yararı veya haklı nedenlere dayanılmaksızın yasalarla bireylerin yargı merciileri önünde farklı uygulamalara maruz kalmasına yol açacak düzenlemeler getirilmiş olması açıkça Anayasanın 10. maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle iptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasında arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklar belirlenirken tek kıstasın, " tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları" olarak belirlenmiş olmasının ve Kamu yararı ve/veya kamu düzeninin korunması ibarelerinin kısıtlayıcı ibareler olarak ilgili yasa maddesinde yer almamış olmasının Anayasanın 10. maddesi ile bağdaşır bir tarafı bulunmamaktadır.

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 kaçınmaz" 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.

Anayasanın 37. maddesi de 36. maddesini tamamlar niteliktedir.

1982 Anayasası, "tabîî hâkim" ilkesini "kanunî hâkim güvencesi" başlıklı 37'nci maddesini de şu şekilde düzenlemektedir:

"Hiç kimse kanunen tâbî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbî olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz".

"Tabîî mahkeme" veya "olağan mahkeme" ilkesi, bir uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olması anlamına gelir. Yani, tabîî mahkeme, yahut olağan mahkeme, yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir. Kısacası, tabîî mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgilisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hakimine de "tabîî hâkim" denir. Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece tabîî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yani kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır.

"Tabîî hâkim (doğal yargıç)" ilkesinin doğal sonucu, "olağanüstü (istisnâî) mahkemeler" in kurulmasının yasaklanmasıdır.

"Tabîî hâkim (olağan hâkim)" ilkesi, yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zira, mahkemenin olaydan

önce kanunla kurulması zorunluluğu, bir kere yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise mahkemelerde yargılanacak olan kişilere büyük bir güvence sağlar. Çünkü onları yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hakimler sırf onlar için atanmamıştır.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, tabîî hâkim ilkesi Anayasamızın 37'nci maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. "Kurulma"dan kastedilen şey, "bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir".

Anayasanın 37'nci maddesi ile "kanunî hâkim güvencesi" adı altında düzenlenen şeyin aslında "tabîî hâkim ilkesi" olduğunu söyleyebiliriz. Bir kere, maddenin ikinci fıkrasında, "olağanüstü merciler"in kurulması yasaklandığına göre, bundan a contrario "olağan mahkeme ilkesi"nin kabul edildiği çıkar ki, "olağan mahkeme" ile "tabîî hâkim" ilkesi aynı şeylerdir.

Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasasının 37'nci maddesinde düzenlenen "kanunî hâkim" ilkesinin "tabîî hâkim" olarak anlaşılması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme 20 Ekim 1990 tarih ve K.1990/30 sayılı Kararında şöyle demiştir:

"Hukuk devletinde yasal yargıç (kanunî hâkim), doğal yargıç (tabîî hâkim) olarak anlaşılmalıdır. Doğal yargıç kavramı ise, dar anlamda, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecektir yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal yargıç ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturur; sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez".

Bütün bu açıklamalardan yola çıkarak, hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu iptali istenen maddede tahdidi olarak sayılması gerekirken bu yapılmayarak, özellikle taraflardan birinin güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklar veya irade fesadı durumlarında, durumun ne olacağına ilişkin maddede herhangi bir ifadeye yer verilmemiş olması, özellikle kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, Aile Hukuku ve İş Kanunu kapsamına giren uyuşmazlıklarda bu fıkranın uygulaması halinde, kamu yararı,

toplum menfaati ve hak arama hürriyeti zedeleneyeceği, yine ekonomik yönden güçsüz olan işçiler açısından da maddi ya da manevi baskı ile arabulucuya başvuruya zorlama ve neticede ciddi hak kayıplarına uğrama söz konusu olacağından iptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrası açıkça Anayasanın 37. maddesinde yer alan doğal yargıç ilkesine, yargılama makamlarının çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulması yasağına tamamen aykırıdır.

b. 4. maddesi ile 33. maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2., 9., 36., ve 37. maddelerine aykırılığı

1982 Anayasasının 2'nci maddesine göre, 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. Buna göre Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Hukuk Devleti olduğu Anayasanın 2. maddesi ile açıkça ortaya konmuştur. Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukukî güvenlik sağlayan devlet demektir.

Anayasa Mahkemesi de 12 Kasım 1991 tarih ve K.1991/43 sayılı Kararında hukuk devleti ilkesini, benzer bir şekilde “yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması” olarak tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 25 Mayıs 1976 tarih ve K.1976/28 sayılı Kararında hukuk devletini şöyle tanımlamıştır:

“Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir”.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği birçok kararda hukuk devletini tanımlamak için şu formülü kullanmaktadır:

“Hukuk devleti, her eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve

tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir”.

Anayasa Mahkemesi 21 Haziran 1991 tarih ve K.1991/17 sayılı Kararında daha basit formül kullanmıştır:

“Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışları hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir”

Anayasa Mahkemesi 1 Temmuz 1998 tarih ve K.1998/45 sayılı Kararında hukuk devleti tanımı ve gereğine ilişkin olarak şöyle demiştir:

“Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. 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”

Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti daha da geniş bir şekilde tanımladığı kararları da vardır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 1991 tarih ve K.1991/43 sayılı Kararında şöyle demiştir:

“Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez”.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi hukuk devleti ilkesini geniş bir şekilde tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, hukuk devleti kavramı içinde, insan hakları, adalet, eşitlik, Anayasaya saygı, hukukun üstün kurallarına saygı, evrensel hukuk kurallarına saygı, yargı denetimine tâbi olma gibi unsurlar da bulunmaktadır.

O halde hukuk devletini, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan ve vatandaşlarına hukukî güvenceler sağlayan devlet olarak tanımlamak gerekir. Eğer

hukuk devleti, devletin hukuka bağlılığı anlamına geliyorsa, yargı da devletin üç temel organından biriye, hukuk devletinin bir şartı da yargının hukuka bağlılığıdır. Yargısı hukuka bağlı olmayan bir devlette vatandaşların kendilerini güvencede hissedebileceklerini söylemek elbette mümkün değildir.

1982 Anayasası'nın 9. maddesinde Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır denilerek, yargının hukuka bağlı olmasının, yani Hukuk Devleti İlkesi'nin somutlaşmış ifadesi açıklayıcı bir hüküm olarak ortaya konmuştur. Bu nedenle Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile 9. maddesindeki yargı yetkisinin açıklayıcı ve emredici hükmü birbirinden ayrı farklı kavramlar olarak düşünülemez. Bu iki madde birbirinin tamamlayıcısı, biri diğerinin sonucudur.

Anayasanın yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hüküm altına alan 9'uncu maddesi aynı zamanda yargıyı diğer erkler karşısında bağımsız kılan bir hükümdür. Bu sayede yürütme ve yasanın yargıya çeşitli yollarla müdahale edebilme ihtimali de ortadan kaldırılmıştır.

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 ve Hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı 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 biridir. Bireylerin temel hak ve özgürlüklere sahip olmasının reel bir anlam kazanması ancak koruyucu mekanizmaların işleyiş kazanması ile mümkün olur. Bu nedenle hak arama hürriyeti, pozitif olarak bireye tanınmış hakların ön koşulu ve usulü güvencesi olarak nitelendirilmektedir.

Yapılacak olan yargılamanın adil bir biçimde ve hakkaniyete uygun olması da hak arama hürriyetini tamamlayan en önemli ilkelerdendir. Bu tamamlayıcı önemine binaen bu ilke "adil yargılanma hakkı" ismiyle bir temel hak ve özgürlük olarak birçok uluslararası sözleşme ve ulusal anayasada güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hak arama hürriyetini de güvence altına aldığı adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi şu şekildedir:

1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek

olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak, uluslararası sözleşmelere paralel düzenlemeler ihtiva etmektedir. Anayasa'nın 2001 yılında değişikliğe uğrayan 36. maddesi'ne göre: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

1982 Anayasası, “kanunî hâkim güvencesi” başlıklı 37’nci maddesini de şu şekilde düzenlemektedir:

“Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz”.

Anayasamızın “kanuni hâkim güvencesi” dediği bu ilke yargılanan kişilere önemli bir güvence sağlamaktadır. Bu ilkenin anlam ve kapsamından çıkan sonuç, bir uyuşmazlığı yargılayacak olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli olmasıdır, yani, tabî mahkeme, yahut olağan mahkeme, yargılanacak olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir. Kısacası, tabî mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hakimine de “tabî hâkim” denir. Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından yargılanabilecektir. Böylece tabî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yani kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır.

İptali istenen 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 4. maddesinde arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu ve tarafların da bu konudaki gizliliğe uymak zorunda olduğu; ayrıca 33. madde ile gizliliğin ihlali halinde, kişilerin altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları hüküm altına alınmıştır.

Bu maddeye göre arabulucu, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa aleniyet ilkesine aykırı olarak gizlilik içerisinde işlemleri yürütecek, elde ettiği bilgi ve belgeleri hiç kimseyle paylaşmayacaktır. Bu durumda, Aile Hukukundan kaynaklanan bazı sorunlarda kadınlar koca, baba, töre baskısıyla bir arabulucuya yönlendirilebilecek ve gizlilik içinde yapılan arabuluculuk çalışması sonucunda çocuğunun velayeti, görüşme hakkı, tazminat ve evlilik içi mal paylaşımına ilişkin konulardan vazgeçtiğine ilişkin bir tutanak imzalatırılabilir, bu imzalanan tutanak da hâkim tarafından yeterli denetime tabi olmayacağından önemli mağduriyetlere yol açabilecektir. Özellikle, miras hukukunda arabuluculuğun geçerli olduğu durumlarda, kadınların mirastan eşit pay sahibi olması konusunda zaten uygulamada sorunlar yaşanmaktayken, kız çocuklarının ve geride kalan

eşlerin miras paylarının korunması yeterince sağlanamayacak ve kadınlar manevi baskı altında bırakılacaktır. Medeni Kanunumuzla kadınlarımızın elde etmiş olduğu tüm haklar gizlilik içinde ortadan kaldırılacaktır. Bu nedenle, iptali istenen hükümlerle Anayasamızın, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu ve Hiçbir mahkemenin, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı' nı düzenleyen "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ihlal edilmiştir. Bu durumun Hukuk Devleti'yle bağdaşır hiç bir yönü bulunmamaktadır.

Bu konudaki kaygılar dayanaksız olmayıp, İngiltere ve Kanada'da arabuluculuk faaliyetlerinde Müslümanların kendi inanç sistemine göre çözümler üretebilmesi kabul edilmiş, bunun sonucunda kadın haklarında çok ciddi ihlaller yaşanmıştır.

Başka bir deyişle; taraflar mahalle baskısı altında tarikat ve töre kurallarına göre, hukuka aykırı bir biçimde uyuşmazlıklarının çözümlenmesini istediklerinde gizlilik ilkesi gereğince, bu dahi mümkün olabilecektir. Gizlilik içerisinde yürütülen faaliyetleri denetlemek mümkün olmayacağı için, bu durum alternatif kadı sistemini ortaya çıkaracaktır. Bu durumda Anayasamızın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi zedelenecektir. İptali istenen Kanunla alternatif bir yargı sisteminin oluşturulacak olmasının ise, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını hüküm altına alan 9'uncu maddesine ve Anayasamızın 37. maddesinde yer alan Hiç kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü mercilerin kurulamayacağı hükmüne açıkça aykırılık taşıyacağı kuşkusuzdur.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik içinde yürütülmesi; güçlünün zayıfı, haksızın haklıyı ezmesi sonucunu doğurabileceği gibi, hukuka aykırı uygulamaların gizlilik kisvesi altında meşruiyet kazanmasını da sağlayacaktır. Ayrıca son derece tehlikeli olan bu madde, arabuluculuk faaliyetinin etnik ve dinsel temelde oluşumlara ya da mafyanın hâkimiyetine yol açabilecek bir düzenlemeye dönüşme sakıncalarını da içinde barındırmaktadır. Bu nedenle Arabuluculuk faaliyetleri gizlilik içinde değil, şeffaf bir şekilde yürütülmeli ve ayrıca yargı denetimine de açık olmalıdır. Arabulucu tutanağının maddi olgu ve fiili gerçeğe bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphe bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde arabulucunun da cezalandırılması gerekirken, kanunda isabetsiz ve gerekçesiz bir

biçimde gizlilik kuralının ihlali durumunda 33. madde uyarınca 6 aya kadar hapis cezası verilebilmesi hükme bağlanmıştır. Oysa Avusturya'da gizlilik kuralı meslek sırrı niteliğinde sadece arabulucu açısından geçerlidir. Tarafları bağlamaz. Örnek aldığımız ülkelerde düzenleme böyleyken, ülkemizde gizlilik kuralının bu denli ağır yaptırımlara bağlı olmasının kabul edilebilir hiç bir gerekçesi olamaz.

Arabuluculuk faaliyetinin gizlilik kuralına bağlanmış olması, devlet mahkemelerindeki yargılamanın aleni olması kuralına aykırılık oluşturur. Bu konuda Anayasamız, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu açıktır. (Anayasa m. 141/1; HMK m.128; CMK m.82 vd.).

Adalet mülkün temeli ise adalete ulaşabilmek için yapılan yargılama süreci de mülkün meşru temeller üzerinde oturması açısından çok büyük önem taşımaktadır. Bu sürecin adilliği devlet açısından bir görev, bireyler açısından ise bir haktır. Adil yargılanma hakkının varlığından söz edebilmek için kişinin güvenceli yargılanmasına gereksinim vardır. Devlet, yargılama sonucunda adaletin gerçekleştiği, adalete uygun bir kararın mahkemelerden çıkmış olduğu yargısına hem taraflarca hem tüm toplumca varılmasını sağlamalıdır. Toplumun adil bir yargılama kanısına varması, adaletin devletçe sağlanmakta olduğuna inanması ve buna güvenmesi, mülkün meşru temeller üzerine oturtulmasıyla; devletin adli mercilerinin dışında bir takım kanun dışı oluşumlara yönelebilecek taleplerin de önüne geçilmesinin sağlanmasıyla mümkün olur. Aksi yönde yapılacak olan her türlü kanuni düzenlemeler, vatandaşın Adalet, Devlete ve yargı makamlarına duydukları güveni sarsar. Bu durumda yurttaşların hukuki güvenlik ilkesi zedelenir. Bu durumun Hukuk Devleti'nde izah edilebilir bir yönü bulunmamaktadır. Adil yargılanmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetimi ise yargılamanın aleniyeti ile ancak sağlanabilir. İşte bu nedenledir ki adil yargılanma her zaman açık yargılanma hakkı ile birlikte düşünülmüş ve düzenlenmiştir.

Açıklanan bu nedenlerle Arabuluculuk müessesesinin, gizlilik kuralına bağlı olması, Anayasanın 2., 9., 36., 37. ve 141.; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 6. maddesine aykırıdır.

c. 9. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 9. maddelerine aykırılığı

İptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9. maddesi ile Arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getireceği, düzenlenmiş; böylece arabuluculuk, hâkimlik mesleği

ile adeta özdeşleştirilmek istenmiştir. Oysa Anayasamızın 9'uncu maddesine göre Yargı yetkisinin Türk Milleti adına Bağımsız Mahkemelerce kullanılacağı, Bağımsız Mahkemeler'in ise yargı organını tanımlar nitelikte olduğu açıktır. "Bağımsız mahkemeler" ifadesinde geçen "mahkemeler" kelimesi çoğul bir kelime olup; yargı organı, yasama organının tersine tek bir organ olmayıp, "organlar topluluğu"nu ifade etmektedir. Yargı organı bir mahkemeden değil, birçok mahkemeden oluşmuştur. Ayrıca, yargı organını oluşturan mahkemeler bağımsız olmalarıdır. Anayasanın 138 ve 139'uncu maddelerini de göz önünde tutulduğunda BAĞIMSIZ MAHKEMELER'den, hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından yargı yetkisini kullanırken kendilerine emir ve talimat verilemeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan (m.138/2), kararları yasama ve yürütme organlarını bağlayan, kararları bu organlarca hiçbir surette değiştirilemeyen ve yerine getirilmesi geciktirilemeyen (m.138/4) görevlerinde bağımsız (m.138/1) ve teminatlı Hâkimlerden (m.139) meydana gelen kuruluşlar anlaşılır. İptali istenen İptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 9. maddesi ile Arabulucular, bağımsız, tarafsız ve Türk Milleti adına karar veren Yargıçlarla özdeşleştirilmekle kalmamış, aynı madde ile yeni yargı mercileri ve benzeri müesseseler ihdas etmek anlamına gelecek şekilde düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu ve Anayasamızın 2. maddesini ihlal ettiği gibi, Anayasamızın 9. maddesini de ihlal etmektedir.

Ayrıca iptali istenen Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasıyla arabulucuya görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirmesi görevi verilmiş, ancak maddede arabulucunun görevini gereği gibi yerine getirmemesi; görevi sırasında, görevi nedeniyle suç işlemesi; taraflara baskı yapması; taraflar arasında eşitlik ilkesine aykırı davranması ve görevini savsaklaması durumunda nasıl bir cezalandırma yöntemine başvurulacağı, bunun yaptırımının ne olacağı yönünde, hiç bir düzenleme yer almamıştır. Bu durumda avukat olan arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle işlediği suçtan dolayı, Avukat olarak cezalandırılabilmesi ya da baronun denetimine tabi tutulması mümkün değildir.

Arabuluculuk faaliyeti her zaman uzlaşmayla sonuçlanmayabilir. Sonucun hangi hallerde uzlaşmazlıkla sona ermiş sayılacağı konusunda uyuşmazlığın taraflarının tek söz sahibi sayılmasının sakıncalı sonuçlara yol açması kaçınılmazdır. Özellikle son durumun tespiti bakımından sadece arabulucunun yetkili kılınması, faaliyetin başlangıcının ihtiyari nitelik arz etmesi zedelenmeksizin taraflara arabulucuya tanınacak olan bu yetkinin zamansız, haksız ve kötü

kullanımına ilişkin cezai yaptırımlara yer veren bir düzenlemenin kanun metninde yer almaması; arabulucunun yaptığı görev nedeniyle görev ve yetkisini kötüye kullanması durumunda, TCK m.257 uyarınca görevi kötüye kullanma suçundan cezalandırılması ve arabulucuya karşı görevi sırasında işlenen suçlar nedeniyle de kamu görevlisi gibi korunması gerekirken; arabuluculuk kurumunun denetim dışında bırakılması, Anayasamızın hak arama hürriyetine ve kanuni hâkim güvencesine aykırıdır. Açıklanan bu nedenlerle mevcut düzenleme, Anayasanın 2., 9., 36., ve 37. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

d. 13. maddesinin Anayasanın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırılığı

İptali istenen kanunun Arabulucuya Başvuru başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasında 'Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir...' Aynı maddesin ikinci fıkrasında da 'Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır' düzenlemesi mevcuttur.

Tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda teşvik edilebileceğini; başvuru teklifine taraflardan birinin olumsuz cevap vermesi halinde bu teklifin reddedilmiş sayılacağını düzenleyen bu madde ile arabuluculuk kurumunun, uyuşmazlığın her safhasında hatta uyuşmazlığın yargıya intikalinden sonra da devreye girebilmesi sağlanmış; böylece ülkemizin öznal koşulları da gözetildiğinde, mahkeme aşamasındaki arabuluculuk faaliyetinin nafile bir çabaya dönüşmesine, yargıya duyulan güvenin tehlikeye düşmesine, yargısal faaliyetlerin kesintiye uğramasına, gecikmesine ve ertelenmesine yol açacak bir sürece uğramasına adeta izin verilmiştir. Faaliyet süresinin saptanması konusunda ve arabuluculuk faaliyeti işinin yargıya intikal etmesinden sonra da devreye alınabilmesinin getirebileceği sakıncalar, esasen usul yasamızda tarafların sulhe teşviki hükümlerinin varlığına rağmen bu konuda uygulamada başarısız olduğu da göz önüne alındığında, daha da belirgin bir şekilde ortaya çıkacaktır. Arabuluculuk faaliyetinin nafile bir çabaya dönüşmesine, yargıya duyulan güvenin tehlikeye düşmesine, yargısal faaliyetlerin kesintiye uğramasına, ve toplumda huzursuzlukların başgöstermesine, güçlünün zayıfı ezmesine, adaletin gecikmesine, ertelenmesine veya hiç işlememesine, bağımsız yargı kurumlarının etkinliğini yitirmesine yol açacak bir sürece uğramasına imkan sağlayan iptali istenen Kanun'un 13. maddesi bütünüyle, Anayasanın 2. ve 5. maddelerine

aykırıdır. 13. maddenin uygulanması durumunda hukuk devletinden bir adım daha uzaklaşılacak ve devlet; en temel amaç ve görevleri arasında yer alan, 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 hazırlamak, görevlerini ifa edemez duruma gelecektir. Vatandaş en temel anayasal hakkı olan hak arama hürriyetinden (Anayasa md.36) mahrum edilecek, bağımsız yargı organları ile irtibatı kesilecek ve hakkını hukuk dışı yollardan aramaya itilecek veya teşvik edilecektir. Hiç bir hukuk devletinde kabul edilmeyecek olan bu düzenleme makul olmadığı gibi en temel insan hakkı olan adil yargılanma hakkını dahi ortadan kaldıracabilecek kadar sakıncalı bir hükümdür.

Hukuk Usulündeki, sulh iradelerini ortaya koyarak uyuşmazlığı yargı önünde sona erdirme olanağı varken ve arabuluculuk faaliyetinin tamamen davadan önce başvurulabilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi gerekirken, davadan sonra da arabulucuya başvurma, Devlet yargısı önündeki davaların çözüme ulaştırılmasını geciktirmeye yönelik sonuçlar doğuracağından, Anayasamızın 141. maddesinin 5. fıkrasında yargının görevleri arasında yer alan, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine aykırıdır.

Ayrıca medeni yargılamamızda zorunlu avukatlık mevcut olmayıp, mevzuatımızda, hâkimlere avukatı olmayan kişilere, kendisini bir avukatla temsil etmesi gerektiği konusunda tavsiyede bulunması, yoksul kişilere adli yardım veya CMK benzeri bir kurumdan kendisini avukatla temsil edebileceği yönünde bir açıklamada bulunması ve bu yönde tarafları teşvik etmesine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır. Buna rağmen hâkimden arabuluculuğu bu kadar öne çıkarmasının istenmesinin amacı, adaletin gerçekleşmesi değil, devletin hâkimi aracılığıyla adaleti gerçekleştirmemek, buna emek, masraf ve zaman harcamak istememesidir. Bu durum, devletin asli görevlerinden olan adaletin gerçekleştirilmesi görevinin askıya alınması anlamına gelir ki bu durum anayasal ilkelerle bağdaşmaz. Bu nedenle mevcut düzenleme Anayasanın, 2., 5., 36., 37., ve 141. maddelerine açıkça aykırıdır.

e. 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ve 16. maddesinin Anayasanın 9. maddesine aykırılığı

15. maddesinin 1. fıkrasının Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet edeceği...ve 16. maddesinin 1. fıkrasında, Arabuluculuk

süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı... yazılıdır.

16. maddenin ikinci fıkrasında yer alan hüküm uyarınca ise, arabuluculuk sürecinin başlaması, uyuşmazlıkla ilgili zaman aşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında önem taşımaktadır. Bu nedenle; arabulucunun seçilmesinden sonra, tarafların ilk toplantıya hangi süre içinde ve ne yolla davet edileceğinin bu maddede somut olarak gösterilmemiş olması ve en kısa sürede ibaresinin belirsizliği, davet usulünün ise muğlak bırakılması arabuluculuk faaliyetinin başlamasında ve mahkeme sürecinde kötü niyetli kişilerin bu süreci uzatabilmesi imkânını yaratabilecektir. Mahkeme sürecinin uzatılmasına, bağımsız mahkemelerin etkinliğine ve faaliyetlerine engel olacak nitelikteki bu düzenleme, Devletin en temel görevlerinden biri olan adalet dağıtımına engel olacak niteliktedir. Devlet adalet dağıtırken, tarafsızlığı ve eşitliği sağlamak durumundadır. Yargı erkinin etkinliğini ortadan kaldıracabilecek nitelikte en küçük bir etki bile adaletin dağıtımına ve varlığına zarar verir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devletidir. Hukuk devletin varlığından söz edebilmek için varlığı zorunlu unsurlardan biri olan yargı denetimi ve yargı bağımsızlığıdır. Çünkü hukuk devleti ilkesi ile yargı bağımsızlığı arasında hem yapısal hem de tarihsel bir bağ bulunmaktadır. Bu bağlamda hukuk devletin, kendini oluşturan yapıcı unsurlarla, insan haklarının gerçekleştirilmesi, adaletin sağlanması ve güvenliğin temin edilmesi şeklinde üç temel değeri gerçekleştirmeyi amaçladığı ortadadır. Yargı bağımsızlığının tam sağlanabilmesi için, yargılama erkini kullanan hâkimin, yasama ve yürütme organı yanında muhakeme içi diğer tüm etki edici faktörlerin baskısından uzak karar vermesi zorunludur. Yargı erkinin etki ve müdahaleden uzak olarak gerçekleşmesini temin edecek husus ise, hâkimin ve dolayısıyla yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Yargının bağımsızlığı, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesini oluşturmaktadır. Aynı şekilde yargı erkinin bağımsızlığı ve buna bağlı olarak kabul edilen hâkim güvencesi, hak arama özgürlüğünün de odağını oluşturmaktadır. İptali istenen yasanın 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ve 16. maddesindeki düzenlemeler, davet usulünün ise muğlak bırakılması ve en kısa sürede ibaresinin belirsizliği nedeniyle, mahkeme sürecinin kötü niyetli kişiler tarafından aksatılmasına, faaliyetlerinin durmasına, uzamasına, Yargı erkinin etki ve müdahale altında bırakılarak, bağımsız mahkemelerin görevlerini ifa edemez konuma getirilmesine neden olacağından Anayasanın 9. maddesine açık ve net biçimde aykırıdır.

Ayrıca mevcut düzenleme bütünüyle Anayasanın 2., 9., ve 141. maddelerine, aykırı olduğundan iptal edilmesi gerekir.

e. 17. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasanın 10. ve 138. maddelerine aykırılığı

Anayasamızın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi, devlet organlarına hitap eden bir anayasa buyruğu olması yönüyle, hem kanun uygulayıcılarını, hem kanun koyucuyu, hem de Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun takdir yetkisini eşitlik ölçü normu açısından denetleme yetkisini kapsar. Genel anlamda eşitlik ilkesi ise şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanır. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen, kanunların genel soyut nitelik taşıması, kapsadığı herkese eşit uygulanmasıdır. Maddi hukuki eşitlik ise, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlar ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda ve en önemlisi fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içerir. Bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için, anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların genel soyut nitelik taşıyıp taşımadıklarının değil, onların içeriklerinin de araştırılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, 'kanun önünde eşitlik ilkesi ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır' (E. 1976/3, K. 1976/23, k.t. 13.04.1976, AMKD, Sayı 14, s.166). Anayasa Mahkemesi, kanunlardaki sınıflandırmaların eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını denetlerken, genellikle 'haklı neden' kriterine dayanmaktadır. Konuyla ilgili olarak bir çok kararında Anayasa Mahkemesi, 'Anayasanın 10. maddesinde öngörülen eşitlik mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir' demiştir.(E. 1985/11, K.1986/29, k.t. 11.12.1986, AMKD, Sayı 22, s.460; E. 1997/4, 1998/15, k.t. 12.05.1998, AMKD Sayı 35, Cilt 1, s.165; E.1997/69, K.1998/54, k.t. 22.09.1998, AMKD Sayı 35, Cilt 1, s. 263; E.1997/74, K.1998/69, k.t. 17.11.1998, AMKD Sayı 35, Cilt 1, s.290)

Anayasa Mahkemesi'ne göre, kamu yararı ve haklı nedenin, 'anlaşılabilir', 'amaçla ilgili', 'makul ve adil' olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde birbirini tamamlayan birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren ölçütlerden birine uymuyorsa, eşitlik ilkesine aykırı demektir.

İptali istenen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17 maddesiyle getirilen düzenleme, özellikle güçsüz konumda olması nedeniyle korunması gereken tarafların olduğu uyuşmazlıklarda veya irade fesadı durumlarında veya, arabuluculuk sonunda, anlaşma belgesinin arabulucu ya da uyuşmazlığın bir tarafınca, yanlış yönlendirme, yanıltma, korkutma gibi iradeyi zaafa uğratan etmenler sonucunda elde edildiği yönündeki iddialarla muvazaa iddialarının ne şekilde ele alınacağıının belirsiz kalmış olması; bu konuda doğru beyanda bulunma ve bildirim sorumluluğunun doğrudan arabulucuya ait olduğuna dair herhangi bir düzenlemeye yasada yer verilmemiş olması; bu durumların ihlali halindeyse, cezai yaptırımlara da yer verilmemesi nedeniyle, adil, makul, anlaşılabilir, birbirini tamamlayan, birbirini güçlendiren, işin özelliklerine ve ereklere uygun, dengeli ve makul görülebilecek ölçüde, adaletli ve eşit ölçüde bir düzenleme olmaktan son derece uzaktır. Yasanın 17. maddesi bu yönüyle hiç bir haklı nedene dayanmadığı gibi kamu menfaatini ve düzenini açıkça zedelemektedir. Bu yönünle bütünüyle Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Bununla birlikte, Kanunun 17. maddesinin 4. fıkrası arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen belgenin Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesini zorunlu kılmaktadır. Taraflar Devlet Yargısına başvurmadan bağımsız bir arabulucu nezdinde ve tamamen serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk alanındaki sorunlarının çözümünün ve bu alandaki özel bilgilerin arşivlenerek Adalet Bakanlığına bağlı bir birimde saklanmasıdaki amacın ne olduğu anlaşılamamaktadır. Bu durum toplumsal hukuk güvenliğimiz açısından son derece tehlikeli olup hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan ancak anti-demokratik rejimlere özgü bir anlayışın ürünüdür. Avukatlar uzlaşma tutanaklarını devletin herhangi bir birimine vermek zorunda değildirler hatta sır saklamak kapsamında belgeleri vermemek durumundadırlar.

Sır saklama yükümlülüğü o denli önemlidir ki, avukatın birincil ve en temel hak ve görevidir. Avukatın sır saklama konusundaki yükümlülüğü adaletin gerçekleşmesine olduğu kadar müvekkilin menfaatine de hizmet eder. Bu nedenle, sır saklama yükümlülüğü devlet tarafından özel bir korumaya tabi olması gerekir. Avukat, mesleğinin icrası esnasında öğrendiği bütün bilgilerin gizliliğine saygı göstermek zorundadır. Sır saklama yükümlülüğü zamanla sınırlı tutulmamış olup; bir avukat, hukuki hizmet verirken kendisiyle birlikte çalışan iş ortaklar meslektaşları ile diğer çalışanlardan sır saklama yükümlülüğüne riayet etmelerini talep edebilir. İptali istenen bu kanun hükmüyle ise, tarafsızmış gibi görünen sicili, yetkilendirilmeleri ve ücret tarifeleri ile tamamen devlete bağlı

durumda olan hukukçulara kişilerin özel alanları açılarak alınan sonuçlar devlet tarafından arşivlenmektedir. Anayasamızın 9'uncu maddesine göre Yargı yetkisinin Türk Milleti adına Bağımsız Mahkemelerce kullanılacağı, Bağımsız Mahkemeler'in ise yargı organını tanımlar nitelikte olduğu açıktır. "Bağımsız mahkemeler" ifadesinde geçen "mahkemeler" kelimesi çoğul bir kelime olup; yargı organı, yasama organının tersine tek bir organ olmayıp, "organlar topluluğu"nu ifade etmektedir. Yargı organı bir mahkemeden değil, birçok mahkemeden oluşmuştur. Ayrıca, yargı organını oluşturan mahkemeler bağımsız olmalarıdır. Anayasanın 9'uncu ve 138'inci maddeleri birbirini tamamlayan açıklayan hükümlerdir. Bu yönüyle BAĞIMSIZ MAHKEMELER'den, hiçbir organ, makam, merci veya kişi tarafından yargı yetkisini kullanırken kendilerine emir ve talimat verilemeyen, genelge gönderilemeyen, tavsiye ve telkinde bulunulamayan (m.138/2), kararları yasama ve yürütme organlarını bağlayan, kararları bu organlarca hiçbir surette değiştirilemeyen ve yerine getirilmesi geciktirilemeyen (m.138/4) görevlerinde bağımsız (m.138/1) ve teminatlı Hâkimlerden (m.139) meydana gelen kuruluşlar anlaşılır. Avukatların savunma hakkının yasanın 17. maddesinin 4. fıkrasındaki hükümle ihlal edilmesi, devlete bağlı durumda olan hukukçulara kişilerin özel alanları açılması, dolaylı yünden yargıyı ve mahkemelerin de karar verme sürecini etkilemek daha ziyade görülmekte olan bir davanın seyrine açıkça engel olmak demektir. Kişilerin özel alanlarının Devlet tarafından arşivlenecek olması, bağımsız yargı organlarının görevini yapamamasına, sicilde tutulan arşivler nedeniyle vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerine engel olacaktır. Burada ihlal edilen sadece savunma hakkı olmayıp aynı zamanda Anayasanın Mahkemelerin Bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesidir.

Neticede, Kanunun 17. maddesinin 4. fıkrasındaki hükümle savunma hakkı ihlal edilmiş, hukuki güvenlik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi zedelenmiş bireylerin devlete ve adalete olan güvenini sarsmıştır. Bununla birlikte, getirilen düzenleme adil, makul, anlaşılabilir, birbirini tamamlayan, birbirini güçlendiren, işin özelliklerine ve ereklerine uygun, dengeli ve makul görülebilecek ölçüde, adaletli ve eşit ölçüde bir düzenleme olmaktan son derece uzaktır. Yasanın 17. maddesinin 4. Fıkrası da hiç bir haklı nedene dayanmadığı gibi kamu menfaatini ve düzenini açıkça zedelemektedir. Bu yönünle de Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

g. 23. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki ibarelerin Anayasa'nın 6., 7., ve 10. maddelerine aykırılığı

Yasanın 23. maddesinde Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği, 26. maddesinde ise; "eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı belirtilmiştir. İptali istenen yasanın 23. maddesinde yer verilen "...Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği", 26. maddesinde ise; "eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı ..." gibi soyut ve her anlama çekilebilecek, belirsiz ölçütler yerine daha somut ve objektif kriterlere yer verilmesi hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Arabuluculuk müessesesinin bağımsız bir kurul olarak oluşturulmasının sağlanması için eğitim kuruluşlarının Bakanlıktan değil, Arabuluculuk kurulundan izin alarak faaliyetlerini sürdürmesi; ayrıca eğitim kuruluşlarının bilgi verecekleri merciinin de Daire Başkanlığı değil, Arabuluculuk kurulu olması gerekirken, anılan kanunun 23. ve 26. maddelerinde yer alan ibarelerle, Arabuluculuk Kurulu, Adalet Bakanlığı güdümünde teşekkül ettirilmek istenmiş; özerkliği ve bağımsızlığı hiçe sayılmıştır. Böyle bir düzenlemenin anlamı, değinilen konularda aslî düzenleme yetkisinin Adalet Bakanına bırakıldığı ve keyfi yetki kullanımına kapının açıldığıdır. Hâlbuki Anayasa'nın 7 nci maddesine göre; yürütme yetkisi ve görevi, kanunlar çerçevesinde kullanılır ve yerine getirilir. Böyle bir yetkinin yürütmeye verilmesi, Anayasa'nın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı bir biçimde, yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve kökenini Anayasa'dan almayan böyle bir yetki, Anayasa'nın 6 ncı maddesiyle de çelişir. Bu durumda yürütmenin yargı üzerinde baskı kurması da kaçınılmaz olacaktır. İptali istenen yasanın ilgili hükmü anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını zedeleyen hükümler ihtiva ettiği ve yargının bağımsız ve tarafsızlığını da zedelediği gibi getirilen düzenleme adil, makul, anlaşılabilir, birbirini tamamlayan, birbirini güçlendiren, işin özelliklerine ve ereklerine uygun, dengeli ve makul görülebilecek ölçüde, adaletli ve eşit ölçüde bir düzenleme olmaktan son derece uzaktır. Bu nedenlerle, Anayasanın Başlangıç, 2., 6., 7., 8., 9., 10. ve 11. maddelerine aykırıdır.

2- 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan 'arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alınarak verilebileceği' ibaresi ile 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan 'eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı' ibaresinin iptali istenmekte olup dava dilekçesindeki iptali istenen ibarelerle kanun metni arasında farklılıklar olduğu yönündeki iddia tamamen asılsızdır.

22.06.2012 tarihli ve 28331 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 07.06.2012 tarihli 6325 sayılı "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu"nın; Eğitim kuruluşlarına izin verilmesi başlıklı 23. maddesinin (1) nolu fıkrası aşağıdaki gibidir. İptali istenen ibare de maddede yer aldığı gibi Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler biçimindedir. Aynı kanunun Daire Başkanlığı'na bilgi verme yükümlülüğü başlıklı 26. maddesinin (1) nolu fıkrası, Eğitim kuruluşları, her yıl ocak ayında bir önceki yıl içinde gerçekleştirdikleri eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar şeklinde düzenlenmiştir. Aşağıda ek olarak Resmi Gazete'de yayınlanmış şekli ile madde metinleri, yine dilekçemize ek olarak, ilgili kanunun Resmi gazete'de yayınlanmış kanun metni tarafınıza sunulmuştur. İptali istenen hükümlerle madde metinleri arasında farklı bir anlama gelebilecek ek herhangi bir kanuni yorum getirilmemiş Kanunun Resmi Gazete'de yayınlanmış şeklinden başka bir kanun metnine başvurulmamıştır.

Eğitim kuruluşlarına izin verilmesi

MADDE 23- (1) Arabuluculuk eğitimi, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler. İzin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır.

Daire Başkanlığına bilgi verme yükümlülüğü

MADDE 26- (1) Eğitim kuruluşları, her yıl ocak ayında bir önceki yıl içinde gerçekleştirdikleri eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.

Netice olarak, Yasanın 23 üncü maddesinde Arabuluculuk eğitiminin Bakanlıktan izin alarak verilebileceği, 26 ncı maddesinde ise; "eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına rapor sunulacağı belirtilmiştir.

Arabuluculuk müessesesinin bağımsız bir kurul olarak oluşturulmasının sağlanması için eğitim kuruluşlarının Bakanlıktan değil, Arabuluculuk kurulundan izin alarak faaliyetlerini sürdürmesi; ayrıca eğitim kuruluşlarının bilgi verecekleri merciinin de Daire Başkanlığı değil, Arabuluculuk kurulu olması gerekirken,

anılan kanunun 23 üncü ve 26 ncı maddelerinde yer alan ibarelerle, Arabuluculuk Kurulu, Adalet Bakanlığı güdümünde teşekkül ettirilmek istenmiş; özerkliği ve bağımsızlığı hiçe sayılmıştır. Bu durumda yürütmenin yargı üzerinde baskı kurması kaçınılmaz olacaktır. İptali istenen yasanın ilgili hükmü anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını zedeleyen hükümler ihtiva ettiği ve yargının bağımsız ve tarafsızlığını da zedelediği için Anayasanın Başlangıç, 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırıdır.”

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

6325 sayılı Kanun’un iptali istenen kuralların da yer aldığı maddeleri şöyledir:

“**MADDE 1-** (1) Bu Kanunun amacı, hukuk uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.

(2) Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.

MADDE 4- (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar da bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.

MADDE 5- (1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dâhil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkra da belirtilen bilgilerin açıklanması mahkeme, hakem veya herhangi bir idari makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkra da öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

(4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır.

(5) Birinci fıkra da belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

MADDE 9- (1) Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir.

MADDE 13- (1) Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır.

MADDE 15- (1) Arabulucu, seçildikten sonra tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder.

(2) Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.

(3) Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.

(4) Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.

(5) Dava açıldıktan sonra tarafların birlikte arabulucuya başvuracaklarını beyan etmeleri hâlinde yargılama, mahkemece üç ayı geçmemek üzere ertelenir. Bu süre, tarafların birlikte başvurusu üzerine üç aya kadar uzatılabilir.

(6) Taraflar arabuluculuk müzakerelerine bizzat veya vekilleri aracılığıyla katılabilirler.

MADDE 16- (1) Arabuluculuk süreci, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde ise bu süreç, mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

(2) Arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen süre, zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

MADDE 17- (1) Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyeti sona erer:

a) Tarafların anlaşmaya varması.

b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi.

c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi.

ç) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi.

d) Uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığı veya 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince uzlaşma kapsamına girmeyen bir suçla ilgili olduğunun tespit edilmesi.

(2) Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaştıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanır. Belge taraflar veya vekillerince imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır.

(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar.

(4) Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirimi, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır. Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe gönderir.

MADDE 18- (1) Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.

(2) Taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda ise

anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır.

(3) İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden de yapılabilir. Ancak arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme duruşmalı olarak yapılır. Bu incelemenin kapsamı anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır. Taraflar anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemde kullanmak isterlerse, damga vergisi de maktu olarak alınır.

MADDE 19- (1) Daire Başkanlığı, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicilini tutar. Bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgiler, Daire Başkanlığı tarafından elektronik ortamda da duyurulur.

(2) Arabulucular sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

MADDE 20- (1) Sicile kayıt, ilgilinin Daire Başkanlığına yazılı olarak başvurması üzerine yapılır.

(2) Arabulucular siciline kaydedilebilmek için;

a) Türk vatandaşı olmak,

b) Mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak,

c) Tam ehliyetli olmak,

ç) Kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmamak,

d) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak,

gerekir.

(3) Arabulucu, sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyetine başlayabilir.

MADDE 21- (1) *Daire Başkanlığı, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydını siler.*

(2) *Daire Başkanlığı, bu Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediğini tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Kuruldan talep eder.*

(3) *Arabulucu, arabulucular sicilinden kaydının silinmesini her zaman isteyebilir.*

MADDE 23- (1) *Arabuluculuk eğitimi, bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilir. Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler. İzin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır.*

(2) *İzin için yazılı olarak başvurulur. Bu başvuruda eğitim programı, eğiticilerin sayısı ve uzmanlıkları ile eğitim kuruluşu veya eğitim programının finansman kaynakları hakkında gerekçeli bilgi verilir.*

(3) *Başvuruda sunulan belgelere dayalı olarak, eğitimin amacına ulaşacağı ve eğitim kuruluşlarında eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanacağı tespit edilirse, ilgili eğitim kuruluşuna en çok üç yıl için geçerli olmak üzere izin verilir.*

MADDE 26- (1) *Eğitim kuruluşları, her yıl ocak ayında bir önceki yıl içinde gerçekleştirdikleri eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.*

MADDE 30- (1) *Daire Başkanlığının görevleri şunlardır:*

a) *Arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak.*

b) Arabuluculukla ilgili yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmalarını teşvik etmek ve desteklemek.

c) Kurulun çalışması ile ilgili her türlü karar ve işlemi yürütmek ve görevleri ile ilgili bakanlık, diğer kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapmak.

ç) Arabuluculuk kurumunun tanıtımını yapmak, bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek, ulusal ve uluslararası kongre, sempozyum ve seminer gibi bilimsel organizasyonları düzenlemek veya desteklemek.

d) Ülke genelinde arabuluculuk uygulamalarını izlemek, ilgili istatistikleri tutmak ve yayımlamak.

e) Arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşlar tarafından bu amaçla yapılan başvuru ile sicildeki kaydın geçerlilik süresinin uzatılması talebinin karara bağlanmasını Bakanlığın onayına sunmak, arabuluculuk eğitimi verecek eğitim kuruluşlarını listelemek ve elektronik ortamda yayımlamak.

f) Arabulucu sicilini tutmak, sicile kayıt taleplerini karara bağlamak, 21 inci maddenin birinci ve üçüncü fıkraları kapsamında arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek ve bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgileri elektronik ortamda duyurmak.

g) Arabulucular tarafından arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanakların kayıtlarını tutmak ve birer örneklerini saklamak.

ğ) Görev alanına giren kanun ve düzenleyici işlemler hakkında inceleme ve araştırma yaparak Genel Müdürlüğe öneride bulunmak.

h) Yıllık faaliyet raporunu ve izleyen yıl faaliyet planını hazırlayarak Kurulun bilgisine sunmak.

ı) Yıllık Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesini hazırlamak.

MADDE 31- (1) Kurul aşağıdaki üyelerden oluşur:

a) Hukuk İşleri Genel Müdürü.

b) Daire Başkanı.

c) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından hukuk mahkemelerinde görev yapmakta olan birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından seçilecek iki hâkim.

ç) Türkiye Barolar Birliğinden üç temsilci.

d) Türkiye Noterler Birliğinden bir temsilci.

e) Yükseköğretim Kurulu tarafından seçilen özel hukuk alanından bir öğretim üyesi.

f) Adalet Bakanı tarafından seçilecek üç arabulucu.

g) Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden bir temsilci.

ğ) Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonundan bir temsilci.

h) Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Merkezi Müdürü.

(2) Başkan ihtiyaca göre Kurul toplantılarına uzman kişileri çağırabilir.

(3) Kurul başkanı Genel Müdürdür. Genel Müdürün bulunmadığı toplantılarda Başkanlık görevi Daire Başkanı tarafından yerine getirilir.

(4) Kurul, mart ve eylül aylarında olmak üzere yılda en az iki kez toplanır. Ayrıca, Başkanın veya en az beş üyenin talebiyle Kurul her zaman toplantıya çağırılabilir.

(5) Kurul üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar alır. Mazeretsiz olarak art arda iki toplantıya katılmayan üyenin üyeliği düşer.

(6) Kurulun Bakanlık dışından görevlendirilen üyelerinin görev süresi üç yıldır. Görev süresi dolan üyeler yeniden görevlendirilebilir.

(7) Başka yerden katılan Kurul üyelerinin gündelik, yol gideri, konaklama ve diğer zorunlu giderleri 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre Bakanlıkça karşılanır.

(8) Kurulun çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

MADDE 33- (1) Bu Kanunun 4 üncü maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 36., 37., 138. ve 141. maddelerine dayanılmış, Anayasa’nın 113. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN’ın katılımlarıyla 20.9.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle dava dilekçesindeki eksiklikler sorunu üzerinde durulmuştur.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, “İptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur.” kuralı yer almış; Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 45. maddesinde de “İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu”, “Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi” dava dilekçesinde yer alması gereken hususlar arasında sayılmıştır.

6216 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile İçtüzük'ün 49. maddesinde, dava dilekçesinde eksikliklerin bulunması hâlinde, bu hususun kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması için ilgililere tebliğ olunacağı ve belirtilen süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde iptali istenen kuralların bir kısmına yönelik olarak Anayasa'nın ilgili maddelerine hangi gerekçelerle aykırı olduğunun belirtilmediği, ayrıca dava dilekçesindeki iptali istenen bazı ibareler ile kanun metni arasında farklılık bulunduğu anlaşıldığından, 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 49. maddesi uyarınca Ankara Milletvekilleri Emine Ülker TARHAN ve Levent GÖK'e bildirimde bulunulmasına ve söz konusu eksikliklerin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak 15 (onbeş) gün süre verilmesine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 günlü İlk İnceleme Kararı'nda belirtilen eksikliklerin tamamlanması için belirlenen süre içinde 15.10.2012 gününde verilen ek dava dilekçesi üzerine, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ve Muammer TOPAL'ın katılımlarıyla 8.11.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında ise;

1- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

2- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava ve ek dava dilekçesi ile ekleri, Başraportör Mustafa ÇAĞATAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu yasa kuralları,

dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralda arabuluculuğa elverişli olan uyuşmazlıklarda tek kıstasın *“ tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları ”* olarak belirlendiği, ancak bu kıstasın yeterince açık olmadığı, hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğunun iptali istenen maddede tahdidi olarak sayılması gerekirken bunun yapılmadığı, taraflardan birinin güçsüz konumda olduğu uyuşmazlıklarda veya irade fesadı hâllerinde ne olacağına ilişkin herhangi bir ifadeye yer verilmediği, özellikle kamu düzenine ilişkin hukuki ilişkilerde, aile hukuku ve iş hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklarda bu fıkranın uygulanması durumunda kamu yararı, toplum menfaati ve hak arama hürriyetinin zedeleneyeceği, ekonomik yönden güçsüz olan işçiler açısından da maddi ya da manevi baskı ile arabulucuya başvuruya zorlama ve neticede ciddi hak kayıplarına uğramanın söz konusu olacağı, Devletin yargı unsuru devre dışı bırakılarak, bir anlamda yargının kısmi özelleştirmeye tabi tutulmuş olduğu, kuralda yer alan *“yabancılaşma unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere”* ibaresiyle bu Kanunla yabancıların da kendi hukuklarını yaratmasına imkân tanıyacak paralel hukuki düzenlemelerin yapılmasına imkân sağlanacağı ve bunun üniter devlet açısından son derece tehlikeli durumların ortaya çıkmasına neden olabileceği, iptali istenen kuralla ikili ve çok hukuklu bir yapı ortaya konulma tehlikesinin bulunduğu, kuralda kamu yararı ve/veya kamu düzeninin korunması ibarelerine yer verilmediği, ayrıca tabii hâkim ilkesinin de ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıcı'ı, 2., 5., 6., 9., 10., 11., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kuralda, arabuluculuğun hangi alanlarda uygulanabileceği hususu düzenlenmektedir. Buna göre, arabuluculuk her türlü hukuki uyuşmazlıkta değil, yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanabilecektir. Kuralda ayrıca, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı da hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *“belirlilik ilkesi”* dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin

hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Ancak gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakmasında ve yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunmasında, hukuk devletinin belirlilik ilkesine aykırılık oluşmaz.

İptali istenen kuralda arabuluculuğa elverişli konuların, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları olduğu belirtilmiş, ayrıca aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Kurala ilişkin gerekçede, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkların, tarafların *“sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları”* olduğu vurgulanmıştır. Kuralda, hangi tür uyuşmazlıklarda arabulucuya başvurulacağına ilişkin tahdidi bir yöntem seçilmemiş, bunun yerine uyuşmazlığın niteliğine ilişkin temel bir kural konulmuştur. Her şeyden önce sayma yönteminin tercih edilmesi durumunda, daima bazı hususların eksik kalma olasılığı söz konusu olacaktır. Özellikle özel hukuk gibi oldukça geniş ve sürekli gelişen ve değişen bir alanda bütün uyuşmazlık türlerini kanunda saymanın mümkün olmadığı da açıktır.

Öte yandan, kuralda geçen tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği işler kavramı mevzuat ve uygulamada karşılaşılan ve bilinen bir kavramdır. Madde metninde yer verilme de kamu düzenine ilişkin konuların, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri alan kapsamında kaldığı hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Nitekim madde gerekçesinde de *“Bu durum karşısında, kamu düzenine ilişkin olan ve dolayısıyla tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmalarına olanak vermeyen hukukî ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, arabuluculuk kurumuna müracaat edilemeyecektir.”* denilmek suretiyle, kamu düzenine ilişkin olan konularda arabulucuya başvurulamayacağı ifade edilmiştir. Bu durumda, kuralın, belirsiz olduğundan söz edilemez.

Kaldı ki, Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, tarafların serbestçe tasarruf edilebilecek alanlar dışında arabuluculuğa başvurduğunun tespit edilmesi durumunda arabuluculuk faaliyetinin sona ereceğinin ifade edildiği; ayrıca Kanun'un 18. maddesinde, arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliği için söz konusu belgeye hâkim tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerektiği ve hâkimin bu şerhi verirken arabuluculuk faaliyetinin arabuluculuğa elverişli olup olmadığını inceleyeceği dikkate alındığında, bu konuda yargısal bir denetimin de söz konusu olduğu açıktır.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesine göre davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, yargının iş yükünün azaltılması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve usul ekonomisi gibi çeşitli nedenlerle yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülmesi durumunda uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yasama organının takdir yetkisi içindedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuru zorunluluğu, bu yollar sırf kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getirmek amacıyla oluşturulmuş etkisiz ve sonuçsuz yöntemler olmadığı sürece hak arama özgürlüğüne aykırı kabul edilemez.

Uyuşmazlıkların çözümü konusunda temel olarak iki sistem vardır. Birincisi, yargı yoluyla uyuşmazlıkların çözümü, diğeri ise yargılama yapılmadan uyuşmazlığın çözümüdür. Arabuluculuk kurumunu da içine alan bu ikinci sistem, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olarak adlandırılmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen *"alternatif"* terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan

dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir.

Nitekim, Kanun'un genel gerekçesinde de, *"Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aslında yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaç yargısal yollara başvuru imkânını ortadan kaldırmak da değildir. Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır."* denilmiştir.

Yine, Kanun'un 15. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan *"Niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz."* biçimindeki hükümden de arabulucunun yaptığı faaliyetin yargısal bir faaliyet olmadığı açıkça anlaşılmaktadır.

Esasen, doktrinde de alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargının alternatifi olan ve dolayısıyla yargısal sistemin yerine ikame edilmeye çalışılan veya onunla rekabet içinde bulunan bir süreçler bütünü olmadığı, tam tersine uyuşmazlıkların çözümü için öngörülen yöntemlere ilave edilmiş tamamlayıcı yöntemler topluluğu olduğu hususunda tam bir mutabakat bulunduğu anlaşılmaktadır.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının başarılı olabilmesinin ön koşulu da bu yolların yargı yoluyla yarışmaması ve yargının yerine ikame edilmemeye çalışılmasıdır. Bu yolların asıl hedefi, basit ve kamu düzenini ilgilendirmeyen uyuşmazlıkların adli bir soruna dönüşmeden çözümünü sağlamaktır. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de arabuluculuk *"Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık*

“çözüm yöntemi” olarak tanımlanmış ve aynı Kanun’un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da tarafların, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbest oldukları açıkça ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, taraflar arasında arabuluculuk yöntemine başvurulmuş olması, Devletin yargılama yetkisini bertaraf edemez. Arabuluculukta iradilik ilkesi gereğince yargıya ve diğer çözüm yollarına başvuru yolu her zaman açık bulunmaktadır. Dolayısıyla, kuralın, Anayasa’nın 9. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 2., 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 5., 6., 10., 11. ve 37. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun’un 4. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, tarafların mahalle baskısı altında tarikat ve töre kurallarına göre hukuka aykırı bir biçimde uyuşmazlıklarının çözülmesini istediklerinde, gizlilik ilkesi gereğince yürütülen faaliyetleri denetlemenin mümkün olmayacağı için bu durumun alternatif kadı sistemini ortaya çıkaracağı, arabuluculuk faaliyetinin gizlilik içinde yürütülmesinin güçlünün zayıfı, haksızın haklıyı ezmesi sonucunu doğurabileceği gibi hukuka aykırı uygulamaların gizlilik kisvesi altında meşruiyet kazanmasını da sağlayacağı, söz konusu ilkenin arabuluculuk faaliyetinin etnik ve dinsel temelde oluşumlara ya da mafyanın hâkimiyetine yol açabilecek bir düzenlemeye dönüşme sakıncalarını da içinde barındırdığı, arabuluculuk faaliyetinin gizlilik kuralına bağlanmış olmasının mahkemelerdeki yargılamanın aleni olması kuralına aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2., 9., 36., 37. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun’un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, arabulucunun, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Söz konusu kuralda, gizliliğin arabulucuya ilişkin yönüne vurgu yapılmıştır.

Aynı kuralın (2) numaralı fıkrasında ise tarafların da aksi kararlaştırılmadığı sürece gizliliğe uymak zorunda oldukları ifade

edilmektedir. Söz konusu kuralda, gizliliğin taraflara ilişkin boyutuna vurgu yapılmıştır.

Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrasında "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır.*" denilmek suretiyle, duruşmaların aleni olarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Dava konusu kuralda, arabuluculuğun gizliliğine ilişkin hükümler düzenlenmektedir. Anayasa'nın 141. maddesinde öngörülen aleniyet ilkesi mahkemelerde yapılan duruşmalı yargılamalar için söz konusudur. Oysa, Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümünde ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, arabuluculuk yargısal bir faaliyet niteliğinde bulunmadığından ve tarafların verdikleri yetkiyle ve onların serbest iradeleriyle ortaya çıkan bir uyuşmazlık çözüm süreci olan arabuluculukta duruşma yapılması gibi bir durum söz konusu olmadığından, mahkemelerde yapılan duruşmalarda aleniyet ilkesini öngören Anayasa'nın 141. maddesinin bu tür yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarında emredici bir yönünün bulunmadığı açıktır.

Diğer taraftan, arabuluculuğun en belirgin niteliği, doğası gereği özel ve gizli olmasıdır. Gizlilik ilkesi, genel olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın içeriğinin ve arabuluculuk sürecinde ileri sürülen bilgi ve belgelerin açıklanmasını ve başkalarına iletilmemesini ifade eder. Gizlilik ilkesinin korunmasında menfaati olanlar bizzat taraflardır. Kurala ilişkin gerekçeden, tarafların arabuluculuk faaliyetleri kapsamında uyuşmazlık konusunu bütün yönleriyle tartışmaları sırasında ortaya çıkabilecek ticari sırları ya da mahrem bilgilerin üçüncü kişilerce öğrenilmesini istemeyecekleri gerçeğinden hareketle kuralın yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Kaldı ki, kuralda, tarafların gizlilik ilkesini kaldırma yönünde anlaşma yapabilecekleri ifade edilerek, bu konuda taraflara bir serbesti de tanınmıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 141. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 9., 36. ve 37. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 5. Maddesinin (1) ve (3) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öngörülen yasağın arabuluculuk sürecine katılmamış ve bu faaliyet içinde yer almamış olan üçüncü kişiler için de kabul edilmesinin hak arama hürriyetine aykırılık oluşturduğu, ayrıca dava açıldığında ya da tahkim yoluna gidildiğinde gizlilik kuralı gereğince maddede belirtilen beyan ve belgelerin de delil olarak ileri sürülememesinin delil serbestisi ilkesine aykırılık oluşturduğu, dava konusu (3) numaralı fıkra ise mahkemelerin bile arabuluculuk faaliyetleri dolayısıyla hazırlanan belgeleri isteyemeyeceği ve delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alamayacaklarının belirtildiği, böyle bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ve mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ve ayrıca hak arama hürriyetiyle bağdaşmasının mümkün olmadığı, arabuluculuk müessesesinde gizliliğin gereksiz olup sonuç olarak tutulan uyuşmazlık tutanağının mahkemelere sunulabilme imkânının tanınması gerekirken bu yapılmayarak mahkemelere bu madde ile yardımcı değil, alternatif yargı mercii ihdas edildiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin dava konusu olan (1) numaralı fıkrasında, hangi beyan ve belgelerin, kimler tarafından, hangi kapsamda kullanılamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu yasak, uyuşmazlıkla ilgili doğrudan veya dolaylı bir yargılama sırasında geçerli olup arabuluculuk faaliyetinin taraflarını, arabulucuyu, arabuluculuk faaliyetine katılmış olsun olmasın üçüncü kişileri kapsamaktadır. Ayrıca, yasağa dört bent hâlinde sayılan beyan ve belgeler dâhil olup bu beyan ve belgeler yargılamada delil olarak kullanılamayacağı gibi, bu konuda tanıklık da yapılamayacaktır. Yargılamanın mahkeme veya tahkim yoluyla yapılmasının bu konuda bir önemi yoktur. Maddenin kapsamına giren beyan ve belgeler şunlardır:

- Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

- Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşler ve teklifler.

- Arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.

- Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

Maddenin dava konusu olan (3) numaralı fıkrasında ise taraflar dışında, mahkeme, hakem ve idari makamlara yönelik olarak yasağın kapsamı belirtilerek, aynı maddenin (1) numaralı fıkrasında belirtilen bilgilerin açıklanmasının bu makamlar tarafından istenemeyeceği vurgulanmıştır. Bu yasağa rağmen, söz konusu beyan veya belgeler, taraflarca veya tarafların bilgisi dışında herhangi bir şekilde delil olarak sunulursa, hükme esas alınamayacaktır. Kuralda düzenlenen yasağa, iki temel istisna getirilmiştir. Bunlar, söz konusu bilgilerin kullanılmasının bir kanun hükmü tarafından emredilmesi ya da bunların arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olmasıdır.

Kuralla mahkemelere yardımcı değil alternatif bir yargı mercii ihdas edildiği yönünde ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazları, Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen Anayasa'nın 2. ve 9. maddelerine ilişkin gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Bu hak, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne taşınması hakkını da kapsar. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Ancak bu sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi, hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

Dava konusu kurallarla, taraflara arabuluculuk sürecinin yargılamada aleyhlerine sonuç doğurmayacağına yönelik ve bu suretle tarafların

arabulucuya başvurma konusundaki tereddütlerini giderici bir güvence sağlanmıştır. Kurallarla öngörülen amaç, gizlilik ilkesinin korunması ve arabuluculuğun anlaşmazlıkla sonuçlanması durumunda ortaya çıkabilecek sorunların çözümlenmesidir.

Ancak maddenin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde de belirtildiği üzere, iptali istenen kurallarda öngörülen yasak ve sınırlamalar, tarafların uyuşmazlık sebebiyle sahip oldukları ve delil olarak kullanılacak tüm belgeler için değil, sadece arabuluculuk dolayısıyla hazırladıkları belgeler için söz konusudur. Düzenlemenin amacının, arabuluculuk kurumunu teşvik etmek ve kolaylaştırmak olduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca, maddenin iptal konusu olmayan (5) numaralı fıkrasında da bir hukuk davasında veya tahkimde ileri sürülen caiz delillerin, sırf arabuluculukta kullanılmış olmaları sebebiyle, kullanılamayacak hâle gelmeyeceği ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, arabuluculuk faaliyeti söz konusu olmasaydı dahi, taraflar bir delili ellerinde bulunduruyor veya elde edebiliyor ve aynı zamanda mahkeme veya tahkimdeki yargılamada o uyuşmazlık için caiz delil olarak kullanabiliyorsa, sırf daha önce bir arabuluculuk faaliyetinde kullanılması, o delilin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Diğer taraftan, iptali istenen (3) numaralı fıkranın son cümlesinde, (1) numaralı fıkrada belirtilen bilgilerin bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabileceği de ifade edilmiştir. Dolayısıyla, iptali istenen kurallarla getirilen yasaklar ve sınırlamalar, sadece arabuluculuk faaliyetleri nedeniyle elde edilen bilgiler için söz konusu olup arabuluculuk faaliyetinden önce var olan deliller yasak ve sınırlama kapsamında değildir. Ayrıca, maddenin iptal konusu olmayan (4) numaralı fıkrasında da belirtildiği üzere, söz konusu yasak ve sınırlamalar arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın sadece hukuk davaları ve tahkimde uygulanacak olduğundan, ceza hukukunda geçerli olan delil serbestisi ilkesine aykırı bir durumun bulunmadığı da açıktır.

Kurallar, arabuluculuk faaliyeti sonucunda yargıya başvurmayı engelleyici bir hüküm içermemektedir. Kaldı ki, kurallarla getirilen yasaklar ve sınırlamaların sadece arabuluculuk faaliyetleri nedeniyle elde edilen

bilgiler ile hukuk davaları ve tahkim için söz konusu olduğu dikkate alındığında, kurallarda öngörülen düzenlemenin hak arama hürriyetini aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokunan bir sınırlama niteliğinde bulunduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 9. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

D- Kanun'un 9. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, iptali istenen kuralla arabuluculuğun hâkimlik mesleği ile adeta özdeşleştirildiği, ayrıca maddede arabulucunun görevini gereği gibi yerine getirmemesi, görevi sırasında ya da görevi nedeniyle suç işlemesi, taraflara baskı yapması, taraflar arasında eşitlik ilkesine aykırı davranması ve görevini savsaklaması gibi durumlarda nasıl bir cezalandırma yöntemine başvurulacağı ile bunun yaptırımının ne olacağı yönünde hiç bir düzenlemeye yer verilmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 9., 36., ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda, arabulucunun görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirmek durumunda olduğu hükme bağlanmaktadır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Arabulucuların hangi eylemlerinin suç olup olmayacağını takdir edip buna göre düzenlemeler yapma yetkisi, tamamen kanun koyucunun takdirinde olup kanun koyucunun bazı eylemleri suç olarak nitelendirmemesi hususu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde nitelendirilemez.

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

Kuralın, Anayasa'nın 9., 36. ve 37. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

E- Kanun'un 13. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, arabuluculuk faaliyetinin tamamen davadan önce başvurulabilecek bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak kabul edilmesi gerekirken iptali istenen kuralla mahkeme aşamasında da arabuluculuğun öngörüldüğü, bu durumun yargısal faaliyetlerin kesintiye uğramasına ve toplumda huzursuzlukların baş göstermesine, gücünün zayıfı ezmesine, adaletin gecikmesine, ertelenmesine veya hiç işlememesine ve bağımsız yargı kurumlarının etkinliğini yitirmesine yol açacağı, vatandaşın en temel anayasal hakkı olan hak arama hürriyetinden mahrum edileceği, bağımsız yargı organları ile irtibatın kesileceği ve hakkını hukuk dışı yollardan aramasına zorlanacağı veya teşvik edileceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 36., 37. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin (1) numaralı fıkrasında, tarafların dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilecekleri, mahkemenin de bu konuda tarafları aydınlatıp teşvik edebileceği hususu düzenlenmiştir. Fıkradaki düzenleme, 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ön inceleme aşamasında mahkemenin tarafları sulha teşvik edeceğini düzenleyen 137. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile sulhun hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceğini öngören aynı Kanun'un 314. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla paralel bir düzenlemedir.

Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise arabuluculuk sürecinin iki tarafça ortak bir şekilde başlatılmamış olması ihtimali düzenlenmiştir. Buna göre, sadece taraflardan birisinin teklifte bulunması söz konusu ise diğer tarafın bu teklife cevabı beklenecaktır. Karşı taraf, teklifin kendisine ulaşmasından itibaren otuz gün içinde olumlu cevap vermezse, teklifi reddetmiş sayılacaktır. Ancak, taraflar anlaşarak bu süreyi kısaltabilecekleri gibi daha da uzatabilirler.

İptali istenen kurallarda, yargılamanın her aşamasında hâkimin arabulucuya başvuru konusunda tarafları aydınlatıp, teşvik edebileceği; tarafların da birbirlerine arabulucuya başvurma teklifinde bulunabilecekleri, tarafların hâkimin ya da birbirlerinin bu konudaki teklifini kabul edip etmemede tamamen serbest oldukları hükme bağlanmaktadır. Dolayısıyla,

kurallarda yargılamayı uzatıcı bir durum söz konusu değildir. Zira, taraflardan birisi diğer tarafın ya da hâkimin arabuluculuk kurumuna başvurulması teklifi karşısında, bunun davayı uzatacağı kanaatine sahip olması durumunda, teklifi derhal reddetme imkanına sahiptir.

Diğer taraftan, arabuluculuk faaliyeti nedeniyle yargılamanın uzun süre sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla Kanun'da ek tedbirler de öngörülmüştür. Kanun'un 15. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, tarafların birlikte arabulucuya başvurmak istediklerini beyan etmeleri hâlinde, hâkimin davayı üç ay geçmemek üzere erteleyebileceği, bu sürenin yine tarafların birlikte başvurusu üzerine en fazla üç ay daha uzatılabileceği, bir başka ifadeyle arabuluculuk süreci nedeniyle davanın en fazla altı ay süreyle ertelenebileceği kurala bağlanmıştır. Dolayısıyla, kurallarda Anayasa'nın 141. maddesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Kurallarla vatandaşın anayasal haklarından olan hak arama hürriyetinden mahrum edileceği, bağımsız yargı organları ile irtibatının kesileceği ve hakkını hukuk dışı yollardan aramaya zorlanacağı veya teşvik edileceği yönünde ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazları, Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen Anayasa'nın 2., 9. ve 36. maddelerine ilişkin gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 9., 36. ve 141. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 5. ve 37. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 15. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, kuralda arabulucunun seçilmesinden sonra tarafların ilk toplantıya hangi süre içinde ve ne şekilde davet edileceğinin somut olarak gösterilmediği, kuralda geçen en kısa sürede ibaresinin belirsiz olduğu, yine kuralda belirtilen davet usulünün muğlak bırakılmasının arabuluculuk faaliyetinin başlamasında ve mahkeme sürecinde kötü niyetli kişilerin süreci uzatabilmesine neden olabileceği, bu durumun ayrıca bağımsız mahkemelerin görevlerini ifa edemez konuma getirilmesine neden olacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 9. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 15. maddesinde, arabuluculuk faaliyetinin nasıl ve hangi usûlle yürütüleceği hususları düzenlenmiştir. İptali istenen (1) numaralı fıkrada ise arabulucunun seçildikten sonra tarafları, mümkün olan en kısa sürede ilk toplantıya davet edeceği kurala bağlanmıştır. Kuralda düzenlenen ilk toplantı daveti, Kanun'un 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması sürecinin başlangıcı bakımından önemlidir. Zira, dava açılmadan önceki arabuluculuk süreci, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Buna karşılık, Kanun'un 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öngörülen ilk toplantı daveti, Kanun'un 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen dava açılmasından sonra yapılan arabuluculuk sürecinin başlangıcı açısından herhangi bir önem veya etkiye sahip değildir. Zira, dava açıldıktan sonra söz konusu olan arabuluculuk süreci, mahkemenin arabulucuya davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Bu durumda, Kanun'un 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öngörülen arabulucunun tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet etmesinin, dava açıldıktan sonra yapılacak arabuluculuk faaliyeti sürecinin başlamasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle, henüz dava açılmadan önce yapılacak arabuluculuk faaliyetinde, arabulucunun tarafları ilk toplantıya davet etmemesi durumunun, ortada henüz bir dava bulunmadığı dikkate alındığında, bu konuda belirli bir sürenin öngörülmemiş olmasının yargılamayı uzatma ya da etkisiz hâle getirme gibi bir sonuç doğurma ihtimali bulunmamaktadır.

Kaldı ki, taraflar arabuluculuk faaliyeti ve arabulucu üzerinde söz sahibi olduklarından, arabulucunun tarafları en kısa zamanda toplantıya davet etmeyerek görevini yerine getirmede ihmal göstermesi durumunda, Kanun'un 17. maddesinde de belirtildiği üzere, tek taraflı olarak ya da anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sonlandırabileceklerdir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 9. ve 141. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

G- Kanun'un 15. Maddesinin (3) ve (4) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde; iptali istenen (4) numaralı fıkra *“Hâkim tarafından yapılabilecek işlemler arabulucu tarafından yapılamaz.”* hükmüne yer verilmekle birlikte, (3) numaralı fıkra *“Arabulucu uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.”* denilmek suretiyle (4) numaralı fıkranın aksine (3) numaralı fıkradaki hükümle arabulucuların hâkim gibi işlemler yapmasının önünün açıldığı, bu durumun ise Anayasa'nın 2., 6., 9. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 15. maddesinin dava konusu (3) numaralı fıkrasında tarafların, arabuluculuk faaliyetinin nasıl yürütüleceğini önceden veya bu faaliyetin başında kararlaştırmamış olmaları hâlinde ne yapılacağı hususu düzenlenmiştir. Buna göre, arabulucu, öncelikle uyuşmazlığın niteliği ve tarafların bu konudaki isteklerini dikkate alarak uyuşmazlığın kolay ve çabuk çözümünü sağlayacak bir yol izleyecektir.

Kanun'un 15. maddesinin dava konusu (4) numaralı fıkrasında ise arabulucunun hâkim tarafından yapılabilecek işleri yapamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

İptali istenen kurallarla, arabulucuya yargısal işlemler yapma yetkisinin tanınması söz konusu olmayıp, aksine arabulucunun yargısal işlemler yapamayacağı hususu hüküm altına alınmıştır.

İptali istenen (3) ve (4) numaralı fıkralar, birbiriyle çelişen değil, tamamlayan hükümler içermektedir. Zira, (3) numaralı fıkra arabulucunun taraflarca aksi kararlaştırılmaması durumunda, arabuluculuk faaliyetini ne şekilde yürüteceği hususu düzenlenirken; (4) numaralı fıkra ise arabulucunun bu faaliyet kapsamında yetkisine ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. (4) numaralı fıkra uyarınca, arabulucu, niteliği gereği yargısal bir yetkinin kullanımı olarak sadece hâkim tarafından yapılabilecek

işlemleri yapamayacaktır. Bu durumda, iptali istenen (4) numaralı fıkradaki hükmün, (3) numaralı fıkra da öngörülen hükmü bertaraf ettiğini ya da anlamsız hâle getirdiğini söylemek mümkün değildir. Tam aksine, (3) numaralı fıkra, (4) numaralı fıkranın sınırlarını çizen bir niteliğe sahiptir.

Dava konusu (4) numaralı fıkra da belirtilen kural, arabuluculuğun yargısal bir faaliyet olmadığına açık bir göstergesidir. Yargısal bir görev ifa etmeyen arabulucunun, yargısal bir görev yapan hâkimlerin münhasır yetkisine sahip olması düşünülemez. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olan, çözüm ortamını hazırlayan kişi konumundadır; ancak, karar veren kişi değildir. Nitekim, (4) numaralı fıkranın gerekçesinde de *“Zira, arabuluculuk yargısal bir faaliyet olmayıp alternatif bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Uyuşmazlık yargısal bir faaliyetle ve hâkim tarafından çözüldüğünde kullanılacak yetki ile arabuluculukta arabulucunun kullanacağı yetkiler aynı değildir. Arabulucu, uyuşmazlığın çözümünde taraflara yardımcı olan, çözüm ortamını hazırlayan kişi konumundadır; ancak karar veren kişi değildir.”* denilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa’nın 2. ve 9. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa’nın 6. ve 37. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun’un 15. Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralla, davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurulması durumunda davanın üç ay süreyle ertelenmesi ve tarafların birlikte talepte bulunması üzerine sürenin üç ay daha uzatılabilmesinin öngörüldüğü, bu durumun yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olabileceği belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 141. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda, dava açıldıktan sonra arabulucuya başvurulması hâlinde bunun yargılamaya etkisi düzenlenmiştir. Buna göre, mahkeme yargılamayı üç ayı geçmeyecek bir süreyle erteleyecek bu süre içerisinde sonuç elde edilemez ise yine tarafların başvurusu üzerine süre en fazla üç ay daha uzatılabilecektir. Böylece, arabulucuya başvurunun en fazla altı ay süreyle yargılamayı erteleyici bir etkisi olacaktır. Bir başka ifadeyle,

arabuluculuk faaliyeti en fazla altı ay içinde sonuçlandırılmak zorundadır. Kuşkusuz, bu süreler azami süreler olup taraflar daha kısa bir süre için davanın ertelenmesini talep edebileceği gibi hâkim de daha kısa sürelerle erteleme kararı verebilecektir.

İptali istenen kuralla öngörülen davanın belli bir süre ertelenmesine ilişkin sürelerin, davaların arabuluculuk nedeniyle belirsiz bir zaman dilimi süresince uzamasına engel olmak için getirildiği açıktır. Kuralla getirilen azami erteleme süreleri nedeniyle, davaların sürekli bir biçimde arabuluculuk başvurusu gerekçe gösterilerek ertelenmesi disipline edilmiş ve böylece davaların uzun ya da belirli olmayan bir zaman süresince ertelenmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Kaldı ki, erteleme sürelerini belirleme, hâkimin takdirinde olup hâkim bu süreleri belirlerken tarafların istemi yanında, davanın niteliğini, ağırlığını ve bir bütün olarak davanın geldiği aşamayı dikkate alacaktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 141. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

I- Kanun'un 16. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, iptali istenen kuralda düzenlenen arabuluculuk sürecinin başlaması ile uyuşmazlıkla ilgili zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında, Kanun'un 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan ilk toplantıya davet süresindeki belirsizliğin arabuluculuk faaliyetinin başlamasında ve mahkeme sürecinde kötü niyetli kişilerin bu süreci uzatabilmesine neden olabileceği, bu durumun ayrıca bağımsız mahkemelerin görevlerini ifa edemez konuma getirilmesine neden olacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 9. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 16. maddesinde, arabuluculuk sürecinin başlaması ve bunun zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere etkisi düzenlenmiştir. Bu çerçevede dava açılmadan önce veya sonra arabulucuya başvuru konusunda bir ayırım yapılmıştır.

Kanun'un 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, dava açılmadan önce ve dava açıldıktan sonra arabuluculuk sürecinin hangi andan itibaren

başlayacağı açık bir şekilde düzenlenmiştir. Fıkranın birinci cümlesinde, arabuluculuk sürecinin, dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, tarafların ilk toplantıya davet edilmeleri ve taraflarla arabulucu arasında sürecin devam ettirilmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelendirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık aynı fıkranın ikinci cümlesinde ise dava açılmasından sonra arabulucuya başvuru hâlinde bu sürecin, mahkemenin arabulucuya başvurma davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını duruşma dışında mahkemeye yazılı olarak beyan ettikleri ya da duruşmada bu beyanlarının tutanağa geçirildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir.

Kanun'un 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise arabuluculuk sürecinin başlamasından sona ermesine kadar geçirilen sürenin, uyuşmazlık konusu olan hakka ilişkin zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.

Kanun'un 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen gerekçelerle kural, Anayasa'nın 2., 9. ve 141. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

J- Kanun'un 17. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, kuralla, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen belgenin Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesinin zorunlu kılınmasının toplumsal hukuk güvenliği açısından son derece tehlikeli olduğu, bu durumun hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan ve ancak anti-demokratik rejimlere özgü bir anlayışın ürünü olduğu, avukatların uzlaşma tutanaklarını Devletin herhangi bir birimine vermek zorunda olmadıklarını, sır saklama yükümlülüğünün avukatın birincil ve en temel hak ve görevi olması nedeniyle Devlet tarafından özel bir korumaya tabi olması gerektiği, kuralla tamamen Devlete bağlı durumda olan hukukçulara kişilerin özel alanları açılarak alınan sonuçların Devlet tarafından arşivlenerek dolaylı yünden mahkemelere ve davaların seyrine müdahale edildiği, ayrıca savunma hakkının da ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kuralda, arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda arabulucunun aynı maddenin (2) numaralı fıkrası uyarınca tutulan tutanak ile arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak kendisine yapılan bildirimi, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri beş yıl süreyle saklamak zorunda olduğu, ayrıca tutulan tutanağın da arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne göndereceği hükme bağlanmıştır.

Arabulucunun düzenlediği son tutağın bir örneğini Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüne göndermesinin temel dayanağı, Kanun'un 28. maddesiyle arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak amacıyla Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde ihdas edilen daire başkanlığının görevlerini düzenleyen 30. maddenin (1) numaralı fıkrasının (g) bendindeki *"Arabulucular tarafından arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen son tutanakların kayıtlarını tutmak ve birer örneklerini saklamak."* biçimindeki hükümdür. Bir başka ifadeyle, Kanun'un 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde öngörülen görevin yerine getirilebilmesi için, iptali istenen kuralda belirtilen son tutanağın söz konusu daire başkanlığına gönderilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"hukuk güvenliği"* ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilen olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Maddeye ilişkin gerekçeden, iptali istenen kuralda öngörülen arabulucuya belge saklama yükümlülüğünün, özellikle daha sonra ortaya çıkacak tereddütlerin giderilmesi ve arabuluculuk faaliyetinin belgelendirilebilmesi amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Örneğin, taraflardan birinin arabuluculuk sonucunda düzenlenen anlaşma tutanağına icra edilebilirlik şerhi verilmesini istemesi üzerine diğer tarafın bu belgeye yönelik tahrifat ya da sahtecilik iddiasında bulunması durumunda, söz konusu belgenin bir örneğinin daire başkanlığında muhafaza edilmesi, bu konudaki tartışmaları sona erdirecektir. Dolayısıyla, kuralla getirilen düzenlemenin, bu konuda ortaya çıkabilecek belirsizlikleri önlemeye yönelik olduğu, tarafların arabuluculuk faaliyetlerini güven içinde sürdürmelerine olanak sağladığı, bir başka ifadeyle düzenlemenin hukuki güvenlik ilkesine hizmet ettiği açıktır.

Diğer taraftan, daire başkanlığının Kanun'un 30. maddesi kapsamında kendisine verilen görevleri yerine getirebilmesi açısından, örneğin arabuluculuk uygulamalarının izlenmesi, istatistiklerin tutulması, denetim görevlerinin yerine getirilebilmesi için, söz konusu tutanakların muhafazasında bir gereklilik de bulunmaktadır.

Kaldı ki, sicildeki tutanakları açıklayarak ya da bir başkasına vermek suretiyle gizliliğinin Bakanlıkça ihlal edilmesi durumunda, ilgililerin Kanun'un 33. maddesi uyarınca cezalandırılmaları cihetine gidilebilecektir. Nitekim, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 6. maddesinin (5) numaralı fıkrasında da gizlilik kuralının Bakanlık ve Kurul görevlileri bakımından da geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralla avukatların sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiği belirtilmiş ise de avukatın sır saklama yükümlülüğü anayasal bir ilke olmayıp, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen meslek etiği ilkesidir. Öte yandan, sır saklama yükümlülüğü, mesleki faaliyet sırasında öğrenilen bilgilerle sınırlı olup, sırrın mesleki faaliyet ile uygun nedensellik bağı içinde öğrenilmesi de gerekir. Oysa, arabuluculuk yargısal bir faaliyet olmadığından, arabulucunun aynı zamanda avukat sıfatına sahip olması, onun yaptığı işi yargısal niteliğe büründürmeyecektir. Kaldı ki, Kanun'un 20. maddesine göre, arabulucu olmak için avukat olma zorunluluğu bulunmamakta, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olmak yeterli olmaktadır. Yine Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında *"Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılan davada, daha sonra taraflardan birinin avukatı olarak görev üstlenemez."* denilmek suretiyle, arabulucunun aynı zamanda avukat olması durumunda, avukatın aynı uyuşmazlıkla ilgili olarak açılacak davada tarafların birinin avukatı olarak görev yapması da yasaklanmıştır.

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

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasa'nın 10. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 18. Maddesinin (2) ve (3) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, arabuluculuk sonunda düzenlenen anlaşma tutanağına icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye başvurulduğunda hâkimin tutanağı sadece tarafların başvurusunun serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir hakka ilişkin olup olmadığı ve icraya elverişli olup olmadığı yönüyle inceleyeceği ve onaylamak durumunda kalacağı, oysa hâkimin tarafların hak ve fiil ehliyetlerinin olup olmadığı, arabulucuya başvurmada tarafların hukuki menfaatlerinin bulunup bulunmadığı, anlaşma ve arabuluculuk sürecinde kamu düzenine aykırılık bulunup bulunmadığı hususlarını da incelemesi gerektiği, kamu düzenine ve emredici hukuk kurallarına aykırılık olması hâlinde hâkimin taraflara ve arabulucuya bu aykırılığı gidermeleri için ek süre vermesi gerektiği, yargısal organların yetkilerinin biçimsel bir inceleme yapmakla sınırlandırıldığı, icra şerhi verilen belgeye karşı tarafların irade fesadına dayalı olarak iptal davası açmaları imkânının tanınmadığı, ayrıca anlaşmaya icra edilebilirlik şerhi verilerek bu belgeye ilam gücü kazandırmak için nispi değil maktu harç alınmak suretiyle kişilerin vergisel yükten kurtulmasını bir teşvik unsuru hâline getirerek kişilerin yargıya değil arabuluculara yönlendirildiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 9. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 18. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, anlaşma belgesinin etkisi düzenlenmiştir. Taraflar varılan anlaşmayı mevcut hâliyle uygulamak isterlerse arabuluculuk sonunda düzenlenen belge genel hükümlere tâbi olacaktır. Ancak, bu belgeye ilam niteliği kazandırılmak isteniyorsa icra edilebilirlik şerhi verilmesi gerekecektir. Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, asıl uyuşmazlık hakkındaki görev ve yetki kurallarına göre belirlenecek olan mahkemeden talep edilebilecektir. Davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurulması durumunda ise anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilecektir. Fıkroda, icra edilebilirlik şerhi içeren anlaşmanın ilam niteliğinde belge sayılacağı da kural altına alınmıştır. Kuralda, tarafların anlaşmaları hâlinde, anlaşma belgesi düzenleyip düzenlememek ya da bu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilmesini istemek tamamen tarafların taleplerine bağlı tutulmuştur.

Kanun'un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ise icra edilebilirlik şerhinin verilmesi konusunda mahkemenin yapacağı işin niteliği ve özelliği

belirtlmifltir. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi bir şekişmesiz yargı işidir ve buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılacaktır. Ancak, arabuluculuğa elverişli olan aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda inceleme, duruşmalı olarak yapılacaktır. Mahkeme bu konudaki yapacağı incelemede anlaşmanın iğeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Burada aile ilişkilerinin önemine binaen duruşmalı inceleme öngörölmüştür; fakat duruşmalı yapılması da bu incelemeyi şekişmeli yargı hâline getirmemektedir. Bu şerhe ilişkin inceleme duruşmalı da duruşmasız da yapılırsa şekişmesiz yargı işi niteliğindedir.

(3) numaralı fıkrada ayrıca, anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harcın alınacağı, tarafları anlaşma belgesini icra edilebilirlik şerhi verdirmeden başka bir resmî işlemede kullanmak isterlerse, damga vergisinin de maktu olarak alınacağı hükme bağlanmıştır.

İcra hukukunda ilâmlı icra sadece mahkemeler tarafından verilen ilâmlarla sınırlı değildir. İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesi "*ilâm mahiyetini haiz belgeler*" başlığı ile mahkeme ilâmları dışında, mahkeme huzurunda yapılan sulhler, kabuller ve para borcu ikrarını içeren resen tanzim edilen noter senetleri ve istinaf ve temyiz kefaletnameleri ile icra dairesindeki kefaletnameleri de ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tâbi kılmıştır.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaşması sonucunda düzenlenen anlaşma metni maddi anlamda kesin hüküm değildir. Anlaşmaya mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhinin verilmesi söz konusu anlaşmayı hüküm-kesin hüküm/mahkeme ilâmı hâline getirmemekte, sadece ilam niteliğinde belge hâline getirmektedir. İlamlar ile ilam niteliğindeki belgeler birbirinden tamamen farklıdır. İlamlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olma nitelikleri yoktur. Kanun koyucu ilam niteliğindeki belgeleri, sadece icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi tutmuştur.

Dava dilekęesinde ileri sürölen kurallarla icra edilebilirlik şerhi verilmesinde hâkimin inceleme yetkisinin sınırlandırılması ile mahkemeye veya istinaf yoluna başvurulması durumunda nispi harç yerine maktu

harç alınmasının öngörülmesi suretiyle arabuluculuğun yargıya alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak yerleştirilmeye çalışıldığına yönelik Anayasa'ya aykırılık itirazları, Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen Anayasa'nın 9. maddesine ilişkin gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Kaldı ki, Kanun'un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, icra edilebilirlik şerhinin verilmesi işleminin çekişmesiz yargı işi olduğu ifade edilmiştir. 6100 sayılı Kanun'un 382 ilâ 388. maddeleri arasında düzenlenen çekişmesiz yargının temel özelliklerinden birisi de resen araştırma ilkesinin geçerli olmasıdır. Resen araştırma ilkesinin gereği olarak, hâkim emredici hukuk kuralları ve kamu düzenine ilişkin hususları resen inceleyebilecektir. Esasen anlaşmanın arabuluculuğa elverişli olup olmadığını inceleme yetkisi, arabuluculuğa konu anlaşmanın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları olup olmadığının araştırılmasını içerir. Kamu düzenine ilişkin hususlar ise tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri alan kapsamındadır. Bir başka ifadeyle, hâkim anlaşmayı arabuluculuğa elverişli olup olmadığını değerlendirirken kamu düzenine aykırılık hususunu resen inceleyecektir.

Yine, icra edilebilirlik şerhi verilmesi sürecinde hata, hile ve ikrah gibi irade fesadı halleri taraflarca ileri sürülebilecektir. Aynı şekilde, icra edilebilirlik şerhi verilen anlaşmanın ilam niteliğini taşınamaması, bir başka ifadeyle maddi anlamda kesin hüküm niteliğine sahip olmaması gibi hususların da genel hükümler çerçevesinde ileri sürülmesi her zaman mümkündür.

Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca kanunla yapılması koşuluyla bir kamu hizmetinden harç alınması, kanun koyucunun takdirine bağlıdır. Kanun koyucu arabuluculuk işlemlerinde, arabuluculuğu teşvik amacıyla, nispi harç yerine tarafların daha lehine olan maktu harç alınmasını takdir etmiştir. Kanun koyucunun yargının iş yükünü azaltmak amacıyla getirdiği arabuluculuk kurumunu teşvik amacıyla yaptığı bu düzenleme, arabuluculuğun ihdas edilmesinde güdülen amaçla uyumlu olduğu gibi söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 9. maddesine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

L- Kanun'un 19. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralla, arabulucuların bağımsızlığının zedelendiği, arabulucular sicilinin Adalet Bakanlığı bünyesindeki daire başkanlığı tarafından değil daha bağımsız olan Arabuluculuk Kurulu tarafından tutularak tüm işlemlerin bu Kurul tarafından yapılması gerektiği, kuralla adeta sivil görünümlü Devlet avukatlığı veya Devlet hâkimliği yaratıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2. ve 9. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, iptali istenen kural ilgili nedeniyle, Anayasa'nın 113. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Maddenin (1) numaralı fıkrasında, Arabuluculuk Daire Başkanlığının arabuluculuk yetkisini kazanmış kişilerin sicilini tutacağı ve bu sicildeki arabuluculara ilişkin bilgilerin elektronik ortamda da duyurulacağı kurala bağlanmıştır.

Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise söz konusu sicilin tutulmasına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiştir.

Anayasa'da arabuluculukla ilgili görevlerin hangi nitelikteki kurum ve kuruluşlarca ve nasıl ya da ne şekilde yürütüleceğine ilişkin bir kural bulunmamakta olup bu konuda düzenleme yapılması yetkisi kanun koyucunun takdirindedir.

Anayasa'nın 113. maddesinde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının kanunla düzenleneceği belirtilmek suretiyle bu konuda yasama organına takdir yetkisi tanınmıştır.

Kanun koyucunun, yargısal bir faaliyet niteliğinde olmayan arabuluculukla ilgili görevlerin yerine getirilmesi için yargıyla ilgili pek çok önemli işi yerine getirmekle görevli olan Adalet Bakanlığı bünyesinde arabuluculuk kurumu ile ilgili olarak daire başkanlığı ve Kurul şeklinde iki ayrı birim ihdas etmesi ve bunların görevlerini belirlemesi, Anayasa'nın 113. maddesinde öngörülen takdir yetkisi kapsamındadır.

Diğer taraftan, bir kamu birimi tarafından yerine getirilen görevin, diğer bir kamu birimince yerine getirilmesinin daha uygun olacağı yönündeki değerlendirmeler, yerindelik denetimi anlamına gelmekte olup anayasallık denetimi kapsamı dışındadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 113. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2. ve 9. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

M- Kanun'un 20. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (d) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yazılı ve uygulamalı sınavın bağımsız konumda olan Arabuluculuk Kurulu tarafından değil de Adalet Bakanlığı tarafından yapılmasının arabulucuların Adalet Bakanlığına bağımlı kalmasına neden olacağı, bu durumun Devlet yargısına alternatif bir yargı ağı oluşturacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2. ve 9. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kuralda, arabuluculuk siciline kayıt olmak için Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Dava dilekçesinde ileri sürülen kuralla Devlet yargısına alternatif bir yargı oluşturulduğu yönündeki Anayasa'ya aykırılık iddiası, Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen Anayasa'nın 9. maddesine ilişkin gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Diğer taraftan, Arabuluculuk Kurulunun da Adalet Bakanlığı bünyesinde görev yapan sürekli bir Kurul niteliğinde olduğu dikkate alındığında, sınavların daire başkanlığı ya da Kurul tarafından yapılması arasında bir farkın bulunmadığı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 9. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

N- Kanun'un 21. Maddesi ile 30. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (f) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, arabulucuların sicilden silinmesi işleminin her halükarda Arabuluculuk Kuruluna bırakılması gerekirken bu görevin daire başkanlığına verildiği, ayrıca sicilden silinme işlemine karşı arabuluculara yargı yoluna başvuru hakkının tanınmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, iptali istenen kurallar ilgisi nedeniyle, Anayasa'nın 113. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 21. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydının silinmesi hâli düzenlenmiştir. Buna göre, Kanun'un 20. maddesinde öngörülen arabulucular siciline kayıt için gerekli koşulların tamamını taşımadığı hâlde, arabulucular siciline kaydedilmiş olan kişinin bu durumunun anlaşılması üzerine, daire başkanlığınca ilgilinin adı sicilden silinecektir. Ayrıca, bir arabulucunun Türk vatandaşlığını kaybetmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi veya kısıtlanması hâlinde ya da (ç) bendi kapsamında bir suçtan mahkûm olup mahkûmiyet kararının kesinleşmesi hâlinde sicil kaydı silinecektir.

Kanun'un 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, Kanun'un öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediği tespit edilen ve yazılı olarak uyarılmasına rağmen uyarının gereğini yerine getirmeyen arabulucunun adının sicilden silinebileceği düzenlenmiştir. Kuralda, sicilden silinme kararının, daire başkanlığının talebi üzerine Arabuluculuk Kurulunca verileceği hüküm altına alınmıştır.

Kanun'un 21. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, arabulucunun kendi isteğiyle sicilden kaydını sildirmesi; yani arabuluculuk faaliyetini sürekli olarak terk etmesi düzenlenmiştir. Bu kurala göre, arabulucular sicilinde kayıtlı olan bir kişi, bu faaliyetini her zaman sona erdirebilecektir.

Kanun'un 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinde ise arabuluculuk sicilini tutmanın, sicile kayıt işlemlerini karara bağlamanın ve 21. maddenin (1) ve (3) numaralı fıkraları uyarınca arabulucunun sicilden

silinmesine karar vermenin daire başkanlığının görevleri arasında olduğu kurala bağlanmıştır.

Kanun'un 21. maddesi ile 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin birlikte değerlendirilmesinden, daire başkanlığının sicilden silme yetkisinin Kanun'un 21. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarında belirtilen durumlar için söz konusu olduğu, buna karşılık 21. maddenin (2) numaralı fıkrasında öngörülen silme yetkisinin Arabuluculuk Kuruluna ait olduğu dikkate alındığında, dava dilekçesinde ileri sürülen silme yetkisinin Arabuluculuk Kurulunda olması gerektiği yönündeki Anayasa'ya aykırılık iddialarının Kanun'un 21. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarına ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'da arabuluculukla ilgili görevlerin hangi nitelikteki kurum ve kuruluşlarca ve nasıl ya da ne şekilde yürütüleceğine ilişkin bir kural bulunmamakta olup bu konuda düzenleme yapılması yetkisi kanun koyucunun takdirindedir.

Anayasa'nın 113. maddesinde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının kanunla düzenleneceği belirtilmek suretiyle bu konuda yasama organına takdir yetkisi tanınmıştır.

Kanun koyucunun, arabuluculukla ilgili görevlerin yerine getirilmesi için Adalet Bakanlığı bünyesinde arabuluculuk kurumu ile ilgili olarak daire başkanlığı ve Kurul şeklinde iki ayrı birim ihdas etmesi ve bunların görevlerini belirlemesi, bu bağlamda sicilden silme yetkisini bu iki birim arasında paylaşırması, Anayasa'nın 113. maddesinde öngörülen takdir yetkisi kapsamındadır.

Esasen, bir kamu birimi tarafından yerine getirilen görevin, diğer bir kamu birimince yerine getirilmesinin daha uygun olacağı yönündeki değerlendirmeler, yerindelik denetimi anlamına gelmekte olup, anayasallık denetimi kapsamı dışındadır.

Kaldı ki, Kanun'un 21. maddesinin (1) numaralı fıkrasında öngörülen daire başkanlığının sicilden silme yetkisi, Kanun'un 20. maddesinde belirtilen arabuluculuk siciline kayıt için gerekli koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybedenlerle sınırlı bir

yetkidir. Kuralda belirtilen arabuluculuk için aranan koşullar ise Kanun'un 20. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre ilgilinin arabulucular siciline kayıt olabilmesi için; Türk vatandaşı olması, mesleğinde en az beş yıllık kıdeme sahip hukuk fakültesi mezunu olması, tam ehliyetli olması, kasten işlenmiş bir suçtan mahkûm olmaması, arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olması gerekmektedir. Kuralda, daire başkanlığının Kanun'un 20. maddesinde belirtilen kayıt koşulları dışında arabulucuların kayıtlarını doğrudan silme gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Söz konusu koşulları taşımayanların başlangıçta da Başkanlıkça sicile kayıt edilmeyeceği dikkate alındığında, bu şartları taşıyanları sicile kaydetme yetkisi bulunan Başkanlığın bu nitelikleri taşımayanları her zaman sicilden silme yetkisinin bulunması doğal bir durumdur.

Kanun'un 21. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ise arabulucunun sicilden kaydının silinmesini her zaman isteyebileceği hususu düzenlendiğinden ve esasen arabulucunun kendi iradesiyle kaydolduğu sicilden yine kendi iradesiyle silinmesini talep etme hakkının Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.

Diğer taraftan, gerek (1) numaralı fıkra uyarınca daire başkanlığınca, gerekse (2) numaralı fıkra uyarınca Kurulca verilen sicilden silinme işlemine karşı ilgililerin dava açma hakkına ilişkin herhangi bir yasaklama ya da sınırlama getirilmemiş olduğundan, kuralların Anayasa'nın 36. maddesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 36. ve 113. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 9. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

O- Kanun'un 23. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının "Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler." Biçimindeki İkinci Cümlesi İle 26. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "...eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar." İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, eğitim kuruluşlarının Bakanlıktan değil, Arabuluculuk Kurulundan izin alarak faaliyetlerini sürdürmesi gerektiği,

ayrıca eğitim kuruluşlarının bilgi verecekleri merciin de daire başkanlığı değil Arabuluculuk Kurulu olması gerekirken iptali istenen kurallarla Arabuluculuk Kurulunun Adalet Bakanlığı güdümünde teşekkül ettirilerek arabuluculuk kurumunun özerkliği ve bağımsızlığının hiçe sayıldığı, bu durumda yürütmenin yargı üzerinde baskı kurmasının kaçınılmaz olacağı, eğitim faaliyetleri konusunda rapor sunulmasının soyut ve belirsiz olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 8., 9., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, iptali istenen kurallar ilgisi nedeniyle, Anayasa'nın 113. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 23. maddesinde, 22. maddede içeriği belirlenen arabuluculuk eğitiminin hangi kuruluşlar tarafından verileceği ve bu kuruluşların eğitim verebilmeleri için Adalet Bakanlığından izin almalarına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. 23. maddenin (1) numaralı fıkrasında, arabuluculuk eğitiminin; bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi tarafından verileceği ifade edilmiştir. İptali istenen ibarede ise bu kuruluşların Bakanlık tarafından izin verilmesi durumunda eğitim yapabileceği kurala bağlanmıştır.

Kanun'un 26. maddesinde, eğitim kuruluşlarının her yıl ocak ayında bir önceki yılda gerçekleştirdikleri eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda daire başkanlığına bir rapor sunacakları ifade edilmiştir.

Arabuluculuğun başarılı olması ve ihdas edilmesindeki hedefleri gerçekleştirebilmesi için arabulucuların eğitimi konusu büyük bir öneme sahiptir. Arabuluculuk kurumunun uygulanması ve başarılı olabilmesi, iyi eğitim almış arabulucuların hizmet vermesine ve kazanacakları tecrübeleri uygulamaya koyabilmelerine bağlıdır. Dünyada arabulucuların eğitim ve yetiştirilmeleri konusunda farklı uygulamalar bulunmakla birlikte; arabulucuların belli bir eğitimden geçmeleri konusunda tam bir mutabakat bulunmaktadır. Söz konu eğitimin de bir disiplin içinde, belli kurallara bağlı olarak yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda, eğitimi koordine edecek, denetimini yapacak mekanizmalara ihtiyaç bulunmaktadır. İptali istenen kuralların da bu amaçla yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde ileri sürülen eğitim izninin daire başkanlığı yerine Arabulucular Kurulunca verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de Kanun'un 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *"Daire Başkanlığı"* ibaresi geçmemekte, eğitim izninin *"Bakanlık"* tarafından verileceği ifade edilmektedir. Esasen, daire başkanlığı da Arabulucular Kurulu da Bakanlık birimidirler. Eğitim izninin daire başkanlığı yerine Arabuluculuk Kurulunca verilmesi ile eğitim raporunun daire başkanlığı yerine Arabuluculuk Kuruluna sunulması gerektiği yönündeki Anayasa'ya aykırılık itirazları, Kanun'un 19. maddesinin incelendiği bölümde belirtilen Anayasa'nın 2. ve 113. maddelerine ilişkin gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Dava dilekçesinde Kanun'un 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında daire başkanlığına sunulacak rapora ilişkin düzenlemenin soyut ve belirsiz olduğu, objektif kriterler içermediği ileri sürülmüş ise de kanunların soyut olması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Diğer taraftan, kuralda sunulacak raporun eğitim faaliyetlerinin kapsamı, içeriği ve başarısı konularını içereceği açık bir biçimde ifade edilmiş olup kuralın belirsizliğinden söz edilemez. Esasen, kurallarla yürütmeye herhangi bir konuda asli düzenleme yetkisi verilmediği gibi kanun koyucunun eğitim kuruluşlarının rapor verip vermemesi konusunu yasama yetkisinin asliliği ve genelliği ilkesi uyarınca doğrudan kanunla düzenlemesinde Anayasa'ya aykırı bir taraf da bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde ileri sürülen kurallarla Arabuluculuk Kurulunun Adalet Bakanlığı güdümünde teşekkül ettirilerek arabuluculuk kurumunun özerkliği ve bağımsızlığının hiçe sayıldığı yönündeki Anayasa'ya aykırılık iddiası, Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen Anayasa'nın 9. maddesine ilişkin gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 9. ve 113. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Kanun'un 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *"Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler."* biçimindeki ikinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamıştır.

Kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 7., 8., 10. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

P- Kanun'un 31. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (f) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralla öngörülen düzenlemenin Kurulun bağımsız demokratik bir işleyişe kavuşturulmasının engellenmesi için tamamen siyasi sâiklerle yapıldığı, arabuluculuk müessesesinin özerk ve bağımsız bir yapıda oluşturulmasının kendisinden beklenen faydayı eksiksiz gerçekleştirmesi bakımından zorunlu olduğu, siyasi iktidarın ise gerçekten bağımsız bir kurul oluşturmak yerine tamamen kendisine bağımlı bir kurul oluşturma amacı güttüğü, kendisine bağımlı alternatif bir yargı sistemi ihdas etmeye kalktığı, anılan bu hükümle kuvvetler ayrılığı ilkesinin çiğnendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 9. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda arabuluculukla ilgili temel ilke ve kararları almak ve planlamaları yapmak üzere Kanun'un 31. maddesiyle ihdas edilen ve toplam onbeş üyeden oluşan Arabuluculuk Kurulunun üç üyesinin arabulucular arasından Adalet Bakanı tarafından seçileceği hükme bağlanmaktadır.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, iptali istenen kural ilgisi nedeniyle, Anayasa'nın 113. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kurallarla siyasi iktidarın bağımsız bir Kurul oluşturmak yerine tamamen kendisine bağımlı bir Kurul oluşturma amacı güttüğü, kendisine bağımlı alternatif bir yargı sistemi ihdas etmeye kalktığı yönünde ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazları, arabuluculuk kurumunun yargısal bir faaliyet olmaması ve bu nedenle yargıya alternatif olma gibi bir durumunun söz konusu olmaması nedeniyle Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen Anayasa'nın 2. ve 9. maddelerine ilişkin gerekçelerle yerinde görülmemiştir.

Anayasa'nın 113. maddesinde bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri, yetkileri ve teşkilatının kanunla düzenleneceği belirtilmek suretiyle bu konuda yasama organına takdir yetkisi tanınmıştır.

3046 sayılı Kanun'un 39. maddesinde de bakanlıklarda ve bağlı kuruluşlarda hizmetin kurul biçiminde yürütülmesi gerektiğinde, görevleri

ve teşekkül tarzı kuruluş kanunlarında veya diğer kanunlarda gösterilmek kaydıyla sürekli kurullar kurulabileceği ifade edilmiştir.

Söz konusu Kurulun yargısal süreçlere müdahale sayılabilecek nitelikte kararlar alma gibi bir yetkisi bulunmamaktadır. Kaldı ki, onbeş kişiden oluşan bir kurulda arabulucular arasından Adalet Bakanlığınca seçilen üç kişinin (Bakanlıktan seçilen iki bürokratin da varlığına rağmen) sayısal çoğunluğunun da Kurulun kararlarına etki edecek ağırlıkta olmadığı da açıktır. Dolayısıyla, kanun koyucunun Anayasa'nın 113. maddesi uyarınca kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında Bakanlık bünyesinde oluşturulan bir Kurula üye seçiminde, Adalet Bakanına belli oranda kontenjan tanınmasının Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 9. ve 113. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 5., 6., 7., 8. ve 11. maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

R- Kanun'un 33. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, arabuluculuk tutanağının maddi olgu ve fiili gerçeğe bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphe bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde arabulucunun da cezalandırılması gerektiği hâlde kuralla sadece isabetsiz ve gerekçesiz bir biçimde gizlilik kuralının ihlalinin yaptırıma bağlandığı, ayrıca gizlilik kuralının bu denli ağır yaptırımlara bağlı olmasının kabul edilebilir hiç bir gerekçesinin olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 33. maddesinin iptali istenen (1) numaralı fıkrasında, 4. maddede öngörülen gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket etmenin cezai sonuçlarına ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, 4. maddede belirtilen gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. 33. maddenin iptal konusu yapılmayan (2) numaralı fıkrasında ise söz konusu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyeteye bağlı olduğu ifade edilmiştir.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ldeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Arabulucuların hangi eylemlerinin suç olup olmayacağını takdir edip buna göre düzenlemeler yapma yetkisi, tamamen kanun koyucunun takdirinde olup kanun koyucunun bazı eylemleri suç olarak nitelendirmemesi hususu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde nitelendirilemez.

Diğer taraftan, kanun koyucunun, takdir yetkisine dayanarak ve kuralla korunmak istenen hukuki yararı, suçun niteliğini, ortaya çıkan neticeyi de dikkate alarak Kanun'un 4. maddesinde belirtilen gizlilik yükümlülüğüne aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi hakkında bir aydan altı aya kadar hapis cezası verilmesini ngrmesinde, hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Esasen, kuralda hkime olayın niteliğini dikkate alarak alt ve st sınırlar arasında cezayı belirlemede bir takdir yetkisi tanındığı gibi suçun şikayete bağlı olması nedeniyle uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması, erteleme ve paraya çevirme gibi kurumların da kişiler lehine uygulanması mümkündür.

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

V- YüRüRLüğüN DURDURULMASI İSTEMİ

7.6.2012 günlü, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun;

A- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasına,

B- 4. maddesine,

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

D- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

E- 13. maddesine,

F- 15. maddesinin (1), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarına,

G- 16. maddesine,

H- 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasına,

I- 18. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarına,

J- 19. maddesine,

K- 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendine,

L- 21. maddesine,

M- 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “*Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler.*” biçimindeki ikinci cümlesine,

N- 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “*...eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.*” ibaresine,

O- 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendine,

P- 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendine,

R- 33. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 10.7.2013 günlü, E.2012/94, K.2013/89 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bentlere, cümleye ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, 10.7.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

7.6.2012 günlü, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun;

A- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 4. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 5. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 13. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 15. maddesinin (1), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 16. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA,

I- 18. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 19. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

K- 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

L- 21. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

M- 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “*Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler.*” biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA,

N- 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “*...eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.*” ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

O- 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

P- 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

R- 33. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

10.7.2013 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

I- Özel Hayatın Gizliliği ve Fişlemeler Yönünden:

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasında arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi halinde arabulucunun, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirimi, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeler ile arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığına ilişkin tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorunda olduğu, faaliyetin sonunda düzenlediği tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe göndereceği öngörülmüştür. Fıkra söz geçen Genel Müdürlük, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüdür.

Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre arabuluculuk, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanacak olup aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Buna göre arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların her türlü mali, kişisel ve ticari bilgileri ortaya konabilecek ve bunlara ilişkin belgeler de sunulabilecektir.

Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre arabuluculuk faaliyetinin sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verecektir.

Arabuluculuk faaliyetinin beklenen yararı sağlayabilmesi için tutanağın mümkün olduğunca etraflı ve somut hususları içerecek şekilde yazılması gerektiği açıktır. Ancak bu bilgilerin de (4) numaralı fıkra gereğince Adalet Bakanlığına iletileceği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 20. maddesinde özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır. Ancak kuralın öngördüğü biçimde arabuluculuk tutanaklarının Adalet Bakanlığında toplanması sonucunda İdare zamanla, kimim kiminle ihtilaflı olduğu, bu ihtilafların hangi konulara taalluk ettiği, çözümlenip çözümlenemediği gibi hususlarda çok kapsamlı bir bilgi bankasına sahip olacaktır.

Adalet Bakanlığına kişisel bilgilerin bu şekilde arşivlenerek saklanması yani kişilerin fişlenmesi imkanını veren kural, ihtilaf halinde belgenin bir örneğinin bakanlıkta bulunması gereksinimi veya kişisel bilgilerin gizliliğinin ihlali halinde faillerin yaptırımlara maruz kalacakları gibi tali gerekçelerle anayasaya uygun hale getirilemez. Totaliter devlet uygulamalarını andıran bir uygulamanın bir hukuk devletinde sınırlı bir biçimde dahi olsa gerçekleştirilebilmesinin açık anayasal dayanakları ve zorunlu nedenleri olması gerekir. Ayrıca temel hak ve özgürlüklere getirilen bir müdahale ölçülü de olmalıdır. İptali istenen kural bu anayasal gereklere uymayan, devleti bireyin özel alanına soka ve açıkça fişleme anlamına gelen yersiz bir müdahaledir. Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olan kuralın iptali gerekir.

II- Adalet Bakanlığının Özerk Kurumlara Müdahalesi Yönünden:

Kanun'un 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde, arabuluculuk eğitimi verebilecek kuruluşların (bünyesinde hukuk fakültesi bulunan üniversitelerin hukuk fakülteleri, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye Adalet Akademisi) Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilecekleri belirtilmiştir.

Arabulucu olarak görev yapabilmek için gerekli şartlar Kanun'un 19. ve 20. maddelerinde düzenlenmiş olup sadece arabuluculuk eğitimi almış olmak, arabuluculuk için yeterli değildir. Bunun için bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak gerekmektedir. Bu nedenle arabuluculuk eğitimi veren kurumların Bakanlıktan izinli veya izinsiz olmasının bir önem taşıdığı söylenemez. Verilen eğitim yetersiz ise arabulucu aday olan kişi sınavı geçemeyecektir. Bu nedenle eğitim verecek kurumların ayrıca izin almak zorunda olmasının her hangi bir haklı nedeni yoktur. Ancak iptali istenen kural arabuluculuk eğitimi verebilecek üniversitelerin hukuk fakültelerinin ve Türkiye Barolar Birliğinin Adalet Bakanlığından izin almadıkça bu eğitimi vermelerine engeldir. Buna göre, adı geçen kurumlar Adalet Bakanlığının denetimi altına sokulmuş olmaktadır.

Anayasa'nın 130. maddesinde yükseköğretim kurumlarının bilimsel özerkliğe sahip olduğu belirtilmiştir. Hukukun diğer disiplinlerinde eğitim vermek için İdarenin iznine ihtiyaç duymayan hukuk fakültelerinin

arabuluculuk eğitimi için Adalet Bakanlığının iznine bağlanması Anayasa'nın 130. maddesine aykırıdır.

Türkiye barolar Birliği Anayasa'nın 135. maddesinde belirtilen kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Hukukun doğru anlaşılması, öğretilmesi ve mensuplarıma eğitim verilmesi asli görevleri arasında olup bu konuda Adalet Bakanlığının bir üst makam gibi kabulüne olanak yoktur. Birliğin vereceği arabuluculuk eğitimini Adalet bakanlığının iznine bağlayan kural, Bakanlığa, Anayasa'da öngörülmeyen bir biçimde Birlik üzerinde denetim yetkisi tanımak anlamına geldiğinden 135. maddeye aykırıdır.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2012/146

Karar Sayısı : 2013/93

Karar Günü : 17.7.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 1. maddesinin dördüncü fıkrasının “...suçları işleyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının önceden tesbit ve Resmi Gazete ile yayımlayacağı askeri mahkemelerde yapılır.” bölümünün Anayasa’nın 2., 36., 37., 138. ve 145. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu’nun 58. maddesi delaletiyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 318. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen “Halkı Askerlikten Soğutmak” 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:

“...Sanık ...’nin 02 Mart 2010 tarihinde ... İstanbul Şubesinde basın toplantısı düzenlediği, bu basın toplantısında sarf ettiği sözlerden dolayı 2 nci Ordu Komutanlığının 04 Mart 2010 tarihli soruşturma konulu yazısı ile soruşturma emri verildiği, 2 nci Ordu Komutanlığı Askeri Savcılığının 25 Mart 2010 gün ve 2010/200-1 esas-karar sayılı yetkisizlik kararı ile sanığın eylemlerinin TCK.nun 318 nci maddesinde yazılı halkı askerlikten soğutmak veya

319 ncu maddesinde düzenlenen askerleri itaatsizliğe teşvik suçlarından birisine sübut verebileceği, 353 sayılı Kanunun 1 nci maddesinin 4 ncü fıkrası ve Milli Savunma Bakanlığının 05.05.1971 tarih ve AD-1971-1444-4 Özel Yetki No: 30 sayılı kararına göre bu suçlarla yargılama yetkisinin Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesine ve soruşturma yetkisinin Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığına ait olduğu belirtilerek 353 sayılı Kanunun 23 ncü maddesi gereğince yetkisizlik kararı verildiği, Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığınca yapılan soruşturma neticesinde sanık hakkında 30 Mart 2012 gün ve 2012/55-30 esas ve karar sayılı iddianamesi ile; As.C.K.nun 58 inci maddesi delaletiyle TCK.nun 318/2 nci maddesinde düzenlenen “Halkı Askerlikten Soğutmak” suçundan kamu davası açıldığı ve halen bu suçtan Mahkememizde yargılamasının devam ettiği anlaşılmıştır.

B. Uygulanacak Maddi Ceza ve Ceza Muhakemesi Normları :

25.10.1963 gün ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun “Kuruluş” başlıklı 1 nci maddesinin 4 ncü fıkrasında As.C.K.nun 55, 56, 57, 58 ve 59 ncu maddeleri ile 148 nci maddesinin B fıkrasında yazılı suçları işleyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının önceden tespit ve Resmi Gazete ile yayımlayacağı askeri mahkemelerde yapılır hükmünü içermektedir. Askeri Ceza Kanununun 55 nci maddesinde harp hıyaneti, 56 ncı maddesinde milli müdafaa hıyanet, 57 nci maddesinde milli müdafaa aleyhine sair hareketler, 58 nci maddesinde milli mukavemeti kırmak, 59 ncu maddesinde milli müdafaa vasıtalarını tahrip, 148 nci maddesinde ise siyasi faaliyetlerde bulunanlar suçları düzenlenmiştir. Bahse konu kanun maddeleri incelendiğinde, maddelerdeki suçlar açısından 765 sayılı Türk Ceza Kanununun ilgili maddelerine atıf yapıldığı, bahse konu suçları işleyenlerin bu atıf maddelerinde belirtilen cezai müeyyidelere tabi kılınacağı belirtilmiştir. 04.11.2004 tarihli 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 12 nci maddesinde 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun bütün ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiş, aynı Kanunun “Yollamalar” başlıklı 3 ncü maddesinin 1 nci fıkrasında mevzuatta yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamaların 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacağı hükmü yer almıştır.

1. As.C.K.nun 55 nci maddesinde düzenlenen harp hıyaneti suçu açısından 765 sayılı TCK.nun 129 ncu maddesinin 1 nci fıkrasına yapılan atıf, 5252 sayılı

Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 3 ncü maddesi gereğince 5237 sayılı TCK.nun 307 nci maddesinin 4 ncü fıkrasına,

2. As.C.K.nun 56 ncı maddesinde düzenlenen milli müdafaaya hıyanet suçu açısından 765 sayılı TCK.nun 133, 136 ncı maddesinin 3 ve son fıkrası ile 127 nci maddenin 3 ncü fıkrasına yapılan atf, yürürlük Kanununun 3 ncü maddesi gereğince 5237 sayılı TCK.nun sırasıyla 328, 335, 331 ve 305 nci maddelerine,

3. As.C.K.nun 57 nci maddesinde düzenlenen milli müdafaa aleyhine sair hareketler suçu açısından 765 sayılı TCK.nun 135 nci maddesine yapılan atf, yürürlük Kanununun 3 ncü maddesi gereğince 5237 sayılı TCK.nun sırasıyla 332 ve 339 ncu maddelerine,

4. As.C.K.nun 58 nci maddesinde düzenlenen milli mukavemeti kırmak suçu açısından 765 sayılı TCK.nun 153, 161 ve 155 nci maddelerine yapılan atf, yürürlük Kanununun 3 ncü maddesi gereğince 5237 sayılı TCK.nun sırasıyla 319, 318 ve 323 ncü maddelerine tekabül etmektedir.

5. As.C.K.nun 59 ncu maddesinde düzenlenen milli müdafaa vasıtalarını tahrip ve 148 nci maddesinin B fıkrasında belirtilen siyasi faaliyetlerde bulunmak suçu doğrudan As.C.K.nunda düzenlenmiştir.

353 sayılı Kanun'un 1 nci maddesinin 4 ncü fıkrasında yukarıda beş başlık altında belirttiğimiz As.C.K.nun 55, 56, 57, 58, 59 ve 148/B maddelerinde belirtilen suçlar açısından yargılama yetkisinin hangi mahkemeye ait olduğunun Milli Savunma Bakanlığı tarafından önceden tespit edileceği ve Resmi Gazetede yayınlanacağı belirtilmiştir.

Bu kapsamda Milli Savunma Bakanlığının 05.05.1971 gün ve AD: 1971/1444-4 Özel Yetki No: 30 sayılı Adli Yetki Konulu Özel Yetki Kararı ile (tıpkı yazım) "As.C.K.nun 55, 56, 57, 58 ve 59 ncu maddeleri ile 148 nci maddesinin B fıkrasında yazılı suçları 01 Temmuz 1971 tarihinden sonra işleyenlerle ilgili davalara Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesinde bakılması, Milli Savunma Bakanlığının 05.05.1971 tarih ve 1971-1444-4 sayılı onay ile kabul ve tespit edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla 01 Temmuz 1971 tarihinden önce işlenmiş bu suçlarla ilgili davalara Bakanlığın aynı konuya ilişkin 20 Kasım 1963 tarih ve AD.: 6695-2-63 sayılı onayı ile tayin ve tespit edilmiş olan Kara Kuvvetleri Komutanlığı, 1 nci Ordu Komutanlığı ve 7 nci Ordu

Komutanlığı Askeri Mahkemelerinde bakılması ve davaların bu mahkemelerde intaç edilmesi gerekmektedir. Ancak 01 Temmuz 1971 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından "Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi görevli olacaktır." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Milli Savunma Bakanlığının Ocak 1997 gün ve MİY.: 39-3-96/As.AdL.İşl. İhb.Yet. As.Czev.Ş. sayılı Adli Yetki Değişikliği konulu Türk Ceza Kanununun 135/1 nci maddesi ile ilgili özel yetki kararı ile (tıpkı yazım) "As.C.K.nun 57 nci maddesinin 2 nci fıkrasının atıfta bulunduğu TCK.nun 135 nci maddesinin 1 nci fıkrasında yazılı suçu işleyenlerin yargılama yetkisi 01 Mart 1997 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesinin yetkisinden çıkarılarak, suçun işlendiği yere en yakın askeri mahkemelerin yetkisine dahil edilmesi, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 1 nci ve 26 ncı maddelerine göre ve Milli Savunma Bakanlığının 30 Ocak 1997 gün ve MİY.: 39-3-97/As.AdL.İşl.İhb.Yet. As.Czev.Ş. sayılı onayı ile kabul edilmiştir." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

C. İptal Talebine Esas Kılınan Anayasa Hükümleri :

07.11.1982 gün ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 nci maddesinde "Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri düzenlenmiş 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" denilmiştir.

Anayasamızın 03.10.2001 gün ve 4709 sayılı Kanunun 14 ncü maddesi ile değişik Hak Arama Hürriyeti başlıklı 36 ncı 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" hükmünü içermektedir.

Anayasamızın Kanuni Hakim Güvencesi başlıklı 37 nci maddesinde "hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz" hükmünü içermektedir.

Anayasamızın Yargı Başlıklı 3 ncü bölümünün Genel Hükümler başlığı altındaki mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin 138 nci 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 ve telkinde bulunamaz, görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır, bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez”, hükmünü içermektedir.

Anayasamızın 12 Eylül 2011 gün ve 5982 sayılı Yasanın 15 nci maddesi ile değişik Askeri Yargı başlıklı 145 nci maddesinde “Askeri yargı askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür, bu mahkemeler asker kişiler tarafından işlenen askeri suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür. Savaş hali haricinde asker olmayan kişiler askeri mahkemelerde yargılanamaz, askeri mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları, kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hakim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir. Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hakimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hakimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir” hükümleri yer almaktadır.

D. Hukuksal Değerlendirme :

Somut olayımıza gelindiğinde Genelkurmay Başkanlığı Askeri Savcılığınca yapılan soruşturma neticesinde sanık hakkında 30 Mart 2012 gün ve 2012/55-30 esas ve karar sayılı iddianamesi ile; As.C.K.nun 58 inci maddesi delaletiyle TCK.nun 318/2 nci maddesinde düzenlenen “Halkı Askerlikten Soğutmak” suçundan kamu davası açılmıştır. Sanık bahse konu suça vücut veren eylemini gerçekleştirdiğinde 353 sayılı Kanunun 10/A maddesi gereğince asker kişi sıfatını haizdir. Eylemini gerçekleştirdiği esnada 2 nci Ordu İstihkam Alayında askerlik hizmetini yerine getirmektedir. 353 sayılı Kanunun 21 nci maddesinin 1 nci fıkrasındaki “askeri mahkemelerin yetkisi, teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirinin kadro ve kuruluş itibarıyla emirleri altında bulunan kişiler ile adli bakımdan kendisine bağlanmış birlik veya askeri

kurum mensupları hakkında caridir.” Hükmüyle belirtilen genel yetki kaidesi gereğince sanığın 2 nci Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemesinde yargılanması gerekmektedir. Ancak 353 sayılı Kanunun 1 nci maddesinin 4 ncü fıkrası ve Milli Savunma Bakanlığının 05.05.1971 tarih ve AD-1971-1444-4 Özel Yetki No: 30 sayılı kararına göre Genelkurmay Askeri Mahkemesi tarafından yargılanmasına başlanmıştır. Bu anlamda 353 sayılı Kanunun 1 nci maddesinin 4 ncü fıkrasının sanık hakkında yargılamaya yetkili mahkemeyi belirlemesi açısından Anayasamızın 152 nci maddesinde belirtildiği şekilde davada uygulanacak hukuk normu olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

Hukuksal değerlendirmede iptal istemiyle bağlantılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ilgili hükümleri özelden genele doğru değerlendirilmiştir.

a. Hakim Bağımsızlığına İlişkin Değerlendirme :

Anayasamızın 9 ncu maddesinde “Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir.”

Anayasamızın 36 ncı maddesinde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir denilmektedir. Adil yargılanma hakkının bir çok tanımı olmasına rağmen genel olarak Adil yargılanma hakkı, herkesin meşru tüm araç ve yollardan faydalanmak sureti ile bağımsız ve güvenceli bir tür yargı mercii önünde haklarını ararken (hak arama özgürlüğünü kullanırken), yargılamanın usul ve esas ilkelerine uygun bir şekilde başlatılıp, yürütülüp, sonuçlanmasını istemek, (doğru yargılanmak), bu yargılama sürecinin istisnaları saklı olmak koşuluyla açık olmasını istemek ve yargısal süreç içindeki her tür kararın gerekçeli olarak yazılmasını beklemek hakkıdır”

Adil yargılanma hakkı AİHS’nin 6. maddesinde de düzenlenmiştir. Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında herkesin, gerek medeni hak ve hükümlülükleri ile ilgili davalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan yasa ile kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içerisinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu madde de istisnalar da belirtilmiştir.

Anayasamızın Yargı Başlıklı 3 ncü bölümünün Genel Hükümler başlığı altındaki mahkemelerin bağımsızlığına ilişkin 138 nci 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...” denilmektedir. Hem Anayasamızın 36 ncı maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının temel unsurunun yasa ile kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı olması hem de Anayasamızın 138 nci maddesinde “hakimlerin görevlerinde bağımsız” olduklarının belirtilmesi karşısında hakim bağımsızlığının belirlenmesi gerekmektedir.

Hakimlerin bağımsızlığı, “hakimlerin gerek yürütme, gerekse yasama organlarına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın hakimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı anlamına gelir.

Hakimlerin bağımsızlığı, kararlarını verirken hür olmaları, hiçbir dış baskı ve tesir altında bulunmamaları demektir. Baskı yapılması kadar, yapılabilmesi ihtimali de hakimlerin bağımsızlığını zedeler. Hakimler, hem yasama, hem yürütme hem yargı organı, hem de ortamı karşısında bağımsız olmalıdır. Anayasa Mahkemesi 16.06.2011 gün ve 2010/32 - 2011/105 E.K.sayıli kararında “Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hakimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır. Hakimlerin görevlerine ilişkin bağımsızlığı, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki, güven ve inancı yerleştirmektir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hakim, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa’nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hakim bağımsızlığının yalnız yürütme organına karşı değil, demokratik bir toplumda, devlet yapısı içinde tüm kurum ve kuruluşlar ile kişilere karşı da düşünüp sağlanması gerekir.

Yargının bağımsızlığı konusunda düzenlemeler yapılırken, hakimlerin yargı içi ve dışı her türlü etki ve kuşkudan uzak karar vermeleri koşullarının hazırlanması kadar, tarafların ve toplumun yargıya olan güveninin sağlanmasına da özen gösterilmelidir. Hakimler, hakimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşıyabilirler, kamu vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Herhangi bir baskının, etkinin yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Hakimlerin bağımsızlığı,

onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan, maddi ve manevi baskı ve etkiden uzak bulunmaları ile mümkündür. Hak aranılan mahkemenin “bağımsızlığı ve tarafsızlığı” adil yargılanmanın koşulları arasındadır. Başka herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir almamak, yasamanın, yürütmenin ve diğer dış etkilerin etki alanının dışında olmak, baskı altında olmamak şeklinde tanımlanan bağımsızlık, tarafların etki alanının dışında kalmayı, dava taraflarına karşı bağımsızlığı da kapsamaktadır. Anayasa’da öngörülen yargı bağımsızlığı ve hakimlik teminatının, askeri yargı için de geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır.” demektedir.

Bahse konu suçlar açısından, bu aşamada görevli olan bir mahkemenin, yargılama görevini yürütürken, bahse konu yargılama görevinin kendisinden, yetki tespit kararı ismini taşıyan ve incelendiğinde bir bakanlık genelgesi niteliğinde olan, normlar hiyerarşisinde en sonlarda yer alan, yapılmasında, değiştirilmesinde veya kaldırılmasında, kanunlar gibi katı ve güvenceli prosedürler içermeyen, bir genelge ile alınıp, başka bir mahkemeye verilebileceğini biliyor ve bu kaygıyı duyuyorsa, hakim bağımsızlığının zedeleneyeceği açıktır. Bugüne kadar böyle bir husus gerçekleşmemiş olsa bile, belirli bir hakimnin veya mahkemenin belirli suç, maddi olgu, hukuki değerlendirmesinden memnun olmayan yürütmenin, bahse konu suçları, maddi olguları veya hukuki nitelemeleri farklı değerlendirebilecek, bir mahkeme arayışına girmesine ve bu suçlar açısından başka mahkemeleri görevlendirmesini engelleyecek, bir hukuki prosedür belirlenmemiştir. Milli Savunma Bakanı tarafından imzalanan yetki tespit kararı ismini taşıyan bir kararla, kolayca mahkemelerin bahse konu suçlar açısından görevlerinin değiştirilebilme ihtimalinin bulunması bile, kamu vicdanında mahkemenin bağımsızlığı konusunda kuşku uyandıracak bir husustur. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında da zikrettiği gibi herhangi bir baskının, etkinin yapılması kadar, yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeleyecektir. Hakimlerin bağımsızlığı, onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan, maddi ve manevi baskı ve etkiden uzak bulunmaları ile mümkündür.

b. Kanuni Hakim Güvencesine İlişkin Değerlendirme :

Anayasamızın Kanuni Hakim Güvencesi başlıklı 37 nci maddesinde “hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz” denilmektedir. Bu bağlamda tabii mahkeme veya tabii hakim ilkelerinin incelenmesi gerekmektedir. “Tabii mahkeme” veya “olağan mahkeme” ilkesi, bir uyuşmazlığı çözümleyecek olan mahkemenin o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen belli

olması anlamına gelir. Yani, tabî mahkeme, yahut olağan mahkeme, çözümlenecek olayın meydana geldiği anda, o olay için kanunun öngördüğü mahkeme demektir. Kısacası, tabî mahkeme (olağan mahkeme), olaydan önce kurulmuş ve somut olay ile kuruluş bakımından ilgisi olmayan mahkeme demektir. Bu mahkemenin hakimine de “tabî hâkim” denir. Buna göre, bir uyuşmazlık, ancak uyuşmazlığın doğumu anında görevli ve yetkili olan mahkeme tarafından çözümlenecektir. Böylece tabî hâkim ilkesiyle, davanın olaydan sonra çıkarılacak bir kanunla kurulacak bir mahkeme tarafından yargılanması yasaklanmakta, yani kişiye veya olaya özgü mahkeme kurma imkanı ortadan kaldırılmaktadır.

“Tabî hâkim (doğal yargıç)” ilkesinin doğal sonucu, “olağanüstü (istisnai) mahkemeler”in kurulmasının yasaklanmasıdır.

“Tabî hâkim (olağan hâkim)” ilkesi, yürütme ve hatta yasama organının yargılama faaliyetine müdahalesini önlemeye yarar. Zira, mahkemenin olaydan önce kanunla kurulması zorunluluğu, bir kere yürütme organının mahkeme kurmasını yasaklamaktadır. Diğer yandan, yasama organı da kurulmasından önce gerçekleşmiş olayları yargılamakla görevli ve yetkili mahkeme kuramayacaktır. Bu ise mahkemelerde yargılanacak olan kişilere, büyük bir güvence sağlar. Çünkü onları yargılayacak mahkemeler, sırf onlar için kurulmamış, onları yargılayacak hakimler sırf onlar için atanmamıştır.

Burada ayrıca belirtelim ki, tabî hâkim ilkesi ve keza Anayasamızın 37 nci maddesi, olaydan sonra mahkemenin kurulmasını yasaklamaktadır. “Kurulma”dan kastedilen şey, “bir mahkeme çeşidinin kanunla kabul edilmesi ve çalışmalarının düzenlenmesidir.” Dolayısıyla hakimin olaydan sonra tayin edilmesi, mahkemenin sonradan kurulması demek değildir. Aksi takdirde, tek hakimli bir mahkemede yeni tayin edilen hakimin eski hakimin başladığı işlere devam etmesi mümkün olamazdı. Keza mahkemenin nakli de tabî hâkim ilkesine aykırı olarak görülmemektedir.

1982 Anayasası, “tabî hâkim” ilkesini “kanunî hakim güvencesi” başlıklı 37 nci maddesinde şu şekilde düzenlemektedir:

“Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz”

Görüldüğü gibi maddede “tabîî hâkim” veya “tabîî mahkeme” ifadesi geçmemektedir. Ancak Anayasanın 37 nci maddesinde “kanunî hâkim güvencesi” adı altında düzenlenen şeyin aslında “tabîî hâkim ilkesi” olduğunu söyleyebiliriz. Bir kere, maddenin ikinci fıkrasında, “olağanüstü merciler”in kurulması yasaklandığına göre, bundan a contrario “olağan mahkeme ilkesi”nin kabul edildiği çıkar ki, “olağan mahkeme” ile “tabîî hâkim” ilkesi aynı şeylerdir. Diğer yandan 37 nci maddenin Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Gerekçesinde de bu maddede ifade edilen ilkenin tabîî hakim ilkesi olduğu açıklanmıştır. Gerekcede şöyle denmiştir:

“Bu maddede” ‘kanunî’ ve ‘tabîî’ hâkim güvencesi birlikte düzenlenmiştir... ‘Tabîî hâkim’ kavramı ise yargılanacak nizanın vukuu anında bulunan kanunun öngördüğü yargı mercii demektir. Bunlara ‘olağan mahkemeler’de denir. Diğer bir deyimle, bir ceza (niza), ancak vukuu anında yürürlükte bulunan kanunun tâbi kıldığı yargılama mercii önüne götürülecek; bu kanuna göre, hangi mahkemenin görev ve yetkisine giriyorsa o mahkeme tarafından çözüme bağlanacaktır”.

Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasasının 37 nci maddesinde düzenlenen “kanunî hâkim” ilkesinin “tabîî hâkim” olarak anlaşılması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme 20 Ekim 1990 tarih ve K.1990/30 sayılı kararında şöyle demiştir:

“Hukuk devletinde yasal yargıç (kanunî hâkim), doğal yargıç (tabîî hâkim) olarak anlaşılmalıdır. Doğal yargıç kavramı ise, dar anlamda, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecektir yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal yargıç ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturur; sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez”.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun “Kuruluş” başlıklı 1 nci maddesinin 4 ncü fıkrasındaki düzenlemenin, bugüne kadar yakınmaya konu olmayan, ancak vahim sonuçlar doğuracak olasılık dahilindeki uygulamalarını ortaya koymak, konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

Örneğin As.C.K.nun 55, 56, 57, 58 ve 59 ncu maddeleri ile 148 nci maddesinin B fıkrasında yazılı suçları işlediği iddia edilen bir şüpheli hakkında savcılık soruşturmaya başladıktan sonra, MSB.lığının bir karar ile daha önce

bu suçları yargılamayla görevlendirilmiş bir mahkemenin görevini, hangi gerekçe ile olursa olsun bu mahkemeden alarak, başka bir mahkemeye vermesi halinde, olaydan sonra genelge ile görev ve yetkisi belirlenmiş bir mahkemede yargılama yapılacağı gerçeği karşısında, doğal hakim ilkesinin zedeleneyeceğinde şüphe yoktur. Her ne kadar belirtilen suçlar açısından yargılama makamının belirlenmesi, görev hususunda bir değerlendirme ise de; 353 sayılı Kanunda bu hususun bir görev olarak belirlenmemesi, Askeri Yargıtay kararlarında bahse konu suçların yargılama merciinin belirlenmesinde çıkan uyuşmazlıkların, “yetki uyuşmazlığı” kabul edilmesi karşısında, sınıf ve rütbe yönünden olmayan yetkisizlik itirazlarının, sanığın sorgu ve savunmasından önce yapılmasına yönelik, 353 sayılı Kanunun 32 nci maddesi bağlamında da doğal hakim ilkesi zedelenebilecektir. Örneğin sanık hakkında yargılamaya başlayan mahkeme, sanığın sorgu ve savunması yapılmadan, MSB.lığının kararı ile bahse konu suçlara bakmakla görevlendirilen mahkeme değiştirildiğinde, dosyayı yetkisizlikle yetkili mahkemeye göndermek zorundadır. Bırakınız soruşturma aşamasında, kovuşturma aşamasında yürütme, bir genelge ile yargı makamını belirleme yetkisine sahiptir. Bu yetki kendisini Anayasadan almayan bir yetkidir. Bugüne kadar Milli Savunma Bakanlarının bahse konu yetkilerini kötüye kullandıklarına yönelik bir uygulama ve bu yönde bir iddia bulunmamaktadır. Ancak görev gibi kamu düzeninden olan ve öncelikle her yargı organı tarafından ele alınması gereken bir yetkinin, hukuka aykırı kullanımına olasılık ve hatta kolaylık sağlayacak, bir yasal düzenlemenin var olduğunu bilmek, bırakın şüpheli veya sanıkları, bu yetki kendisine verilen kişiler açısından bile tedirgin edici niteliktedir. Çünkü Yasa incelendiğinde 353 sayılı Kanunun ¼ ncü maddesinin “yasayla düzenlemenin” temel ilke ve sonucu olan belirlilik ve öngörülebilirlik içermediği açıktır. Önceden belirlemek ve resmi gazetede yayınlamak, belirlemede hangi temel normların uygulanacağı, belirlemenin hangi kriterlere göre yapılacağı, belirleme koşullarının neler olduğu hususlarını ortaya koymaması, bu belirlemeye karşı ortaya çıkacak uyuşmazlıkları çözecek bir makamın belirlenmemesi gerçekliği karşısında, doğal hakim ilkesi açısından bir hukuksal güvence sağlamamaktadır.

c. Hukuk Devleti İlkesine Yönelik Değerlendirme

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti en kısa tanımıyla, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir.

Anayasa Mahkemesi, 25 Mayıs 1976 tarih ve K. 1976/28 sayılı kararında hukuk devletini şöyle tanımlamıştır:

“Hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir”

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği bir çok kararda hukuk devletini tanımlamak için şu formülü kullanmaktadır:

“Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.”

Anayasa Mahkemesi 21 Haziran 1991 tarih ve K. 1991/17 sayılı kararında daha basit formül kullanmıştır:

“Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni kuran ve düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün davranışları hukuk kurallarına ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir”

Anayasa Mahkemesi 27 Mayıs 1999 tarih ve K. 1999/15 sayılı kararında hukuk devletinin yasama organının da hukuka bağlılığını içerdiğini şu şekilde belirtmiştir:

“Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde hukukun ve Anayasa’nın mutlak egemenliği vardır. Yasakoyucu her zaman hukukun ve Anayasa’nın üstün kuralları ile bağlıdır”

Anayasa Mahkemesi 01 Temmuz 1998 tarih ve K. 1998/45 sayılı kararında hukuk devleti tanımı ve gereğine ilişkin olarak şöyle demiştir:

“Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. 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”

Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti daha da geniş bir şekilde tanımladığı kararları da vardır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 1991 tarih ve K. 1991/43 sayılı kararında “yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması” olarak tanımlamış ve “Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez” demiştir. Anayasa Mahkemesi 16.06.2011 gün ve 2010/32 - 2011/105 E.K.sayıli kararında “Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir.” demek suretiyle yargı bağımsızlığının ihlali aynı zamanda hukuk devleti ilkesinin de ihlali kabul etmiştir.

d. Ulusal Mevzuattaki Düzenlemelerle Karşılaştırma

Türk Ceza Yargılaması açısından olağanüstü dönemlerde veya olağan dönemlerde belirli suçların muhakemesi için mahkemeler ihdas edilmiştir. Olağanüstü dönemlere ilişkin Sıkıyönetim dönemleri dikkate alındığında Sıkıyönetim Askeri Mahkemeleri, olağan dönemlere ilişkin Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile bu mahkemelerin kaldırılmasından sonra 02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Kanun’un 105 nci maddesiyle mülga 5271 sayılı CMK’nun 250 nci maddesi ile kurulan ve Özel Yetkili mahkeme olarak bilinen mahkemeler ile 02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Kanun 75 nci maddesi ile kurulan Terörle Mücadele Mahkemeleri bunlara örnektir.

Yakın döneme ilişkin olması sebebiyle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesi ile kurulan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri ve bunların lağvından sonra kurulan Terörle Mücadele Mahkemeleri mukayese açısından ele alınmıştır.

02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Kanunun 105 nci maddesiyle mülga 5271 sayılı CMK’nun 250 nci maddesinde;

“Türk Ceza Kanununda yer alan;

a) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu,

b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç)

Dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür” denilmektedir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 3 ncü maddesinde terör suçları, 4 ncü maddesinde terör amacıyla işlenen suçlar “numerus clauses” olarak sayıldıktan sonra 02.07.2012 gün ve 6352 sayılı Kanun’un 75 nci maddesi ile kurulan Terörle Mücadele Mahkemelerine ilişkin 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 10 ncu maddesinde 5271 sayılı CMK’nun mülga 250 nci maddesine benzer şekilde;

“Bu kanun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür” denilmektedir.

Bu iki düzenleme değerlendirildiğinde yukarıda belirtilen suçlar işlenmeden bu suçlara hangi mahkemenin bakacağı, yani görevli mahkeme belirlenmiştir. Bu belirlenme esnasında aynı zamanda bu mahkemelerin farklı usul kuralları uygulayacağı ve ayrıca bu suçlarla ilgili soruşturma yapan savcılara diğer savcılara tanınmayan soruşturma yetkilerinin de verildiği bellidir. Bu suçları işleyenlerin son düzenlemeyle Terörle Mücadele Kanununun 10 ncu maddesi ile yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanacağı açıktır. Adalet Bakanının teklifi ile HSYK’nın belirleyeceği husus göreve ilişkin değil yetkiye ilişkin bir husustur. Bu mahkemelerin görevleri yasayla belirlenmekte, ancak coğrafi yetki Adalet Bakanının teklifi üzerine HSYK tarafından belirlenmektedir. 5271 sayılı CMK’nun 12, 13, 14, 15, 16 ncı maddeleri Terörle Mücadele Kanununun 10 ncu maddesi

ile birlikte değerlendirildiğinde, bahse konu suçları herhangi bir Terörle Mücadele Kanunu ile yetkili mahkemenin coğrafi yetki alanında işleyen şüpheli veya sanık, duraksamaya yer olmadan yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek baştan beri belirli olan ildeki ağır ceza mahkemesinde yargılanacağını bilmektedir.

353 sayılı ASYUK'un 21 nci maddesinde Askeri Mahkemelerin yetkisi genel olarak "teşkilatında askeri mahkeme kurulan kıta komutanı veya askeri kurum amirinin kadro ve kuruluş itibarıyla emirleri altında bulunan kişiler ile adli bakımdan kendisine bağlanmış olan birlik veya askeri kurum amirleri hakkında caridir" şeklinde belirlenmiştir. Kaldı ki askeri mahkemeler arasında gerek usul hükümlerinin uygulanması gerekse diğer yargılama enstrümanları açısından herhangi bir farklılık yoktur, bu anlamıyla yukarıdaki suçlar açısından belirlenen mahkemelerle diğer mahkemeler arasındaki özellik ilişkisine benzer bir ilişki askeri mahkemeler arasında bulunmamaktadır. Böyle bir fark bulunmamasına rağmen Milli Savunma Bakanına yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda verilen yetki her ne kadar usul hukuku anlamında bir yetki olarak terminolojik olarak ifade edilse de, aslında Milli Savunma Bakanlığı tarafından yapılan işlemin bu suçlar açısından görevli mahkemeyi belirleme olduğu anlaşılmaktadır. Asker kişiyi yargılayacak mahkeme belirlenirken, şüpheli veya sanığın hizmet ilişkisi ile bağlı olduğu askeri birliğin, hangi mahkemenin yetki alanında olduğu esas alınmaktadır. 353 sayılı Kanunun 32'nci maddesinde "sınıf ve rütbe yönünden olmayan yetkisizlik itirazlarının sanığın sorgu ve savunmasından önce yapılması ve mahkemelerin sanığın sorgu ve savunması yapıldıktan sonra yetkisizlik konusunda bir karar alamayacakları hükmü ile 25.10.1963 gün ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun "Kuruluş" başlıklı 1 nci maddesinin 4 ncü fıkrasında As.C.K.nun 55, 56, 57, 58 ve 59 ncu maddeleri ile 148 nci maddesinin B fıkrasında yazılı suçları işleyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının önceden tespit ve Resmi Gazete ile yayınlayacağı askeri mahkemede yapılır" fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, bahse konu suçları işleyen bir şüpheli veya sanığın sorgu ve savunması alınıncaya kadar hangi mahkemede yargılanacağı hususunda şüphe duyacağı açıktır. Bu husus dikkate alındığından doğal hakim ilkesinden bahsetmek mümkün değildir.

e. 353 sayılı Kanun Kapsamındaki Farklı Uygulama,

353 sayılı Kanunun 15 nci maddesinde doğru ve isabetli olarak "General ve amirallerin askeri mahkemelere tabi suçlarından dolayı yargılanmaları Genelkurmay

Başkanlığı teşkilatında kurulan askeri mahkemede yapılır" hükmü yer almaktadır. Bu madde doğal hakim ilkesi, hakim bağımsızlığı ve teminatı açısından çok doğru bir düzenlemedir. Bir general ve amiral askeri mahkemelerin görevine tabi bir suç işlediğinde, baştan beri nerede yargılanacağını bilmekte, yargılamayı yapan mahkeme de ne olursa olsun, hiçbir etki altında kalmadan yargılamayı yapacağını bilmektedir. 353 sayılı Kanunun 15 nci maddesindeki düzenlemenin, As.C.K.nun 55, 56, 57, 58 ve 59 ncu maddeleri ile 148 nci maddesinin B fıkrasında yazılı suçlar açısından da yapılması doğal hakim ilkesi, hakim bağımsızlığı ve teminatı açısından gereklidir. Türkiye'nin neresinde olursa olsun bahse konu suçları işleyen şüpheli ve sanık, baştan itibaren bu suçları işlediğinde nerede yargılanacağını bilmelidir.

Özellik genellik ilişkisi açısından, bir değerlendirme yapıldığında da bazı sorunlar yaşanacağı açıktır. Örneğin bir general veya amiral As.C.K.nun 55, 56, 57, 58 ve 59 ncu maddeleri ile 148 nci maddesinin B fıkrasında yazılı suçu işlemesi halinde nerede yargılanacaktır? Genel olarak general ve amirallerin yargılamaları 353 sayılı Kanunun 15 nci maddesine göre Genelkurmay Başkanlığı teşkilatında kurulan askeri mahkemede yapılmaktadır. Ancak bir general veya amiral özel olarak belirlenen As.C.K.nun 55, 56, 57, 58 ve 59 ncu maddeleri ile 148 nci maddesinin B fıkrasında yazılı suçu işlediğinde ve bu suçları yargılamak için geçmişte olduğu gibi Kara Kuvvetleri Komutanlığı, 1 nci Ordu Komutanlığı ve 7 nci Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemeleri görevlendirildiğinde nerede yargılanacaktır. Veya As.C.K.nun 57 nci maddesinin 2 nci fıkrasının atıfta bulunduğu TCK.nun 135 nci maddesinin 1 nci fıkrasında yazılı suçu (5237 S.K. 332 nci madde) işleyenlerin yargılama yetkisi 01 Mart 1997 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesinin yetkisinden çıkarılarak, suçun işlendiği yere en yakın askeri mahkemelerin yetkisine dahil edildiği düşünüldüğünde, bahse konu suçu işleyen nezdinde askeri mahkeme kurulu kıta komutanı veya kurum amiri, kendi nezdinde kurulu mahkemede mi yargılanacaktır.? Bu hususlar doğal hakim ilkesi ve hakim bağımsızlığını zedeleyecek hususlardır. Bu hususun da çözümü, baştan itibaren bu sorunlara yol açmayacak şekilde, görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesidir.

Ayrıca As.C.K.nun 55, 56, 57, 58 ve 59 ncu maddeleri ile 148 nci maddesinin B fıkrasında yazılı suçlar açısından yargılama merci belirlenirken temel değerlendirme ve belirleme kriterinin ne olduğu açık değildir. Özel yetkinin belirlenmesi ile ilgili değer mevzuata bakıldığında belirleme açısından beklenen, suçun dış aleme yönelen etkisi veya cezanın ağırlığı gibi kriterlerin esas alınması

gerektiğidir. As.C.K.nun 57 nci maddesinin 2 nci fıkrasının atıfta bulunduğu TCK.nun 135 nci maddesinin 1 nci fıkrasında yazılı suç (5237 S.K. 332 nci madde) işleyenlerin yargılama yetkisi 01 Mart 1997 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesinin yetkisinden çıkarılarak, suçun işlendiği yere en yakın askeri mahkemelerin yetkisine dahil edilmiştir. Bahse konu suçun cezası 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Ancak halen Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesinin yetkisinde bulunan As.C.K.nun 58 inci maddesi delaletiyle TCK.nun 318 nci maddesinde düzenlenen “Halkı Askerlikten Soğutmak” suçunun cezası 6 aydan 2 yıla kadardır. Bir suçta özel kılık, özel yetkili mahkemede yargılanması yönünde düzenleme yapılırken, suçun vasıf ve ağırlığına dikkat edilmesi gerektiği hususu, her türlü izahtan varestedir.

Tüm açıklanan nedenler göz önüne alındığında, 25.10.1963 tarihli 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 1 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında yazılı “suçları işleyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının Önceden tespit ve Resmi Gazete ile yayınlacağı askeri mahkemelerde yapılır” cümlesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Anayasanın hukuk devleti ilkesine dair 2 nci, adil yargılanma ilkesine dair 36 ncı, kanuni hakim güvencesi ilkesine dair 37, mahkemelerin bağımsızlığına dair 138 nci maddesi ile 145 inci maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

4- Sonuç ve Karar:

1. Sanığın ifadesinin tespiti için terhis belgesinde belirtilen adresi itibariyle 3 ncü Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesine yazılan talimat cevabının BEKLENMESİNE,

2. 25.10.1963 tarihli, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 1 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında yazılı “suçları işleyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının önceden tespit ve Resmi Gazete ile yayınlacağı askeri mahkemelerde yapılır” cümlesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2, 36, 37, 138 ve 145 inci maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, bu fıkranın iptali istemiyle T.C. Anayasasının 152 nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine BAŞVURULMASINA, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

3. Anayasa Mahkemesine yapılan iptal başvurusu sonucunun BEKLENMESİNE,

4. Anayasa Mahkemesinin iptal başvurusu hakkındaki kararının duruşma gününden önce yayımlanması veya bu konuya ilişkin yasal düzenleme yapılması halinde duruşmanın öne alınarak yargılamaya devam EDİLMESİNE,

5. Bu sebeplerle duruşmanın 08 MAYIS 2013 günü saat 14.00'de bırakılmasına karar verilip açıklandı."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

353 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 1. maddesi şöyledir:

"Kuruluş:

Madde 1- (Değişik birinci fıkra: 21/1/1981 - 2376/1 md.) Türk Milleti adına yargı yetkisini kullanacak askeri mahkemeler; kolordu, ordu, (deniz ve havada eşidi) ve kuvvet komutanlıkları ile Genelkurmay Başkanlığı nezdinde Milli Savunma Bakanlığınca kurulur.

Kuvvet Komutanlıklarının yapacakları teklif veya Genelkurmay Başkanlığının, doğrudan doğruya göstereceği lüzum üzerine, diğer kıta komutanlıkları veya askeri kurum amirlikleri nezdinde de Milli Savunma Bakanlığınca askeri mahkeme kurulabilir ve aynı yolla kaldırılabilir.

Bir garnizonda aynı Kuvvetten nezdinde askeri mahkeme kurulması gereken birden fazla kıta komutanlığı bulunursa Genelkurmay Başkanlığının uygun göreceği bir kıta komutanlığı nezdinde Milli Savunma Bakanlığınca yeteri kadar askeri mahkeme kurulması ile yetinilebilir.

Askeri Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58 ve 59 uncu maddeleri ile 148 inci maddesinin (B) fıkrasında yazılı suçları işliyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının önceden tesbit ve Resmi Gazete ile yayınlayacağı askeri mahkemelerde yapılır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 36., 37., 138. ve 145. maddelerine dayanılmış, 142. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 27.12.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kural nedeniyle Askeri Ceza Kanunu'nun 55., 56., 57., 58. ve 59. maddeleri ile 148. maddesinin (B) fıkrasında yazılı suçları işleyenler açısından görevli olan bir mahkemenin, yargılama görevini yürütürken, bu görevin kendisinden yetki tespit kararı ismini taşıyan bir bakanlık genelgesi ile alınıp başka bir mahkemeye verilebileceğini bilmesinin ve bu kaygıyı duymasının hâkim bağımsızlığını zedeleyeceği, bahse konu suçlar açısından mahkemelerin görevlerinin değiştirilebilme ihtimalinin bulunmasının mahkemenin bağımsızlığını ve doğal hâkim ilkesini zedeleyeceği, bu suçları işleyenlerin baştan itibaren nerede yargılanacaklarını bilmeleri gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36., 37., 138. ve 145. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

353 sayılı Kanun'un "Kuruluş" başlıklı 1. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı dördüncü fıkrasında, Askeri Ceza Kanunu'nun 55., 56., 57., 58. ve 59. maddeleri ile 148. maddesinin (B) fıkrasında yazılı

suçları işleyenlerin yargılanmalarının Milli Savunma Bakanlığının önceden tesbit ve Resmî Gazete ile yayınlayacağı askeri mahkemelerde yapılacağı öngörülmüştür.

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

Anayasa'nın 37. maddesinde, *“Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.”*denilmiştir. Bu maddede düzenlenmiş olan doğal hâkim güvencesi, Anayasa'nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılanma hakkının en önemli ögesi olan *“kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma”* hakkının temelini oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, ikinci fıkrasında ise hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilerek hukuk devleti olmanın zorunlu bir gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin kanun ile düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 145. maddesinin dördüncü fıkrasında, askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği kural altına alınmıştır.

Hâkimlerin bağımsızlığı, kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan, maddi, manevi baskı ve etkiden uzak bulunmaları ile

mümkündür. Mahkemenin “bağımsızlığı ve tarafsızlığı” adil yargılanmanın koşulları arasındadır. Anayasa’da öngörülen yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının, askeri yargı için de geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Doğal hâkim güvencesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biridir. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da doğal hâkim kavramı, suçun işlenmesinden veya davanın doğmasından önce davayı görecektir yargı yerini kanunun belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal hâkim ilkesi, yargılama makamlarının uyumsuzluğın meydana gelmesinden sonra kurulmasını veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasını engeller.

“Yetki” kavramı, genel olarak bir davaya bakmakla görevli mahkemeler arasında yargılama yetkisinin dağılımını ifade eder. Bu yetkinin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda suçun işlendiği yere, 353 sayılı Kanun’da ise ana kural olarak failin suçu işlediği anda tabi olduğu kadro ve kuruluş bağlantısına göre belirlendiği görülmektedir. Ceza usul hukukunda “görev” konusu, kamu düzenine ilişkin olduğundan yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebildiği ve mahkemelerce de resen nazara alındığı hâlde, yer yönünden yetki ile ilgili kurallar, davaların makul süre içinde, en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını temin edecek olması nedeniyle kamu düzeniyle ilişkili değildir. Bunun sonucu olarak, gerek adli yargıda gerekse askeri yargıda yetki itirazı iddiasının ileri sürülmesi ve mahkemelerce nazara alınması hususu görev konusundan farklı olarak düzenlenmiştir. Yetki kuralları, esas itibarıyla, görev gibi yargı erkinin işleyişini, doğrudan doğruya etkileyen ve bu çerçevede belirleyici bir işlev gören kurallar niteliğini haiz olmadığından doğal hâkim ilkesinin, mahkemelerin yetkisi ile ilgili kurallarla, görevdeki kadar sıkı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunduğu söylenemez.

Askeri mahkemeler, dayanağını Anayasa’dan alan ve kuruluş, görev ve yetkileri ile işleyiş ve yargılama usulleri 353 sayılı Kanun ile düzenlenen mahkemelerdir. 353 sayılı Kanun’un 1. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca Milli Savunma Bakanlığı, askeri mahkeme kurulması ve kaldırılması hususunda yetkili olup itiraz konusu kural uyarınca, kuralda belirtilen suçlara ait davaların önem ve özelliğine istinaden Milli Savunma Bakanlığının yetkili mahkemeyi tespit eden kararı, davaların makul süre içinde, en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını temin edecek işbölümü ilişkisine ilişkin idari bir işlem niteliğindedir.

Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibarıyla hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, “kanuniliğin” yanı sıra “önceden belirlenmiş” olmaya da yer verilmiştir. İtiraz konusu kuralda belirtilen suçlara ait davaların önem ve özelliğine istinaden önceden tespit edilmiş askeri mahkemelerde görülmesi öngörülmüş, ayrıca bu mahkemelerin Resmî Gazete ile yayınlanması suretiyle doğal hâkim ilkesine uyulmuştur. Buna göre, Milli Savunma Bakanlığının yetkili mahkemeyi tespit eden kararı, bu kararın Resmî Gazete’de yayınlanmasından sonra işlenen suçları kapsayacak, bu tarihten önce işlenen suçların görüleceği ya da mevcut yargılamaların yapıldığı yetkili mahkemeyi değiştirmeyecektir. Dolayısıyla, Milli Savunma Bakanlığının yetkili mahkemeyi tespit eden kararı, kişinin yargılanacağı mahkemeyi sonradan değiştirmeyeceğinden kuralın, hukuk devleti, doğal hâkim ve yargı bağımsızlığı ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2., 36., 37., 138., 142. ve 145. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu’nun 1. maddesinin dördüncü fıkrasının “...suçları işleyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının önceden tesbit ve Resmî Gazete ile yayınlayacağı askeri mahkemelerde yapılır.” bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 17.7.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2013/19

Karar Sayısı : 2013/100

Karar Günü : 12.9.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN, M. Akif HAMZAÇEBİ, Muharrem İNCE ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 12.11.2012 günlü, 6360 sayılı On Üç (6447 sayılı Kanun ile “On Dört” olarak değiştirilen) İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı (6447 sayılı Kanun ile “Yirmi Yedi” olarak değiştirilen) İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un;

1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan “...sınırları il mülki sınırları olmak üzere...” ibaresinin,

b- (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının,

2- 2. maddesinin;

a- (7) numaralı fıkrasının,

b- (37) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (38) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

c- (40) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (41) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

d- (41) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (42) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

3- 4. maddesiyle değiştirilen, 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "*Sınırları il mülki sınırı olan...*" ibaresinin,

4- 6. maddesiyle değiştirilen 5216 sayılı Kanun'un 5. maddesinin,

5- 17. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesine eklenen ikinci fıkranın,

6- 34. maddesiyle, 14.2.1985 günlü, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen 28/A maddesinin birinci ve son fıkralarının,

7- Geçici 1. maddesinin (27) numaralı fıkrasının,

8- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 11., 59., 63., 73., 90., 123., 126., 127. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin; (1) Numaralı Fıkrasındaki "*sınırları il mülki sınırları olmak üzere*" İbaresini ile (2), (3) ve (4) Numaralı Fıkralarının ve (3) Numaralı Fıkradaki "*ve belde belediyelerinin*" İbaresini ile "*belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak*" İbaresinin, (5) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

a- İptali İstenilen Kuralların Tümü İçin Geçerli Anayasaya Aykırılık Nedenleri

12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Yasanın "*Büyükşehir belediyesi kurulması ve sınırlarının belirlenmesi*" başlıklı 1 inci maddesinin;

- (1) numaralı fıkrası ile Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van illerinde, sınırları il mülki sınırları olmak üzere aynı adla büyükşehir belediyesi kurulmuş ve bu illerin il belediyeleri büyükşehir belediyesine dönüştürülmüş,

- (2) numaralı fıkrası ile Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya ve Samsun büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırları olarak belirlenmiş,

- (3) numaralı fıkrası ile birinci ve ikinci fıkra da sayılan illere bağlı ilçelerin mülki sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılarak köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmış,

- (4) numaralı fıkrası ile İstanbul ve Kocaeli il mülki sınırları içerisinde bulunan köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak bağlı bulundukları ilçe belediyesine mahalle olarak katılmış ve

- (5) numaralı fıkrasında da birinci, ikinci ve dördüncü fıkra da sayılan yani Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa, Van, Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya, Samsun, İstanbul ve Kocaeli illerindeki il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır.

Görüldüğü üzere Yasa'nın 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "sınırları il mülki sınırları olmak üzere" İbaresini, (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları ile yapılan bu düzenlemelerle tüm büyükşehir belediye sınırları il sınırları ile eşitlenerek il özel idareleri, belde belediyeleri ve köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılması suretiyle 81 ilden oluşan ülkenin bir bölümü olan 29 ilde farklı bir idare biçimi oluşturulmaktadır.

Anayasanın 123 üncü maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 126 ncı maddesinde merkezi yönetim ve 127 nci maddesinde de yerel yönetim esasları belirlenmiştir. Buna göre;

Türkiye, merkezi yönetim kuruluşu bakımından coğrafi durumuna, ekonomik koşullara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, illerin de diğer kademeli bölümlere ayrılacağı belirtilmiş ve il yönetiminin yetki genişliği esasına dayanacağı vurgulanmıştır.

Türkiye, yerel yönetimler açısından il, belediye ya da köy halkının yerel ortak gereksinimlerini karşılamak üzere, kuruluş ilkeleri yasayla belirlenen ve yasada gösterilen karar organları seçmenlerce seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişilerinin olacağı hükme bağlanmış ve yerel yönetimlerin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kurulacağı vurgulanmıştır.

Belirtilen bu düzenlemeler ile idarenin bütünlüğü ilkeleri belirlenmiştir.

Bu yönetim düzenlemesi, herhangi bir ayırım olmaksızın tüm Türkiye için geçerlidir. Oysa iptali istenen 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin iptali istenilen kuralları ile yapılan düzenlemelerle ülkenin bir bölümünde güçlü başkan, zayıf meclis, daha fazla kaynak, göstermelik katılımcılık, sembolik merkezi yönetim unsurları hakim olan büyükşehir modeli, diğer bir anlatımla özel bir yönetim biçimi getirilmektedir. Diğer bölümde ise, il sistemi içinde il belediyeleri, optimal sınırlar, belde belediyeleri ve köy tüzelkişileri ile yerel demokrasi, merkezi yönetim ile yerel yönetimlerin işbirliği ve gözetim ilişkisinin sürdüğü bir model bulunmaktadır.

Türk İdareciler Derneği tarafından 24 Mayıs 2012 tarihinde Ankara Rixos Otelde düzenlenen “Yeni Büyükşehir Belediye Yapılanmasının İl Özel İdareleri ve İl İdare Sistemine Etkileri” başlıklı bir Panele konuşmacı olarak katılan;

- Hasan Celal Güzel “Güney doğudan başlayıp Türkiye’yi bölüp, parçalayıp önce özerk yönetime, sonra federatif sisteme, sonra bağımsız devlete doğru gidilirken... biz kalkıyoruz çok rahatlıkla Türkiye’nin milli bütünlüğünü sarsabilecek bir projeyi gündeme alıyoruz. Diyarbakır yetmiyormuş gibi Mardin’i, Van’ı, Şanlıurfa’yı koyuyorsunuz, orada bir çanak meydana getiriyorsunuz. Bu çanak bir bağımsız özerk bölge hazırlığı...200 senedir oturmuş il sistemini değiştiriyorsunuz. Bu resmen bölgesel sisteme geçiştir, açıkçası Türkiye’nin bölgelere bölünmesi ve etnik ayrımcılığa yol açılması demektir.”

- Mehmet Keçeciler mülki idare amirlerinin tamamen devreden çıkarılacağına ve özellikle güneydoğuda büyük sıkıntılarla karşı karşıya kalınacağına değinerek,

“eğer niyet üstü kapalı federalizme geçmek ise yolu bu değil. Bu fevkalade yanlış bir iş. Böyle bir geçiş olmaz. Bu ne olduğu belli olmayan bir sistem”

görüş ve açıklamasında bulunarak getirilen özel yönetim modelinin sakıncalarına değinmişlerdir (Bkz. Özgür İnsan Dergisi, Kasım 2012, sa.3, shf.6,7).

Açıklandığı üzere iptali istenilen söz konusu düzenlemeler ile; 29 ilin kapsadığı coğrafyada tamamen farklı bir yönetim biçimi, 52 ili kapsayan coğrafyada ise başka bir yönetim yapısı oluşturulmaktadır. Yönetimde böyle bir yapılanma getirilmesi, Anayasanın üniter devlet ilkesi bakımından asla kabul edilemez.

Yukarıda belirtilen nedenlerle bir ülke ve iki yönetim yapısını getiren 12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki “sınırları il mülki sınırları olmak üzere” ibaresi ile (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları “idarenin bütünlüğü” ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 123 üncü maddesine aykırıdır.

b) 12.11.2012 Tarih ve 6360 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin; (1) Numaralı Fıkrasındaki “sınırları il mülki sınırları olmak üzere” İbaresine ile İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenilen bu düzenlemeler ile mevcut ve yeni kurulan büyükşehir belediyelerinin sınırları il sınırları ile eşitlenmiştir.

Anayasanın 127 nci maddesinde “Kanun büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir” denildiğinden özel yönetim biçimlerinin ancak büyük yerleşim merkezlerinde olabileceği kuşkusuzdur. Büyükşehir Belediyeleri de Anayasanın bu hükmüne dayanılarak 1984 yılında kurulmaya başlanmış, 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile de, mevcut büyükşehir belediyelerine ilaveten Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van illerinde, aynı adla büyükşehir belediyesi kurulmuştur. Açıklanan nedenle, büyük şehir belediyelerinin kurulması Anayasanın 127 nci maddesinin öngördüğü bir düzenlemedir. Ancak, 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarındaki iptali istenilen ibarelerle, mevcut ve yeni kurulan büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırlarına çekilmiştir ki, bunun anlamı özel yönetim biçimi olarak büyükşehir belediyesinin illerde kurulmasıdır. İl “büyükklü

küçükölü çok sayıda yerleşim merkezi" demektir; "büyük yerleşim merkezi" demek değildir.

Yerleşim merkezinden kastedilen şey, haliyle evlerden oluşmuş bir merkezdir. Yerleşimin, yani içinde yerleşilen evlerin olmadığı bir yer, bir yerleşim yeri değildir. Yerleşim yerinden bahsetmek için bu evlerin birbirine komşu ya da az çok birbirine yakın olmaları gerekir. Dahası, Anayasamız, "büyük yerleşim yerleri için" değil, "büyük yerleşim merkezleri" için bu imkanı tanımaktadır. "Merkez" terimi ise, dağınık evleri değil; toplanmış, yoğunlaşmış evleri ifade eder. Yani, "yerleşim merkezinden" bahsedebilmek için evlerin birbirine bitişik veya az çok yakın olmaları gerekir.

Anayasanın 127 nci maddesinin üçüncü fıkrası, her yerleşim yeri için değil, sadece "büyük yerleşim merkezleri" için özel yönetim biçimlerinin kurulmasına imkan vermektedir. Bundan da "metropol" kavramının kastedildiğı açıktır.

6360 sayılı yasanın 1inci maddesinin (1) ve (2) numaraları fıkraları ile Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa, Van, Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya ve Samsun büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınır olarak belirlenmiştir. Oysa ki, merkez nüfusu 62.635 olan Muğla ile 88.054 olan Mardin'in "büyük yerleşim yeri" olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

İstanbul ve Kocaeli İllerinin Büyükşehir Belediye sınırlarının il mülki sınır yapıldığı 5216 sayılı kanunun iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi de aynen bu şekilde bir karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin 25.01.2007 tarih, E.2004/79, K.2007/6 sayılı kararda;

"...Nüfus kriteri, hizmetin gerekleri ile ekonomik ve coğrafi şartlar büyükşehir belediyesi kurulmasını etkileyen faktörler içerisinde yer aldığına göre, yasa koyucunun taktirine bağılı olarak büyükşehir belediyesi sınırların belirlenmesinde buralara yakın ilçe, belediye ve köylerin dikkate alınması gerekebilir. Düzenleme ile bir kısım büyükşehir belediyeleri için il mülki sınırı, diğerleri için ise objektif sayılabilecek bir ölçüyle büyükşehir belediyesi sınırı belirlenmiştir. İstanbul ve Kocaeli'nin toprak büyüklüğü, barındırdıkları nüfus ve bunun dağılımı ile coğrafi yapısı birlikte değerlendirildiğinde, bu yerler için mahalli müşterek ihtiyaç ve sorunların hemen hemen il sınırları içerisinde ilgilendirdiğı, diğer büyükşehirlerde

de bunları büyükşehir belediyesi çevresini önemli ölçüde etkilediği gözetilerek, büyükşehir belediyesi sınırlarının yeniden tespit edilmesinde Anayasanın anılan maddelerine aykırı bir yön görülmemiştir.

Görülebileceği üzere 6360 sayılı kanun ile büyükşehir belediye sınırları il mülki sınır olan 27 ilin İstanbul ve Kocaeli ile hiçbir benzer tarafı bulunmamaktadır. Zira, İstanbul ilinin toplam yüzölçümü 5.300 km², Kocaeli ilimizin yüzölçümü 3.500 km²'dir. Ancak, Konya ilinin yüzölçümü 38.000 km²'dir. Aynı şekilde İstanbul BŞB konsolide bütçesi 19,1 milyar TL iken, Konya BŞB bütçesi ile karşılaştırma kabul etmeyecek derecede düşüktür. Bu çerçevede, yüzölçümü bakımından İstanbul'dan 7 kat daha büyük olan, bütçe açısından ise İstanbul'un bütçesinin neredeyse 1/20'sine sahip olan bir ilin aynı modelle yönetilmesinin benzer sonuçlar doğuracağını ileri sürmek, mümkün değildir.

Benzer değerlendirmeler, 14.811 km²'lik İzmir, 20.599 km²'lik Antalya, 20.927 km²'lik Van, 24.741 km²'lik Erzurum, 25.615 km²'lik Ankara ve diğer iller için de yapılabilir.

Yasa'nın gerekçesinde bu düzenleme ile belediyelerin "tek merkezden yönetim"i etkinlik ve verimliliği artıracak, vatandaşın artan hizmet beklentilerini karşılamayı sağlayacaktır. Geniş ölçek sayesinde gelişmiş teknolojiler sağlanacak uzman iş gücü, istihdam edilebilecek kaynaklar daha isabetli kullanılacaktır. Mülki sınır, belediye hizmetleri için optimal ölçekte iş görme olanağı verecektir. Oysa, mülki sınırların mahalli hizmetler için "optimal ölçek" sayılması olanaksızdır.

Büyükşehir belediyesi ve diğer belediyeler "yerel ortak ihtiyaçlar" için kent merkezlerinde kurulur. Mülki yönetim ise iller ve ilçeler olarak "ulusal ortak ihtiyaçlar" için tasarlanır. Bu iki tip toplumsal ihtiyaç birbirinden niteliksel olarak farklıdır; merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarının varlığı da bu nedenden doğar.

Hizmet ve yönetim ölçekleri farklı kriterlere göre belirlenir. Mülki yapılanma yönetim ölçeğidir; sınırlar ulusal siyasi ve idari ölçütler ile belirlenir. Mahalli yapılanma ise, yerel nitelikteki "hizmetler ölçütü" ne göre belirlenir. Hiçbir il ya da ilçe sınırı çöp, su, kanalizasyon hizmetlerinde verimlilik sorunu gözetilerek kurulmamıştır. Dolayısıyla, mülki sınırların mahalli ihtiyaçlar için "optimal ölçek" olması genel kural değil ancak istisnai bir durum olabilir.

Anayasanın 126 ncı maddesine göre iller ve ilçeler merkezden yönetim gerekleri çerçevesinde ülke genelinden “coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre” kurulurlar. Belediyeler ise, ülke genelinden bakışa göre değil yerinden bakışa göre, yerleşmeler temelinde ve “yerel hizmetler” ölçüsüyle kurulurlar. Yerel yönetimler öbek öbek yerleşmeler için kurulurken, mülki birimler öbekler bütünü için tasarlanır.

Açıklanan nedenlerle, sınırları mülki sınır olan büyükşehir modelini diğer bir anlatımla özel yönetim biçimini getiren 12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki “sınırları il mülki sınırları olmak üzere” ibaresi ile mevcut büyükşehir belediyelerinin sınırlarını il mülki sınırı yapan (2) numaralı fıkrası büyük yerleşim merkezleri dışında kalan yerleşim merkezlerini de kapsamına aldığı için Anayasanın 127 nci maddesine; coğrafya durumu, ekonomik şartlar ve kamu hizmetlerinin gerekleri gözetilmediği için de Anayasanın 126 ncı maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması düşünülemez (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225). Bu nedenle de 12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin; birinci fıkrasındaki “sınırları il mülki sınırları olmak üzere” ibaresi ile ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

c) (3) ve (4) Numaralı Fıkralarının ve (3) Numaralı Fıkradaki “ve belde belediyelerinin”, “belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak” İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı

Yasa’nın 1 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan düzenleme ile, (1) ve (2) numaralı fıkralarda sayılan diğer bir anlatımla Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa, Van Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya ve Samsun illerine bağlı ilçelerin mülki sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmıştır.

Yine 1 inci maddenin (4) numaralı fıkrası ile yapılan düzenleme ile de İstanbul ve Kocaeli il mülki sınırları içerisinde bulunan köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak bağlı bulundukları ilçe belediyesine mahalle olarak katılmıştır.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının “Yerel Yönetim Sınırlarının Korunması” başlıklı 5 inci maddesinde, “Yerel yönetimlerin sınırlarında, mevzuatın elverdiği durumlarda ve mümkünse bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamaz.” denilmiştir.

Türkiye Yerel Yönetim Özerklik Şartını 1988 yılında çekince koyarak onaylamış, 8.5.1991 tarih ve 3723 sayılı yasa ile de kabul etmiş ve daha sonra 6.8.1992 tarihinde ikinci ve üçüncü bentlerine çekince konularak Bakanlar Kurulunca onaylanmıştır (R.G. 3.10.1992, sa.21364)

Anayasanın 90 ıncı maddesinde, “.... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” dendiikten sonra bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği bildirilmiştir. Diğer yandan Anayasanın 90 ıncı maddesinde yapılan son değişiklikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda yaptığı düzenlemelerde çatışma olması halinde andlaşma hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle yapılacak yasal bir düzenleme ile uluslararası andlaşmanın yok sayılması ve bu andlaşmanın getirdiği yükümlülüklerden kaçınılması söz konusu olamaz.

Yüzyılı aşkın süredir varlığını koruyan bir yerel yönetim birimleri olan köy ve beldelerin yeterli tartışma yapılmadan kapatılması, köy ve belde yaşayanlarına hiç söz hakkı verilmemesi, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın “yerel yönetimlerin sınırlarında, bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamaz” ilkesine açıkça aykırıdır.

Anayasanın 127 nci maddesinde de yerel yönetim esasları belirlenmiş ve mahalli idarelerin il, belediye ya da köy halkının yerel ortak gereksinimlerini karşılamak üzere, kuruluş ilkeleri yasayla belirlenen ve yasada gösterilen karar organları seçmenlerce seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişilerinin olacağı hükme bağlanmış ve yerel yönetimlerin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kurulacağı vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin E.2005/95, K.2007/5 sayılı 24.01.2007 tarihli Kararında aynen şöyle denilmiştir:

“.... Düzenlemeyle tüzel kişiliği kaldırılacak ya da tabi oldukları tüzel kişiyle ilişkisi kesilecek olan mahal sakinlerinin iradesinin doğrudan doğruya sorulması zorunlu kılınmakta; ancak statüsünde herhangi bir değişiklik yaşamayan ve özerkliğine dokunulmayan katılacak tüzel kişi (belediye) sakinlerinin doğrudan iradelerine başvurulmamakla birlikte, yine de oylarıyla oluşturulan karar organlarının onayı şart koşulmaktadır. Dava konusu kuralla tüzel kişiliği kaldırılan beldede ya da bağlı bulundukları ve organlarının oluşumuna katıldıkları yerel yönetim birimiyle ilişkileri koparılacak kısımlarında halkoyuna başvurulmasının öngörülmüş olması, yerinden yönetim ilkesinin bir gereğidir. Katılacak belediyenin hukuksal statüsünde herhangi bir değişiklik olmayacağından, doğrudan doğruya halkoyuna başvurulması zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna rağmen yasa koyucu katılacak belediye meclisinin bu birleşme ve katılmaya onay vermesini zorunlu kılarak, katılacak belediyenin özerkliğinin korunmasını gözetmiştir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi tüzel kişiliği kaldırılan beldede ya da bağlı bulundukları ve organlarının oluşumuna katıldıkları yerel yönetim birimiyle ilişkileri koparılacak kısımlarında halkoyuna başvurulmasının öngörülmüş olmasını, yerinden yönetim ilkesinin bir gereği olarak görmektedir.

Yukarıda da değindiğimiz üzere Anayasanın 127nci maddesinin birinci fıkrasına göre belde belediyelerinin de köy tüzel kişiliklerinin de anayasal temelleri vardır. Zira bu fıkra “köy ve belediye halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere” “karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişi” olması öngörülmektedir. Dolayısıyla nerede bir belde var ise, orada bir belediyenin, yani belediye idaresinin olması; nerede bir köy var ise orada bir köy mahalli idaresinin olması Anayasamızın bir emridir.

“Belde”; kasaba, şehir anlamına gelir. Türk uygulamasında belde; köyden büyük, şehirden küçük yerleşim yeri için kullanılmaktadır. “Köy” teriminin ise ne anayasamızda ne de bir başka madde metninde tanımı yapılmamıştır. Ancak bu durum kanun koyucunun “köy” terimini keyfi olarak yorumlayabilmesine de imkan vermemektedir.

“Prof.Dr.Kemal Gözler’in 6360 sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler” isimli makalesinde de değindiği üzere;

“Kanun koyucu, Anayasanın kullandığı terimlerin günlük dildeki olağan anlamlarıyla (ordinary meaning), yani düz anlamlarıyla (plain meaning) bağlıdır.

Örneğin, Anayasanın sadece “ana” terimini kullanarak tanıdığı bir hak söz konusu ise, kanun koyucu, “ana” terimini kendi keyfine göre tanımlayarak, burada geçen “ana” teriminin içine “baba”ları da katarak bir düzenleme yapamaz. Anayasa koyucunun sadece “erkek” terimini kullanarak getirdiği bir yükümlülük var ise kanun koyucu, anayasa “erkek” kavramını tanımlamamıştır, ben istediğim gibi tanımlarım deyip, bu kavramın içine kadınları da dâhil edip, söz konusu yükümlülüğü kadınlara teşmil edemez. Keza kanun koyucu böyle bir durumda “bütün kadınlar erkeğe dönüştürülmüştür” diyemez. Zira, erkek ve kadın terimlerinden herkesin bildiği anlamda erkek ve kadın anlaşılır. Keza “köy” teriminden de herkesin bildiği anlamda “köy” anlaşılır. Kanun koyucunun “şu illerde yaşayan kadınların kadınlıkları kaldırılmış ve erkeğe dönüştürülmüştür” diye hüküm getirmesi ne kadar saçma ise, “şu illerdeki köylerin köy olma nitelikleri kaldırılmış ve mahalleye dönüştürülmüştür” diye hüküm koyması da o kadar saçmadır.

Şehirden 50 km uzaklıkta dağ başında 200 kişinin yaşadığı 50 evden oluşmuş bir yerleşim birimine kanun koyucunun “bir belediyenin mahallesidir” demesi, beş çocuklu bir erkeğe “bu erkek kadındır” demesi kadar saçma bir şeydir. Kanun koyucunun bir erkeğe kadındır demesi durumunda bu erkek kadın hâline gelmeyeceği gibi, böyle bir köye mahalle demesi durumunda da bu köy mahalle hâline gelmez. “

6360 sayılı kanun ile şehre uzak-yakın ayrımı yapılmaksızın yirmi dokuz ildeki il sınırları içerisinde bulunan bütün köylerin tüzel kişiliklerini kaldırmakta ve İstanbul ile Kocaeli İlleri hariç olmak üzere yirmi yedi ildeki il sınırları içerisinde bulunan bütün belde belediyelerini kapatmaktadır. Oysa ki Anayasamıza göre, şehir merkezinden 60 km. uzakta olan bir köyün veya beldenin karar organlarının kendi halkı tarafından seçilen üyelerden oluşan bir kamu tüzel kişisi tarafından yönetilmeye hakkı vardır. Zira şehir merkezinden 50-60 km. uzakta olan bir köy ya da belde, ancak zamanla şehirle bitişmesiyle ve fiilen bu şehrin mahallesi haline gelmesi ile o şehrin mahallesi haline dönüşebilir. Ancak, örneğin 1100 km kıyı sınırı bulunan Muğla ve 640 km kıyı sınırı bulunan Antalya’da böyle bir durumdan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle tüzelkişilikleri kaldırılan ve sınırları değiştirilen köy ve beldelerde referandum öngörülmeden yerellik ortadan kaldırıldığından 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları “yerinden yönetim ilkesine” ve “Yerel Yönetim Özerklik Şartına”, dolayısı ile Anayasanın 90 ıncı ve 127 nci maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 153 üncü maddesinde açıkça “Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından söz edilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyü karşılanamaz (Anayasa Mahkemesinin 22.03.2006 gün ve E.2006-22, 2006-40 sayılı Kararı).

Bu nedenle de 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları, Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırıdır.

Hukuk devletinin tanımına giren birçok unsurlardan birisi de, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, başka deyimle, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli partilerin veya kişilerin yararına olarak herhangi bir yasanın kabul edilmeyeceğidir. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir kanun, Anayasanın 2 nci maddesi hükmüne aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir.

Anayasa Mahkemesinin E.1985/1, K.1986/4 sayılı kararında da, yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak ve engelleyecek ...biçimde kullanılamaz” denilmektedir.

“Yerinden yönetim” ilkesi, yerel yönetimlerin, o yerde bulunanların, ortak gereksinimlerini karşılamak için kendi seçtiği organlarca yönetilmesi anlamına gelmektedir. Anayasanın 127 nci maddesinde yer alan yerinden yönetim ilkesi yönünden kamu yararı, ancak halkın katılımının ve bu yolla etkinliğinin arttırılması ile gerçekleştirilebilir. Belediyelerin ve köylerin kapatılması, yörenin mahalle olarak bir başka ilçeye bağlanması demokratik katılımı en aza indirecek, 50 yıldır, 60 yıldır sahip oldukları belediyenin mahalleye dönüştürüldüğü yörelerde artık demokrasinin yaygınlaşması ve etkinleşmesinden söz edilemeyecektir.

Yasanın 1 inci maddenin (3) ve (4) numaralı fıkraları ile getirilen düzenlemelerin; Anayasanın 127 nci maddesinde öngörülen yerinden yönetim ilkesinin gereği olan halkın katılımını arttırıcı değil azaltıcı nitelikte olduğundan, ortak bir yararın amaçlanmadığı ve dolayısıyla kamu yararına dayanmadığı açıktır.

Bugüne kadarki uygulama, il sınırları içindeki yerleşmelere ve bu yerleşmelerde yaşayan vatandaşlara belediye hizmetlerinin eksik ve pahalı hizmet olarak yansımaya neden olmuştur. Bir yandan hizmete ulaşmak zorlaşırken, diğer yandan alınan hizmetler (su, kanalizasyon vb.) pahalılaşmıştır. Geçmişte belediye

sınırları dışında, köylerde yaşayanlar ile küçük beldelerden mahalleye dönüşenlerde yaşayanlar açısından yoksullaşmaya neden olacak gelişmeler yaşanmıştır.

Mevcut yetki ve güç dağıtımı ile sınırların genişlemesi, belediye hizmetleri açısından hizmetin de genişlemesi ve yaygınlaşması anlamına ne yazık ki gelmemektedir. Tam aksine, Genişletilen sınırlar, belediyelerin ve seçilen belediye başkanının toplumdaki kopması anlamına gelmektedir (Ek.1- TMMOB Şehir Plancıları Odası Büyükşehir Belediyesi Kanunu Değişikliği Değerlendirme Raporu, 10.10.2012).

Örneğin Türkiye'nin en büyük ikinci belediyesi olan Ankara Büyükşehir Belediyesi tarafından 10 yıldır tamamlanamayan metro hatları, 2011 yılı Nisan ayında Ulaştırma Bakanlığına devredilmiştir. Bu kapsamda, 50 km'lik yarıçap içinde ve kentsel alanda kendisine yüklenen görevleri yerine getiremeyen Ankara Büyükşehir Belediyesi, bu yasa ile Eskişehir sınırındaki Nallıhan'ın mahallelerine; Aksaray sınırındaki Şeferlikoçhisar'ın mahallelerine hizmet götürme yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları, amaç ögesi bakımından da Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (3) numaralı fıkrası ile (1) ve (2) numaralı fıkralarda sayılan illere bağlı ilçelerin mülki sınırları içerisinde yer alan beldelerin tüzelkişilikleri de kaldırılmış ve mahalleleriyle birlikte bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmıştır. Ancak bu düzenleme yapılırken tüzelkişilikleri kaldırılan beldelerin tarihsel, turistik, coğrafi özellikleri dikkate alınmadığından yerel yönetim kültürünün pek çok yerleşmeden silinmesine, ortadan kalkmasına neden olacaktır. Oysa ki, Anadolu topraklarında bugüne kadar varlığını sürdürmüş yerleşmelerin bir bölümünde belediye kültürü, Cumhuriyet'ten de eskidir. Örneğin; bu Yasa ile kapatılması ve mahalleye dönüşmesi öngörülen İzmir'in Ödemiş ilçesi, Birgi beldesinde belediye teşkilatının kuruluş tarihi 1889'dur. Osmanlı öncesinde, Aydınolu Beyliği'ne başkentlik yapmış, yerleşim tarihi ilk çağlara uzanan bir yerleşmenin 123 yıllık belediyesi kapatılırken, önemli bir yerel yönetim kültürü de ortadan kaldırılmakta ve yok edilmektedir (Ek.1- TMMOB Şehir Plancıları Odası Büyükşehir Belediyesi Kanunu Değişikliği Değerlendirme Raporu, 10.10.2012). Aynı şekilde Alaçatı, Tirilye, Side gibi tüm ülkede adını duyuran, kuruluşları Osmanlı dönemine kadar uzanan bu belediyelerin de bir anda mahalleye dönüştürülmesi ile ülkemizin yerel yönetim kültürü ağır bir darbe alacaktır.

Tüzelkişiliği kaldırılan belde belediyeleri içinde “turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” ile “turizm öncelikli yöreler” listesinde yer alan beldeler içinde dünyanın en özel sörf koylarından biri demek olan Alaçatı/Çeşme; Aydınogulları Beyliği’nin başkenti ve 1889’dan bu yana belediye olan Birgi/Ödemiş; Antalya’nın Side beldesi; Ordu/Mesudiye’nin turizm beldesi belgesine sahip olan Yeşilce’de vardır.

Özgün tarihsel, turistik, coğrafi özellikleri olan beldeleri, il merkezinden yer yer 100 km’yi aşan uzaklıktaki köylerin en yakın merkezlerindeki beldeleri toptancı bir yaklaşımla kapatmak, hiçbir “optimum ölçek” gerekçesiyle açıklanamaz, tarihsel ve kültürel dokuyu tahrip ettiği gibi ülke turizmine de büyük zarar verir.

Anayasanın 63 üncü maddesinde, Devlet’in, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlayacağı, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır.

06.03.2008 tarih ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile bazı belde belediyeleri kaldırılmıştır. Bu konuda açılan iptal davası sonunda Anayasa Mahkemesi’nin 31.10.2008 tarih ve E.2008/34, K.2008/153 sayılı kararında,

“Nüfus yoğunluğuna bağlı olarak, yerel ihtiyaçların karşılanmasında, köy, belediyelere göre daha alt düzey bir yerel yönetim kuruluşu olduğundan, mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması bakımından kamu yararı gereğince, Yasa’ya ekli 44 sayılı listede gösterilen belediyelerden, sınırları itibarıyla “Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile “Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler” listesinde yer alanların tüzel kişiliklerinde değişiklik yapılmadan önce, bu beldelerin coğrafi, ekonomik, sosyal, tarihsel, kültürel ve kimliksel özelliklerinin incelenmesi, özellikle yılın belli dönemlerinde hizmet verdikleri nüfusun, kayıtlı nüfuslarının çok üzerine çıktığının ve bu nüfusa sunulacak hizmetin nitelik ve niceliğinin gözetilmesi gerekmektedir.”

gerekçesi belirtilerek Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile “Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler” listesinde yer alan belde belediyelerinin kaldırılması iptal edilmiştir.

Halbuki Anayasanın 153 üncü maddesinin son fıkrasında, “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete’de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar” denilmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi kararları yayımlanmakla bağlayıcılık özelliği kazandığından, yasama organı aynı konuda düzenleme yaparken bu kararları etkisiz veya sonuçsuz bırakacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve iptal edilen kuralları yeniden yasalaştırmamak zorundadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçları kadar gerekçelerinin de bağlayıcılığı tartışılmaz. Çünkü kararlar gerekçeleri ile bir bütünlük oluştururlar ve bu doğrultuda yasamanın da içinde yer aldığı devletin ve kişilerin etkinliklerinde yönlendirici ve belirleyici olurlar. Bu nedenle yasama organı iptal edilen yasaların yerine yeni düzenleme yaparken kararların gerekçelerini de göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

Açıklanan nedenlerle 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının belde belediyelerinin tüzelkişiliğini kaldırıp mahalleleriyle birlikte bağlı bulundukları ilçe belediyesine bağlanmasını öngören (3) numaralı fıkradaki iptali istenilen” ve belde belediyelerinin”, “belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak” İbareleri; Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile “Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler” listesinde yer alan belde belediyeleri yönünden Anayasanın 2 nci, 63 üncü, 126 ncı ve 153 üncü maddelerine aykırıdır.

d) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı “Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 1 inci Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (5) numaralı fıkrası yapılan bu düzenleme ile birinci, ikinci ve dördüncü fıkarda sayılan yani Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa, Van, Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya, Samsun, İstanbul ve Kocaeli illerindeki il özel idarelerinin tüzelkişiliği kaldırılmıştır.

Temelleri 1864 tarihli Teşkil-i Vilayet Nizamnamesi ile atılan ve ilk anayasal dayanağını 1876 Kanun-i Esasisi’nde bulan il özel idareleri, asıl olarak en geniş haliyle 1913 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilayet Kanun-i Muvakkati’nde düzenlenmiştir.

Bu kanunu muvakkat ile il özel idareleri, ilk kez tüzel kişiliğe sahip, gelir ve giderleri, görev ve yetkileri belirli, bütçesi olan özerk bir yönetim birimi olarak ortaya konmuş, zaman içinde değişen koşullar, gelişen, çoğalan ve çeşitlenen ihtiyaçlar dolayısıyla 1987 yılında 3360 sayılı Kanun ile önemli değişikliklere uğrayan kanunun adı da İl Özel İdaresi Kanunu olarak değiştirilmiş ve 13.03.1329 tarihli bu Kanun 22.02.2005 tarihli ve 5302 sayılı Kanunun 71 inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasanın 127/1 hükmüne göre “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.” Anayasanın bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, Anayasa tarafından öngörülmüş yerel yönetimler İl (özel idaresi), belediye ve köylerdir. İşbu maddede belirtilen “il” terimiyle bahsedilen “il mahalli idaresi” (yani il özel idaresi); “belediye” ile kastedilen “belediye mahalli idaresi” ve “köy” ile bahsedilen de “köy mahalli idaresi”dir. Yani ortada bir il bulundukça orada bir il özel idaresinin de bulunması bir anayasal zorunluluktur.

İl Özel İdaresinin üzerinde kurulacağı “il”in ne olduğu da Anayasamızın 126ncı maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, “Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere... ayrılır.” Dolayısıyla “il”, Anayasa md. 126/1’e göre merkezi idarenin coğrafi bir bölümüdür ve “il”in, yani “il özel idaresinin”, bir anayasal temeli vardır.

Şu halde, bir mülki idare birimi olarak kurulmuş il yönetiminin bulunduğu her bir idari birimde İl (özel idaresi) yönetiminin bir yerel yönetim birimi olarak kurulu bulunması Anayasa hükmünce zorunludur. Anayasa tarafından öngörülmüş olan özel idare yönetiminin kaldırılması ya da bazı iller için işletilmemesine ilişkin istisna getirilmesi, ancak bu yönde bir anayasa hükmünün bulunması halinde düşünülebilir. Aksi halde Anayasa tarafından kurulmuş bir yerel yönetim biriminin, normlar hiyerarşisinde daha alt kademede bulunan kanunla kaldırılması söz konusu olacaktır. Bu içerikte bir kanun düzenlemesinin de Anayasaya açıkça aykırılık teşkil edeceği kuşkusuz olduğundan Yasanın 1 inci maddesinin (1), (2) ve (4) numaralı fıkralarında sayılan 29 ilde il özel idaresi tüzelkişiliğini kaldıran iptali istenen bu düzenleme de Anayasanın 127 nci maddesine açıkça aykırıdır.

Anayasanın 127 nci maddesinde yer alan yerinden yönetim ilkesi yönünden kamu yararı, ancak halkın katılımının ve bu yolla etkinliğinin arttırılması

ile gerçekleştirilebilir. İl özel idarelerinin tüzel kişiliğinin kaldırılmasının da demokratik katılımı etkileyeceği ve aza indireceği kuşkusuz olduğundan iptali istenilen bu düzenlemede de kamu yararı gözetilmemiştir.

Belirtilen nedenlerle 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (5) numaralı fıkrası Anayasanın 2 nci ve 127 nci maddelerine aykırıdır.

Yukarıda etraflıca açıklanan nedenlerle 12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin;

- (1) numaralı fıkrasındaki “sınırları il mülki sınırları olmak üzere” ibaresinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

- (2) numaralı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

- (3) numaralı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 90 ncı, 123 üncü, 127 nci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan ve bu fıkradaki “ve belde belediyelerinin” ve “belediyeler ise mahalleleriyle birlikte” İbarelerinin de Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile “Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler” listesinde yer alan belde belediyeleri yönünden Anayasanın 2 nci, 11 inci, 63 üncü, 126 ncı ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

- (4) numaralı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 90 ncı, 123 üncü, 127 nci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

- (5) numaralı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

iptalleri gerekmektedir.

2) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı “Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 2 nci Maddesinin (7),(37),(40) ve (41) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

6360 sayılı Kanunun 2nci maddesinin (7) numaralı fıkrası ile Hatay ilinde, ekli (6) sayılı listede belirtilen Antakya Belediyesinin mahalleleri merkez olmak üzere, aynı listede yer alan köyler ve belediyelerden oluşan Defne ilçesi ve aynı adla belediye kurulmuştur.

Antakya ilçesinden ayrılan ve yeni kurulan Defne İlçesine bağlanan mahalleler Akdeniz, Armutlu, Elektrik ve Sümerler Mahalleri'dir. Antakya ilçesine bağlanan 41 mahalle arasında bulunmayan ve sadece 4 mahalle olarak Defne ilçesinde yer verilen mevcut düzenlemenin coğrafi açıdan dahi tutarlılık gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin; Antakya İlçesinde yer alan Kışlasaray Mahallesi ile Defne İlçesinde yer alan Sümerler Mahallesi arasındaki mesafe 580 metredir. Aynı şekilde, Antakya İlçesinde bulunan Cumhuriyet Mahallesinin, Defne İlçesinde bulunan Elektrik Mahallesi'ne uzaklığı 700 metre; Armutlu Mahallesi'ne uzaklığı ise 690 metredir. Hal böyle iken Defne İlçesinde yer alan Elektrik ve Sümerler Mahalleleri arasındaki mesafenin 1,5 km olması, kanuni düzenleme ile yapılan değişikliğin "oy kaybı" ile yapıldığının çok belirgin bir göstergesidir.

Zira, 2009 Yılı Yerel Seçim sonuçlarına göre: Akdeniz Mahallesi'nde CHP'ye %94,2 AKP'ye %2,8; Armutlu Mahallesi'nde CHP'ye %91,7 AKP'ye %4,4; Elektrik Mahallesi'nde CHP'ye %94,1 AKP'ye %3,2 ve Sümerler Mahallesi'nde CHP'ye %90,2 AKP'ye %5,5 oranlarında oy çıkmıştır. Antakya ilçesine bağlı olan beldelerde ise durumun aksi yönde olduğu görülecektir. Örneğin: Aksaray Mahallesi'nde CHP'ye %10,6 AKP'ye 67,7; Akbaba Mahallesi'nde CHP'ye 19,3 AKP'ye 54,2; Aksaray Mahallesi'nde CHP'ye %10,3; AKP'ye 74,1 oranında oy çıkmıştır. Tüm bu verilerden de anlaşılacağı üzere mevcut düzenleme, tamamen oy kaygıları ile, "seçim kazanılması güç olan yerleri paylaştırabilmek" adına getirilmiştir.

6360 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (37) numaralı fıkrası ile İstanbul ilinde, Şişli ilçesine bağlı Ayazağa, Maslak ve Huzur mahalleleri Sarıyer ilçesine bağlanarak Sarıyer Belediyesine katılmıştır.

2011 yılı Genel Seçimlerinde CHP Sarıyer ilçesinde 73.888 (%41,79) oy alırken AKP 71.293 (%40,32) oy almıştır. Şişlinin ilçesine bağlı Ayazağa'da ise AKP'nin oyu 12.549 iken CHP 3.424 oy almıştı. Ayazağa Sarıyer'e bağlanarak 12.549 oy Sarıyer'e taşınmaktadır. (Ek.2- Şişli – Sarıyer Belediyeleri arasında gerçekleştirilmesi düşünülen sınır değişikliklerinin 2011 seçimlerine göre sandığa yansımaları).

Dolayısıyla Ayazağa seçmeni sayesinde iki parti arasındaki oy farkı kapanarak AKP öne geçecek, buna Huzur ve Maslak mahallelerinin de katılımı ile AKP'nin Sarıyer Belediyesini alması kesinleşecektir. Ayrıca Maslak bölgesinin iş alanları ve büyük iş merkezleri olması nedeniyle büyük bir rantı bulunmakta, AKP'nin önümüzdeki yerel seçimlerde Sarıyer'i kazanıp Maslak'ın rantından da faydalanması amaçlanmaktadır.

Yine 6360 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (40) numaralı fıkrası ile Ankara ilinde, Yenimahalle ilçesine bağlı Dodurga ve Alacaatlı mahallelerinin çevre yolu dışında kalan kısımları Şehitali Mahallesi ile birleştirilmiştir. Şehitali, Aşağıyurtçu, Yukarıyurtçu, Ballıkuyumcu ve Fevziye mahalleleri, Etimesgut ilçe sınırlarına dâhil edilerek, Etimesgut Belediyesine katılmıştır.

(41) numaralı fıkra ile yapılan düzenleme ile de Yenimahalle ilçesine bağlı Dodurga ve Alacaatlı mahallelerinin çevre yolu içinde kalan kısmı ile Çayyolu, A.Taner Kışlalı, Ümit, Koru, Konutkent ve Yaşamkent mahalleleri, Çankaya İlçe sınırlarına dahil edilerek, Çankaya Belediyesine katılmıştır.

669 bin nüfusuyla Yenimahalle Keçiören ve Çankaya'dan sonra Ankara'nın en büyük ilçesi iken yapılan bu bölünmenin ardından sıralamanın değişeceği açık olup böyle bir düzenleme yapılmasındaki amacın da oy kaygıları olduğu kuşkusuzdur.

2009 Yılı Yerel Seçim sonuçlarına göre; Etimesgut ve Çankaya ilçelerine katılan mahallelerinde dahil olduğu Yenimahalle ilçesinde CHP-150.571 oy, AKP-134.435 oy almıştır. Yenimahalle ilçesinden ayrılan mahalleler dikkate alınarak 2009 Yılı Yerel Seçimleri sonuçlansaydı CHP-115.564 oy, AKP-127.051 oy almış olacaktı (Ek.3- Yenimahalle ilçesinde yapılan sınır değişikliklerinin 2009 yılı Yerel seçim sandık sonuçlarına göre değerlendirilmesi).

Görüldüğü üzere iptali istenen düzenlemelerle Ankara'nın üçüncü büyük ilçesinin bölünmesindeki gerçek amacın, belli bir partinin (AKP'nin) yararının gözetilmesi olduğu açıktır.

Aşağıda (8) numaralı başlıkta etraflıca belirtildiği üzere kanun koyucunun, Anayasanın gösterdiği amacın veya kamu yararının dışında kişisel, siyasal ya da saklı amaç güttüğü; bir başka amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, 'yetki saptırması' adı verilen durum ortaya çıkar ve bu durum, kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girer.

Anayasa Mahkemesi, 'iptali istenen hükümle kapalı olarak bir amaç güdülüp güdülmediğini' araştırabildiğini, çeşitli kararlarında ifade etmiştir (Bkz. E.1978/31, K.1978/50, sayı ve 02.11.1978 tarihli; E.1963/124, K.1963/243 sayılı ve 11.10.1963 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararları).

Anayasa Mahkemesinin 15.11.1967 gün ve 12751 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, Abana İlçe Merkezinin Abana'dan kaldırılıp Bozkurt'a Nakline İlişkin 6203 sayılı Kanun hükümlerinin iptali istemi ile ilgili olarak verdiği K.967-20, E.963-145 sayılı Kararı da aynen şöyledir:

"Merkezi idarenin kuruluşuna ilişkin ilkelerini gösteren Anayasanın 115 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına şöyle denmektedir: Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, iktisadi şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.

Bu hükme göre, Türkiye'nin gerek illere ayrılmasında, gerekse illerin öbür kademeli bölümlere ve bu arada ilçelere ayrılmasında gözönünde tutulacak alan ölçü, coğrafya durumu, iktisadi koşullarla kamu hizmetlerinin gerekleridir. İdari kademelere bölünmede bu anılan ölçülerin gözönünde tutulması ilkesi, bu kademelerin merkezlerinin belli edilmesinde de öncelikle uygulanır: Çünkü, il veya ilçenin veya diğer bir kademelin merkezi demek, oranın işlerinin toplandığı en önemli bir yer demektir, Bu bakımdan bir idari bölümün merkezinin, coğrafya durum, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre en uygun bir yerde bulunması anayasa buyruğu olduğu gibi, bir merkezin değiştirilmesinde dahi yeni merkezin coğrafya durumu, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre eskisinden daha üstün bir yer niteliğini taşıması da, yine Anayasa buyruğudur. Demek ki, merkez değiştirmelerini merkezin eski merkeze göre coğrafya durumu, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından daha üstün olduğu açıkça anlaşılmadıkça, böyle bir değiştirme Anayasaya uygun sayılamaz... Anayasanın Seçme ve Seçilme Hakkı başlıklı 5 inci maddesinde: Vatandaşlar kanunda gösterilen şartlara uygun olarak; seçme ve seçilme hakkına, sahiptir. Seçimler, serbest, eşit, gizli, tek dereceli genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır denilmektedir.

Buna göre seçimlerin serbestliğini doğrudan doğruya veya dolayısıyla bozmaya elverişli bulunan veya bozmak amacı ile konulmuş olan bütün hükümler, Anayasaya aykırı niteliktedir."

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesinin Abana ilçesi ile ilgili kararı, ilçelerin; coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre kurulması gerektiğini, seçimlerin serbestliğini doğrudan doğruya veya dolayısıyla bozmaya elverişli bulunan veya bozmak amacı ile konulmuş olan bütün hükümlerin, Anayasaya aykırı olacağını, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli partilerin veya kişilerin yararına olarak herhangi bir yasanın kabul edilmeyeceğini açıkça belirtmektedir.

Açıklanan nedenlerle 6360 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (7), (37), (40) ve (41) numaralı fıkraları siyasal bir amaç güdüldüğünden amaç ögesi bakımından sakat olduğundan Anayasanın 2 nci maddesine ve dolayısıyla Anayasanın 11 inci maddesine aykırı olduğundan iptal edilmeleri gerekmektedir.

3) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı “Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 3 üncü Maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7) (8) ve (9) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Yukarıda (1) numaralı başlık altında 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin; il özel idaresi, belediye ve köylerin tüzelkişiliklerini kaldırarak ve il belediyelerini büyükşehirle dönüştüren hükümlerinin Anayasaya aykırılık gerekçeleri açıklanmış ve iptalleri istenilmiştir.

Yasanın iptali istenen 3 üncü maddesinin iptali istenilen fıkralarında da tüzel kişilikleri kaldırılan il özel idaresi, belediye ve köyler ile büyükşehirle dönüşen il belediyelerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

1 inci maddenin söz konusu fıkralarının iptal edilmeleri durumunda 3 üncü maddenin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) ve (9) numaralı fıkralarının da uygulanması mümkün olmayacaktır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 29 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa’nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi’nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

Bu nedenle 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde

Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) ve (9) numaralı fıkralarının uygulama olanağı kalmayacağından iptal edilmesi gerekmektedir.

4) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı “Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 4 üncü Maddesinin (a) Bendindeki “Sınırları il mülki sınırı olan” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Yasa’nın 4 üncü maddesi ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi değiştirilerek Büyükşehir Belediyesinin tanımına “Sınırları il mülki sınırı olan” ibaresi eklenmiş ve dolayısıyla mülkili büyükşehir modeli olan özel bir yönetim modeli getirilmiştir.

12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı Kanunun 4 üncü maddesi; yukarıda (1) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle;

- “İdarenin bütünlüğü” ilkesine ters düştüğü için Anayasanın 123 üncü maddesine,

- Büyük yerleşim merkezleri dışında kalan yerleşim merkezlerini kapsamına aldığı için Anayasanın 127 nci maddesine,

- Coğrafya durumu, ekonomik şartlar ve kamu hizmetlerinin gerekleri gözetilmediği için de Anayasanın 126 ncı maddesine,

aykırıdır.

Anayasanın 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı için iptali istenen kural Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 4 üncü maddesinin (a) bendindeki “Sınırları il mülki sınırı olan” ibaresinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmesi gerekmektedir.

5) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı "Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 6 ncı Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu madde ile 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunun 5 inci maddesi değiştirilerek büyükşehir belediyelerinin sınırlarının il mülki sınırları; ilçe belediyelerinin sınırlarının da, bu ilçelerin mülki sınırları olduğu hükme bağlanmıştır.

Mülkili büyükşehir ve ilçe belediyesi modeli diğer bir anlatımla özel yönetim biçimini getiren 12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Kanunun 6 ncı maddesi; yukarıda (1) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle;

- "İdarenin bütünlüğü" ilkesine ters düştüğü için Anayasanın 123 üncü maddesine,

- Büyük yerleşim merkezleri dışında kalan yerleşim merkezlerini kapsamına aldığı için Anayasanın 127 nci maddesine,

- Coğrafya durumu, ekonomik şartlar ve kamu hizmetlerinin gerekleri gözetilmediği için de Anayasanın 126 ncı maddesine,

aykırıdır.

Anayasanın 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı için iptali istenen kural Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6 ncı maddesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmesi gerekmektedir.

6) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı "Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 17 nci maddesinin Son Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

17 nci madde ile 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinde değişiklik yapılmıştır. 14 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belediyelerin “..amatör spor kulüplerine malzeme verir ve gerekli desteği sağlar, her türlü amatör spor karşılaşmaları düzenler, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan sporculara belediye meclisi kararıyla ödül verebilir...” denilmiştir.

17 nci maddenin iptali istenilen son fıkrasında ise “Belediyelerin birinci fıkranın (b) bendi uyarınca, sporu teşvik amacıyla yapacakları nakdî yardım bir önceki yıl genel bütçe vergi gelirlerinden belediyeleri için tahakkuk eden miktarın binde yedisini geçemez.” denilerek belediyelerin amatör spor kulüplerine yapacakları nakdi yardıma sınırlama getirilmiştir.

Anayasanın 59 uncu maddesinde “Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyu korur.” denilmiştir.

Sporun temel amacı, insanın beden ve ruh sağlığını geliştirmek, iradesini güçlü kılmak ve toplumda barış, kardeşlik ve dayanışma duygusunu yaygın hale getirmektir. İfade edilenler çerçevesinde mahalli idareler olan belediyelerin sporu teşvik amacıyla yapacakları yardım, Anayasal görevin yerine getirilmesi anlamına da gelmektedir. Bu nedenle belediyelerin sporu teşvik amacıyla yapacakları nakdi yardımın ölçüsüzce sınırlandırılmasına Anayasanın 59 uncu maddesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

Bu nedenle 6360 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin son fıkrası Anayasanın 59 uncu maddesine aykırı olup iptali gerekir.

7) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı “Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 34 üncü Maddesi ile 3152 Sayılı Kanuna Eklenen 28/A Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile 3152 sayılı İşçileri bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen 28/A maddesi ile Büyükşehir Belediyelerinin bulunduğu illerde, Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı kurularak yeni bir yapılanma getirilmiştir.

Böyle bir yapılanmaya ihtiyaç duyulmasının gerçek nedeninin, Büyükşehir Belediyelerinin bulunduğu illerde İl Özel İdarelerinin kapatılmasından doğacak boşluğu doldurmak olduğu çok açıktır.

5302 sayılı İl Özel idaresi Kanununun, il özel idarelerinin görev ve sorumluluklarını belirleyen 6 ncı maddesinde “Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskan, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımları, kendi bütçelerinde bu hizmetler için ayrılan ödenekleri il özel idarelerine aktarmak suretiyle gerçekleştirebilir.” denilmiş; 6360 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile 3152 sayılı Kanuna eklenen 28/A maddesinde birinci fıkrasında da “Büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde kamu kurum ve kuruluşlarının yatırım ve hizmetlerinin etkin olarak yapılması, izlenmesi ve koordinasyonu, acil çağrı, afet ve acil yardım hizmetlerinin koordinasyonu ve yürütülmesi, ilin tanıtımı, gerektiğinde merkezi idarenin taşrada yapacağı yatırımların yapılması ve koordine edilmesi, temsil, tören, ödüllendirme ve protokol hizmetlerinin yürütülmesi, ildeki kamu kurum ve kuruluşlarına rehberlik edilmesi ve bunların denetlenmesini gerçekleştirmek” Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığının görevi olduğu hükme bağlanmıştır.

Yapılan bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, Bakanlıklar ve diğer merkezi idarenin illerde yapacağı yatırımlara ilişkin görev ve sorumlulukların büyükşehir belediyelerin olduğu illerde Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıklarına; diğer illerde ise İl Özel İdarelerine ait olduğu görülmektedir.

Anayasanın 127/1 maddesi hükmüne göre “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.” Anayasanın bu hükmünden de anlaşılacağı üzere, Anayasa tarafından öngörülmüş yerel yönetimler İl (özel idaresi), belediye ve köylerdir. Şu halde, bir mülki idare birimi olarak kurulmuş il yönetiminin bulunduğu her bir idari birimde İl (özel idaresi) yönetiminin bir yerel yönetim birimi olarak kurulu bulunması Anayasa hükmünce zorunludur.

Anayasa tarafından öngörülmüş olan İl Genel Meclisi aracılığıyla, seçilmiş yerel karar vericilere ait olan yerel yatırımlara yönelik bazı karar ve tercihlerin, doğrudan merkezi idarenin atanmış görevlilerine verildiği görülmektedir.

Bu nedenle 6360 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile 3152 sayılı Kanuna eklenen 28/A maddesinin birinci fıkrası Anayasanın 127 nci maddesine aykırıdır.

Yine yukarıda 1/b numaralı başlık altında etraflıca belirtildiği üzere “Yerinden yönetim” ilkesi, yerel yönetimlerin, o yerde bulunanların, ortak gereksinimlerini karşılamak için kendi seçtiği organlarca yönetilmesi anlamına gelmektedir. Anayasanın 127 nci maddesinde yer alan yerinden yönetim ilkesi yönünden kamu yararı, ancak halkın katılımının ve bu yolla etkinliğinin arttırılması ile gerçekleştirilebilir.

12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Kanunun 34 üncü maddesi ile 3152 sayılı İçişleri bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen 28/A maddesinin Birinci fıkrası ile getirilen düzenlemenin; Anayasanın 127 nci maddesinde öngörülen yerinden yönetim ilkesinin gereği olan halkın katılımını arttırıcı değil azaltıcı nitelikte olduğundan, ortak bir yararın amaçlanmadığı ve dolayısıyla kamu yararına dayanmadığı açıktır.

Diğer taraftan 28/A maddesinin son fıkrasında “İldeki kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülmesi gereken yatırım ve hizmetlerin aksadığının ve bu durumun halkın sağlığı, huzur ve esenliği ile kamu düzeni ve güvenliğini olumsuz etkilediğinin vali veya ilgili bakanlığınca tespit edilmesi durumunda, vali uygun süre vererek hizmet ve yatırımın gerçekleştirilmesini ister. Hizmet ve yatırımın verilen sürede gerçekleşmemesi hâlinde, vali söz konusu yatırım ve hizmetin ildeki diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yerine getirilmesini isteyebileceği gibi yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı aracılığıyla da yerine getirebilir” hükmüne yer verilmiştir.

Bu düzenleme ile vali veya ilgili bakanlığa verilen “değerlendirme yetkisi”, sınırları objektif kriterlerle çizilmemiş bir takdir hakkını içermektedir. Böylece merkezi yönetim istediği zamanlarda yerel yönetimlerin hizmet alanlarına müdahale edebilecektir.

Oysa Anayasanın 127 nci maddesinde, “Merkezi idare, mahalle idareler üzerinde, mahalle hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi. kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalle ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir” denilmiş, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın 8 inci maddesinde de, yerel makamların her türlü

idari denetiminin ancak kanunla veya anayasa ile belirlenmiş durumlarda ve yöntemlerle gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir.

Vali ve yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıklarına verilen vesayet yetkisinin sınırlarına ilişkin esas ve usuller yasada açıkça gösterilmediğinden 28/A maddesinin son fıkrası ile yapılan bu düzenlemede Anayasanın 90 ıncı ve 127 nci maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 90 ıncı ve 127 nci maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı için iptali istenen kurallar Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

28/A maddesinin diğer fıkraları ile yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıklarına ilişkin düzenlemeler yapıldığından birinci fıkranın iptal edilmesi durumunda söz konusu fıkralarının da uygulanma olanağı kalmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 34 üncü maddesi ile 3152 sayılı Kanuna eklenen 28/A maddesinin;

- Birinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 127 nci maddelerine,
- Son fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan ve
- Bu fıkraların iptali durumunda diğer fıkralarının da uygulanma olanağı kalmayacağından,

iptal edilmeleri gerekmektedir.

8) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı “Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un Geçici 1 inci Maddesinin (2), (3), (4), (5), (6), (7), (12), (13), (14), (15), (23), (25), (26) ve(27) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

Yukarıda (1) numaralı başlık altında 6360 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin; il özel idaresi, belediye ve köylerin tüzelkişiliklerini kaldırarak ve il belediyelerini

büyükşehir'e dönüştüren hükümlerinin Anayasaya aykırılık gerekçeleri açıklanmış ve iptalleri istenilmiştir.

Yasanın Geçici 1 inci maddesinin iptalleri istenen (2), (3), (4), (5), (6), (7), (12), (13), (14), (15), (23), (25) ve (26) fıkralarında da tüzel kişilikleri kaldırılan il özel idaresi, belediye ve köyler ile büyükşehir'e dönüşen il belediyelerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

1 inci maddenin söz konusu fıkralarının iptal edilmeleri durumunda Geçici 1 inci maddenin (2), (3), (4), (5), (6), (7), (12), (13), (14), (15), (23), (25), (26) fıkralarının da uygulanması mümkün olmayacaktır.

Bu nedenle yukarıda (3) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici 1 inci maddesinin uygulama olanağı kalmayan (2), (3), (4), (5), (6), (7), (12), (13), (14), (15), (23), (25) ve (26) numaralı fıkralarının da iptal edilmeleri gerekir.

Geçici 1 inci maddenin (27) numaralı fıkrasında ise "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yolların inşa, tamir ve genişletilmesi nedeniyle 2464 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi uyarınca tarh edilmemiş harcamalara katılma payları belediye meclisi kararıyla alınmayabilir." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme göre tarh edilmemiş harcamalara katılma paylarının alınmaması, belediye meclisi kararına dolayısıyla idarenin takdirine bırakılmıştır.

2644 sayılı Belediye Gelirleri Kanunun 86 ncı maddesine uyarınca Belediyelerce veya belediyelere bağlı müesseselerce inşa, tamir ve genişletilmeye tabi tutulan yolların iki tarafında bulunan veya başka bir yola çıkışı olmaması dolayısıyla bu yoldan yararlanan gayrimenkullerin sahiplerinden meclis kararı ile alınan Yol Harcamalarına Katılma Payının mali bir yükümlülük olduğu açıktır.

Anayasanın 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı hükme bağlanmak suretiyle verginin kanuniliği ilkesi benimsenmiştir.

Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasada yer almasını gerektirmektedir. İptali istenilen (27) numaralı fıkra, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında öznel nedenlerin etkili olmasına

ve dolayısıyla keyfi uygulamalara yol açacak bir nitelik taşıdığı için Anayasanın 73 üncü maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 6360 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesinin (2), (3), (4), (5), (6), (7), (12), (13), (14), (15), (23), (25) ve (26) numaralı fıkralarının uygulama olanağı kalmadığından; (27) numaralı fıkrasının da Anayasanın 73 üncü maddesine aykırı olduğundan iptalleri gerekmektedir.

9) 12.11.2012 Tarihli ve 6360 Sayılı “Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un Geçici 2 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6360 sayılı Yasa’nın 1 inci maddesinin iptali istenilen (3) numaralı fıkrası ile büyükşehir belediyesi olan illerdeki belde belediyeleri kapatılırken bu defa Geçici 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile diğer illerde de 559 belediyenin nüfusunun 2000’in altına düşmesi nedeniyle tüzelkişilikleri kaldırılarak köye dönüştürülmektedir.

5393 sayılı Belediye Kanununun “Tüzelkişiliğin sona erdirilmesi” başlıklı 11 inci maddesinde “Nüfusu 2.000’in altına düşen belediyeler, Danıştay’ın görüşü alınarak İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine müşterek kararname ile köye dönüştürülür” hükmünün bulunmasına karşın iptali istenilen düzenleme ile, 2011 yılı Adrese Dayalı Nüfus Sayım sonuçlarına göre nüfusu 2.000’ in altında olan Yasa’ya ekli (27) sayılı listedeki adları yazılı belediyelerin tüzelkişiliklerinin kaldırılarak köye dönüştürülmesi ile güdülen amacın “idari yargı yolunun kapatılarak söz konusu belde belediyelerini tarihsel, turistik, coğrafi özelliklerini dikkate almadan ortadan kaldırmak” olduğu çok açıktır.

Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle bir ülkenin tarihi ve kültürel değerleri ile turistik ve coğrafi özelliklerinin korunması için yasa koyucunun bu esası göz ardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtmayı zorunludur.

Yasama erkinin kamu yararı amacına yönelik olarak kullanılmaması halinde yasama yetkisinin saptırılması olayı ortaya çıkar. Anayasada belirtilen amacı ya da kamu yararını gerçekleştirmek için kanunla yapılacak olan düzenleme,

kanun koyucunun yapacağı tercihlere göre şekillenecektir; yani kanun koyucu, Anayasada belirtilen amacı veya kamu yararını gerçekleştirmek için getireceği çözümü seçmekte serbesttir. Burada takdir yetkisi kanun koyucuya aittir ve bu husus, Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girmez.

Fakat kanun koyucunun, Anayasanın gösterdiği amacın veya kamu yararının dışında kişisel, siyasal ya da saklı amaç güttüğü; bir başka amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, 'yetki saptırması' adı verilen durum ortaya çıkar ve bu durum, kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girer. Anayasa Mahkemesi, denetlediği kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil; fakat, gerçekten kamu yararını gerçekleştirmek için yapılıp yapılmadığını denetleyebilir.

Anayasa Mahkemesi, 'iptali istenen hükümle kapalı olarak bir amaç güdülüp güdülmediğini' araştırabildiğini, çeşitli kararlarında ifade etmiştir; ama kanun koyucunun saklı amacını ortaya koyabilmek, her zaman kolay değildir. (Bkz. E.1978/31, K.1978/50, sayı ve 02.11.1978 tarihli; E.1963/124, K.1963/243 sayılı ve 11.10.1963 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararları).

Anayasa Mahkemesi'nin bu tür denetimlerinde, kanunun gerekçesinden, yasama organındaki görüşmelerden veya yapılan düzenlemenin daha çok siyasal nedenlere dayanıp dayanmadığı hususlarından yararlanarak sonuca vardığı görülmektedir. (Bkz. E.1963/124, K.1963/243 sayılı ve 11.10.1963 tarihli; E.1963/145, K.1967/20 sayılı ve 27.06.1967 tarihli; E.1988/14, K.1988/18 sayılı ve 14.06.1967 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararları)

Kanun koyucu, takdirine bırakılmış konularda, düzenleme yetkisini kullanırken, kuşkusuz, Anayasa kuralları ile kamu yararının ve kamu düzeninin gereklerine ve hukukun genel ilkelerine de bağlı kalmak durumundadır. (Bkz. E.1980/1, K.1980/25 sayılı ve 29.04.1980 tarihli; E.1963/124, K.1963/243 sayılı ve 11.10.1963 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararları) .Bu, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin gereğidir.

Geçici 2 nci maddenin (1) numaralı fıkrası ile yapılan düzenlemenin gerçek amacı, "idari yargı yolunun kapatılarak söz konusu belde belediyelerini tarihsel, turistik, coğrafi özelliklerini dikkate almadan ortadan kaldırmak" olduğu için bu kural amaç ögesi bakımından Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan yukarıda 1/b numaralı başlık altında etraflıca yapılan açıklamalarda da belirtildiği üzere Geçici 2 nci maddenin (1) numaralı fıkrası;

- Tüzelkişilikleri kaldırılan ve sınırları değiştirilen köy ve beldelerde referandum öngörülmeden yerellik ortadan kaldırıldığından yerinden yönetim ilkesine ve Yerel Yönetim Özerklik Şartına, dolayısı ile Anayasanın 90 ıncı ve 127 nci maddelerine,

- Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile “Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler” listesinde yer alan belde belediyeleri yönünden Anayasanın 2 nci, 63 üncü, 126 ncı ve 153 üncü maddelerine,

- Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerine aykırı bir düzenleme getirdiği için Anayasanın 153 üncü maddesine,

- Anayasanın bir maddesine aykırı bir düzenleme Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı için Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Diğer taraftan Geçici 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptal edilmesi durumunda bu fıkra esas alınarak maddenin diğer fıkraları ile yapılan düzenlemelerin de uygulanması mümkün olmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici 2 nci maddesi Anayasanın 2 nci, 11 inci, 63 üncü, 90 ıncı, 123 üncü, 126 ncı ve 153 üncü maddelerine aykırı olup iptal edilmesi gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Demokratikleşme sağlanacağı, halkın katılımının arttırılması, mahalli idarelerin sürekli biçimde geliştirilmesi ve etkin hizmet üretme kapasitesine sahip hale getirildiği gerekçesi ile hazırlandığı iddia edilen 6360 sayılı “Büyükşehir Belediyesi Kanunun Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” un 1 inci maddesinin;

- (1) ve (2) numaralı fıkraları ile Büyükşehir Belediyesinin sınırları il mülki sınırları olarak belirlenmekte,

- (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları ile demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan yerel yönetimlerden 29 il özel idaresinin, 1.591 belde belediyesi ile 16.082 köyün tüzel kişiliği kaldırılmakta büyükşehir sınırlarındaki beldeler mahalleleri ile, köyler ise mahalle olarak ilçe belediyelerine katılmakta, diğer illerde tüzel kişiliği sona erdirilen belde belediyeleri de köye dönüştürülmektedir.(Bu rakamlar, Yasa'nın Genel Gerekçesi'nde açıklanan rakamlardır).

Yine bu Yasa'nın Geçici 2 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla da 559 belediyenin nüfusunun 2000'in altına düşmesi nedeniyle tüzelkişilikleri kaldırılarak köye dönüştürülmektedir.

Yerel yönetimlerin var oluşunun siyasal gerekçesinin özünde demokrasi inancı yatar. Bu sebeptir ki, yerel yönetimler öteden beri demokrasinin temel kurumlarından biri olarak kabul edilmişlerdir.

Ayrıca yöre halkı, yerel ortak ihtiyaçlarının karşılanmasında seçimler ve diğer mekanizmalarla yönetimlere demokratik katılım hakkını kullanmakta ve bu hizmetlerin gerçekleştirilmesinde etkili olmaktadır. Böylece, yerel yönetimlerle demokrasi yaygınlaşmakta ve etkinleşmektedir.

Söz konusu düzenleme, demokrasinin geliştirildiği iddialarının aksine yerel yönetim kültürünün silinmesi anlamını taşımaktadır. Yerel yönetim birimlerinin kapatılmasıyla belediye hizmetinin en yakın ilçe merkezinden karşılanacak olması hizmete erişimi ve kararlara katılımı neredeyse imkansız hale getirmekte, kamu idaresinde önemli değişimlere yol açan bu düzenlemeler ile yerinden yönetim anlayışından vazgeçilmektedir.

Yerinden yönetim kültürünü silen ve Anayasaya açıkça aykırı olan böyle bir düzenlemeyi getiren kuralların uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlara yol açabileceği kuşkusuzdur.

Diğer taraftan bu düzenlemeler ile; 29 ilin kapsadığı coğrafyada tamamen farklı bir yönetim biçimi, 52 ili kapsayan coğrafyada ise başka bir yönetim yapısı oluşturulmakta, diğer bir anlatımla "idarenin bütünlüğü" ilkesi tümüyle dışlanarak bir ülke ve iki yönetim yapısı getirilmektedir.

Türkiye'nin siyasi yapısı üniter devlet esasına dayanmaktadır. Bunun idari yapı bakımından zemini merkezden yönetim ilkesine dayanan il yönetimidir. İl yönetimini yerinden yönetim esasına dayandırmak üniter yapıdan sapma anlamına gelir.

Yönetimde böyle bir yapılanma getiren, Anayasanın üniter devlet ilkesi bakımından kabul edilmesi mümkün olmayan ve Anayasaya açıkça aykırı düşen iptali istenilen kuralların uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

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 açacağına duraksama bulunmamaktadır.

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı “Onüç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un;

1) 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki “sınırları il mülki sınırları olmak üzere” ibaresinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine, (2) numaralı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine, (3) numaralı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 90 ıncı, 123 üncü, 127 nci ve 153 üncü maddelerine ve bu fıkradaki “ve belde belediyelerinin” ve “belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak” ibarelerinin de Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile “Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler”

listesinde yer alan belde belediyeleri yönünden Anayasanın 2 nci, 63 üncü, 126 ncı ve 153 üncü maddelerine, (4) numaralı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 90 ıncı, 123 üncü, 127 nci ve 153 üncü maddelerine, (5) numaralı fıkrasının Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 2 nci maddesinin (7), (37), (40) ve (41) numaralı fıkraları Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 1 inci maddesinin iptali istenilen kurallarının iptali durumunda 3 üncü maddesinin (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) ve (9) numaralı fıkralarının uygulama olanağı kalmayacağından,

4) 4 üncü maddesinin (a) bendindeki “Sınırları il mülki sınırı olan” ibaresinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 6 ncı maddesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 17 nci maddesinin son fıkrasının Anayasanın 59 uncu maddesine aykırı olduğundan,

7) 34 üncü maddesi ile 3152 sayılı Kanuna eklenen 28/A maddesinin birinci ve son fıkralarının Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan, bu fıkraların iptali durumunda diğer fıkralarının da uygulanma olanağı kalmayacağından,

8) 1 inci maddesinin iptali istenilen kurallarının iptali durumunda Geçici 1 inci maddesinin;

a- (2), (3), (4), (5), (6), (7), (12), (13), (14), (15), (23), (25) ve (26) fıkralarının uygulanma olanağı kalmadığından,

b- (27) numaralı fıkrasının Anayasanın 73 üncü maddesine aykırı olduğundan,

9) Geçici 2 nci maddesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 63 üncü, 90 ıncı, 123 üncü, 126 ncı ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

1- Kanun'un iptali istenen ibare ve fıkraları da içeren 1. maddesi şöyledir:

*"(1) Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Ordu, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van illerinde, **sınırları il mülki sınırları olmak üzere aynı adla büyükşehir belediyesi kurulmuş ve bu illerin il belediyeleri büyükşehir belediyesine dönüştürülmüştür.***

(2) Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya ve Samsun büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırlarıdır.

(3) Birinci ve ikinci fıkrada sayılan illere bağlı ilçelerin mülki sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmıştır.

(4) İstanbul ve Kocaeli il mülki sınırları içerisinde bulunan köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak bağlı bulundukları ilçe belediyesine mahalle olarak katılmıştır.

(5) Birinci, ikinci ve dördüncü fıkrada sayılan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır.

(6) Birinci ve ikinci fıkrada sayılan illerin bucakları ve bucak teşkilatları kaldırılmıştır."

2- Kanun'un 2. maddesinin iptali istenen (7) numaralı fıkrası şöyledir:

"(7) Hatay ilinde, ekli (6) sayılı listede belirtilen Antakya Belediyesinin mahalleleri merkez olmak üzere, aynı listede yer alan köyler ve belediyelerden oluşan Defne ilçesi ve aynı adla belediye kurulmuştur."

3- Kanun'un 2. maddesinin 6447 sayılı Kanun ile (38) numaralı fıkra olarak değiştirilen iptali istenen (37) numaralı fıkrası öyledir:

“(38) İstanbul ilinde, Şişli ilçesine bağlı Ayazağa, Maslak ve Huzur mahalleleri Sarıyer ilçesine bağlanarak Sarıyer Belediyesine katılmıştır.”

4- Kanun'un 2. maddesinin 6447 sayılı Kanun ile (41) numaralı fıkra olarak değiştirilen iptali istenen (40) numaralı fıkrası şöyledir:

“(41) Ankara ilinde, Yenimahalle ilçesine bağlı Dodurga ve Alacaatlı mahallelerinin çevre yolu dışında kalan kısımları Şehitali Mahallesi ile birleştirilmiştir. Şehitali, Aşağıyurtçu, Yukarıyurtçu, Ballıkuyumcu ve Fevziye mahalleleri, Etimesgut ilçe sınırlarına dâhil edilerek, Etimesgut Belediyesine katılmıştır.”

5- Kanun'un 2. maddesinin 6447 sayılı Kanun ile (42) numaralı fıkra olarak değiştirilen iptali istenen (41) numaralı fıkrası şöyledir:

“(42) Ankara ilinde, Yenimahalle ilçesine bağlı Dodurga ve Alacaatlı mahallelerinin çevre yolu içinde kalan kısmı ile Çayyolu, A. Taner Kışlalı, Ümit, Koru, Konutkent ve Yaşamkent mahalleleri, Çankaya ilçe sınırlarına dâhil edilerek, Çankaya Belediyesine katılmıştır.”

6- Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen, 5216 sayılı Kanun'un iptali istenen ibareyi de içeren 3. maddesi şöyledir:

“Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Büyükşehir belediyesi: Sınırları il mülki sınırı olan ve sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu sağlayan; idarî ve malî özerkliğe sahip olarak kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisini,”

b) Büyükşehir belediyesinin organları: Büyükşehir belediye meclisi, büyükşehir belediye encümeni ve büyükşehir belediye başkanını,

c) İlçe belediyesi: Büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan ilçe belediyesini,

İfade eder."

7- Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen 5216 sayılı Kanun'un iptali istenen 5. maddesi şöyledir:

"Büyükşehir belediyelerinin sınırları, il mülki sınırlarıdır.

İlçe belediyelerinin sınırları, bu ilçelerin mülki sınırlarıdır."

8- Kanun'un 17. maddesiyle, 5393 sayılı Kanun'un 14. maddesine eklenen ve iptali istenen ikinci fıkrası şöyledir:

"Belediyelerin birinci fıkranın (b) bendi uyarınca, sporu teşvik amacıyla yapacakları nakdî yardım bir önceki yıl genel bütçe vergi gelirlerinden belediyeleri için tahakkuk eden miktarın binde yedisini geçemez."

9- Kanun'un 34. maddesiyle, 3152 sayılı Kanun'a eklenen 28/A maddesinin iptali istenen birinci fıkrası şöyledir:

"Büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde kamu kurum ve kuruluşlarının yatırım ve hizmetlerinin etkin olarak yapılması, izlenmesi ve koordinasyonu, acil çağrı, afet ve acil yardım hizmetlerinin koordinasyonu ve yürütülmesi, ilin tanıtımı, gerektiğinde merkezi idarenin taşrada yapacağı yatırımların yapılması ve koordine edilmesi, temsil, tören, ödüllendirme ve protokol hizmetlerinin yürütülmesi, ildeki kamu kurum ve kuruluşlarına rehberlik edilmesi ve bunların denetlenmesini gerçekleştirmek üzere valiye bağlı olarak Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı kurulmuştur. Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları, kaynağını aktarmak şartıyla illerde yapacakları her türlü yatırım, yapım, bakım, onarım ve yardım işlerini bu başkanlık aracılığıyla yapabilirler. Bu işler karşılığı genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerince yapılacak kaynak transferleri ödenek aktarması suretiyle, diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak kaynak transferleri ise tahakkuk işlemleri ile gerçekleştirilir. Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerince aktarılan tutarlardan yıl içerisinde harcanmayan kısımları ertesi yıl bütçesine devren ödenek kaydetmeye; diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca aktarılan tutarları bir yandan genel bütçenin (B) işaretili cetveline gelir, diğer yandan Bakanlık bütçesinin ilgili tertiplerine ödenek kaydetmeye ve yıl içerisinde harcanmayan kısımlarını

ertesi yıl bütçesine devren gelir ve ödenek kaydetmeye İçişleri Bakanlığı yetkilidir."

10- Kanun'un 34. maddesiyle, 3152 sayılı Kanun'a eklenen 28/A maddesinin iptali istenen son fıkrası şöyledir:

"İldeki kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülmesi gereken yatırım ve hizmetlerin aksadığının ve bu durumun halkın sağlığı, huzur ve esenliği ile kamu düzeni ve güvenliğini olumsuz etkilediğinin vali veya ilgili bakanlığınca tespit edilmesi durumunda, vali uygun süre vererek hizmet ve yatırımın gerçekleştirilmesini ister. Hizmet ve yatırımın verilen sürede gerçekleşmemesi hâlinde, vali söz konusu yatırım ve hizmetin ildeki diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yerine getirilmesini isteyebileceği gibi yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı aracılığıyla da yerine getirebilir. Yapılan veya yapılacak harcamalar karşılığı tutarlar ilgili kurumun pay ve ödeneklerinden tahsis yapan kurum tarafından kesilerek İçişleri Bakanlığına veya hizmeti yerine getiren diğer kamu kurum ve kuruluşuna gönderilir. Bu fıkra kapsamında İçişleri Bakanlığına ve diğer genel bütçeli idarelere aktarılan tutarların bu kurumların bütçeleriyle ilişkilendirilmesi birinci fıkra hükümleri çerçevesinde, diğer kamu kurum ve kuruluşlarına aktarılan tutarların bütçeleriyle ilişkilendirilmesi bu kurumların tabi olduğu mevzuat hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilir. Diğer genel bütçeli idarelere ilişkin bütçe işlemlerini yapmaya bu kurumların üst yöneticileri yetkilidir."

11- Kanun'un geçici 1. maddesinin iptali istenen (27) numaralı fıkrası şöyledir:

"(27) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yolların inşaa, tamir ve genişletilmesi nedeniyle 2464 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi uyarınca tarh edilmemiş harcamalara katılma payları belediye meclisi kararıyla alınmayabilir."

12- Kanun'un geçici 2. maddesinin iptali istenen (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Türkiye İstatistik Kurumu tarafından tespit edilen 2011 yılı Adrese Dayalı Nüfus Sayım sonuçlarına göre nüfusu 2.000'in altında

olan ekli (27) sayılı listedeki adları yazılı belediyelerin tüzel kişilikleri ilk mahalli idareler genel seçiminden geçerli olmak üzere kaldırılarak bu belediyeler köye dönüştürülmüştür."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 11., 59., 63., 73., 90., 123., 126., 127. ve 153. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılmalarıyla 14.2.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

2- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ile ekleri, Başraportör Mustafa ÇAĞATAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince İçişleri Bakanı Muammer GÜLER, Mahalli İdareler Genel Müdürü Yavuz Selim KÖŞGER, Türkiye Belediyeler Birliği ve İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı Kadir TOPBAŞ, Türkiye Belediyeler Birliği Genel Sekreteri Hayrettin GÜNGÖR, Türkiye Belediyeler Birliği Encümen Üyeleri Osman ZOLAN, Osman GÜRÜN ve Kadir KARA'nın 27.3.2013 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki "...sınırları il mülki sınırları olmak üzere..." İbaresini ile (2), (3), (4) ve (5) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

1- Maddenin İptali İstenen Hükümlerinin Tümü Yönünden İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 1. maddesinin (1), (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları ile yapılan düzenlemelerle tüm büyükşehir belediye sınırlarının il sınırları ile eşitlenerek il özel idareleri, belde belediyeleri ve köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılması suretiyle 81 ilden oluşan ülkenin bir bölümü olan 29 ilde farklı bir idare biçiminin oluşturulduğu, iptali istenilen kurallarla yapılan düzenlemelerle ülkenin bir bölümünde güçlü başkan, zayıf meclis, daha fazla kaynak, göstermelik katılımcılık, sembolik merkezi yönetim unsurları hâkim olan büyükşehir modeli, diğer bir anlatımla özel bir yönetim biçimi getirildiği, diğer bölümde ise il sistemi içinde il belediyeleri, optimal sınırlar, belde belediyeleri ve köy tüzel kişileri ile yerel demokrasi, merkezi yönetim ile yerel yönetimlerin işbirliği ve gözetim ilişkisinin sürdüğü bir model bulunduğu, böylece bir ülke ve iki yönetim yapısı öngören düzenlemelerin idarenin bütünlüğü ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un iptali istenen 1. maddesiyle, yeni kurulan 13 büyükşehir belediyesi ile daha önce kurulan 16 büyükşehir belediyesinin sınırlarıyla il mülki sınırları özdeşleştirilmiş, büyükşehir belediyelerinin sınırları içinde kalan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılarak köyler mahalle, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmış, ayrıca büyükşehir belediyesi bulunan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişilikleri kaldırılmıştır.

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

gereği olarak denetlenmeleri hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleştirilebilmekte ve burada geçen “*idare*” kavramı da sadece merkezî idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsamaktadır.

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

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

Anayasa’nın 123. maddesinde öngörülen idarenin bütünlüğü ilkesinin merkezi veya mahalli idareler sisteminde tekdüze bir yapılanma anlamına gelmediği açıktır. İptali istenen kuralla getirilen yeni büyükşehir yapılanmasının dayanağı, Anayasa’nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde yer alan “*Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir.*” şeklindeki hükümdür. Dolayısıyla, dayanağını Anayasa’dan alan büyükşehir tipi yapılanmaların, idarenin bütünlüğü ilkesine aykırı bir tarafı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa’nın 123. maddesine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

2- (1) Numaralı Fıkroda Yer Alan "...sınırları il mülki sınırları olmak üzere..." İbaresini ile (2) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a- Kuralların Anlam ve Kapsamı

Maddenin iptali istenen ibarenin de içinde bulunduğu (1) numaralı fıkrasıyla, sınırları il mülki sınırları olan ve toplam il nüfusu 750.000'in üzerinde olan 13 ilde büyükşehir belediyesi kurularak 16 olan büyükşehir belediyesi sayısı 29'a yükseltilmiştir. Fıkranın iptali istenen ibaresinde ise yeni kurulan büyükşehir belediye sınırlarının il mülki sınırları olduğu öngörülmüştür.

Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise bu Kanun'dan önce var olan 16 büyükşehir belediyesinden İstanbul ve Kocaeli büyükşehir belediyeleri dışında kalan 14 büyükşehir belediyesinin de sınırlarının il mülki sınırları olduğu hükme bağlanmıştır.

Böylece, daha önce 23.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun geçici 2. maddesiyle İstanbul ve Kocaeli illerinde büyükşehir belediyelerinin sınırlarını il sınırları olarak belirleyen düzenleme, hem yeni kurulan 13 büyükşehir belediyesi hem de daha önce kurulan 14 büyükşehir belediyesi için geçerli hâle getirilmiştir.

Kanun'un genel gerekçesinde;

"5216 sayılı Kanunun yürürlüğe girişinden bu güne kadar İstanbul ve Kocaeli illerinde uygulanan il sınırında büyükşehir belediye modelinin imar, planlama, ulaşım, itfaiye gibi geniş çerçevede eş güdüm ve bütünlük içerisinde yürütülmesi gereken mahalli müşterek nitelikteki kamu hizmetlerinin sunumunda etkinlik sağladığı görülmüştür. Hazırlanan Kanun Tasarısı bu düzenlemenin mevcut 14 büyükşehir belediyesinin yanı sıra yeni kurulacak 13 büyükşehir belediyesi için de uygulamaya konulmasını da öngörmektedir.

Ülkemizde son büyükşehir belediyesinin kurulması üzerinden 12 yıl geçmiş bulunmaktadır. Geçen 12 yıllık süre sonrasında idari, ekonomik ve sosyal nedenlerle yeni büyükşehir belediyelerinin kurulmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Kanun Tasarısıyla Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa, Van il belediyeleri

büyükşehir belediyesine dönüştürülmüş ve İstanbul ve Kocaeli'ne benzer biçimde bu illere ilaveten Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya, Samsun illerindeki büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırı haline getirilmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Bu gerekçeden, daha önce İstanbul ve Kocaeli illerinde uygulanan il sınırıyla büyükşehir belediye sınırlarını özdeşleştiren büyükşehir belediye modelinin imar, planlama, ulaşım, itfaiye gibi geniş çerçevede eşgüdüm ve bütünlük içerisinde yürütülmesi gereken mahallî müşterek nitelikteki kamu hizmetlerinin sunumunda etkinlik sağladığının görülmesi nedeniyle bu modelin yeni kurulan büyükşehirlerde de uygulanmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Kanun'un genel gerekçesinde ayrıca, büyükşehir alanında sunulan hizmetlerin tek merkezden yürütülmesi ile ortaya çıkan ölçek ekonomileri sayesinde hizmetlerde etkinlik, koordinasyon ve kalitenin yükseleceği, daha az kaynak ile daha çok ve daha kaliteli hizmet sunulmasının mümkün hâlde gelebileceği, halihazırda birden fazla merkezden verilen hizmetlerin daha büyük ve ideal ölçekteki bir merkez tarafından verilmesinin birim maliyetler ve kişi başına kamusal harcamaları da azaltacağı ifade edilmiştir.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasında her yerleşim yeri için değil, sadece *“büyük yerleşim merkezleri”* için özel yönetim biçimlerinin kurulmasına imkân verildiği, merkez nüfusu 62.635 olan Muğla ili ile 88.054 olan Mardin ilinin *“büyük yerleşim yeri”* olduğunu iddia etmenin mümkün olmadığı, 6360 sayılı Kanun ile büyükşehir belediye sınırları il mülki sınır olan 27 ilin İstanbul ve Kocaeli illeriyle hiçbir benzer tarafı bulunmadığı, zira İstanbul ilinin toplam yüzölçümünün 5.300 km², Kocaeli ilinin yüzölçümünün 3.500 km² olduğu hâlde Konya ilinin yüzölçümünün 38.000 km² olduğu, il mülki sınırlarının mahallî hizmetler için *“optimal ölçek”* sayılmasının olanaksız olduğu, Anayasa'nın 126. maddesine göre iller ve ilçelerin merkezden yönetim gerekleri çerçevesinde ülke genelinde *“coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre”*, belediyelerin ise ülke genelinden bakışa göre değil yerinden bakışa göre, yerleşmeler temelinde ve *“yerel hizmetler”*

ölçüsüyle kuruldukları, Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 11., 126. ve 127. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında mahalli idarelerin il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları gene kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri oldukları; ikinci fıkrasında, kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği; üçüncü fıkrasında, seçimlerinin Anayasa'nın 67. maddesindeki esaslara göre beş yılda bir yapılacağı öngörülmüştür. Bu fıkranın son cümlesinde de, *"Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir."* denilmek suretiyle il, belediye ve köy dışında farklı bir yerel yönetim biçimi olan büyükşehir belediyesi kurulmasına imkân sağlanmıştır. Buna ilişkin gerekçede, *"Şehirleşmenin hızla geliştiği memleketimizde, büyük şehirlerin problemlerini yürürlükte bulunan ve yıllarca önce çıkarılmış kanunlarla çözümlemek imkânsız hale gelmiştir. Nitekim, büyük şehirlerimizin ulaşım, kanalizasyon gibi, problemlerini çevredeki belediyelerle birlikte çözümlemek zorunluluğu ile karşılaşılması bunu kanıtlamaktadır. Son zamanlarda çevredeki yerleşim yerlerinin ana belediyelere bağlanması uygulaması da bu ihtiyaçtan doğmuştur. İşte bu zorunluluklar karşısında, hizmetlerin daha iyi görülebilmesini sağlamak amacıyla büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimlerinin kanunla getirilebilmesi imkânının Anayasa ile tanınması yoluna gidilmiştir."* ifadelerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 127. maddesinde, büyük yerleşim merkezlerinin ne anlama geldiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı gibi bu yerler için getirilecek özel yönetim biçimlerinin sınırları hakkında da herhangi bir belirlemede bulunulmamıştır. Bir başka ifadeyle Anayasa, bu iki konuya ilişkin düzenleme yetkisini yasama organının takdirine bırakmıştır. Kanun koyucu, izlediği mahallî idareler politikasına bağlı olarak, bir ilin toprak büyüklüğü, barındırdığı nüfus ve bunun dağılımı, coğrafi yapısı, yerleşim yerinin büyükşehire yakınlığı, mahallî müşterek ihtiyaç ve sorunların büyükşehir belediyesi ve çevresini ilgilendirmesi gibi ölçütleri dikkate alarak, büyükşehirler kurabilir ve bunların sınırlarını belirleyebilir.

Dava konusu kurallarla, kanun koyucunun, Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen takdir hakkına dayalı olarak, büyükşehir yapılan

illerdeki toplam nüfusu baz alarak ilin tamamını büyük yerleşim merkezî olarak kabul ederek ve ilin mahallî müşterek ihtiyaçlarının bir bütün olarak büyükşehir belediyesi ile büyükşehir ilçe belediyelerinin sorumluluğu altında gerçekleştirilmesi amacıyla büyükşehirlerin sınırlarıyla il mülki sınırlarını özdeşleştirmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Kaldı ki dava dilekçesinde, toplam il nüfusu 750.000'den fazla olan illerin büyük yerleşim merkezî olarak kabul edilmesine ilişkin Kanun'un 5. maddesine yönelik bir iptal isteminde de bulunulmamıştır.

Öte yandan, Kanun'un genel gerekçesi ile kurallara ilişkin gerekçeden, dava konusu kuralların, büyükşehir alanında sunulan hizmetlerin tek merkezden yürütülmesi ile ortaya çıkan ölçek ekonomileri sayesinde hizmetlerde etkinlik, koordinasyon ve kalitenin yükseleceği, daha az kaynak ile daha çok ve daha kaliteli hizmet sunulmasının mümkün hâle gelebileceği, hâlihazırda birden fazla merkezden verilen hizmetlerin daha büyük ve ideal ölçekteki bir merkez tarafından verilmesinin birim maliyetler ve kişi başına kamusal harcamaları da azaltacağı, büyükşehir belediye modelinin imar, planlama, ulaşım, itfaiye gibi geniş çerçevede eşgüdüm ve bütünlük içerisinde yürütülmesi gereken mahallî müşterek nitelikteki kamu hizmetlerinin sunumunda etkinlik sağlayacağı düşüncesiyle yasalaştırıldığı dikkate alındığında, düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olduğu da anlaşılmaktadır.

Kanun koyucunun, bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında *"Herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentiler."* olarak tanımlanan mahallî müşterek ihtiyaç kavramını, ilin bütününe baz alarak tespit edip, söz konusu mahallî müşterek ihtiyaçların bu kabule bağlı olarak büyükşehir belediyelerince yerine getirilmesini öngördüğü anlaşılmaktadır.

Anayasal ilkeler çerçevesinde kanun koyucu, mahallî müşterek ihtiyaç olarak nitelediği bir hizmetin hangi tür mahallî idare birimince yerine getirileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. Genel bir kamu hizmetinin mahallî müşterek ihtiyaç niteliği taşıyan bölümü, Anayasa'da

yerel yönetimlerin görev alanı olarak belirlenen coğrafyayla sınırlıdır. Bu nedenle, dava konusu kurallarla büyükşehir belediyelerinin sınırlarının il mülki sınırlarıyla özdeşleştirilmesi sonucunda, ildeki mahallî müşterek ihtiyaçların da yine bir mahallî idare birimi olan büyükşehir belediyelerince yerine getirilecek olması karşısında kuralların, Anayasa'nın 127. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava dilekçesinde il mülki sınırlarının mahalli hizmetler için *“optimal ölçek”* sayılmasının olanaksız olduğu ileri sürülmüş ise de söz konusu sorun kanun koyucunun takdirindedir. Bir başka ifadeyle, hangi sınırların mahalli hizmetler için *“optimal ölçek”* sayılacağı hususu yerindelik denetimine ilişkin olup anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 127. maddesine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 2., 11. ve 126. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

3- (3) ve (4) Numaralı Fıkraların İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarla köy ve beldelerin yeterli tartışma yapılmadan ve köy ve belde de yaşayanlara hiç söz hakkı verilmeden kapatılmasının Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın *“Yerel yönetimlerin sınırlarında, bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamaz.”* biçimindeki ilkesine açıkça aykırı olduğu, ayrıca köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliklerine son verilmesinin Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen yerinden yönetim ilkesine aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 90. ve 127. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu (3) numaralı fıkrada, İstanbul ve Kocaeli dışında kalan ve aynı maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında belirtilen 27 ile bağlı ilçelerin mülki sınırları içinde kalan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişilikleri kaldırılmış; köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine

katılmıştır. (4) numaralı fıkrada ise, 5216 sayılı Kanunla büyükşehir belediyesi sınırlarıyla il mülki sınırlarının özdeşleştirilmesi sonucunda bu sınırlar içerisinde köy tüzel kişilikleri kaldırılmayan orman köylerinin de tüzel kişiliklerine son verilmiştir.

Anayasa'nın 123. maddesinde *"idarenin bütünlüğü ve kamu tüzel kişiliği"* başlığı altında idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı; kamu tüzelkişiliğinin ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı belirtilmiş; 127. maddesinde, yerel yönetimlerin tanımı yapıldıktan sonra organlarının kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulacağı; ikinci fıkrasında, yerel yönetimlerin kuruluş, görev ve yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği; üçüncü fıkrasında, yerel yönetim seçimlerinin Anayasa'nın 67. maddesindeki esaslara göre beş yılda bir yapılacağı öngörülmüş; fıkranın son cümlesinde ise kanunla büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirilebileceği vurgulanmıştır.

Kanun koyucu, kamu hizmetinin gereklerini, kamu yararını ve Anayasa'nın 67. maddesindeki koşullar çerçevesinde yapılan seçimlerle oluşan yöre halkının beş yılla sınırlı iradesini gözetmek koşuluyla, ölçek sorununu dikkate alarak, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla, bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabilir, belediyeyi köye, köyü belediyeye dönüştürebilir, bir belediye veya köyü bir başka belediyeye mahalle olarak katabilir. Büyük yerleşim merkezleri için öngörülen özel yönetim biçiminin gereği olarak, büyükşehir belediyelerinin sınırları içerisinde yer alan belediyelerin sınır, görev, yetki ve niteliklerinde değişiklikler yapabilir. Bunu kanunla yapabileceği gibi esas ve usullerini kanunda göstermek koşuluyla idari işlemle yapılmasına da olanak tanıyabilir.

Dava konusu kurallarla, büyükşehir belediye sınırlarının il mülki sınırlarıyla özdeşleştirilmesi sonucuna bağlı olarak, bu sınırlar içerisinde kalan belde belediyeleri ile köylerin tüzel kişilikleri sona erdirilmektedir.

Kanun'un 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, tüzel kişiliği kaldırılan belediye ve köylerin ilk mahallî idareler genel seçimine kadar tüzel kişiliklerinin devam edeceği hükme bağlanmak suretiyle,

Anayasa'nın 67. ve 127. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince beş yıllık seçim dönemi için ortaya çıkan yöre halkının iradesinin dönem sonuna kadar geçerliliğine dokunulmadığı görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 25.1.2007 günlü, E.2004/79, K.2007/7 sayılı kararında da belirtildiği üzere, tüzel kişiliğin kazanılması veya kaybı konusundaki Anayasa'nın 123. maddesindeki ilke ile 127. madde uyarınca büyükşehir belediyesi kurulmasındaki amaç birlikte değerlendirildiğinde, büyükşehir belediyesi sınırları içine dâhil olan belediyelerin statülerinin büyükşehir belediyesine bağlı hâle getirilmesi, köylerin ise mahalleye dönüştürülmelerinde, bu duruma bağlı olarak tüzel kişiliklerinin sona erdirilmesinde Anayasa'nın anılan maddelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde, belde ve köy tüzel kişiliklerinin kaldırılması sonucunda buralarda yaşayan halkın su ve kanalizasyon gibi hizmetlerde pahalılık ve yeterli hizmet alamama gibi durumların söz konusu olacağı, bu durumun ise kamu yararı ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "*kamu yararı*" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme kanunun yalnızca kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını araştırmaktır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Çünkü, bir kanunun kamu yararını gerçekleştirip, gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir tercih sorunudur ve bunun takdiri kanun koyucuya aittir.

Bu bağlamda, kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen koşullara uymak kaydıyla, büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan belediyelerin veya köylerin tüzel kişiliğini kaldırabilir. Böyle durumlarda, tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerin veya köylerin önceki durumlara göre daha iyi hizmet alıp almayacağı hususunun değerlendirmesinin yapılması, yerindelik denetimi anlamına geleceği ve bunun Anayasa Mahkemesince yapılacak denetimin dışında kalacağı açıktır.

Dava dilekçesinde, 6.3.2008 günlü, 5747 sayılı Kanun'un bazı belediyelerin kapatılmasına ilişkin hükmünün Anayasa Mahkemesinin 31.10.2008 günlü, E.2008/34, K.2008/153 sayılı kararıyla, *"Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri"* kapsamında kalanlar ile *"Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler"* listesinde yer alan belde belediyelerinin kaldırılmasının Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği, iptali istenen (3) numaralı fıkra ise belde belediyelerinin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak belde ismiyle mahalleye dönüştürüldüğü belirtilerek (3) numaralı fıkra yer alan *"ve belde belediyelerinin"* ile *"belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak"* ibarelerinin Anayasa'nın 63. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık iddiasının dayanağı olarak gösterilen Anayasa Mahkemesinin 31.10.2008 günlü, E.2008/34, K.2008/153 sayılı kararı incelendiğinde, dava dilekçesinde dayanan ve söz konusu kararda iptal edilen kural ile dava konusu kuralın farklı olduğu anlaşılmaktadır.

Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında, iki farklı kurala ilişkin iki farklı hüküm tesis edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde kalan belediyelerin mahalleye dönüştürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir durum görmezken; nüfusu 2000'in altına düşen belediyelerden *"Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri"* kapsamında kalanlar ile *"Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler"* listesinde yer alanların ise köy tüzel kişiliğine dönüştürülmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Dava dilekçesinde dayanan gerekçe de bu ikinci kısma ilişkindir.

Oysa, dava konusu kurallarda, büyükşehir belediyesi sınırları içinde kalan belde belediyelerinin mahalleye dönüştürülmesi söz konusudur. Bu durumda, Anayasa'nın 153. maddesi açısından esas alınacak hüküm, yukarıda belirtilen kararın 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı

fıkrasına ilişkin olanıdır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin önceki kararında büyükşehir belediye sınırları içinde kalan belde belediyelerinin mahalleye dönüştürülmesi Anayasa'ya aykırı görülmediğinden, dava konusu kuralların Anayasa'nın 153. maddesine aykırı bir yönünden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 127. ve 153. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Zühtü ARSLAN bu görüşe Anayasa'nın 153. maddesi yönünden farklı gerekçeyle katılmıştır.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 63. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

4- (5) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında geçen "il" ibaresiyle "*il mahalli idaresi*" (yani il özel idaresi), "*belediye*" ibaresiyle "*belediye mahalli idaresi*" ve "*köy*" ibaresiyle "*köy mahalli idaresi*"nden söz edildiği, ortada bir il bulunduğça orada bir il özel idaresinin de bulunmasının anayasal bir zorunluluk olduğu, ayrıca il özel idarelerinin tüzel kişiliğinin kaldırılmasının demokratik katılımı azaltması nedeniyle düzenlemenin kamu yararını da içermediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, büyükşehir statüsünü hâiz tüm illerde il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında, "*Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.*" hükmü yer almaktadır.

Söz konusu fıkrada ve Anayasa'nın diğer maddelerinde "*il özel idaresi*" ibaresi açıkça geçmemektedir. Maddenin gerekçesinde de "*il*" ibaresinden neyin kastedildiğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır.

Kuralın anayasalaşma sürecinde Danışma Meclisinde yapılan görüşmelerden Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında geçen "il" ibaresinin "il özel idaresi"ni ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 127. maddesi, kural olarak, il halkı, belediye halkı ve köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarının farklılıklarını dikkate alarak, üç tür mahallî idare yapılması öngörmüştür. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin 24.9.2008 günlü, E.2005/90, K.2008/146 sayılı kararında da "Anayasa'da mahalli idare türlerinin, köy yönetimi, belediye yönetimi ve il özel idaresi olmak üzere üç tür olduğu" vurgulanmıştır. Anayasa koyucu, eğer aksi yönde bir görüşe sahip olsaydı, il, belediye veya köy ibarelerini kullanmaksızın, yalnızca mahallî müşterek ihtiyaçların karar organları seçimi ile iş başına gelen mahallî idare birimlerince yerine getirileceğini ifade etmekle yetinebilirdi. Öyleyse, Anayasa'da belediyeden ayrı olarak, il halkı ve köy halkına atıfta bulunulmasının, anayasa koyucunun belediye idaresi dışında yaşayan il halkı ve köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarının farklı olabileceği ve bu yerlerde yaşayan halkın yerinden yönetim ilkesine uygun olarak mahallî müşterek ihtiyaçlarını kendilerinin seçeceği organlar aracılığıyla karşılamasının gerektiği düşüncesine dayandığı görülmektedir.

Öte yandan varılan bu sonuç, bir ilde mutlaka üç tür mahallî idare türünün aynı anda olması gerektiği şeklinde de anlaşılmamalıdır. Zira Anayasa, il halkı, belediye halkı ve köy halkının her birinin varlığının devam etmesi durumunda, bunların mahallî müşterek ihtiyaçlarının da kendilerince seçilen mahallî idare birimlerince yönetilmesi gerektiğini amirdir. Bir başka ifadeyle, örneğin bir şehrin genişlemesi sonucunda bir köyün şehrin bir mahallesine dönüşmesi durumunda ortada bir köy halkının varlığından söz edilemeyeceğinden buna bağlı olarak köy tüzel kişiliği söz konusu olamayacaktır. Yine kanun koyucunun bir ilde köy tüzel kişiliğini kaldırması sonucunda artık köy halkı, şehir halkı statüsüne geçeceğinden, artık söz konusu yerlerde yaşayanların mahallî müşterek ihtiyaçları belediyeler tarafından yerine getirilecektir. Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen üç tür mahallî idare türünün aynı anda bulunması gerektiğinin kabul edilmesi durumunda, kanun koyucunun belediyeyi köye, köyü belediyeye dönüştürme yetkisinin bulunmadığı gibi bir sonuca varılması kaçınılmazdır.

Oysa, Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtildiği üzere, kanun koyucu, mahallî idarelerin kuruluş

esaslarını, maddi ve usule ilişkin çerçeveyi belirlemek koşuluyla, ölçek sorununu dikkate alarak, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla, mahallî idarelerin özerkliği ilkesini de gözeterek, bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabileceği, belediyeyi köye, köyü de belediyeye dönüştürebileceği gibi aynı şekilde il özel idarelerinin de tüzel kişiliğine son verebilir. Bir başka ifadeyle, burada asıl olan, il halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarının Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen kriterleri taşıyan mahallî idare birimlerince karşılanmasıdır.

22.1.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda il özel idaresinin görevlerinin *"belediye sınırları dışında"* ve *"il sınırları içinde"* olmak üzere iki ana başlık altında düzenlendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu görevler incelendiğinde, il özel idarelerinin belediye sınırları dışında ağırlıklı olarak mahallî hizmetleri yürüttüğü; belediye sınırları içinde ise daha çok merkezî idarenin yatırımlarına aracılık ettiği görülmektedir.

Dava konusu kuralla büyükşehirlerin sınırlarının il mülki sınırlarıyla özdeşleştirilmesi sonucunda bu düzenlemenin doğal sonucu olarak il özel idarelerinin belediye sınırları dışında mahallî nitelikte görevleri kalmamıştır. İl özel idaresinin belediye sınırları içindeki mahallî nitelikte olmayan görevleri ise büyük ölçüde, Kanun'un 28/A maddesiyle valiye bağlı olarak ihdas edilen *"Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığına"* verilmiştir.

Kanun'un 1. maddesindeki düzenlemelerle büyükşehir belediye sınırlarının il mülki sınırlarıyla özdeşleştirilmesi ve il özel idaresinin kaldırılması sonucunda, il özel idaresince karşılanan mahallî müşterek ihtiyaçlar, yine bir mahallî idare birimi olan büyükşehir belediyesi tarafından karşılanacağından, ortaya çıkan bu durumun Anayasa'nın 127. maddesine aykırı bir tarafının olmadığı açıktır.

Dava dilekçesinde, il özel idarelerinin tüzel kişiliğinin kaldırılmasının demokratik katılımı azaltması nedeniyle düzenlemenin kamu yararını da içermediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de il özel idaresi ve büyükşehir belediyesinin her ikisinin de mahallî idare birimi olması ve karar organlarının seçimle iş başına gelmeleri karşısında, kuralın demokratik katılımı azalttığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

B- Kanun'un 2. Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla Hatay ilinde yeni kurulan Defne ilçesine bağlanan dört mahallenin coğrafi açıdan tutarlılık göstermediği, örneğin Antakya ilçesinde yer alan Kışlasaray mahallesi ile Defne ilçesinde yer alan Sümerler mahallesi arasındaki mesafenin 580 metre olduğu, aynı şekilde Antakya ilçesinde bulunan Cumhuriyet mahallesinin Defne ilçesinde bulunan Elektrik mahallesine uzaklığının 700 metre; Armutlu mahallesine uzaklığının ise 690 metre olduğu, buna karşılık Defne ilçesinde yer alan Elektrik ve Sümerler mahalleleri arasındaki mesafenin 1,5 km olmasının yapılan değişikliğin *"oy kaygısı"* ile yapıldığının çok belirgin bir göstergesi olduğu, 2009 yılı yerel seçim sonuçlarına göre Akdeniz mahallesinde CHP'ye % 94,2, AKP'ye % 2,8 oranında, Armutlu mahallesinde CHP'ye % 91,7, AKP'ye % 4,4 oranında, Elektrik mahallesinde CHP'ye % 94,1, AKP'ye % 3,2 oranında ve Sümerler mahallesinde CHP'ye % 90,2, AKP'ye % 5,5 oranlarında oy çıktığı dikkate alındığında düzenlemenin tamamen oy kaygıları, *"seçim kazanılması güç olan yerleri paylaşırabilmek"* adına getirildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgili nedeniyle Anayasa'nın 126. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Hatay ilinde büyükşehir belediyesi kurulmasına bağlı olarak, Kanun'a ekli (6) sayılı listede belirtilen ve Antakya belediyesinin mahalleleri merkez olmak üzere, yine aynı listede yer alan köyler ve belediyelerden oluşan Defne adında yeni bir ilçe ve belediye kurulmuştur.

Kuralla, yeni kurulan Defne ilçesine 4 mahalle (Akdeniz, Armutlu, Elektrik ve Sümerler), 10 belde belediyesi ve 23 köy bağlanmıştır.

Kanun'un 1. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca da Defne ilçesinin mülki sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak Defne ilçesine katılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Maddede belirtilen "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin, kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "*kamu yararı*" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme de, kanunun kamu yararı dışında başka bir amaçla yapılıp yapılmadığını araştırmaktır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak yasa kuralı konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde, söz konusu yasa kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer ve iptali gerekir. Açıklanan ayrık hâl dışında, bir yasa kuralının ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirine ait olduğundan, salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

Anayasa'nın 126. maddesine göre, Türkiye, merkezî idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, iktisadi şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.

Bu hükme göre, Türkiye'nin gerek illere ayrılmasında, gerekse illerin diğer kademeli bölümlere ve bu arada ilçelere ayrılmasında göz önünde tutulacak olan ölçütler, coğrafya durumu, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleridir. İdari kademelere bölünmede kullanılan bu ölçütler, bu kademelerin merkezlerinin belli edilmesinde de uygulanır. Kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen koşullara uymak kaydıyla, gelişen sosyal, ekonomik, teknik ve benzeri nedenlerin belli bir bölgede ilçe kurulmasını gerektirdiğini takdir ederek yeni bir ilçe kurabilir, büyük yerleşim yerleri için öngörülen özel yönetim biçiminin gereği olarak, büyükşehir belediyelerinin sınırları içerisinde yer alan belediyelerin sınır, görev, yetki ve niteliklerinde değişiklikler yapabilir. Bunu kanunla

yapabileceği gibi, esas ve usullerini kanunda göstermek koşuluyla idari işlemle yapılmasına da olanak tanıyabilir.

Kurala ilişkin gerekçede yer alan “Yeni kurulan 13 büyükşehirde coğrafya durumu, ekonomik şartlar ve kamu hizmetlerinin gerekleri göz önünde bulundurularak yeni ilçeler kurulmaktadır.” biçimindeki ifadeden, Hatay ilinde büyükşehir kurulmasına bağlı olarak yeni kurulan Defne ilçesinin mahallelerinin daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak ve coğrafi durumları dikkate alınarak belirlendiğinin ifade edildiği, yeni kurulan Defne ilçesine bağlanan dört mahallenin coğrafi bir bütünlük oluşturduğu dikkate alındığında, düzenlemenin kamu yararı düşüncesinin dışında siyasi saiklerle yasalaştırıldığı yönünde bir kanıt da bulunmadığı anlaşıldığından kuralın, Anayasa’nın 2. ve 126. maddelerine aykırı bir yönü yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 2. ve 126. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa’nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun’un 2. Maddesinin (37) Numaralı Fıkrasının (6447 Sayılı Kanun ile (38) Numaralı Fıkra Olarak Değiştirilen) İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 2011 yılı genel seçimlerinde CHP’nin Sarıyer ilçesinde 73.888 (% 41,79) oy alırken AKP’nin 71.293 (% 40,32) oy aldığı, Şişli ilçesine bağlı Ayazağa mahallesinde ise AKP’nin oyunun 12.549 iken CHP’nin 3.424 oy aldığı, Ayazağa mahallesinin Sarıyer ilçesine bağlanarak 12.549 oyun Sarıyer ilçesine taşındığı, böylece Ayazağa mahallesi seçmeni sayesinde iki parti arasındaki oy farkının kapanarak AKP’nin öne geçeceği, buna Huzur ve Maslak mahallelerinin de katılımı ile AKP’nin Sarıyer Belediyesini almasının kesinleşeceği, ayrıca Maslak bölgesinin iş alanları ve büyük iş merkezleri niteliğinde olması, büyük bir rantın bulunması nedeniyle AKP’nin bu ranttan da faydalanmayı amaçladığı belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İlk İncelemenin yapıldığı 14.2.2013 gününden sonra 14.3.2013 günlü, 6447 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla 6360 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (23) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmesi nedeniyle dava dilekçesinde (37) olan fıkra numarası (38) olarak değiştirilmiştir.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 126. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, Şişli ilçesine bağlı Ayazağa, Maslak ve Huzur mahalleleri, coğrafi bağlantı dikkate alınarak, Sarıyer ilçesine dâhil edilerek Sarıyer Belediyesi sınırlarına katılmıştır.

Kurala ilişkin gerekçeden, dava konusu kuralın söz konusu üç mahalle ile Şişli Belediyesi arasında Kağıthane ilçesinin bulunması, Ayazağa mahallesinin sınırlarının büyük bölümünün Kağıthane ve Sarıyer ilçeleriyle çevrili olması, Maslak ve Huzur mahallelerinin sınırlarının büyük çoğunluğunun Sarıyer ve Beşiktaş ilçeleriyle çevrili bulunması, her üç mahallenin Sarıyer veya Kağıthane ilçeleriyle daha ziyade coğrafi bütünlük içerisinde bulunması, Şişli ilçesiyle ise coğrafi bağının oldukça zayıf olması ve bu yerler arasında coğrafi bağlantı bulunması nedeniyle yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen gerekçelerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 126. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 2. Maddesinin (40) ve (41) Numaralı Fıkralarının (6447 Sayılı Kanun ile (41) ve (42) Numaralı Fıkralar Olarak Değiştirilen) İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarla yapılan düzenlemeyle, Yenimahalle Belediyesine bağlı Dodurga, Alacaatlı, Şehitali, Aşağıyurtçu, Yukarıyurtçu, Ballıkuyumcu, Fevziye, Çayyolu, A.Taner Kışlalı, Ümit, Koru, Konutkent ve Yaşamkent mahallelerinin Yenimahalle Belediyesi sınırlarından çıkarılarak bir kısmının Çankaya Belediyesi, bir kısmının ise Etimesgut Belediyesi sınırlarına dâhil edildiği, 2009 yılı yerel seçim sonuçlarına göre Etimesgut ve Çankaya ilçelerine katılan mahallelerin de dâhil olduğu Yenimahalle ilçesinde CHP'nin 150.571 oy, AKP'nin ise 134.435 oy aldığı, Yenimahalle ilçesinden ayrılan mahalleler dikkate alınarak 2009 yılı yerel seçimleri sonuçlansaydı CHP'nin 115.564 oy, AKP'nin ise 127.051 oy almış olacağı, bu durumun dava konusu kurallarla güdülen gerçek amacın, belli bir partinin (AKP'nin) yararının gözetilmesi olduğunu gösterdiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İlk İncelemenin yapıldığı 14.2.2013 gününden sonra 14.3.2013 günlü, 6447 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla 6360 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (23) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere yeni bir fıkra eklenmesi nedeniyle dava dilekçesindeki (40) numaralı fıkra (41), (41) olan fıkra ise (42) olarak değiştirilmiştir.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kurallar ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 126. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kurallarla, Yenimahalle Belediyesiyle hiçbir fiziki irtibatı bulunmayan onüç mahallenin bulunduğu alan, otoban sınır kabul edilerek ikiye bölünmüş ve otobanın iç kısmında bulunan mahalleler Çankaya Belediyesi, otobanın dış kısmında bulunan mahalleler ise Etimesgut Belediyesi sınırlarına dâhil edilmiştir. Kurallara ilişkin gerekçeden ve dosyada bulunan haritalardan, dava konusu kuralların, Yenimahalle ilçesiyle neredeyse fiziki irtibatı olmayan güneydeki Yenimahalle bölgesinde bulunan mahallelerin diğer bölgeden hizmet alanında zorluk çekmeleri nedeniyle, hizmetin bütünlüğü ve daha etkin hâle getirilmesi amacıyla yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen gerekçelerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 126. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

E- Kanun'un 4. Maddesiyle Değiştirilen, 5216 Sayılı Kanun'un 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinde Yer Alan “Sınırları il mülki sınırı olan...” İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 1. maddesine yönelik olarak ileri sürülen gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 2., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, büyükşehir belediyesinin tanımı yapılmaktadır. Dava konusu olan ibarede ise büyükşehir belediyesinin sınırlarının il mülki sınırları olduğu kurala bağlanmaktadır. Kuralla, 6360 sayılı Kanunla getirilen büyükşehir belediye sınırlarıyla il mülki sınırlarının özdeşleştirilmesi düzenlemesine paralel olarak ve kanunlar arasındaki uyumu sağlamak amacıyla büyükşehirlerle ilişkin temel hükümleri düzenleyen 5216 sayılı Kanun'da gerekli değişiklik yapılmıştır.

Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki “...sınırları il mülki sınırları olmak üzere...” ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen gerekçelerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 127. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11., 123. ve 126. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 6. Maddesiyle Değiştirilen 5216 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 1. maddesine yönelik olarak ileri sürülen gerekçelerle kuralın Anayasa'nın 2., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 5. maddesinde, büyükşehir belediyesi ve ilçe belediyelerinin sınırları düzenlenmektedir. Buna göre, büyükşehir belediyelerinin sınırları, il mülki sınırları; ilçe belediyelerin sınırları da ilçelerin mülki sınırlarıdır. Dava konusu kuralla, 6360 sayılı Kanunla getirilen büyükşehir belediye sınırlarıyla il mülki sınırlarının özdeşleştirilmesi düzenlemesine paralel olarak ve kanunlar arasındaki uyumu sağlamak amacıyla büyükşehirlerle ilişkin temel hükümleri düzenleyen 5216 sayılı Kanun'da gerekli değişiklik yapılmıştır.

Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "...sınırları il mülki sınırları olmak üzere..." ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde belirtilen gerekçelerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 127. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11., 123. ve 126. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 17. Maddesiyle, 5393 Sayılı Kanun'un 14. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralın Anayasa'nın 59. maddesi aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, 12.7.2013 günlü, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 100. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu fıkra ile ilişkin iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

H- Kanun'un 34. Maddesiyle, 3152 Sayılı Kanun'a Eklenen 28/A Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

5302 sayılı Kanun'un 6. maddesi, il özel idaresinin görevlerini *"belediye sınırları dışında"* ve *"il sınırları içinde"* olmak üzere ikiye ayırmıştır. İl özel idareleri, belediye sınırları dışında ağırlıklı olarak mahallî hizmetleri yürütmekte; belediye sınırları içerisinde ise daha çok merkezî idarenin yatırımlarına aracılık etmektedir.

Büyükşehirlerin sınırlarının il mülki sınırlarıyla özdeşleştirilmesi sonucunda bu düzenlemenin doğal sonucu olarak il özel idarelerinin belediye sınırları dışında mahallî nitelikte görevleri kalmamıştır. İl özel idaresinin belediye sınırları içindeki merkezî idareye ilişkin görevleri ise büyük ölçüde, Kanun'un 28/A maddesiyle valiye bağlı olarak ihdas edilen *"Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı"*na verilmiştir.

Maddeye ilişkin gerekçede de *"Merkezi idarenin taşrada yürüttüğü işlerle ilgili olarak hizmetlerin etkinliğini ve verimliliğini artırmak, kaynakların yerinde kullanımını sağlamak, hizmetteki aksamalara engel olmak, denetim alanındaki boşluğu doldurmak, rehberlik etmek, ayrıca afet ve acil yardım hizmetlerini yürütmek üzere büyükşehir belediyesi bulunan 29 ilde Yatırım İzleme ve Koordinasyon Merkezleri kurulmaktadır."* denilmek suretiyle, büyükşehir kurulan yerlerde il özel idaresinin kaldırılmasıyla ortaya çıkabilecek aksaklıkların giderilebilmesi amacıyla söz konusu başkanlıkların kurulduğu ifade edilmiştir.

Dava konusu kuralın birinci cümlesinde, büyükşehirlerde valiye bağlı olarak kurulan *"Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlığı"*nın kuruluş amacı ve görevleri belirtilmiştir. Buna göre, söz konusu başkanlıklar, kamu kurum ve kuruluşlarının yatırım ve hizmetlerinin etkin olarak yapılması, izlenmesi ve koordinasyonu, acil çağrı, afet ve acil yardım hizmetlerinin koordinasyonu ve yürütülmesi, ilin tanıtımı, gerektiğinde merkezî idarenin taşrada yapacağı yatırımların yapılması ve koordine edilmesi, temsil, tören, ödüllendirme ve protokol hizmetlerinin yürütülmesi, ildeki kamu kurum ve kuruluşlarına rehberlik edilmesi ve bunların denetlenmesini gerçekleştirmekle görevlendirilmişlerdir. Fıkranın ikinci cümlesinde, bu görevlere ek olarak, bakanlıklar ve diğer merkezî idare kuruluşlarının, kaynağını aktarmak

şartıyla, illerde yapacakları her türlü yatırım, yapım, bakım, onarım ve yardım işlerini de bu başkanlık aracılığıyla yaptırabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Fıkranın kalan bölümünde ise fıkranın ikinci cümlesi uyarınca başkanlıklar aracılığıyla yaptırılacak işler için gerekle mali kaynakların nasıl kullanılacağına ilişkin hükümler yer almaktadır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, Anayasa tarafından öngörülmüş olan il genel meclisi aracılığıyla seçilmiş yerel karar vericilere ait olan yerel yatırımlara yönelik bazı karar ve tercihlerin, doğrudan merkezî idarenin atanmış görevlilerine verildiği, oluşturulan yeni görev ve yetki tanımlamasının mahallî müşterek ihtiyaçlar konusunda, halkın kararlara aktif katılımını azaltıcı sonuçlara sebebiyet vereceği, bu durumun ortak bir yararın amaçlanmadığını gösterdiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 11. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5302 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasıyla bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarınca yapılacak yatırım ve hizmetlerin il özel idarelerince yapılmasına olanak tanınırken; dava konusu kuralda ise bu görevler büyükşehirlerde, il özel idarelerinin kaldırılması nedeniyle, valiliklere bağlı olarak ihdas edilen *"Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıklarına"* verilmiştir.

5302 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasında, il özel idarelerine verilen görevlerin bakanlık ve diğer merkezî idare kuruluşlarının kendi görev alanlarına giren görevler olduğu, bir başka ifadeyle ortada mahallî idarelerin görev alanına giren mahallî müşterek bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik bir görev transferinin bulunmadığı, tam aksine, merkezî idarenin görevine giren bazı işlerin mahallî idare birimlerince yerine getirilmesinin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, söz konusu maddeye ilişkin gerekçede de bu husus açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda, dava dilekçesinde ileri sürülen il özel idarelerince yerine getirilen görevlerin merkezî idareye transfer edilerek Anayasa'nın 127. maddesine aykırılık oluşturulduğu iddiasının yerinde olmadığı açıktır.

Diğer taraftan, dava konusu kuralda, 5302 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmeyen;

- Kamu kurum ve kuruluşlarının yatırım ve hizmetlerinin etkin olarak yapılması, izlenmesi ve koordinasyonu,

- Acil çağrı, afet ve acil yardım hizmetlerinin koordinasyonu ve yürütülmesi,

- İlin tanıtımı,

- Temsil, tören, ödüllendirme ve protokol hizmetlerinin yürütülmesi,

- İldeki kamu kurum ve kuruluşlarına rehberlik edilmesi ve bunların denetlenmesi gibi hususların da söz konusu başkanlıkların görevleri arasına dâhil edildiği ve belirtilen görevlerin mahallî idare birimlerince yerine getirilmesi gereken mahallî müşterek ihtiyaç kavramı içinde mütalaa edilip edilmeyeceği sorunu üzerinde durmak gerekecektir.

Mahallî müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen, yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir. Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, ancak bunun saptanması kanuna bırakılmıştır. Bu durumda kanun koyucu, kamu yararını gözeterek, Anayasa sınırları içinde merkezî yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını kanunla belirleyebilir. İdarenin bütünlüğü ilkesinden hareketle düzenlemenin yerel yönetimleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmaması kaydıyla, belirli alanlar bakımından belirli koşullara bağlı ve yerel yönetimlere bir yük ya da borç getirmeden kimi görev ve yetkilerin merkezî yönetim birimine bırakılması mümkündür.

Dava konusu kuralda öngörülen, kamu kurum ve kuruluşlarının yatırım ve hizmetlerinin etkin olarak yapılması, izlenmesi ve koordinasyonu, ilin tanıtımı, temsil, tören, ödüllendirme ve protokol hizmetlerinin yürütülmesi

ile ildeki kamu kurum ve kuruluşlarına rehberlik edilmesi ve bunların denetlenmesi görevlerinin ağırlıklı olarak merkezi idarenin görev alanını ilgilendirdiği dikkate alındığında, söz konusu görevlerin Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıklarına verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Kuralda düzenlenen *“acil çağrı, afet ve acil yardım hizmetlerinin koordinasyonu ve yürütülmesi görevi”* ise çok katmanlı ve aşamalı bir süreci ifade etmektedir. Uluslar arası kuruluşlar, kamu kurumları, mahallî idareler, meslek odaları, üniversiteler, sivil toplum kuruluşları, özel sektör ve bireyler bu sürecin değişik aşamalarında yer almaktadırlar. Bir başka ifadeyle söz konusu görev, hem yerel düzeyde hem de ulusal düzeyde ele alınması gereken ve özellikle ulusal düzeydeki felaketler dikkate alındığında, yerel idareler ile merkezî idarenin eşgüdüm içinde çalışmasını gerektiren bir görev niteliğinde bulunduğundan, Anayasa'nın 127. maddesine aykırı bir durum yoktur. Ayrıca, dava konusu kural, belediyelere acil durum ve felaketlerde görev yükleyen 5393 sayılı Kanun'un 53. maddesini yürürlükten kaldırmadığından, belediyelerin bu konudaki görevleri de devam etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 127. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 34. Maddesiyle, 3152 Sayılı Kanun'a Eklenen 28/A Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralla, vali veya ilgili bakanlığa verilen değerlendirme yetkisinin sınırlarının objektif kriterlerle çizilmemiş bir takdir hakkını içermesi nedeniyle merkezî yönetimin istediği zamanlarda yerel yönetimlerin hizmet alanlarına müdahale edebileceği, oysa Anayasa'nın 127. maddesinde merkezî idarenin mahallî idareler üzerinde kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğunun ifade edildiği, yine Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 8. maddesinde de yerel makamların her türlü idari denetiminin ancak kanunla veya anayasa ile belirlenmiş durumlarda ve yöntemlerle gerçekleştirilebileceğinin yer aldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 90. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, ildeki kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülmesi gereken yatırım ve hizmetlerin aksaması durumunda yapılması gereken hususlar düzenlenmektedir. Buna göre, ildeki kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülmesi gereken yatırım ve hizmetlerin aksadığının ve bu durumun halkın sağlığı, huzur ve esenliği ile kamu düzeni ve güvenliğini olumsuz etkilediğinin vali veya ilgili bakanlığınca tespit edilmesi durumunda, vali uygun süre vererek hizmet ve yatırımın gerçekleştirilmesini ister. Hizmet ve yatırımın verilen sürede gerçekleşmemesi hâlinde, vali söz konusu yatırım ve hizmetin ildeki diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yerine getirilmesini isteyebileceği gibi yatırım izleme ve koordinasyon başkanlığı aracılığıyla da yerine getirebilir. Kuralda ayrıca, bu durumda yapılan masrafların ne şekilde tahsil edileceğine ilişkin düzenlemelere de yer verilmiştir.

Kuralda, mahallî idareler ya da belediye terimi yer almamakta, *“ildeki kamu kurum ve kuruluşları”* ibaresine yer verilmektedir. Metinde geçen ildeki kamu kurum ve kuruluşları ibaresi, genel bir hüküm niteliğindedir. Belediyelerle ilgili hizmetlerde aksama olması hâlinde merkezî idarenin yapacağı işlemleri öngören daha özel bir düzenleme niteliğindeki 5393 sayılı Kanun’un 57. maddesi hükmü ile maddeye ilişkin gerekçede Yatırım İzleme ve Koordinasyon Başkanlıklarının *“Merkezi idarenin taşrada yürüttüğü işlerle ilgili olarak”* kurulduğunun ifade edilmiş olması hususu bir bütün olarak değerlendirildiğinde kuralın, mahallî idareleri kapsamadığı ve buna bağlı olarak da Anayasa’nın 127. maddesiyle çelişen bir yönünün bulunmadığı açıktır.

Kaldı ki, belediyelerin de bir kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları ve genel manada Türkiye Cumhuriyeti idaresinin yerinden yönetim kuruluşu olmaları nedeniyle kuralda geçen kamu kurum ve kuruluşları ibaresinin belediyeleri de kapsadığı kabul edilse bile kuralın, Anayasa’ya aykırı bir tarafı yoktur. Zira, mahallî idarelere ilişkin vesayet denetimini düzenleyen Anayasa’nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında merkezî idarenin idari vesayet yetkisinin *“kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde”* olacağı belirtilmek suretiyle idari vesayet yetkisinin kullanımı konusunda yasama organına takdir yetkisi tanınmıştır. Anayasa’nın idari vesayet yetkisinin usul ve esaslarının kanunla yapılması gerektiğini buyurmasının temel nedeninin idarenin keyfi müdahaleler yoluyla mahallî idarelerin özerkliğinin ihlal edilmesinin önüne geçilmesi fikrinin olduğu açıktır.

Dava konusu kuralda, valinin idari vesayet yetkisinin konusu ve yetkiyi kullanma biçimine ilişkin hususların belirtildiği ve böylece Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülen usul ve esaslara kanunda açıkça yer verildiği görülmektedir. Kural uyarınca, valinin söz konusu yetkisini kullanabilmesi için aksadığı iddia edilen yatırım ve hizmetin öncelikle ildeki kamu kurum ve kuruluşlarınca yürütülmesi gereken yatırım ve hizmetlerden olması gerekmektedir. Kural, hizmetin aksamasını yeterli görmemekte bu aksaklığı halkın sağlığı, huzur ve esenliği ile kamu düzeni ve güvenliğini olumsuz etkilediğinin de vali veya ilgili bakanlıkça tespit edilmesini aramaktadır. Böyle bir durumda, vali uygun süre vererek öncelikle hizmet ve yatırımda aksaklığın yapıldığı ilgili kamu kurum ve kuruluşundan hizmet ve yatırımın gerçekleştirilmesini isteyecektir. Hizmet ve yatırımın verilen sürede gerçekleşmemesi hâlinde, vali bu yetkisini kullanabilecektir. Valinin yapacağı bu işlemlere karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği tabiidir.

Diğer taraftan, dava dilekçesinde değinilmemekle birlikte, kuralda düzenlenen yetkinin *"ikame bir yetki"* olduğu ve bunun mahallî idarelerin idari özerkliğine müdahale niteliğini taşıyıp taşımadığı sorunu üzerinde de durmak gerekmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir.

İdari vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnai bir yetkidir. İstisnailik ve kanunilik idari vesayetinin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet yetkisi mutlak bir kullanım zorunluluğunu da içermez. Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir.

Vesayet makamlarınca bu yetki yerinden yönetim kuruluşunun işlemlerini iptal, onama, erteleme, izin verme, tekrar görüşülmesini isteme,

düzeltilme şeklinde kullanılabileceği gibi bunların organlarının kararlarına karşı idari yargı mercilerinde dava açma yetkisi şeklinde de kullanılabilir. Buna karşılık vesayet yetkisi kural olarak merkezî idareye, yerinden yönetim kuruluşları yerine geçerek icrai karar alma yetkisi vermez. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı gibi yerinden yönetim kuruluşlarının kanunla kendilerine verilen görevleri hiç yapmaması veya kanunun öngördüğü şekilde yapmaması gibi kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kanunla öngörülme kaydıyla, merkezî idareye yerinden yönetim kuruluşunun yerine geçerek karar alma yetkisi tanınabilir.

Dava konusu kural uyarınca merkezî idareye tanınan ikame yetkisinin kuralda sınırlı olarak belirtilen koşullara bağlı tutulduğu ve bu koşulların meşru amaç kapsamında değerlendirilebileceği açıktır. Diğer taraftan kuralda valinin ikame yetkisini kullanabilmesi için öncelikle tespit ettiği aksaklıkların giderilmesini uygun süre içinde idari birimden istemesi gerektiği, ancak verilen süre içinde bu aksaklıkların giderilmemesi durumunda bu yetkisini kullanabileceğinin ifade edilmesi karşısında dava konusu kuralda, Anayasa'nın 127. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

J- Kanun'un Geçici 1. Maddesinin (27) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yol harcamalarına katılma payının mali bir yükümlülük olduğu, söz konusu mali yükümlülüğün kanunla konulması, kaldırılması veya değiştirilmesi gerektiği hâlde kuralla yapılan düzenlemeyle söz konusu katılma payının belediye meclis kararıyla alınmayabileceğinin öngörüldüğü belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un dava konusu edilmeyen 28. maddesiyle, 2464 sayılı Kanun'un 86. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişiklikle, yol harcamalarına katılma paylarının belediye meclis kararıyla alınabileceği hükmü getirilmiş, dava konusu kuralda ise Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce tarh edilmemiş söz konusu katılma paylarının belediye meclis kararıyla alınmayabileceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu kuralda düzenlenen ve belediyelerin vatandaşlara götördükleri hizmetler için sadece o hizmetten yararlanacak olanlardan talep ettikleri harcamalara katılma payı, Anayasa Mahkemesinin 24.11.1987 günlü, E.1987/19, K.1987/31 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında resim benzeri bir mali yükümlülük olup vergi ve harçlarda olduğu gibi zor unsuruna dayanan bir kamu geliri niteliğinde olduğundan, anılan Anayasa kuralı uyarınca kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik ilkesi*"dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.

Dava konusu kuralla, belediye gelirleri arasında yer alan yol harcamaları katılma payının alınıp alınmaması hususunda belediye meclislerine geniş bir takdir yetkisi verilmektedir. Kuralda, belediye meclislerinin takdir yetkilerini hangi ölçütler çerçevesinde kullanacağına ilişkin bir belirlemede bulunulmamıştır. Dolayısıyla, harcamalara katılma payının alınıp alınmayacağı hususunun ilgili kişilerce önceden bilinebilir ve öngörülebilir olduğu söylenemez. Bu durumda belediye meclislerine keyfi yorum ve uygulamalarda bulunma yetkisini veren kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu açıktır.

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

Kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden Anayasa'nın 73. maddesi yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

K- Kanun'un Geçici 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralla getirilen düzenlemenin gerçek amacının "*idari yargı yolunun kapatılarak söz konusu belde belediyelerini tarihsel, turistik, coğrafi özelliklerini dikkate almadan ortadan kaldırmak*" olması nedeniyle

kuralın kamu yararı amacıyla yasalaştırılmadığı, tüzel kişilikleri kaldırılan belediyelerde referandum öngörülmeden yerelliğin ortadan kaldırıldığı, daha önce Anayasa Mahkemesince verilen kararda yer verilen *“Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri”* kapsamında kalanlar ile *“Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler”* listesinde yer alan belde belediyelerinin dikkate alınmaksızın düzenleme yapıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2., 11., 63., 90., 126., 127. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından tespit edilen 2011 yılı adrese dayalı nüfus sayım sonuçlarına göre nüfusu 2.000’in altında olan ekli (27) sayılı listedeki adları yazılı belediyelerin tüzel kişiliklerinin ilk mahallî idareler genel seçiminden geçerli olmak üzere kaldırılarak bu belediyelerin köye dönüştürüldüğü hükmü yer almaktadır. Buna göre, Kanun’a ekli (27) sayılı listede yer alan 559 belediye ilk mahallî idareler seçiminden sonra geçerli olmak üzere köye dönüştürülmüştür. Ancak, maddenin (5) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan *“Ekli (27) sayılı listede yer almakla birlikte, bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar 5393 sayılı Kanunun 8 inci maddesine uygun olarak birleşme veya katılma yoluyla nüfusunu 2.000’in üzerine çıkaran belediyelerin tüzel kişilikleri korunur.”* biçimindeki kuralla dava konusu olan (1) numaralı fıkraya istisna getirilmiş ve Kanun’un yayımlandığı tarihe kadar birleşme veya katılma yoluyla nüfusunu 2.000’in üzerine çıkaran belediyelerin tüzel kişiliklerinin korunacağı hükmüne yer verilmiştir.

Daha önceki bölümlerde belirtildiği üzere, kanunun kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir tercih sorunudur ve kanun koyucunun takdirine aittir.

Nüfusu 2000’in altında kalan belediyelerin borç yükü altında iş yapamaz durumda bulundukları, belli bir coğrafi alanda hizmet üretme kapasitesi ve yeterli mali kaynaktan yoksun çok sayıda belediyenin yetkili olmasının ortaya çıkardığı sorunlar dikkate alındığında, dava konusu kuralın Anayasa’nın 127. maddesiyle yerel yönetimlere yüklenen kamusal hizmetlerin etkin biçimde yerine getirilmesini, bir taraftan da merkezî yönetim kuruluşları bakımından, merkezî idare hizmetlerinin sağlıklı bir biçimde yürütülmesini temin edebilecek, kamu kaynaklarının israf edilmeden etkin ve verimli kullanılmasını sağlayacak uygun idari büyüklüğün oluşturulması

amacıyla, bir başka ifadeyle kamu yararı düşüncesiyle yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde, nüfusu 2000'in altına düşen belediyelerin, 5393 sayılı Kanun'da öngörülen idari yönetime uyulmayarak Kanunla köye dönüştürülmeleri nedeniyle, söz konusu belediyeler ile buralarda yaşayan yurttaşların bu konuya ilişkin dava haklarının ellerinden alındığı, bunun da Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, bir yasa kuralı, bir başka yasa kuralına göre ve onun varlığı ya da yokluğu gözetilerek değil, ancak ilgili Anayasa kuralına göre değerlendirilerek denetleneceğinden ve kanun yapmak, değiştirmek, kanunu yürürlükten kaldırmak ve yerindeliği takdir etmek kanun koyucunun yetkisi içinde olduğundan, kanunlar arasındaki uyum ve uygunluk da kanun koyucu tarafından gözetilmesi gereken hususlardandır.

Diğer taraftan, kanun koyucu, kamu hizmetinin gereklerini, kamu yararını ve Anayasa'nın 67. maddesindeki koşullar çerçevesinde yapılan seçimlerle oluşan yöre halkının beş yılla sınırlı iradesini gözetmek koşuluyla, ölçek sorununu dikkate alarak, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla, bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabilir, belediyeyi köye, köyü belediyeye dönüştürebilir, bir belediye veya köyü bir başka belediye sınırlarına mahalle olarak katabilir. Bunu kanunla yapabileceği gibi esas ve usullerini kanunda göstermek koşuluyla idari işlemle yapılmasına da olanak tanıyabilir.

Bu nedenle, nüfusu 2000'in altına düşen belediyelerin tüzel kişiliklerinin sona erdirilerek köye dönüştürülmelerinde, 5393 sayılı Kanun'da yer alan yönetime istisna getirilerek, olağan prosedür yerine liste hâlinde sayma suretiyle doğrudan kanun çıkarma yolunun benimsenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığından, bu durumun Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü yoktur.

Kaldı ki, dava konusu kuralla, tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerin ilk mahallî idareler genel seçimine kadar tüzel kişiliklerinin devam edeceği hükme bağlanmak suretiyle, Anayasa'nın 67. ve 127. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince beş yıllık seçim dönemi için ortaya çıkan yöre halkının iradesinin dönem sonuna kadar geçerliliğine dokunulmadığı gibi yeni seçim döneminde tüzel kişiliği kaldırılarak köye dönüştürülen belediye halkının yeni seçim döneminde yine yerinden yönetim birimi olan köy

tüzel kişiliğinin organlarını oluşturmak üzere seçim hakkını kullanmasına olanak tanınmıştır.

Öte yandan, Avrupa Yerel Yönetim Özerklik Şartının anayasallık incelemesinde ölçü norm olarak kullanılamayacağı açık olmakla birlikte, dava konusu kuralın söz konusu Şart'a aykırı bir yönü de bulunmamaktadır. Zira, anılan Şart'ın "*Yerel Yönetim Sınırlarının Korunması*" başlıklı 5. maddesinde "*Yerel yönetimlerin sınırlarında, mevzuatın elverdiği durumlarda ve mümkünse bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamaz.*" biçimindeki hüküm dikkate alındığında, maddede yerel yönetimlerin sınırlarının değiştirilmesinde referanduma başvurulmasının zorunlu olmadığı, mevzuatın elvermesi ve mümkün olması koşuluna bağlı tutulduğu görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11., 63., 90., 126. ve 153. maddeleriyle doğrudan bir ilgisi görülmemiştir.

Zühtü ARSLAN bu görüşe Anayasa'nın 153. maddesi yönünden farklı gerekçeyle katılmıştır.

Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Recep KÖMÜRCÜ bu görüşe Anayasa'nın 63. ve 153. maddeleri yönünden katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

12.11.2012 günlü, 6360 sayılı On Üç (6447 sayılı Kanun ile "On Dört" olarak değiştirilen) İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı (6447 sayılı Kanun ile "Yirmi Yedi" olarak değiştirilen) İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- Geçici 1. maddesinin (27) numaralı fıkrasının yürürlüğünün durdurulması isteminin koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan “...sınırları il mülki sınırları olmak üzere...” ibaresine,

b- (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarına,

2- 2. maddesinin;

a- (7) numaralı fıkrasına,

b- (37) numaralı fıkrasına (6447 sayılı Kanun ile (38) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

c- (40) numaralı fıkrasına (6447 sayılı Kanun ile (41) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

d- (41) numaralı fıkrasına (6447 sayılı Kanun ile (42) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

3- 4. maddesiyle değiştirilen, 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sınırları il mülki sınırı olan...” ibaresine,

4- 6. maddesiyle değiştirilen 5216 sayılı Kanun’un 5. maddesine,

5- 34. maddesiyle, 14.2.1985 günlü, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’a eklenen 28/A maddesinin birinci ve son fıkralarına,

6- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 12.9.2013 günlü, E.2013/19, K.2013/100 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddeye, fıkralara ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

C- 17. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 14. maddesine eklenen ikinci fıkra hakkında, 12.9.2013 günlü, E.2013/19, K.2013/100 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu fıkra ile ilişkin yürürlüğün durdurulması istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

12.9.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

12.11.2012 günlü, 6360 sayılı On Üç (6447 sayılı Kanun ile “On Dört” olarak değiştirilen) İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı (6447 sayılı Kanun ile “Yirmi Yedi” olarak değiştirilen) İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un;

A- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan “...sınırları il mülki sınırları olmak üzere...” ibaresinin,

b- (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının,

2- 2. maddesinin;

a- (7) numaralı fıkrasının,

b- (37) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (38) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

c- (40) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (41) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

d- (41) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (42) numaralı fıkra olarak değiştirilen),

3- 4. maddesiyle değiştirilen, 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sınırları il mülki sınırı olan...” ibaresinin,

4- 6. maddesiyle değiştirilen 5216 sayılı Kanun’un 5. maddesinin,

Anayasa’ya aykırı olmadıklarına ve bu maddeye, fıkralara ve ibarelere ilişkin iptal istemlerinin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 17. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesine eklenen ikinci fıkra, 12.7.2013 günlü, 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 100. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu fıkraya ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

C- 34. maddesiyle, 14.2.1985 günlü, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen 28/A maddesinin birinci ve son fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- Geçici 1. maddesinin (27) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Recep KÖMÜRCÜ'nün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

12.9.2013 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

12.11.2012 tarih ve 6360 sayılı “On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un iptal istemine konu Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında “Türkiye İstatistik Kurumu tarafından tespit edilen 2011 yılı Adrese Dayalı Nüfus Sayım sonuçlarına göre nüfusu 2000’in altında olan ekli (27) sayılı listedeki adları yazılı belediyelerin tüzel kişilikleri ilk mahalli idareler genel seçiminden geçerli olmak üzere kaldırılarak bu belediyeler köye dönüştürülmüştür.” denilmektedir.

Evvelce, 6.3.2008 tarih ve 5747 sayılı “Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile “Ekli (44) sayılı listede adları yazılı belediyelerin tüzel kişilikleri, ilk genel mahalli idareler seçiminden geçerli olmak üzere kaldırılarak köye dönüştürülmüştür.” şeklinde öngörülen yasal düzenleme, bir iptal davasına konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi 31.10.2008 tarih ve E.2008/34, K.2008/153 sayılı kararı ile (R.G. 6.12.2008, Sayı:27076) anılan kural, Yasa’ya ekli 44 sayılı listede gösterilen belediyelerden “Kültür ve Turizm Bakanlığının önerisi ve Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile “Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler” listesinde yer alanlar yönünden Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, iptal kararını şu gerekçeye dayandırmıştır:

“... Anayasa’nın 63. maddesinde, Devlet’in tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlayacağı, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağı, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 3. maddesinde, Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgelerinin, tarihi ve kültürel değerlerin yoğun olarak yer aldığı ve/veya turizm potansiyelinin yüksek olduğu yöreleri korumak, kullanmak, sektörel kalkınmayı ve planlı gelişimi sağlamak amacıyla değerlendirmek üzere sınırları Bakanlığın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit ve ilan edilen bölgeler olduğu, turizm merkezlerinin de, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri

içinde veya dışında, öncelikle geliştirilmesi öngörülen, yeri, mevki ve sınırları Bakanlığın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit ve ilan edilen, turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan yerler veya bölümler olduğu belirtilmiştir. Nüfus yoğunluğuna bağlı olarak, yerel ihtiyaçların karşılanmasında köy, belediyelere göre daha alt düzey bir yerel yönetim kuruluşu olduğundan, mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması bakımından kamu yararı gereğince, Yasa'ya ekli 44 sayılı listede gösterilen belediyelerden, sınırları itibarıyla "Kültür ve Turizm Bakanlığının önerisi ve Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür turizm koruma ve gelişim bölgeleri" kapsamında kalanlar ile "Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler" listesinde yer alan tüzel kişiliklerinde değişiklik yapılmadan önce, bu beldelerin coğrafi, ekonomik, sosyal, tarihsel, kültürel ve kimliksel özelliklerinin incelenmesi, **özellikle yılın belli dönemlerinde hizmet verdikleri nüfusun, kayıtlı nüfuslarının çok üzerine çıktığının ve bu nüfusa sunulacak hizmetin nitelik ve niceliğinin gözetilmesi gerekmektedir.** İptali istenen kuralla, sınırları itibarıyla anılan bölgelerde bulunan belde belediyelerinden, nüfusunun 2000'in altına düştüğü belirlenenlerin tüzel kişiliklerinin, anılan hususlar üzerinde durulmaksızın köye dönüştürüldüğü anlaşıldığından, Geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrası, Yasa'ya ekli 44 sayılı listede gösterilen belediyelerden, sınırları itibarıyla "Kültür ve Turizm Bakanlığının önerisi ve Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür turizm koruma ve gelişim bölgeleri" kapsamında kalanlar ile "Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler" listesinde yer alanlar yönünden Anayasa'nın 2., 63. ve 127. maddelerine göre aykırıdır. İptali gerekir..."

Anayasa Mahkemesinin sözkonusu iptal kararı ve gerekçesindeki açıklığa rağmen, 6360 sayılı Kanun'un iptal istemine konu Geçici 2. maddenin (1) numaralı fıkrası ile yapılan düzenlemede bu lazıme riayet edilmemiş ve herhangi bir ayırım gözetilmeksizin, nüfusu 2000'in altında olan ekli (27) sayılı listedeki adları yazılı belediyelerin tüzel kişilikleri kaldırılarak, ilk mahalli idareler genel seçiminden geçerli olmak üzere bu belediyeler köye dönüştürülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin sözkonusu iptal kararı doğrultusunda, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının (eski Bayındırlık ve İskan Bakanlığı) 2012 Yılı Turizm öncelikli Yöre Belediyeleri Listesi (Toplam 229 adet) ile yine

Kültür ve Turizm Bakanlığının önerisi ile Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş ve 2012 Yılı itibarıyla toplam 268 adet olduğu dosyada yer alan belgelerde anlaşılan turizm bölge, alan ve merkezleri ile kültür turizm koruma ve gelişim bölgeleri kapsamında kalan belediyelerin 6360 sayılı Kanun'a ekli (27) sayılı listede yer almamaları gerekirken; bu kapsamdaki belediyelerin de köy tüzel kişiliğine dönüştürülmesi Anayasa'nın 2., 63. ve 127. maddelerine açıkça aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararıyla Anayasa'ya aykırılığı konusunda kuşku bulunmayan kuralın, belirtilen özellikteki belediyeler yönünden iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkan
Haşim KILIÇ

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6360 sayılı Kanun'un;

I-) 1. maddesinin iptali istenen ve koyu renkle gösterilen ibarenin de yer aldığı (1) fıkrası ile (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarında,

(1) Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van illerinde, *sınırları il mülki sınırları olmak üzere* aynı adla büyük şehir belediyesi kurulmuş ve bu illerin il belediyeleri büyük şehir belediyesine dönüştürülmüştür.

(2) *Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya ve Samsun büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırlarıdır.*

(3) *Birinci ve ikinci fıkroda sayılan illere bağlı ilçelerin mülki sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmıştır.*

(4) *İstanbul ve Kocaeli il mülki sınırları içerisinde bulunan köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak bağlı bulundukları ilçe belediyesine mahalle olarak katılmıştır.*

(5) *Birinci, ikinci ve dördüncü fıkra da sayılan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır;*

II-) 2. maddesinin iptali istenilen (7), (38), (41) ve (42) numaralı fıkralarında,

(7) *Hatay ilinde, ekli (6) sayılı listede belirtilen Antakya Belediyesinin mahalleleri merkez olmak üzere, aynı listede yer alan köyler ve belediyelerden oluşan Defne ilçesi ve aynı adla belediye kurulmuştur.*

(38)- (37) *İstanbul ilinde, Şişli ilçesine bağlı Ayazağa, Maslak ve Huzur mahalleleri Sarıyer ilçesine bağlanarak Sarıyer Belediyesine katılmıştır.*

(41)- (40) *Ankara ilinde, Yenimahalle ilçesine bağlı Dodurga ve Alacaatlı mahallelerinin çevre yolu dışında kalan kısımları Şehitali Mahallesi ile birleştirilmiştir. Şehitali, Aşağıyurtçu, Yukarıyurtçu, Ballıkuyumcu ve Fevziye mahalleleri, Etimesgut ilçe sınırlarına dâhil edilerek, Etimesgut Belediyesine katılmıştır.*

(42)- (41) *Ankara ilinde, Yenimahalle ilçesine bağlı Dodurga ve Alacaatlı mahallelerinin çevre yolu içinde kalan kısmı ile Çayyolu, A. Taner Kışlalı, Ümit, Koru, Konutkent ve Yaşamkent mahalleleri, Çankaya ilçe sınırlarına dâhil edilerek, Çankaya Belediyesine katılmıştır;*

III-) 4. maddesinin iptali istenilen ve koyu renkle gösterilen ibarenin de yer aldığı (a) bendinde,

(a) *Büyükşehir belediyesi: Sınırları il mülki sınırı olan ve sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri arasında koordinasyonu sağlayan; idarî ve malî özerkliğe sahip olarak kanunlarla verilen görev ve sorumlulukları yerine getiren, yetkileri kullanan; karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişisini;*

IV-) 6. maddesi ile değiştirilen 5216 sayılı Kanun'un 5. maddesinde,

Büyükşehir belediyelerinin sınırları, il mülki sınırlarıdır. İlçe belediyelerinin sınırları, bu ilçelerin mülki sınırlarıdır;.

V-) Geçici 1. maddesinin (27) numaralı fıkrasında,

(27) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yolların inşa, tamir ve genişletilmesi nedeniyle 2464 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi uyarınca tarh edilmemiş harcamalara katılma payları belediye meclisi kararıyla alınmayabilir;

VI-) Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında,

(1) Türkiye İstatistik Kurumu tarafından tespit edilen 2011 yılı Adrese Dayalı Nüfus Sayım sonuçlarına göre nüfusu 2.000'in altında olan ekli (27) sayılı listedeki adları yazılı belediyelerin tüzel kişilikleri ilk mahalli idareler genel seçiminden geçerli olmak üzere kaldırılarak bu belediyeler köye dönüştürülmüştür;

denilmektedir.

A-) 1. Maddenin İptali İstenen İbarenin de Yer Aldığı (1) Numaralı Fıkrasının (2), (3), (4), (5) Numaralı Fıkralarının, 4. Maddenin a) Bendindeki İbarenin ve 6. Maddenin İncelenmesi :

6360 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yer alan ve iptali istenilen düzenlemeler uyarınca, yeni kurulan 13 büyük şehir belediyesi ile daha önce kurulan 16 büyük şehir belediyesinin sınırları il mülki sınırları olarak belirlenmiş, büyük şehir belediyelerinin sınırları içinde kalan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişilikleri kaldırılarak köyler mahalle, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmış, ayrıca büyük şehir belediyesi bulunan illerdeki il özel idarelerinin tüzelkişilikleri de kaldırılmıştır.

Anayasa'nın mahalli idareleri düzenleyen 127. maddesinin birinci, ikinci fıkraları ile üçüncü fıkranın son cümlesi şöyledir;

“Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.”

“Mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.”

“Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir.”

Maddede yer alan il (özel idaresi), belediye veya köy ile büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri olarak öngörülen mahalli idarelerin varlık nedeni, mahalli müşterek ihtiyaçların yerinden yönetim ilkesine uygun olarak karşılanmasını sağlamak içindir.

Anayasa’da mahalli müşterek ihtiyaçların neler olduğu ve bu ihtiyaçların hangi mahalli idare birimince yerine getirileceği belirtilmediği gibi büyük yerleşim merkezleri için getirilmesi öngörülen özel yönetim biçimlerinin sınırlarının nasıl belirleneceğine ilişkin bir ölçü de getirilmemiş ve bu konuların düzenlenmesi yasa koyucunun takdirine bırakılmış ise de yasa koyucunun, mahalli idarelerin özerkliği ilkesini, yerinden yönetim ilkesini, mahalli müşterek ihtiyaçları ve bu ihtiyaçların müştereklik nispeti ile ölçek sorununu, büyük yerleşim merkezleri için öngörülen özel yönetim biçimleri için de bunlara ek olarak il, ilçe, köy gibi halkın bir arada yaşadığı, nüfusun çok yoğun ve evlerin birbirlerine çok yakın olduğu yerleşim yerleri olmasını gözetmesi ve bu anayasal sınırlar içinde kamu yararını da gözeterek bu takdirini kullanması gerekir.

6360 sayılı Kanun, büyük şehir belediyesi yapılan illerde ilin toplam nüfusunu ölçü olarak almış ve büyük şehir belediye sınırlarını ilin mülki sınırları olarak kabul etmiştir. Büyük şehirlerin alanlarının büyüklüğü, coğrafi yapılarının farklılığı, yerleşim yerlerinin nitelikleri. ilin mülki sınırları içinde birbirinden dağınık ulaşımı güç ilçe merkezleri, köyler ve diğer yerleşim birimleri ile yerleşim için uygun olmayan dağlar, kayalıklar, göller, ormanlar gibi durumların varlığı dikkate alınmamıştır.

İptali istenilen kurallar ile il mülki sınırları büyük şehir belediye sınırı olarak kabul edilen büyük şehir belediyelerinin hepsi, geniş bir

alanı işgal eden, bir takım coğrafi engelleri olan, uzaklık gibi nedenlerle merkezden kopuk mahalli müşterek ihtiyaçları karşılanamayacak kadar dağınık konumda bulunan yerleşim yerleri durumundadır. Bu tür yerleşim yerlerinin Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında sayılan mahalli idareler birimlerine bir istisna olarak getirilen büyük yerleşim merkezleri içinde kabul etmek mümkün değildir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 25.1.2007 günlü, E. 2004/79, K. 2007/7 sayılı kararında, *"Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir"* biçimindeki kural için büyük şehir kurulmasında nüfus kriteri, hizmetin gerekleri ile ekonomik ve coğrafi şartların belirleyici olduğunu belirtmiştir. Kararda büyük şehir belediye sınırlarını belirleme yetkisinin yasa koyucuya ait olduğu ifade edilirken, bu yetkinin kullanılmasında büyük yerleşim yerleri için aranan merkeze yakınlık, nüfus kriteri, hizmetin gerekleri ile ekonomik ve coğrafi şartlar gibi nedenlerin de büyük şehir belediyesi olmanın ayrılmaz bir parçası olan, büyük şehir belediye sınırlarının belirlenmesinde de dikkate alınacağını dolaylı olarak varsaymıştır.

Söz konusu kararda, İstanbul ve Kocaeli'nin toprak büyüklüğü, barındırdıkları nüfus ve bunun dağılımı ile coğrafi yapısı birlikte değerlendirilmiş ve bu yerler için mahalli müşterek ihtiyaçların il sınırları içerisinde ilgilendirdiği kabul edilerek Anayasa'ya aykırı bir yön görülmemiştir.

İptali istenen kurallarda, bir ilin coğrafi özellikleri, nüfusları, büyük şehirlere yakınlıkları ve toprak büyüklükleri dikkate alınmadan toptan bir yaklaşımla il mülki sınırları büyük şehir belediye sınırları olarak kabul edilmiş, Anayasa Mahkemesinin kararında belirtilen ölçütler dikkate alınmamıştır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen yönetim modeli istisnai bir yönetim biçimidir. Mahalli idare birimleri için asıl olan Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasındaki il (özel idaresi), belediye ve köydür. İptali istenilen düzenlemeler, Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve istisnai olarak uygulanacağı öngörülen bu kuralı genel kural haline getirmiştir.

Bu nedenlerle Anayasa'nın 127. maddesine aykırı olan 6360 sayılı Kanun'un 1. maddesinin (1) fıkrasındaki *"sınırları il mülki sınırları*

olmak üzere" ibaresi ile (2), (3), (4) fıkralarının ve (5) fıkrasının **"Birinci, İkinci"** sözcüklerinin, 4. maddesinin a) bendindeki **"Sınırları il mülki sınırı olan ve"** ibaresinin, 6. maddesi ile değiştirilen 5216 sayılı Kanunun 5. maddesinin iptali gerekir.

B-) 2. Maddenin İptali İstenilen (7), (38), (41) ve (42) Numaralı Fıkraları ile Geçici 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının İncelenmesi :

6360 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (7), (38), (41) ve (42) numaralı fıkraları Anayasa Mahkemesinin 31.10.2008 günlü ve E.2008/34, K.2008/153 sayılı Resmi Gazete'nin 6.12.2008 -27076 sayılı baskısıyla yayımlanan kararında dört üye tarafından kabul edilen muhalefet gerekçesinde belirtilen, Geçici 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının ise Anayasa Mahkemesinin 31.10.2008 günlü ve E.2008/34, K.2008/153 sayılı kararında 5747 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin (1) fıkrasının kimi belediyeler yönünden iptaline ilişkin gerekçede ve dört üye tarafından kabul edilen muhalefet gerekçesinde belirtilen nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduklarından 2. maddenin (7), (38), (41) ve (42) numaralı fıkraları ile Geçici 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının iptali gerekir.

C-) Geçici 1.Maddenin (27) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi :

Geçici 1. maddenin (27) numaralı fıkrasının hukuk devletine aykırı olduğuna ilişkin iptal gerekçesine katılmakla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 19.05.2012-28297 Tarih-Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan E. 2010/62, K. 2011/175 olan 29.12.2011 günlü kararında belirtilen gerekçeler ile iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu konusunun da iptal gerekçesinde yer alması gerekir. İptale ilişkin çoğunluk görüşüne bu ek gerekçeyle katılıyorum.

Yukarıda belirtilen gerekçeler uyarınca Anayasa'ya aykırı olan kuralların iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

I- Yasa'nın 1. Maddesinin (1), (2), (3), (4) Ve (5) Numaralı Fıkraları ile 4. ve 6. Maddelerinin Anayasa'ya Aykırılığı :

6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un birinci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile 13 ilde Büyükşehir belediyeleri kurulmuş ve bunların sınırları il mülki sınırı olarak tespit edilmiş, (2) numaralı fıkrası ile daha önceden Büyükşehir olan 14 Büyükşehir belediyesinin sınırlarının il mülki sınırı olduğu belirtilmiş, (3) numaralı fıkrası ile 1. ve 2. fıkralarda bahse konu edilen illere bağlı ilçelerin mülki sınırları içerisinde yer alan köy ve belde belediyelerinin tüzel kişiliği kaldırılmış, köyler mahalle olarak, belediyeler ise belde ismiyle tek mahalle olarak bağlı bulundukları ilçenin belediyesine katılmışlardır. Maddenin (4) numaralı fıkrası ile İstanbul ve Kocaeli il mülki sınırları içerisinde bulunan köylerin tüzel kişiliği kaldırılarak bağlı bulundukları ilçe belediyesine mahalle olarak katılmışlardır. (5) numaralı fıkra ile de birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarda sayılan illerdeki il özel idarelerinin tüzel kişiliği kaldırılmıştır. Yasanın 4. maddesiyle 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 3. maddesinin (a) bendi değiştirilerek Büyükşehir belediyesi "sınırları il mülki sınırı olan" kamu tüzel kişisi şeklinde tanımlanmış, 6. maddesiyle 5216 sayılı Kanun'un 5. maddesi değiştirilerek Büyükşehir belediyelerin sınırlarının il mülki sınırı, ilçe belediyelerinin sınırlarının ise ilçe mülki sınırları olduğu esası getirilmiştir.

Yapılan düzenlemeler sonucunda il merkezine 150 - 200 kilometreye varan uzaklıklardaki köyler il merkezi olan şehrin mahallesi haline getirilmiş, Büyükşehirlerde belediye sınırları, il sınırları ile özdeşleştirilmiştir. Buna göre, arazide ve gerçek yaşam koşullarında her hangi bir farklılık olmadığı halde pek çok yerleşim yerinin hukuki statüsü değiştirilmiş ve yapay bir şekilde köyler mahalleye, ilerin meskun olmayan pek büyük arazileri de büyükhire dönüştürülmüştür. Büyükşehirlerde il özel idarelerinin tüzel kişilikleri kaldırılmıştır.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı belirtilmiştir.

127. maddede, mahalli idarelerin, il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu ifade edilmiştir.

İl, belediye ve köy akademisyenler veya yasama organları tarafından icat edilmiş kavramlar değildir. Tarihsel, kültürel, ekonomik ve siyasi sebeplerle ortaya çıkmış, somut ve nesnel olgulardır. 1961 Anayasası'nın mahalli idareleri düzenleyen 116. maddesinde il, belediye ve köy halkının müşterek mahalli ihtiyaçlarını karşılayan ve organları halk tarafından seçilen kamu tüzel kişileri olduğu ifade edilmekteydi. Maddenin gerekçesinde şöyle denilmiştir:

“Bu madde, mahalli idarelerin bünye ve mahiyetlerini genel olarak ifade etmektedir. 1876 Anayasasından beri yerleşmiş olan ve sosyolojik bir varlık kazanmış bulunan mahalli ünitelerimizde herhangi bir değişiklik yapmaya sebep görülmemiştir. Ancak, demokratik bir düzende mahalli idarelerin geniş yetkilerle teçhiz edilmesi genel olarak kabul edilen bir esas olduğundan, mahalli idare organlarının seçimleri, Anayasada sağlam demokratik esaslara bağlanmış ve bunların merkezi idare ile olan bağlarının kanunla düzenlenmesi lüzumu belirtilmiştir”.

1924 Anayasası'nın 89. maddesinde de *“Türkiye coğrafi vaziyet ve iktisadi münasebet noktai nazarından vilayetlere, vilayetler kazalara, kazalar nahiyelere münkasımdır (bölünmüştür) ve nahiyeler de kasaba ve köylerden terekküpler eder”* denilmiş, 90. maddesinde *“vilayetlerle şehir, kasaba ve köylerin hükmi şahsiyeti haiz”* olduğu belirtilmişti. Bu tarihsel gerçeklik doğrultusunda 1982 Anayasası'nın 127. maddesinin gerekçesinde *“Bugüne kadar Anayasamızda yer almış olan mahalli idare birimleri, herhangi bir değişiklik yapılmadan, aynen kabul edilmiştir. Ancak, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirilebilmesine imkan tanınmıştır”* denilmektedir. 1982 Anayasası'nın gerekçesinde 1924 Anayasası'nın mahalli idarelere ilişkin sisteminin aynen korunduğu belirtildiğinden, köylerin hükmi şahsiyete sahip olması esasının 1982 Anayasasınca da kabul edildiği anlaşılmaktadır. Osmanlı devrinden Cumhuriyete, oradan da 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan düzenlemelerle günümüze kadar gelen idari yapılanmada mahalli idare temel birimlerinin iller, kasaba ve şehirleri kapsayan belediyeler ve köyler olduğu açıktır. Yasalar, bu gerçekliği yeni tanımlamalar koyarak veya statüler yaratarak yok edemezler, ancak halkın demokratik taleplerinin

merkezi idare ile uyum içinde ve aksamadan yerine getirilmesi için Anayasa sınırları içinde düzenlemeler öngörebilirler. Anayasa il, belediye ve köy'ü mahalli idareler olarak açıkça tespit etmiştir. Anayasa'da açıkça belirlenen mahalli idare birimlerinden herhangi birini ortadan kaldırma konusunda yasa koyucunun takdir hakkı bulunmamaktadır.

İller coğrafi duruma, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre belirlenir veya kurulabilir. Belediyeler ise tarihsel, kültürel, askeri, dini vb. nedenlerle ortaya çıkan ve zaman içinde gelişme gösteren yerleşim yerlerinde yaşayan halkın ortak ihtiyaçlarını karşılamak için kurulur. Bu nedenle il idaresi ile belediye arasında görev, sorumluluk ve işlevsellik yönlerinden ayniyet bulunması gerekli olmadığı gibi olanaklı da değildir. Çünkü, büyük ölçüde kırsal alandan meydana gelen ildeki halkın mahalli müşterek ihtiyaçları ile şehir ve diğer yerleşim yerlerinde yaşayan halkın mahalli müşterek ihtiyaçları farklıdır.

Mahalli idarelerin organlarının seçmenler tarafından oluşturulması esası Anayasa'nın 127. maddesinde yer almaktadır. İl özel idarelerinin kaldırılarak, il halkının demokratik katılımını sağlayan il genel meclislerinin yok edilmesi, köyde yaşayanlar dahil il halkının temsilinin ancak belediye meclisi aracılığıyla gerçekleşebilecek olması, il hudutları içinde yaşayan halkın il düzeyindeki müşterek ihtiyaçlarının dile getirilmesi ve bunlara ilişkin kararlara katılımın büyükşehir belediyesi dışında herhangi bir demokratik yolla sağlanamaması, demokratik temsil ve katılımı genişletmemekte, aksine daraltmaktadır. Bu durum Anayasa'nın 127. maddesine aykırı olduğu kadar, maddenin yollamada bulunduğu seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkını güvence altına alan 67. maddeye ve Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğunu belirten 2. maddeye aykırıdır.

Bu gerekçeler, köylerin tüzel kişiliklerinin ve halk tarafından seçilerek oluşturulan karar organlarının yok edilmesi yönünden de aynen geçerlidir.

Bu nedenlere ilaveten, konu hakkında Prof. Dr. Kemal GÖZLER'in Legal Hukuk Dergisinin Şubat 2013 tarihli 122 sayısında yayınlanan "6360 Sayılı Kanun Hakkında Eleştiriler" adlı makalesinde yer alan düşüncelere de katılmaktayım.

II- Yasa'nın 2. Maddesinin (7), (38), (41) ve (42) Numaralı Fıkralarının Anayasa'ya Aykırılığı :

İlçe kurulması ve sınırlarının belirlenmesi konusunda düzenlemeler içeren iptal istemine konu kuralların, Anayasa Mahkemesinin 31.10.2008 günlü, Esas: 2008/34, Karar: 2008/153 sayılı kararına ilişkin, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın, benim de katıldığım karşıoy gerekçesinde açıklanan nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

12.11.2012 günlü, 6360 sayılı On Üç (6447 sayılı Kanun ile "On Dört" olarak değiştirilen) İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmialtı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "sınırları il mülki sınırları olmak üzere" ibaresi, aynı maddenin (2), (3), (4), (5) numaralı fıkraları, 2. maddesinin (7), (38), (41), (42) numaralı fıkraları, 4. maddesi ile değiştirilen 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "sınırları il mülki sınırı olan ..."ibaresi, 6. maddesi ile değiştirilen 5216 sayılı Kanun'un 5. maddesi ve geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile yapılan değişiklikler şöyledir.

- Kanun ile İstanbul ve Kocaeli illerinde büyükşehir belediye sınırları il sınırı olarak kabul edilmiştir.

- Nüfusu 750.000'in üzerinde bulunan Aydın, Balıkesir, Denizli, Hatay, Malatya, Manisa, Kahramanmaraş, Mardin, Muğla, Tekirdağ, Trabzon, Şanlıurfa ve Van il belediyeleri büyükşehir belediyesine dönüştürülmekte ve İstanbul ve Kocaeli'ne benzer biçimde bu illere ilaveten Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Diyarbakır, Eskişehir, Erzurum, Gaziantep, İzmir, Kayseri, Konya, Mersin, Sakarya, Samsun illerindeki büyükşehir belediyelerinin sınırları il mülki sınırı haline getirilmektedir.

- Büyükşehir sınırları içindeki belde belediyeleri ve orman köyleri dâhil köylerin tüzel kişilikleri kaldırılmaktadır.

- Büyükhşehre dönüştürülen illerde en az bir ilçe kurulmaktadır.

- 29 il özel idaresi, 1591 belde belediyesi ile 16.082 köyün tüzel kişiliği sona ermektedir.

- 31 Aralık 2011 tarihi itibarıyla resmi nüfus sayımı sonuçlarına göre büyükhşehr belediyesine dönüştürölmemiş elli iki ilde nüfusu iki binin altında olan 559 belde belediyesinin tüzel kişiliği kaldırılmaktadır.

- Büyükşehir sınırlarındaki beldeler mahalleler ile köyler ise mahalle olarak ilçe belediyelerine katılmakta, diğer illerde tüzel kişiliği sona erdirilen belde belediyeleri ise köye dönüştürölmektedir.

- Yapılan düzenleme çerçevesinde ilçe belediye sınırları ilçe mülki sınırına, büyükhşehr belediye sınırları da il mülki sınırına genişlediği için yerel yönetimlerle ilgili temel metinlerde bu yeni duruma uygun biçimde düzenleme yapma ihtiyacı ortaya çıkması nedeniyle yerel yönetimlerle ilgili mevzuatta bu ihtiyacı karşılayacak nitelikte düzenlemeler yapılmaktadır.

- Netice olarak düzenlemeyle toplam 29 büyükhşehr belediyesi, 500 büyükhşehr ilçe belediyesi, 52 il belediyesi ve 52 ilde 416 ilçe belediyesi, 395 belde belediyesi ve toplamda 1.392 belde olmak üzere, ilçe, il ve büyükhşehr belediyesi ile 52 il özel idaresinden müteşekkil bir yerel yönetim sistemi oluşturulmaktadır.

I- Yasa'nın 1. maddesinin (1), (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları ile 4 maddesi, 6. maddesi ve geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının incelenmesi;

Anayasa'nın 123. maddesinde "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur." hükmü yer almıştır. 126. maddenin ilk fıkrasında ise, "Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara

ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; illerde diğer kademeli bölümlere ayrılır.” hükmü yer almış; 127. maddenin birinci fıkrasında “Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileridir.” denildikten sonra ikinci fıkrasında ise, “Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir.” hükmü yer almıştır.

Yerel yönetimlerin anayasal tanımı ve özellikleri gözetildiğinde, Anayasa’nın 127. maddesinde belirtildiği gibi doğrudan yasa ile kurulması değil kuruluş esaslarının yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda her yörenin tarihi, kültürel, sosyal, ekonomik ve coğrafi koşullarının aynı olmaması nedeniyle yerel yönetimler kurulurken farklı özelliklerinin dikkate alınmasını gerektirir. Dolayısıyla bir yerel yönetimin kurulmasını gerektiren nedenler diğeri için geçerli olmayabilir. Diğer taraftan her yerel yönetim birimi için yasa yapılması ise yasaların genellik, eşitlik ve nesnellik özellikleri ile bağdaşmaz. Ancak, asli bir yetki olan yasama yetkisi kullanılarak yerel yönetimlerin yasa ile kurulması yoluna gidilmesi halinde, bunların her biri için ayrı gerekçe gösterilerek düzenleme yapılması gerekmektedir. Aksi halde itiraz ya da iptal davası yolu ile başvuru halinde yargısal denetim yapılamayacağı cihetle yasamanın ve yürütmenin tüm işlemlerinin yargı denetimine tabi olacağı esasının kabul edildiği hukuk devletinde hukukun üstünlüğünün sağlandığından söz edilemez.

Yerel yönetimlerin yasanın verdiği yetkiye dayanarak idari işlemlerle kurulması durumunda bu işlemlere karşı açılacak davalarda gerektiğinde yerinde keşif ve bilirkişi incelemesini de içerecek biçimde yetki, şekil, sebep, konu, maksat yönlerinden sağlıklı bir yargısal denetim yapılabilir.

6360 sayılı Yasa’nın gerekçesi incelendiğinde genel olarak büyükşehir alanında sunulan hizmetlerin tek merkezden yürütülmesi ile hizmetlerde etkinlik, koordinasyon sağlanacağı, kalitenin yükseleceği, daha az kaynak ile daha çok ve daha kaliteli hizmet sunulmasının mümkün olacağı, kamusal harcamaların azaltılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Ancak hangi yerel yönetim için hangi gerekçe ile yasal düzenleme yapıldığı belirtilmediğinden, sözü geçen düzenlemeler hakkında sağlıklı bir Anayasal denetim imkanı bulunmamaktadır.

26 İlde Büyükşehir Belediye sınırlarının il mülki sınırı olarak belirlenmesi; ilçe belediyelerinin büyükşehir ilçe belediyesi haline getirilmesi, belde belediyelerinin ve köylerin tüzel kişiliklerinin kaldırılarak mahalleye dönüştürülmesi, il özel idarelerinin kaldırılmasına ilişkin dava konusu kurallarda; büyükşehir belediyesi yapılan illerde temel alınan kıstasın il mülki sınırları ve ilin toplam nüfusu olduğu görülmektedir. Büyükşehir belediyesi sınırlarının her ilin mülki sınırlarıyla özdeşleştirilmesinde, her ilin yüzölçümünün farklı olduğu dikkate alındığında, il mülki sınırlarının her il için farklı sonuçlar doğuracağı, il mülki sınırı içinde dağınık ilçe merkezleri, köyler ve yerleşim birimi olmayan göller ve ormanlar olup, her ilin coğrafi yapısındaki farklılıklar göz önünde bulundurulduğunda, bu kriterin objektif bir kriter olmadığı açıktır.

Anayasa'nın 127. maddesine göre mahalli idarelerin organlarının seçmenler tarafından oluşturulması ve kurulmasında mahalli müşterek ihtiyaçların esas alınması gerekir.

Dava konusu düzenleme ile il özel idarelerinin kaldırılarak il halkının demokratik katılımını sağlayan il genel meclislerinin, köy tüzel kişiliğine son verilmesi nedeniyle köy ihtiyar meclislerinin kaldırıldığı böylece köyde yaşayanlar dahil il mülki sınırları içinde bulunan halkın demokratik temsilinin sadece belediye meclislerince sağlanacağı anlaşılmaktadır.

Bu durumda il hudutları içinde yer alan müşterek mahalli ihtiyaçların büyükşehir belediyesi dışında herhangi bir demokratik yolla yansıtılamayacağı açıktır. Aynı şekilde köy tüzel kişiliklerinin kaldırılması nedeniyle köy karar organları da kalmadığından, köyün mahalli ihtiyaçları göz önünde bulundurulduğunda bunun demokratik yolla büyük şehre yansıtılmasının zorluğu da açıktır.

Öte yandan ilçe belediyeleri, büyükşehir ilçe belediyesi haline dönüştürülmekte böylece ilçe halkının mahalli ihtiyaçlarını karşılanmasında da ilçe belediyelerine ait yetkilerin büyükşehir belediyelerine verildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 127. maddesine göre mahalli idarelerin il özel idaresi, belediye veya köy olarak mahalli müşterek ihtiyaçlar nazara alınarak kurulacağı belirtilmektedir. Anayasa Mahkemesinin 24.09.2008 günlü

K:2008/146 sayılı kararında da “Anayasa’da mahalli idarelerin köy yönetimi, belediye yönetimi ve il özel idaresi olmak üzere üç tür olduğu konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.” denilmek suretiyle bu husus açıkça ifade edilmiştir.

Anayasa’nın 2. maddesindeki “demokratik devlet” ilkesinin açılımı niteliğindeki 127. maddede öngörülen “yerel yönetimlerin özerkliği” ilkesi belde halkının mahalli müşterek gereksinimlerini karşılamak üzere özgür seçimler yoluyla idarelerini oluşturmalarını güvence altına almaktadır.

Görüldüğü gibi Anayasa’da mahalli müşterek ihtiyaçların hangi mahalli idare birimince yerine getirileceği konusunda yasa koyucunun takdir hakkı bulunmakla birlikte, bu takdir hakkının mahalli idarelerin özerkliği ilkesi ile mahalli müşterek ihtiyacın müştereklik durumuna bağlı olarak ölçek sorunu dikkate alınarak, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla kullanılması gerekmektedir.

Bu durumda, ortak ihtiyaçlar gözetilerek kurulmuş olan 16.082 köy tüzel kişiliği, 1591 belde belediyesi tüzel kişiliğinin sona erdirilmesi, 29 ilde büyükşehir belediye sınırlarının mülki idare sınırları kabulü ile il özel idarelerinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler Anayasa’nın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır.

II- Yasa’nın 2. maddesinin (7), (38), (41) ve (42) numaralı fıkralarının incelenmesi;

İlçe kurulması ve sınırlarının belirlenmesi konusunda düzenlemeler içeren kurallar Anayasa Mahkemesinin 31.10.2008 günlü E:2008/34; K:2008/153 sayılı kararında yer alan karşıoy yazısında açıklanan nedenlerle Anayasa’ya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle yukarıda belirtilen, madde ve fıkralar Anayasa’nın 2. ve 127. maddelerine aykırı olup, iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

FARKLI GEREKÇE

Dava dilekçesinde, 6360 sayılı Kanunun 1. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa Mahkemesinin 31.10.2008 tarihli ve E.2008/34, K.2008/153 sayılı kararıyla iptal edilen kuralın yeniden yasalaştırılması niteliğinde olduğu, bu nedenle söz konusu fıkraların Anayasanın 153. maddesine aykırılık taşıdığı ileri sürülmüştür. Mahkememiz çoğunluğu, iptali istenen kurallardan birincisinin Anayasanın 153. maddesine aykırı olmadığı, ikincisinin ise Anayasanın 153. maddesiyle “doğrudan bir ilgisi”nin bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

1. Kanunun 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasına ilişkin olarak, daha önce iptal edilen kuralla karşılaştırma yapılmak suretiyle kuralların birbirinden farklı olduğu, dolayısıyla Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılık bulunmadığına karar verilmiştir. Bu karar, iptal edilen bir kuralın aynısının ya da benzerinin yasama organınca kanunlaştırılmasının Anayasanın 153. maddesiyle bağdaşmayacağı yönündeki görüşe dayanmaktadır. Aşağıda açıklanacak gerekçelerle bu görüşe katılmıyorum.

Anayasanın 153. maddesinin son fıkrası gereğince, Anayasa Mahkemesinin kararları “*yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar*”. Bu bağlayıcılık, fıkroda sayılan organ, makam ve kişilerin Anayasa Mahkemesinin kararlarına uyma ve kararların gereğini yerine getirme zorunluluğunu ifade etmektedir. Yasama organı, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanun hükmünün yerine hiç kuşkusuz yeni düzenleme yapabilir. Bunu yaparken de en azından yeni kanun hükmünün muhtemel iptalini engellemek amacıyla Mahkemenin iptal gerekçelerini dikkate alabilir. Ancak, bu durum yasama organının iptal edilen bir kuralın benzerini hatta aynısını yasalaştıramayacağı anlamına gelmez. Kaldı ki, bir başka açıdan bakıldığında, “*sebep ve amaç unsurları da dikkate alınır, farklı tarihlerde çıkarılmış iki kanun hiçbir zaman “aynı” kanun olamaz.*” (Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s.829).

Yasama organının iptal edilen bir kuralın yerine yaptığı yeni düzenleme Anayasa Mahkemesinin önüne tekrar geldiğinde, anayasallık denetimi bakımından ilk defa gelen kuraldan farklı bir durum söz konusu değildir. Mahkeme, daha önceki Anayasaya aykırılık gerekçelerinin halen

geçerli olduğunu düşünüyorsa kuralın iptaline karar verebilecektir. Anayasa Mahkemesinin iptali istenen kuralla daha önce iptal edilen kural arasında özdeşlik veya benzerlik incelemesi yapma yükümlülüğü yoktur. Anayasanın 153. maddesinin son fıkrası da böyle bir incelemeyi gerektirmemektedir. Esasen böyle bir incelemeye ihtiyaç da yoktur, zira anayasallık denetimi için Anayasanın ilgili maddeleri yeterlidir. Bu nedenle, Mahkemenin bir kuralı, Anayasanın diğer hükümleri bakımından incelemeden, sadece daha önce iptal edilen kural ile aralarında özdeşlik veya benzerlik bulunduğu gerekçesiyle iptal etmesi Anayasanın lafzıyla ve ruhuyla bağdaşmaz.

Anayasanın 153. maddesine yönelik çoğunluğun yaklaşımı, her şeyden önce kuvvetler ayrılığı ilkesini zedeleyecektir. Anayasa Mahkemesince iptal edilen bir kuralın yasama organı tarafından yeniden yasalaştırılamayacağının kabulü, yasama organının yetkilerine yönelik olarak Anayasa'da öngörülmemeyen bir sınırlama anlamına gelecektir.

Diğer yandan, bu kabul, Anayasa Mahkemesi içtihatlarının dinamizmini de olumsuz yönde etkileyecektir. Gerek Mahkemenin üye kompozisyonundaki değişim, gerekse zamana ve yeni şartlara göre görüşlerin değişmesi, kararların da değişebileceğini göstermektedir. Bu nedenle 153. maddedeki bağlayıcılığı, iptal edilen kuralın yeniden yasalaştırılamayacağı şeklinde yorumlamak, iptal kararının ve gerekçelerinin mutlak doğru olduğu ve değiştirilemeyeceği anlamına gelecektir. Böyle bir anlayışın da toplumsal hayatı ve hukuku donduracağı açıktır (Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2012, s. 442).

Toplumsal hayatın değişkenliği, zamanla mahkemelerin kararlarında değişimi zorunlu kılmaktadır. Nitekim Mahkememiz de benzer ya da aynı kurallar hakkında aradan uzun süre geçmeden farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Bunun en somut örneklerinden biri bizatihi Anayasanın 153. maddesine ilişkin yaklaşımlardaki farklılıktır.

Anayasa Mahkemesi, 24.6.1997 tarihli bir kararında Anayasanın 153. maddesine ilişkin yaklaşımını şu şekilde ifade etmiştir: *"İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir. Bir yasanın Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi ve iptal edilen önceki yasayla aynı ya da benzer nitelikte olup olmadığının saptanabilmesi için öncelikle, aralarında özdeşlik, anlam ve kapsam*

ile nitelik ve teknik içerik yönlerinden benzerlik olup olmadığı incelenmelidir" (E.1996/56, K.1997/58, K.T: 24.6.1997, R.G: 13.01.2005). Mahkeme 28.3.2013 tarihli kararında da, dava konusu kuralın Mahkemece daha önce "iptal edilen kural ile aralarında "özdeşlik" yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik bulunmadığından" Anayasanın 153. maddesine aykırı olmadığını belirtmiştir (E.2011/65, K.2013/49, K.T: 28.3.2013, R.G: 25.1.2014).

Buna karşılık 4.7.2013 tarihli diğer bir kararda ise, iptali istenen kuralın daha önce iptal edilen kuralın yeniden yasalaştırılmasından ibaret olduğu, dolayısıyla Anayasanın 153. maddesine aykırı olduğu yönündeki iddiayı reddederken Mahkememiz "özdeşlik" incelemesine girmemiştir. Mahkeme, bu kararında Anayasanın 153. maddesine aykırılık iddiasını şu ifadelerle reddetmiştir: "*Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın bu kuralı Mahkemenin somut olarak Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği hükümlerin bağlayıcılığıyla sınırlı olup, bu bağlayıcılık yasa koyucunun iptal edilen konuyla ilgili olarak ileriye yönelik farklı bir kanunda yeni bir düzenleme yapamayacağı ve eğer yaparsa yeni düzenlemenin sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı hale geleceği anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle kuralın, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilemez*" (E.2012/100, K.2013/84, K.T: 4.7.2013, R.G: 02.08.2013).

Bu yaklaşımın, Anayasanın 153. maddesinin lafzına ve ruhuna çok daha uygun olduğu ve dava konusu kuralın da bu gerekçeyle 153. maddeye aykırı olmadığı kanaatindeyim.

2. Diğer yandan, Anayasanın 153. maddesinin çoğunluğun görüşü doğrultusunda yorumlanması, iptal edilen bir kurala benzer yeni kuralın denetiminde çelişkili sonuçlar doğurabilmektedir. Nitekim, mevcut kararda bu tür bir çelişkinin olduğu açıktır. Kanunun 1. maddesinin (3) numaralı fıkrası ile geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, daha önce iptal edilen kuralın yeniden yasalaştırıldığı gerekçesiyle, Anayasanın 153. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasanın 153. maddesinin anlamı ve gereklerinden bağımsız olarak, dava dilekçesindeki talep doğrultusunda ya iptali istenen her iki kuralın da Anayasanın 153. maddesiyle ilgili görülerek incelenmesi ya da ilgisiz görülerek incelenmemesi gerekirdi. Halbuki çoğunluk kararında, Kanunun 1. maddesinin (3) numaralı

fıkrasının Anayasa Mahkemesinin daha önce iptal ettiği bir kuralın yeniden kanunlaştırılmasından ibaret olduğu ve bunun da Anayasanın 153. maddesine aykırı olduğu yönündeki iddia, önceki kuralla karşılaştırma yapılmak suretiyle karşılanmış, geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının aynı gerekçeyle 153. maddeye aykırı olduğu iddiası ise “ilgisi” görülmediği belirtilerek bir anlamda karşılanmamıştır.

Esasen, “ilgisi görülmemiştir” denilerek daha önce iptal edilen kuralla benzerliği ya da aynılığı incelenmeyen geçici 2. maddenin (1) numaralı fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 31.10.2008 tarihli yukarıda bahsedilen kararıyla iptal edilen kuralın hemen hemen aynısıdır. Her iki kuralda da nüfusu 2.000’in altında olan (ekli listelerde adları yazılı) belediyelerin tüzel kişiliklerinin ilk mahalli idareler genel seçiminden itibaren kaldırılarak köye dönüştürülmeleri öngörülmektedir. Bu nedenle, çoğunluk tarafından geçici 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının ya incelenerek iptal edilen kuralla aynı ya da benzer nitelikte olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi ya da aynı mahiyette olduğu gerekçesiyle iptal edilmesi gerekirdi. Üçüncü ve kanaatimce tercihe şayan alternatif ise, çoğunluğun kuralı Anayasanın 153. maddesinin yukarıda açıkladığımız anlamı çerçevesinde inceleyerek Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna ulaşmasıydı.

Kuralın Anayasanın 153. maddesiyle ilgisinin görülmemiş olması, en az iki nedenle savunulması zor bir tercihi yansıtmaktadır. Birincisi, bu karar iptali istenen kural ve düzenlediği konuyla onun aykırı olduğu ileri sürülen anayasa hükmü arasında herhangi bir bağlantının olmadığı anlamına gelmektedir. Oysa Kanunun 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasanın 153. maddesiyle bağlantılı görülmesinden sonra, geçici 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının ilgili görülmemesi izahı zor bir durumdur. İkincisi, iptali istenen bir kuralın Anayasanın herhangi bir maddesiyle ilgili olmadığının tespiti, kuralın belirtilen anayasal hükme aykırılığının evleviyetle söz konusu olamayacağı anlamına gelir. Bu nedenle, çoğunluğun “ilgisi görülmemiştir” kararı, zımnen 153. maddenin önceki yorumundan vazgeçilmesi anlamına da gelebilir.

Anayasanın 153. maddesinin iptal edilen kuralla aynı ya da benzer yeni bir kuralın ihdasını engellemediği görüşü benimsenseydi, iptali istenen her iki kural için de “153. maddeyle ilgisi görülmemiştir” şeklinde bir sonuca ulaşılabilirdi. Mevcut çoğunluk kararında karşılaşılan ve aynı

E: 2013/19, K: 2013/100

kuralla ilgili görüş değişikliklerinin söz konusu olacağı benzer kararlarda ileride karşılaşıması kuvvetle muhtemel bu tür çelişkilerin giderilmesi, Anayasanın 153. maddesi konusunda Mahkememizin 2012/100 esas sayılı kararındaki gerekçenin benimsenmesini gerektirmektedir.

Dava konusu kuralların iptali talebinin, Anayasanın 153. maddesi bakımından reddi yönündeki çoğunluk görüşlerine bu gerekçelerle katılıyorum.

Üye
Zühtü ARSLAN

Esas Sayısı : 2012/103

Karar Sayısı : 2013/105

Karar Günü : 3.10.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri
Emine Ülker TARHAN ve Aytuğ ATICI ile birlikte 123 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 4.7.2012 günlü, 6354 sayılı
Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında
Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde
Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle 24.4.1930 günlü, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha
Kanunu'nun 153. maddesine eklenen *"Gebe veya rahmindeki bebek için
tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir."*
biçimindeki ikinci fıkrasının,

2- 7. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel
Kanunu'nun ek 1. maddesine eklenen fıkrasının,

3- 8. maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinin,

4- 12. maddesiyle 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği
Kanunu'nun 3. maddesinin;

a- Beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümlelerin,

b- Sonuna eklenen fıkraların,

5- 13. maddesiyle 5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının
birinci cümlesine *"kaydı ile"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen
"Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresinin,

6- 16. maddesiyle 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 33. maddesinin;

a- Değiştirilen (5) numaralı fıkrasının,

b- Eklenen (7) ve (8) numaralı fıkralarının,

7- 23. maddesiyle 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 10., 11., 13., 17., 48., 50., 56., 124., 128., 130. ve 131. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

A- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 7.9.2012 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“...

II. ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ

1) 6354 Sayılı Kanun'un 1 inci Maddesi ile 24.04.1930 Tarihli ve 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere iki yeni fıkra eklenmiştir. “Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum sezaryen ameliyatı yaptırılabilir” şeklindeki 153 üncü maddenin ikinci fıkrasının iptali istenilmektedir.

a. Yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı bakımından Anayasaya aykırılık

İptali istenilen düzenlemenin Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporunda yer alan gerekçesinde “tıbbi endikasyon olmaksızın sadece anne ve hekim isteği ile sezaryen yapılmasının önlenmesi, doğumu yaptıran hekimlerin sorumluluğu amacıyla” yapıldığı belirtilmektedir.

Anne istemli sezaryende çeşitli kişisel nedenlerle anne adayı doğumun sezaryen ile sonlandırılmasını istemektedir. Özetle;

Vajinal yolla doğum korkusu sezaryen isteminin başında gelmektedir. Özellikle ilk doğumlarını yapacak olan kadınlarda yaşanan korkunun yanı sıra daha önceden komplikasyonlu doğum öyküsü bulunan kadınlardaki korku, sezaryenin seçilmesinde etken olmaktadır. Doğum korkusu olan kadınların oranının % 6 ila % 10 arasında olduğu belirtilmektedir.¹

Ekonomik ve kültürel gelişimin sonucu olarak evlenme ve çocuk sahibi olma yaşı ile bir ya da iki çocuk sahibi olma isteği giderek artan kadınlarda sezaryen istemi ağır basmaktadır.

Özellikle tüp bebek yöntemi ile gebe kalmış kadınlar olmak üzere çoğul gebeliğe sahip kadınlar da doğumu sezaryenle gerçekleştirmek istemektedirler.

Anne adayları yeterli aydınlatma yapılmasına rağmen, kendi özgür isteği ile sezaryeni tercih edebilmektedir.

Anne istemli sezaryen oranının ülkemiz için % 4 olduğu açıklanmışsa da bu oranın kesin olarak ne olduğu bilinmemektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nde New Jersey’de yapılan bir çalışmada anne istemli sezaryen oranının % 2.5 olduğu belirtilmiştir.

Sezaryen oranları tüm Dünya ülkelerinde artış göstermektedir. Türkiye’de sezaryen oranı Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmasına (TNSA) göre 2003 % 21.2 iken 2008’de % 36.7 olduğu belirtilmektedir. 2011 yılı itibarıyla Türkiye’de ortalama sezaryen oranının % 48 olduğu açıklanmıştır.

Bu oranın Çin’de % 46, ABD’de % 31.8, İtalya’da % 40, Norveç’te % 16.6 olduğu belirtilmektedir. 2009 itibarıyla, OECD ülkelerinde ortalama sezaryen oranı % 26’dır.

¹ www.bbc.co.uk/news/health-15840743

Dünyada pek çok ülkede sezaryen oranlarındaki artışın nedenleri dikkate alınarak doğru doğum yöntemlerinin uygulanmasına yönelik çalışmalar sürdürülmektedir. İptali istenilen düzenleme dışında dünyada sezaryenin azaltılması için anne adaylarının seçim yapma haklarını ortadan kaldıran ya da hekimlere yönelik yaptırım tehdidini içeren bir düzenleme bilinmemektedir.

İngiltere’de Sağlık ve Klinik Uzmanlığı Ulusal Enstitüsü (NICE) tarafından 2011 yılı Kasım ayında yayımlanan NICE Klinik Yönergesi ile sağlık açısından bir gereklilik olmasa bile sezaryenle doğum yapmak isteyen hamile kadınlarda izlenecek yöntemle ilişkin bir kılavuz hazırlanmıştır.² Bu kılavuza göre, doğum korkusu olan hamile kadınlara doğumdan önce psikolojik destek verileceği, gerekli destek verilip yeterli aydınlatma yapıldıktan sonra, hasta hala normal doğum istemiyorsa, sezaryenle doğumun gerçekleştirileceği belirtilmiştir.

Muula, yazdığı makalede “göğüs kanseri hastası olan bir kadın kemotorapi, radyoterapi veya ameliyat seçeneklerinden birini seçebilmektedir” demektedir. Buradan yola çıkarak, hastanın kendi bedeniyle ilgili bir karar olan sezaryen veya normal doğum seçeneklerine engel olmanın, kişinin sahip olduğu otonomiye aykırı düştüğünü belirtmektedir.³

Dünya’da hekimlik meslek ilkeleri yönünden de durum tartışılmakta olup; “Genel kanı, hastanın otonomisine ve bir kadının kendi doğum şeklini seçme hakkına saygı duyulmasının etik bir davranış olduğu” yönündedir (Minkoff, H.; Chervenak, F., 2004)

İptali istenilen düzenleme de ise anne istemli sezaryenin, tıbbi bir endikasyon olmadığı savı benimsenmiş, hamile kadının istemediği, muvafakat vermeyeceği bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılması kararlaştırılmıştır.

İnsan haklarına ilişkin pek çok uluslararası metinde yer alan insan onuru, kişilerin kendi vücut bütünlükleri, maddi ve manevi varlıkları ile ilgili karar verme hakkını içermektedir. Maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı hamile kadınların çocuklarını nasıl dünyaya getireceklerine ilişkin yöntemi seçme hakkını da içermektedir.

2 J Gallagher, ‘Women can choose Caesarean birth’, BBC News, 23 November 2011 www.bbc.co.uk/news/health-15840743

3 A.S Muula ‘Ethical and Practical Consideration of Women Choosing Cesarean Section Deliveries without ‘Medical Indication’ in Developing Countries.’ Şubat 2007 www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2080500

Kişinin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile “kişinin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkı” birbiri ile kopmaz bir bağ içinde olup Anayasanın 17 nci maddesi ve 56 ncı maddeleri ile birlikte bütüncül bir şekilde koruma altına alınmıştır.

Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Anayasanın 5 inci maddesi bakımından da hukuksal dayanağa sahiptir. Anayasanın 5 inci maddesine göre, devlet “kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya” çalışmalıdır. Böylece, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi saygı duyulması gereken bir hak olduğu kadar, devletin pozitif edimleri ile yaşama geçirilmesi gereken bir yükümlülük olarak belirmektedir. Bu durumda Anayasa, söz konusu hakkın sınırlandırılmasını değil, gerçekleştirilmesini hukuksal bir varsayım olarak kabul etmektedir.

Anayasanın 13 üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından uygulanan bir ölçüt olan hakkın özü, sadece onu açık ya da örtülü biçimde kullanılamaz duruma getiren sınırlamalar için değil, kullanımını güçleştiren, “zayıflatıcı ya da etkisiz hale getiren” sınırlamalar için de geçerlidir. İptali istenilen düzenleme, doğum korkusu ya da başkaca nedenlerle sezaryenle doğum yapmak isteyen anne adaylarını normal doğum yöntemine zorlamaktadır. O kadar ki maddenin Esas Komisyon Raporunda yer alan gerekçesinde sezaryen ameliyatının içerdiği önemli risklerden söz edilmekte, 4 üncü paragrafında sezaryen yönteminin kullanılmasının tıbben gerekli olduğu durumlar dahi sezaryenin daha fazla risk taşıdığı hallere örnek olarak verilmektedir. Böylece maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının etkili biçimde kullanımını sağlamayarak “zayıflatılması”na neden olmaktadır.

Hakkın özüne dokunan bir düzenlemenin Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan ve sınırlama aracı ile sınırlama amacı arasında “hakkaniyete uygun makul bir denge”nin kurulmasını emreden “ölçülülük ilkesi”ne uygun olduğu; bu ilkenin alt ilkeleri olan “elverişlilik, gereklilik ve orantılılık” ilkelerini karşıladığı da söylenemez.

Hakkın kullanımını zayıflatarak onun özüne dokunan bir düzenlemenin, Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan “demokratik toplum düzeninin gerekleri” bakımından da değeri yoktur. Çünkü bu tür bir düzenleme, “demokratik toplumda

gerekli bir toplumsal ihtiyaca karşılık vermemekte", tersine demokratik toplumda gerekli toplumsal ihtiyacı karşılamayı engellemektedir.

Anayasanın yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını koruması ve geliştirmesi hakkına ilişkin düzenlemelerin sistematik yorumu bu hakların geniş biçimde yorumlanmasını ve öncelikli olarak gözetilmesini gerektirmektedir. Düzenleme ile Anayasanın 13 üncü maddesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların denetiminde belirtilen diğer bir ölçüt olan "Anayasanın ruhu ve sözüne aykırı olmama" ölçütü de karşılanmamaktadır.

Uluslararası insan hakları hukuku bakımından incelendiğinde de, sağlık alanında insan haklarının korunması hakkı ile çelişmektedir. Bu konuda en açık ve temel "destek ölçü norm" Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesidir. Sözleşme'nin 1 inci ve 2 nci maddeleri uyarınca, taraf Devletler;

İnsan onuru ve kimliğini koruyarak biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almak,

İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutmakla yükümlü kılınmıştır.

Sözleşmenin 5 inci maddesinde ise sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceği, ilgili kişinin muvafakatını her zaman serbestçe geri alabileceği belirtilmiştir.

"Anayasa Mahkemesi uluslararası insan hakları hukukunun temel belgeleri ile Anayasanın uyumlu yorumlanmasını kabul eden içtihadında, Anayasa ile uluslararası insan hakları belgelerinin koruduğu değerleri özdeş saymıştır.⁴ "Özde uyum" yaklaşımı olarak adlandırılabilir bu yargısal yorum, Anayasanın 2 nci maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ilkesi ile Anayasanın 15/2 nci

4 Örnek olarak bkz. AYMK, E. 1997/62, K. 1998/52, K.t. 16.9.1998; E. 1997/1, K. 1998/1, K.t. 16.1.1998; E. 1990/30, K. 1990/31, K.t. 29.11.1990; E. 1996/15, K. 1996/34, K.t. 23.9.1996. Uluslararası insan hakları belgelerinin Anayasa-üstü sayılması bakımından karşı. AYM, E. 1990/15, K. 1991/5, K.t. 28.2.1991: "Uygur ülkeler, nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmışlar, Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir."

ve 90/son maddelerinde de ortaya çıkan “Anayasanın uluslararası insan hakları hukukuna açıklığı ilkesi”nin bir sonucudur”

Anayasanın öngördüğü yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi ile uyumlu yorumlandığında, iptali istenilen düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu söylenemez. Sonuç olarak iptali istenilen düzenleme, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine ve Anayasa ile özde uyum içinde olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi’ne aykırı olduğundan iptali istenilmektedir.

b. Doğumun gerçekleştirilmesinde tercih edilecek yöntemin belirlenmesinde hekimlik görev ve yetkisinin kullanımı -dolayısıyla mesleğin icrası- bakımından getirilen sınırlamalar, hekimlerin çalışma özgürlüğü ve hakkı bakımından da Anayasaya aykırıdır.⁵

153 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki “Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir” şeklindeki düzenleme ile “tıbbi endikasyon olmaksızın sadece anne ve hekim isteği ile sezaryen yapılmasının önlenmesi ve doğumu yaptıran hekimlerin sorumluluğu”nun amaçlandığı gerekçesinde belirtilmiştir.

İptali istenilen norm ile hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin bir sınır, çerçeve çizilmiştir. Norm anne istemli sezaryenin hekimler tarafından yapılmasını yasaklamaktadır. Yanı sıra hekimlerde; içinde bulundukları koşullarda aldıkları kararın “tıbbi endikasyon” olarak kabul edilmeyebileceği ve sezaryen ile doğum yaptırdıkları takdirde yaptırımlarla karşılaşabilecekleri endişesini yaratarak hasta yararına tanı ve tedavi hizmetini vermeye ilişkin mesleki hak ve yetkilerini sınırlamaktadır.

Yasa koyucu, mesleğin icrasına ilişkin olarak yasama yetkisini kullanırken siyasal takdir yetkisine sahiptir. Ancak;

(a) özgül yeterlilikler gerektiren,

5 Bu bölümde Prof. Dr. Bertil Emrah Oder’in 6225 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 9 uncu ve 10 uncu maddeleri Uyarınca Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanuna Eklenen “Ek madde 13/(b, o, s, ş) hükümlerinin ve “Ek madde 14” Hükmünün Kimi Yönlerinin Anayasaya Aykırılığı Hakkında Mütalaa’sından yararlanılmıştır.

(b) profesyonel yeterlilik alanları meslek kuruluşları tarafından ulusal ve uluslararası biçimde tanımlanmış olan ve

(c) yeterlilikleri ile meslek icraları insan sağlığı alanına ilişkin olduğu için yaşam hakkı ve kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesi ile doğrudan ilintili mesleklerde, siyasal takdir yetkisinin kullanımı özel bir dikkat ve sıkı bir yargısal denetimi (strict scrutiny) gerekli kılabilir.

Anayasa, çalışma özgürlüğünü genel olarak meslekler, yeterlilik kuralları ya da herhangi mesleğe sahip olmadan çalışma yönünden ayrıntılı düzenlemeye tabi tutmamıştır. Ancak özel bir hüküm ile (Anayasa madde 135) kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını düzenleyerek, mesleklerin özgül niteliklerine bağlı kimi konuların da olabileceğini zımnen kabul etmiştir. Tabiplik, avukatlık, mühendislik, mimarlık ve eczacılık gibi eğitim, uzmanlık eğitimi ve özel yeterlilik koşulları ya da standartları gerektirebilen meslekler ve bunların farklı yoğunlaşma alanlarında, çalışma özgürlüğü bir hak ve yetki boyutu da kazanmaktadır. O nedenle bu tür mesleklerde, özel imza veya müdahale yetkileri ya da mesleğin kamu hizmeti niteliği taşıması gibi unsurlar kanun, tüzük ve yönetmeliklerle açıkça düzenlenmektedir. Nitekim hekimlerin hekim olarak çalışırken sahip oldukları hak ve yetkiler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarını Tarzı İcrasına Dair Kanunda düzenlenmiştir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve diğer hukuksal metinler hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin çerçeveyi oluşturmaktadır. Bütün bu nedenlerle bu tür mesleklerde çalışma özgürlüğü ile çalışma hak ve yetkisinden söz etmek daha uygun olur. Anılan türden meslekler için çalışma hakkı, Anayasanın 49/2 nci maddesindeki “istihdam” odaklı çalışma hakkı ve ödevinden çok, 48 inci maddedeki çalışma özgürlüğünün bir sonucu gibidir (“özgürlüğün implikasyonu”). Bu nedenle, anılan mesleklerle ilişkin hukuksal sorunlar, çalışma özgürlüğü ile bağlantılı biçimde çalışma hakkının (Anayasa madde 49/1) norm alanına da girmektedir.

Yasa koyucu, çalışma özgürlüğünde “mesleğin icrasına ilişkin çerçeve”yi düzenlerken, düzenlemenin “mesleğin amacına” ve “ölçülülük ilkesi”ne uygunluğunu gözetmekle yükümlüdür. Bu iki unsur, Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan sınırlama ilkelerinin uygulanmasında kendini gösterir.

Yukarıda dünyada pek çok ülkede sezaryen oranlarındaki artışın nedenleri dikkate alınarak doğru doğum yöntemlerinin uygulanmasına yönelik çalışmaların sürdürüldüğü, sezaryenin azaltılması için anne adaylarının seçim yapma haklarını

ortadan kaldıran ya da hekimlere yönelik yaptırım tehdidini içeren düzenlemelerin yapılmadığı belirtilmiştir. Hamile kadınların çocuklarını nasıl dünyaya getireceklerine ilişkin yöntemi seçme konusundaki otonomilerinin maddi ve manevi varlıklarını, onurlarını koruma haklarının içinde yer aldığı belirtilmiştir. Yine hekimlik meslek ilkeleri yönünden de “dünyadaki genel kanunun, hastanın otonomisine ve bir kadının kendi doğum şeklini seçme hakkına saygı duyulmasının etik bir davranış olduğu” yönünde olduğuna ilişkin görüşler aktarılmıştır. Bu gerekçeler ışığında İptali istenilen düzenleme kadın hastalıkları ve doğum uzmanı hekimlerin çalışma özgürlüğü ve hakkı yönünden incelendiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilir:

Anayasanın 48 inci maddesi, çalışma özgürlüğünü düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve “mesleki çalışma özgürlüğü” bakımından özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, mesleki çalışma özgürlüğü “Anayasanın sözü ve ruhu”na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlanabilir.⁶ Başka bir anlatımla, mesleki çalışma özgürlüğü diğer “anayasal değerler” ile (diğer hak ve özgürlükler ve anayasal ilkeler) çatıştığı ölçüde ve bu çatışma ölçülülük ilkesi ışığında uyumlaştırılarak sınırlanabilir.

Gerekçesinde ortaya konulduğu üzere iptali istenilen düzenleme “anne ve hekim istemli” sezaryen ameliyatlarının anne ve bebek sağlığı üzerinde yarattığı olumsuz sonuçları tespit eden ve bunun önlenmesine amaçlayan bir çalışmaya dayanmamaktadır. Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tabiplerin çalışma özgürlüğünün sınırlanmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” bulunmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi bakımından, yasa koyucunun mesleki çalışma özgürlüğüne ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun

6 Karş. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: “Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.” Ayrıca bkz. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: “Anayasanın 48 inci maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasanın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır.” İtalik (eğik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Anne adayı kadınlara çocuklarının dünyaya getirirken olası tıbbi seçenekleri ve etkileri konusunda bilgi vererek uygulanacak yöntemin hekim tarafından hastanın aydınlatılmış onamına dayalı olarak belirlenmesini yasaklayan normda sınırlama amacı ile uyumlu makul bir denge bulunduğundan da söz edilemez. Bu nedenle, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan “elverişlilik ilkesi” bakımından, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olduğu dahi sürülemez. Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan “gereklilik ilkesi” bakımından, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirmek için gerekli olması aranır. Tabiplerin çalışma özgürlüklerinin sınırlanması “gerekli” değildir. Ölçülülük ilkesinin diğer bir alt ilkesi olan “orantılılık ilkesi” yönünden de normun sınırlama aracının orantılı olduğu söylenemez.

Sezaryen yöntemi ile doğumun gerçekleştirilmesi bakımından getirilen sınırlamalar, Anayasanın özellikle 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine ve Anayasa ile özde uyum içinde olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi’ne aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6354 Sayılı Kanun’un 7 nci Maddesi ile 07.05.1987 Tarihli ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 1 inci Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Kanun’un 7 nci maddesi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesine eklenen son fıkra ile herhangi bir öğretim kurumunda görev yapmayan profesör ve doçentlerin; eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere, Sağlık Bakanlığının kararıyla eğitim ve araştırma hastanelerinde sözleşmeli eğitim görevlisi olarak çalıştırılabilmelerine yönelik düzenleme yapılmıştır.

Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporunda yer alan gerekçesinde örtülü olarak Mahkemenizin bir kısım maddelerini iptal ettiği 5947 Sayılı Üniversite Ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un yarattığı olumsuz sonuçlar nedeniyle bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmektedir.

Sözleşmeli olarak görevlendirilecek öğretim üyelerinin nasıl bir yöntemle, hangi kriterlere göre seçilip görevlendirileceği, görevlendirmenin hangi hallerde nasıl sonlandırılacağına ilişkin düzenlemelere yasa kuralında yer verilmemiştir.

Sözleşmeli eğitim görevlisi çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar ile bunlara yaptıkları görevlere bağlı olarak ödenecek saatlik sözleşme ücretlerinin tutarı ile diğer hususların Maliye Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken belirleneceği düzenlenmiştir.

2547 Sayılı Yükseköğretim Yasasının t/3 bendinde tıpta uzmanlık lisansüstü eğitim kapsamında bir yükseköğretim türü olarak düzenlenmiştir. Sağlık Bakanlığı'na bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinde de tıpta uzmanlık eğitimi verilmektedir. Bu fıkra uyarınca sözleşmeli olarak görevlendirilecek öğretim üyeleri tıpta uzmanlık eğitimi vermek üzere eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma yapmak üzere istihdam edilecektir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.

Anayasanın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında; öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, malî işler, özlük hakları, uyacakları koşullar, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesinin, kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı üzere 130 uncu madde öngörülen güvencelerin sağlanabilmesi, hukuki güvenliğin oluşturulabilmesi

için öğretim üyelerinin görevlendirilmesinde ve görevlerinin sona ermesinde uygulanacak usul ve esasların yasadâ düzenlenmesi gerekir. Sadece yetkili makamı belirleyen, ancak yetkili makamca görevlendirmenin hangi kriterlere göre yapılacağını düzenlemeyen norm bir bütün olarak Anayasanın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasına aykırıdır.⁷

İptali istenilen yasa kuralı, Sağlık Bakanlığı'na tanınan yetkinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanılacağına ilişkin hiçbir hüküm içermemesi nedeniyle kişilere hukuki güvenlik sağlamayı hedefleyen hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamakta, öğretim elemanlarının görevlendirilmesinin yasayla düzenlenmesini buyuran Anayasal kurala aykırı düşmektedir. Ayrıca kuralları belirleme yetkisinin Bakanlıklara devredilmesi nedeniyle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine de aykırılık içermektedir.

Anayasanın 130 uncu maddesine aykırılık oluşturan kural, kuşkusuz, aynı zamanda Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti İlkesi"ne de aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle iptali istenilen yasa kuralı, Anayasanın 2 nci, 6 ncı ve 130 uncu maddelerine aykırıdır.

3) 6354 Sayılı Kanun'un 8 inci Maddesi ile Değiştirilen 3359 Sayılı Kanunun Ek 9 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Yasanın 8 inci maddesi ile 3359 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenlemede;

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait kurum ve kuruluşlar ile üniversitelerin ilgili birimlerini karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabileceği,

İl nüfusu 750.000'e kadar olan illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversitelerin tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım ve işbirliği yapmalarının zorunlu olduğu,

İl nüfusu 750.000'e kadar olan illerde eğitim ve araştırma hizmetlerinin Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verileceği,

7 Anayasa Mahkemesi Esas: 2009/56 Karar Sayısı : 2011/71 Karar Günü : 28.4.2011

Birlikte kullanılacak sağlık tesisleri için, Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının uygun görüşü alınarak, il valisi ile üniversite rektörü arasında birlikte kullanım protokolünün düzenleneceği,

Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesislerinin Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletileceği ve Bakanlıkça atanan başhekim tarafından yönetileceği,

Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisinin kamu hastane birliği kapsamında olması hâlinde, o tesise ait yönetici görevlendirmelerinin kamu hastaneleri birliği mevzuatı çerçevesinde yapılacağı,

Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencilerinin eğitimi de dâhil olmak üzere, ilgili mevzuata göre tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütüleceği,

Birlikte kullanılan sağlık tesisinde görev yapan personelin disiplin ve tüm özlük işlemleri kadrosunun bulunduğu kurumun ilgili mevzuatına göre yürütüleceği,

Üniversite tarafından, birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlarda görevli personelin profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi için Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait eğitim görevlisi kadroları da kullanılabileceği düzenlenmiştir.

Bakanlık ve üniversitelerin birlikte kullanım dışında eğitim, sağlık hizmeti üretimi, araştırma ve kamu sağlığını geliştirme gibi alanlarda işbirliği yapılabileceğini, birlikte kullanım ve işbirliğine dair Yönetmelik yayımlanacağı düzenlenmektedir.

Bütün dünyada yükseköğretim kurumlarının ilgili mevzuatta yer alan görevleri ışığında diğer sağlık kuruluşları ile “işbirliği” yapmalarının karşılığında “afiliasyon” kavramı kullanılmaktadır. “Afiliasyon”;

Farklı kurumların eğitim anlayışlarında paralellik sağlamak, bilgi ve deneyim alışverişi yaparak bilginin paylaşılmasını ve hasta yararına en iyi şekilde kullanılmasını mümkün kılmak;

Temelde eğitim amaçlı olarak, mezuniyet öncesi, mezuniyet sonrası ve sürekli tıp eğitimi kapsamında insan gücü değiş tokuşunu yapmak,

Teknoloji ve araç gerecin eğitim ve sağlık hizmetinde kullanılmasını sağlamak için yapıldığı gibi,

yerleşim ve sekreteryalar alanlarında da yapılabilmektedir.

Ancak işbirliği ya da eş söyleyişle afiliasyon hangi başlıklar altında yapılırsa yapılsın mezuniyet öncesi, mezuniyet sonrası ya da sürekli tıp eğitimi bu işbirliğinin temelini ve ana hedefini oluşturmaktadır⁸.

Örneğin İngiltere’de Cambridge Üniversitesi’nin bu konuda hazırladığı “web” sayfasında afiliasyon şu şekilde özetlenmektedir. “Bir enstitüyü veya onun dallarını veya departmanlarını afiliye etmek, o kurumların seçilmiş bazı öğretim üyelerini üniversitemiz öğretim üyesi olarak kabul etmek, onları üniversitemiz ayrıcalıklarından yararlandırmak, zaman zaman üniversitemizce denetlenmek ve yönlendirmek şartıyla, o kurumlarda uygulanan çalışma programlarını üniversitemiz programı olarak kabul etmektir. Bu konudaki politikamız, uygun akademik vasıftaki akademik kuruluşlarla yakın ilişkiler kurarak üniversitemizin akademik yapısını bu görüşlerin de ışığında genişletmektir.”⁹

Tıp alanında eğitim odaklı işbirliğinin nihai çıktısı verilecek sağlık hizmetinin niteliğinin artırılması olmakla birlikte, akademinin bilgi ve becerisinin sağlık hizmeti sunumuna yansıtılması işbirliğinin öncelikli amacı değildir. Aksi halde bu uygulama işbirliği değil, temel işlevi sağlık hizmeti sunumu olan sağlık kolluğunun beklenti ve yönelimlerine göre üniversitenin biçimlendirilmesi, yapılandırılması ve üniversiteden beklenen işlevin ortadan kaldırılması olmaktadır.

İptali istenilen yasa kuralı 3359 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunun 11 inci maddesi ile eklenen Ek 9 uncu maddesi uyarınca 18.02.2011 gün ve 27850 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulan Sağlık Bakanlığı’na Bağlı Sağlık Tesisleri ve Üniversitelere Ait İlgili Birimlerin Birlikte Kullanımı ve İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleri ile benzer hükümleri içermektedir.

Danıştay 10. Dairesi’nin E.2011/6024 sayılı dosyasında verilen 26.10.2011 tarihli kararlarla Yönetmelik maddelerinin yürütmesi durdurulmuş ayrıca dayanak

⁸ İstanbul Tabip Odası Uzmanlık Eğitimi Çalışma Grubu -Uzmanlık Eğitimi İstanbul Raporu 2007 (Afiliasyon Projesi) sp.11 -13

⁹ İstanbul Tabip Odası Uzmanlık Eğitimi Çalışma Grubu -Uzmanlık Eğitimi İstanbul Raporu 2007 (Afiliasyon Projesi) s.17

3359 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunun 11 inci maddesi ile eklenen Ek 9 uncu maddesinin iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiştir.

Normun Esas Komisyon Raporunda yer alan gerekçesinde Danıştay Onuncu Dairesi'nin 3359 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunun 11 inci maddesi ile eklenen Ek 9 uncu maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ilişkin kararının gerekçesi dikkate alınarak düzenleme yapıldığı belirtilmektedir. Ancak iptali istenen normda yapılan düzenlemeler Danıştay 10.Dairesinin değinilen kararında da belirtilen Anayasaya aykırılık nedenlerini ortadan kaldırmaktan uzaktır.

Danıştay 10. Dairesinin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ilişkin kararının gerekçesinden ilgili bölümlere aşağıda yer verilmiştir; "...İlke ve kural koymadan, çerçevesini belirlemeden Sağlık Bakanlığı'na düzenleme yetkisi tanıyan anılan yasa kuralı, aynı zamanda tıp fakülteleri hastanelerinin yönetiminin Sağlık Bakanlığına bırakılmasına da olanak tanımaktadır. Tıp fakülteleri hastanelerinin Sağlık Bakanlığı'na devrine olanak tanınmış olması, yasa kuralının, üniversitelerin bilimsel özerkliği yönünden de değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Anayasanın 130 uncu, 131 inci ve 132 nci maddeleri yükseköğretim kurum ve kuruluşlarını düzenlemektedir. Anayasa koyucu, Anayasanın 130 uncu maddesiyle üniversiteleri bir Anayasal kuruluş olarak kabul etmiş ve üniversitelerle ilgili başlıca kuralları koymuş; üniversitelerin "kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe" sahip olmalarını öngörmüştür.

Anayasanın 130 uncu maddesi, üniversitelerin bilimsel çalışmalarının, eğitim ve öğretimin, her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve özgürlük ortamında yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Anayasa, "bilimsel özerklik" ilkesiyle üniversiteleri, 2 nci maddesinde yer alan temel niteliklere sahip bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde öğretim, araştırma ve yayın konularını belirlemek ve yürütmek serbestliğine sahip kılmuş bulunmaktadır. Anayasanın 130 uncu maddesi, üniversitelerin yine bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde, uygar ve evrensel karakterde öğretim-eğitim, araştırma ve yayın konularında bilimsel özerkliğe sahip bir kamu tüzelkişisi biçiminde kurulmasını ve Cumhuriyetin temel organları içinde bu niteliğiyle yer almasını istemiş ve buna göre düzenlemeler yapmıştır.

Nitekim Anayasanın 130 uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasında;

“Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları, üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, malî işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversiteler arası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı malî kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir.” hükmüne yer verilmek suretiyle, maddede belirtilen diğer konuların yanısıra, üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri ve üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri konusunun dayasaıyla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasanın 130 uncu maddesi üniversitelere ve öğretim üyelerine belirli haklar ve yetkiler tanımıştır. Bilimsel özgürlük, serbestçe araştırmada ve yayında bulunabilme, öğrenim ve öğretimi, her türlü baskıdan uzak, özgürlük ortamı ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkileri bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Anayasa Mahkemesinin 30.05.1990 tarih ve E.1990/2, K.1990/10 sayılı kararında, Anayasanın 130 uncu maddesinde, üniversitelerin, bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzelkişileri olarak tanımlanması ve bunların ancak Devlet tarafından yasayla kurulabileceklerinin saptanması ile güdülen amacın, siyasal çevrelerin, özellikle iktidarların ve ayrıca çeşitli baskı gruplarının, üniversite çalışmalarıyla öğretim ve eğitimi etki altında tutabilmeleri yolunu kapatmak ve bu faaliyetlerin bilimsel gerekler ve gereksinimlerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak bir ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın 130 uncu maddesi ve Anayasa Mahkemesinin söz edilen kararı dikkate alındığında, bilimsel özerkliğin, ancak eğitim ve öğretimin her türlü baskıdan uzak bir ortamda verilmesiyle sağlanabileceği açıktır.

Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 tarih ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararında ise, Anayasada üniversitenin, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin

öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirildiği; öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek, kendilerine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı olduğunun belirtildiği, öğretim üyelerinin bu konumları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmenin mümkün olmadığı; yasa koyucunun, yükseköğretimin Anayasada belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebileceği; ancak getirilen bu sınırlamaların, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamayacağı ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında da belirtildiği üzere, yasa koyucunun Anayasada güvence altına alınan “bilimsel özerkliği” korumakla yükümlü olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

3359 sayılı Kanun’un Ek 9 uncu maddesinde yer alan, Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile üniversitelerin ilgili birimlerinin Bakanlık ve üniversitelerce karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabileceğine ilişkin hüküm, Sağlık Bakanlığına ait devlet hastaneleri ile eğitim ve araştırma hastaneleri başta olmak üzere tüm sağlık kurum ve kuruluşlarının üniversiteler tarafından kullanılmasına olanak sağladığı gibi, aynı zamanda, üniversitelerin tıp fakültelerine ait sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin de Sağlık Bakanlığınca kullanılmasına da olanak sağlayan bir düzenlemedir. Anılan düzenleme, bu haliyle, üniversite hastanesinin Sağlık Bakanlığınca işletilmesine veya öğretim üyeleri ile tıpta uzmanlık eğitimi alan veya tıp fakültesinde eğitim alan öğrencilerin Sağlık Bakanlığınca işletilen hastanelerde, Sağlık Bakanlığının tabi olduğu mevzuat çerçevesinde, sağlık hizmeti vererek eğitim almalarına veya eğitim vermelerine yol açmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 3 üncü maddesinde, üniversiteler ile birlikte, bunların bünyesinde yer alan araştırma ve uygulama merkezleri de yükseköğretim kurumları olarak sayılmış; uygulama ve araştırma merkezi, yükseköğretim kurumlarında eğitim öğretimin desteklenmesi amacıyla çeşitli alanların uygulama ihtiyacı ve bazı meslek dallarının hazırlık ve destek faaliyetleri için eğitim-öğretim, uygulama ve araştırmaların sürdürüldüğü bir yükseköğretim kurumu olarak tanımlanmıştır.

Üniversitelerin tıp fakültelerine ait hastaneler de bir uygulama ve araştırma merkezi olarak, mesleki hizmet üretilen kurumlardır. Tıp fakültelerinin eğitim ve

araştırma gibi iki temel akademik işlevi, yürütülen sağlık hizmeti işlevi ile farklı bir boyut kazanmakta ve böylece eğitim, araştırma faaliyeti ile sunulan sağlık hizmetinin bütünleştiği, iç içe geçtiği bir alan ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle de Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarının sağlık hizmeti sunma işlevi ile tıp fakültelerinin hizmet işlevi birbirinden farklı niteliğe sahiptir. Tıp fakültesi, sadece sağlık “hizmet”i sunmaya odaklı olmayıp; aynı zamanda eğitim ve araştırma öncelikli bir işleve sahip olduğundan, “hizmet” yalnızca tedavi edici hizmet felsefesi biçiminde kendini göstermemektedir. Tıp fakültelerinin temel işlevinin eğitim ve araştırma olması nedeniyle, hizmet üretilirken eğitim ve bilim alanlarında da sonuçlar elde etmek amaçlanmaktadır. Üniversitelerin bilim üreten kurumlar olması bir çok alanda olduğu gibi sağlık alanında da üniversitelere karşı beklentiye daha yüksek tutmaya neden olmaktadır. Dolayısıyla, tıp fakültelerinde eğitim ve araştırma faaliyetlerinin yapılmasında ve sağlık hizmetlerinin verilmesinde, Anayasanın 130 uncu maddesinde belirtilen güvenceler sağlanarak, üniversitelerin bilimsel özerkliğini tanıyan yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Bu itibarla, tıp fakülteleri hastanelerinin, üniversite bünyesindeki birer uygulama ve araştırma merkezleri olma niteliği ve işlevi dikkate alındığında; bu hastanelerin yönetiminin üniversiteler dışında, sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olduğundan bahisle Sağlık Bakanlığına bırakılmasına olanak tanıyan 3359 sayılı Kanun’un Ek 9 uncu maddesi, üniversitelerin bilimsel özerkliğiyle bağdaşmamakta, Anayasanın 130 uncu maddesine aykırı bulunmaktadır.

Anayasanın 130 uncu maddesine aykırılık oluşturan kural, kuşkusuz, aynı zamanda Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan “Hukuk Devleti İlkesi”ne de aykırılık oluşturmaktadır.”

Danıştay 10. Dairesinin Anayasa aykırılık itirazında yer alan Anayasaya aykırılık gerekçelerinde belirtildiği üzere 6354 sayılı Kanun’un 8 inci maddesi ile 3359 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmesine ilişkin yasa kuralı Anayasanın 2 nci, 7 nci, 124 üncü, 130 uncu ve 131 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali istenilmektedir.

4) 6354 Sayılı Kanun’un 12 nci Maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü Maddesinin Beşinci Fıkrasının Sonuna Eklenen Cümlelerin; 13 üncü Maddesi ile 5258 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesine Eklenen “Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde” İbaresinin; 12 nci Maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü Maddesinin Sonuna Eklenen Fıkraların

a. 6354 Sayılı Kanun'un 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle ile 6354 sayılı Kanun'un 13 üncü maddesi ile 5258 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6354 Sayılı Kanun'un 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle şu şekildedir: "Entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırımlı ücretten yararlananlar hariç olmak üzere, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ihtiyaç ve zaruret hâsıl olduğunda haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde nöbet görevi verilebilir ve bunlara aynı maddede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde nöbet ücreti ödenir."

Cümle ile haftalık normal çalışma süreleri ve mesai süreleri dışında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına 657 Sayılı Kanun'un Ek Madde 33 de belirtilen yataklı tedavi kurumları olan seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet tutma yükümlülüğü getirilmiştir. Anılan personele asıl görevlerine ek olarak fazla çalışma şeklinde tutturulacak nöbete üst sınır getirilmemiştir. Yapılacak fazla çalışmanın karşılığında izin verilmesi yerine nöbet ücreti ödenmesi kararlaştırılmıştır.

6354 Sayılı Kanun'un 13 üncü maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresi eklenmiştir. Eklenen ibare ile birlikte cümle "Aile hekimliği hizmetleri ücretsizdir; acil haller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirilir" şekline dönüştürülmüştür.

Madde gerekçesinde de aile sağlığı merkezlerinin daha uzun süre açık kalması için bu düzenlemenin yapıldığı belirtilmektedir. Aile sağlığı merkezlerinde görev yapan bütün sağlık personeli yönünden Sağlık Bakanlığı'nca belirlenecek kıstaslar çerçevesinde "haftada kırk saatten az olmayacak" çalışma süreleri ve saatlerini yönetsel işlemlerle belirleme yetkisi o yerin sağlık yöneticisine bırakılmaktadır. Her iki yasa kuralı birbiri ile ilişkili olup benzer Anayasaya aykırılık nedenlerini içerdiğinden birlikte tartışılacaktır.

İptali istenilen normların Resmi Gazete 12 Temmuz 2012 günü yayımlanarak yürürlüğe girmesinden sonra Sağlık Bakanlığı Müsteşarlığı tarafından aile hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının nöbetlerine ilişkin uygulamanın nasıl yapılacağını gösteren bir genelge yayınlanmıştır.

Genelge'nin 8 inci maddesi iptali istenilen normların sonuçlarını göstermesi bakımından çok çarpıcıdır;¹⁰

"...8) Aile hekimliği çalışanlarına haftalık mesaisi dışında tuttuğu nöbetler için nöbet izni verilmeyecektir. Ancak nöbetler ertesi gün çalışmasına imkân verecek şekilde düzenlenecektir (Örneğin, Salı günü akşam saat 17.00'den Çarşamba sabah saat 08.00'e kadar nöbet görevi verilmeyecek o gün hasta yoğunluğunun fazla olduğu 17.00 ila 24.00 saatleri arasında nöbet görevi verilecektir. Yine Pazar günü sabah 08.00'den Pazartesi sabah 08.00'e kadar olan 24 saatlik nöbet yerine Pazar sabah 08.00'den akşam 17.00'e ya da en fazla 24.00'e kadar olacak şekilde aile hekimliği çalışanlarına görev verilecektir..."

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları günlük mesailerine ek olarak sayısı idare tarafından belirlenecek sayıda nöbet tutacaklar ve ertesi gün günlük mesailerine ara vermeden dinlenmeden devam edeceklerdir. Çalışma süreleri yönünden bir tek sınır getirilmiş olup o da haftalık 40 saatlik alt sınırdır.

Ortaya çıkan çalışma süreleri diğer ülkelerin uygulamalarına da çok uzak düşmektedir. Örneğin icap nöbetçisi olarak haftalık en fazla çalışma süresi İngiltere ve Almanya'da nöbet aralarında en az 7,5 ile 12 saat arasında değişen dinlenme koşuluyla ortalama 56 saat, Hollanda'da 48 saat, Danimarka'da 45 saat, Fransa'da 50 saattir.¹¹

İptali istenilen yasa hükümleri aile hekimleri ve aile sağlığı personelinin haftalık 40 saatten az olmamak kaydıyla, üst sınırı olmaksızın uzun sürelerle çalıştırılmasına olanak sağlamaktadır. Böylece iptali istenilen Yasa hükümleri ile sağlık çalışanlarının verilen sağlık hizmetinin niteliğini etkileyecek olan çalışma süreleri arttırılmakta, yeterli sürelerle dinlenme hakları ihlal edilmektedir. Bu durum Anayasanın "Çalışma Şartları Ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50 nci maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır.

¹⁰

¹¹ Kaynak; Türkiye'de Hekimlerin Çalışma Koşullarının İrdelenmesi, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi, Handan Kumaş, Fatma Yücel Beyaztaş, C.Ü.Tıp Fakültesi Dergisi, 29 (3):123-127, 2007.

Anayasanın 50 nci maddesine göre “Dinlenmek çalışanların hakkıdır.” Bu hak temel hak ve hürriyetlerden olması nedeniyle şahsa bağlı devredilemez sosyal bir haktır. Anayasanın 50 nci maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı “... hem çalışanın bedenlen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir.” Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar idarenin ve toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekteşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur.

Ülkemiz tarafı olmamakla birlikte Avrupa Birliği’nin 2003/88/EC sayılı Direktifinde fazla çalışma dahil haftalık çalışma süresi en fazla 48 saat olarak belirlenirken çalışanların her 8 veya 10 saatlik çalışma periyotları arasında en az 11 saatlik dinlenme sürelerinin bulunması düzenlenmiştir.

Türkiye’nin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı 2 nci maddesinde taraf devletlerin haftalık çalışma sürelerini aşamalı olarak azaltması öngörölmüş, dinlenmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğinin altı çizilmiştir. Türkiye’nin henüz imzalamadığı ILO’nun 1935 tarih ve 47 numaralı sözleşmesinde de çalışanların haftalık çalışma süresi 40 saat, 1977 tarihli ve 149 sayılı Sağlık Çalışanları Sözleşmesinde sağlık çalışanları açısından haftalık çalışma saatinin 40 saat olarak kabulünün zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Ne var ki dinlenme hakkının etkin bir biçimde sağlanması için çalışanların çalışma sürelerinin azaltılmasına yönelik düzenleme yapmak devletin ödeviyken yasa koyucu süreleri artıran, çalışanları daha fazla çalışmaya zorlayan hükümler getirmektedir. Aşırı çalışma süreleri ve beraberinde mesai saatlerindeki düzensizliğin, çalışanlarda bireysel olarak uyku düzensizliği, yemek alışkanlıklarında değişme, aile ve sosyal yaşam üzerinde rahatsız edici etkiler ve tükenmişlik sendromu gibi olumsuzlukların ortaya çıkmasına yol açtığı bilim çevrelerince kabul edilmektedir.¹²

İptali istenilen yasa hükümleri dinlenme hakkının sınırlanmaktadır. Bu nedenle yasa hükümlerinin Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan sınırlama ilkeleri ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını, “açıkça yasaklayıcı veya örtölü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette

12 Hekimlerin Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinin Etik Açıdan Değerlendirilmesi, İnci Hot ve Esin Karlıkaya (İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Faköltesi Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı)

güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikteki yasal sınırlamaların o hakkın özüne dokunduğu"nu kabul etmiştir.¹³ Bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması halinde hakkın özüne dokunulup dokunulmadığının nitelendirilmesinde "özü" toplum için garantide değil birey için garantide aramak gerekmektedir.¹⁴ İptali istenilen hükümlerin Anayasal güvence altında olan yaşama, yaşamı koruma ve geliştirme hakkının özüne dokunduğuna kuşku yoktur.

Anayasanın 50 nci maddesi, dinlenme hakkını düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, dinlenme hakkı "Anayasanın sözü ve ruhu"na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlanabilir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından dinlenme hakkının sınırlandırılmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç" bulunmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi bakımından, yasa koyucunun dinlenme hakkına ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Çalışma süreleri ile hafta tatili ve izin sürelerini belirsiz hale getirerek dinlenme hakkını neredeyse ortadan kaldıran normda sınırlama amacı ile uyumlu makul bir denge bulunduğundan da söz edilemez.

Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinin 2 nci maddesinde, yeterli dinlenme; işçilerin yorgunluk veya diğer düzensiz çalışma biçimleri sonucunda kendilerine, iş arkadaşlarına veya başkalarına, kısa ya da uzun dönemde sağlıklarına zarar vermemelerini temin eden ve zamanın birimleri ile ifade edilen yeterince uzun ve kesintisiz dinlenme süresi olarak ifade edilmiştir.

Yeterli dinlenme hakkı güvence altına alınmaksızın uzun süreli çalışmaya zorlanan sağlık personeli ile onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarını ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında hekimliğin, Anayasanın 17 nci maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğu vurgulanmıştır.

13 Aktaran Zafer Gören, temel hakların sınırlandırılması- sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl :6 Sayı : 12 Güz 2007/2 s.39-59

14 Zafer Gören, a.g.e.

Kararın devamında kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartının ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yararlanabilmeleri olduğu, devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi ile bu haktan yararlanmayı zorlaştıracı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasaya aykırı olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile bağı olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı değerlendirilmesi gerekeceği vurgulanmıştır.¹⁵

09.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin 4 üncü maddesi Mesleki Standartlar başlığı adı altında; "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." hükmüyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının doğal uzantısı olan tıbbi girişimlerin ilgili mesleki standartlara uygun olma zorunluluğu getirilmiştir. Uzun çalışma süreleri ile ilgili uygulama sonucunda, hekimler için sağlık hizmetinin nitelikli biçimde sunulmasının koşulları ortadan kaldırılmakta ve standartlara aykırılık içererek insan sağlığı açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilecek durumlar yaratılmaktadır.

Aile Hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının sundukları sağlık hizmeti bir kamu hizmetidir. Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmesi zorunludur. İptali istenilen yasa hükümleri ile normal mesai süreleri ile mesai başlangıç ve bitim süreleri ile fazla çalıştırmaya ilişkin uygulamayı belirleme yetkisini idareye bırakmıştır. Bu durum kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna aykırı olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin Anayasa normuna da aykırılık oluşturmaktadır.

Sonuç olarak 6354 sayılı Kanun'un iptali istenilen hükümlerinin Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci, 50 nci, 56 ncı ve 128 inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istenilmektedir.

b. 6354 Sayılı Kanun'un 12 nci Maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü Maddesinin Sonuna Eklenen Fıkraların Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Kanun'un 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin sonuna eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralar

¹⁵ SAĞLIK BAKANLIĞI Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanlığı'nın 3 Ağustos 2012 gün ve Aile hekimlerinin ve aile sağlığı elamanlarının hastane nöbetleri konulu genelgesi

ile aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumların; her bir araştırma görevlisi/asistan başına azamî kayıtlı kişi sayısı 4000 kişiyi aşmamak üzere aile sağlığı merkezi oluşturması, asistanların ve öğretim üyelerinin aile hekimliği hizmetlerinde çalıştırılması, karşılığında hasta başına bir ödeme tutarının eğitim kurumunun bu amaçla açılacak döner sermaye hesabına yatırılması, yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesine yönelik düzenlemeler yapılmıştır.

İptali istenilen Yasa hükümleri ile aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarda aile hekimliği uzmanlık öğrencisi başına belirli bir nüfus belirlenerek bu nüfusun sürekli nitelikteki birinci basamak aile sağlığı hizmetlerinin asistanlar tarafından verilmesi planlanmıştır.

2547 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesinin t/3 bendi uyarınca tıpta uzmanlık eğitimi bir yükseköğretimdir. Aile hekimliği de 1219 sayılı Yasaya ekli çizelge uyarınca bir tıpta uzmanlık dalı olup 6 yıllık tıp fakültesi eğitimi sonrasında Tıpta Uzmanlık Sınavı ile hak kazanılan 3 yıllık uzmanlık eğitimi sonrasında elde edilen bir yetkidir. Aile hekimliği uzmanlık eğitimi, teorik bilimsel eğitimin yanı sıra uygulamalı tıp eğitimini de içermekte, eğitimin bir bölümü de farklı uzmanlık dallarında rotasyonlarla gerçekleştirilmektedir.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3 üncü maddesinde, üniversiteler ile birlikte, bunların bünyesinde yer alan araştırma ve uygulama merkezleri de yükseköğretim kurumları olarak sayılmış; Uygulama ve Araştırma Merkezi, yükseköğretim kurumlarında eğitim öğretimin desteklenmesi amacıyla çeşitli alanların uygulama ihtiyacı ve bazı meslek dallarının hazırlık ve destek faaliyetleri için eğitim-öğretim, uygulama ve araştırmaların sürdürüldüğü bir yükseköğretim kurumu olarak tanımlanmıştır.

Üniversitelerin tıp fakültelerine ait hastaneler bir uygulama ve araştırma merkezi olarak, mesleki hizmet te üretilen kurumlardır. Tıp fakültelerinin eğitim ve araştırma gibi iki temel akademik işlevi, yürütülen sağlık hizmeti işlevi ile farklı bir boyut kazanmakta ve böylece eğitim, araştırma faaliyeti ile sunulan sağlık hizmetinin bütünleştiği, iç içe geçtiği bir alan ortaya çıkmaktadır.

Bu yönüyle de Sağlık Bakanlığına bağlı aile sağlığı merkezlerinin sağlık hizmeti sunma işlevi ile tıp fakültelerinin hizmet işlevi birbirinden farklı niteliğe sahiptir. Tıp fakültesi, sadece sağlık "hizmet"i sunmaya odaklı olmayıp; aynı

zamanda eğitim ve araştırma öncelikli bir işleve sahiptir. Bu anlamda iptali istenilen düzenlemeler yükseköğretim kurumu niteliğindeki bir uygulama ve araştırma merkezinin kurulması niteliğinde değildir.

Aksine 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun personelin mali ve özlük hakları başlıklı 3 üncü maddesinde yapılmasından da anlaşıldığı üzere düzenleme Sağlık Bakanlığı tarafından planlanıp sürdürülen aile hekimliği hizmetlerinin aile hekimliği uzmanlık eğitimi gören asistanlara gördürülmesine ilişkindir. Böylece bir eğitim kurumu uygulamalı eğitim adı altında kaçınıcı yılında olduğu farketmeksizin asistan başına 4000 nüfusluk bir toplumsal kesim olmak üzere o bölgede yaşanan toplumun önemli bir kesiminin sürekli nitelikteki birinci basamak sağlık hizmetleri vermeyi üstlenmiş sağlık sunucusuna dönüştürülmektedir.

Düzenleme öğretim üyeleri ile tıpta uzmanlık eğitimi öğrencilerinin yükseköğretim hakkından yoksun bırakılması ile tıpta uzmanlık eğitimi veren kurumların sağlık hizmeti sunan kurumlara dönüştürülmesi sonucunu doğurmaktadır.

Tıpta uzmanlık eğitimi verilen eğitim kurumlarının sağlık hizmeti sunma öncelikli kurumlara dönüştüren yasa hükümleri yükseköğretim amacı, yükseköğretim kurumlarının işlevi ve üniversitelerin bilimsel özerkliğiyle bağdaşmamakta, Anayasanın 130 uncu maddesine aykırı bulunmaktadır.

Anayasanın 130 uncu maddesine aykırılık oluşturan kural, kuşkusuz, aynı zamanda Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan “Hukuk Devleti İlkesi”ne de aykırılık oluşturmaktadır.”

Diğer uzmanlık alanları için öngörülen kural ve yöntemden yalnızca aile hekimliği uzmanlık eğitimi yönünden farklı düzenleme yapılmasını gerektirir bilimsel nedenler bulunmamaktadır. Aksine tıp alanındaki bilimsel gereklilikler aile hekimliği uzmanlık eğitiminin de aynı kural ve koşullarda yapılmasını gerektirmektedir. Aile hekimliği uzmanlık öğrencilerinin eğitim ve öğretim yerine sürekli nitelikte verilmesi gereken aile hekimliği hizmetlerinin sunumundan sorumlu kılınması; uzmanlık eğitimi görmekte olan hekimlerin farklı koşullara tabi tutulması Anayasanın eşitlik ilkesine aykırıdır.

6354 sayılı Kanun’un 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin sonuna eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkraları

Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 130 uncu maddelerine aykırı olduğundan iptali istenilmektedir.

5) 6354 Sayılı Kanun'un 16 ncı Maddesi ile Değiştirilen 663 Sayılı KHK'nin 33 üncü Maddesinin Beşinci Fıkrasının ve 16 ncı Maddesi ile 663 Sayılı KHK'nin 33 üncü Maddesine Eklenen Yedinci ve Sekizinci Fıkraların

6354 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 33 üncü maddesinin beşinci fıkrası değiştirilmiş ve maddeye yedinci ve sekizinci fıkralar eklenmiştir.

Beşinci fıkra da Tabip, dış tabibi ve eczacılardan sözleşmeli personel olarak görev yapanların ihtiyaç hâlinde Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında daire başkanı ve daha üst yönetici kadrolarında süreli olarak görevlendirilebileceği,

Yedinci fıkra da sözleşmeli personelin disiplin amirlerinin tayini ile çalışma usul ve esasları Bakanlık tarafından belirleneceği ve bunlardan idarî görevlerde bulunanlara memurların disiplin amirliği yetkisi verilebileceği,

Sekizinci fıkra da ise Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personelin muvafakatı aranmaksızın atanmış olduğu sağlık kurumunda bu madde kapsamında sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği, il merkezindeki sağlık kurumlarına atanmış olan Devlet hizmeti yükümlülerinin ise Birlik merkezinde de sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere sözleşmeli personelin atama veya görevlendirmesine ilişkin kurallarının yasa ile düzenlenmesi ve memurlara olduğu gibi diğer kamu görevlilerine de yasal güvence oluşturulması Anayasal zorunluluktur.¹⁶

"Görevlendirme", "atama" işleminden tamamen farklı olan ve memurlar veya diğer kamu görevlilerine güvence sağlamayan bir idari işlemidir.

Sözleşmeli personelin, istihdam edildiği hizmet biriminde ihtiyaç bulunması daire başkanı veya daha üst makamlarda süreli olarak görevlendirilebileceğine ilişkin düzenleme "yürütmenin kanuniliği" ilkesine de aykırı bir düzenlemedir. Yasama organı, "gerektiği hallerde" ibaresini kullanarak, yürütme organına

¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin E.2005/145, K.2009/112 sayılı ve 23.07.2009 günlü kararı

gerektiği halleri asli olarak belirleme yetkisini yani asli düzenleme yapma yetkisini vermiştir. Bu düzenleme aynı zamanda; Anayasanın 128 inci maddesinde yer alan “Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” kuralına aykırıdır.

Sözleşmeli olarak istihdam edilen ve süreli olarak yönetsel makamlarda görevlendirilen kamu görevlisine ayrımsız bütün personelin disiplin amirliği yetkisi verilmesi de aynı nedenlerle Anayasaya aykırı düşmektedir.

Sekizinci fıkra güvenceli atama yöntemleri ile çalışma olanağı bulunan Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personelin, muvafakatı aranmaksızın atanmış olduğu sağlık kurumunda sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceğine, il merkezindeki sağlık kurumlarına atanmış olan Devlet hizmeti yükümlülerinin ise Birlik merkezinde de sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceğine ilişkin düzenlemede ortak Anayasaya aykırılık nedenlerini içermektedir.

Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasada öngörülen ayırık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

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

Anayasanın 6 ncı maddesine göre, hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı için, söz konusu düzenleme Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırıdır.

Devlet organlarının düzenli çalışması, yönetimde istikrarın sağlanmasıyla olanaklıdır. Yönetimde istikrar ise, kamu hizmetinin değişken ögesi olan iktidardaki siyasal partilerle değil, kamu hizmetinin değişmez ögesi olan kamu görevlilerine sağlanacak “görev güvence”siyle gerçekleştirilebilir. Kamu hizmetinin sürekliliğinin sağlanması için, kamu görevlilerinin atama güvencesine kavuşturulmasında kamu yararı bulunmaktadır.

Anayasanın 128 inci, 6 ncı ve 7 nci maddelerine açıkça aykırı olan bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığı söylenemez.

Çünkü hukuk devletin, işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesini içtenlikle benimsemesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, yasa koyucu da dahil devletin tüm organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, adil bir hukuk düzeni kurarak geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir.

Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlayan bir düzen kurmaktır. Böyle bir düzenin kurulması, yasama ve yargı yetkileriyle yürütme alanına giren tüm işlemlerin hukuk kuralları içinde kalması ile gerçekleşebilir. Bu bağlamda hukuk devleti, her dilediğini yapamayan, kendini hukukla bağlı sayan ve tüm yetkilerinin sınırının hukuksal kurallarla belirlendiği Devlettir.

Ayrıca, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle uyum halinde olması da düşünülemez.¹⁷

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 663 sayılı KHK'nın 33 üncü maddesinin beşinci, yedinci ve sekizinci fıkralarının Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali talep edilmektedir.

6) 6354 Sayılı Kanun'un 23 üncü Maddesi ile 6283 Sayılı Hemşirelik Kanununa Eklenen Geçici 3 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Yasanın 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa Geçici Madde 3 eklenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıl süre ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik programlarına öğrenci alınmasına devam olunması ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilmesi kararlaştırılmıştır.

Her ne kadar geçiş dönemi hükümleri gibi düzenlenmiş ise de bu düzenlemeler 5 yıl öncede yapılmış olup ilk değildir.

25.04.2007 gün ve 5634 sayılı Kanunla değişik 6283 sayılı Hemşirelik Kanunun 1 inci maddesinde "Türkiye'de üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans

¹⁷ Anayasa Mahkemesinin 23.7.2009 tarih ve 2005/145 E. 2009/112 K. sayılı kararı

eğitimi veren fakülte ve yüksek okullarından mezun olan ve diplomaları Sağlık Bakanlığınca tescil edilenler Hemşire unvanı” verileceği düzenlenmiştir.

25.04.2007 gün ve 5634 sayılı Kanunla değişik 6283 sayılı Hemşirelik Kanunun geçici 2 nci maddesinde ise “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” hükmünün yanı sıra son fıkra olarak “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’ düzenlemeleri yapılmıştır.

25.02.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu’na eklenen Geçici Madde 2’nin “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’ hükmünü içeren son fıkrasının iptali için açılan davayı Anayasa Mahkemesi reddetmiştir.¹⁸

Anayasa Mahkemesi gerekçeli kararında; “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. 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” cümleleri ile lisans eğitiminin gerekliliği ve önemine vurgu yapmıştır. Kararın devamında; “Sağlık hizmetlerinin devamlılığı asıldır. Hemşirelik eğitiminde lisans ve lisansüstü eğitime geçiş bir süreci gerektirir. İptali istenilen kuralda hemşirelik eğitiminde lisans eğitime 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,

18 Anayasa Mahkemesi Esas: 2007/78, Karar: 2010/120 Karar Tarihi: 30.12.2010

sağlık ve yaşam hakkının korunması ve bu korumada sürekliliğin sağlanmasında Devlete verilen pozitif yükümlülüğün bir gereğidir” gerekçesi ile düzenlemenin Anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır.

6354 sayılı Kanun’un iptali istenilen hükümleri ile Anayasa Mahkemesi tarafından geçiş dönemi hükmü olarak değerlendirilen kurallar yeniden düzenlenerek “geçici madde” altında sürekli hale getirilmiştir. Böylece örtülü olarak 6283 sayılı Hemşirelik Kanunun hemşirelik unvanının edinebilmesi için hemşirelikle ilgili lisans programlarından mezun olma gerekliliğine ilişkin 1 inci maddesinin etkisiz kılınması söz konusudur.

Türkiye’de Cumhuriyetin kurulduğu 1923 sonrasında başlayarak hemşirelik eğitimi ağırlıklı olarak, Sağlık Meslek Lisesi düzeyinde verilmiştir. Ancak 1960’lardan bu yana lisans düzeyinde de eğitim verilmektedir. 52 yıldır sayıları giderek artan ve AB Direktifine uyumlandırılmış farklı üniversitelerin bünyesinde lise sonrası lisans düzeyinde 4 yıl süreli eğitim yapan 108 Hemşirelik Programı vardır. Buradan mezun olanlara “Hemşire” unvanı verilmektedir.

Böylece hemşirelik unvanının; hem lise üzerine en az 4 yıl süre ile lisans düzeyinde hem de 8 yıl temel eğitim üzerine 4 yıl süreli meslek lisesi düzeyinde iki farklı eğitim düzeyi ile edinilmesine uzun yıllar olanak sağlanmıştır.

Sağlık Meslek Liselerinin hemşirelik programları, Sağlık Bakanlığına bağlı kurumlarda 2004 yılına kadar yürütülmüş, 2004 yılında bu okullar Milli Eğitim Bakanlığı’na devredilmiştir. Meslek Lisesi düzeyindeki eğitim iki kez hemşirelerin gösterdiği çabalarla 1996-2000 ve 2005-2007 yılları arasında kesintiye uğratılabılmış bu dönemlerde yalnızca lisans düzeyinde hemşirelik eğitimi verilmiştir.

Sağlık Meslek Lisesi Hemşirelik Programı 8 yıl olan zorunlu eğitimi bitiren ve yaşı 14-15 arasında olan öğrenciler Milli Eğitim Bakanlığına bağlı dört yıl süreli meslek okullarının hemşirelik programlarında okuyup 17-18 yaş civarında “Hemşire” olabilmektedir. Bu sırada aday aynı diploma ile lise diplomasına denk bir diplomaya da sahip olmaktadır. Meslek liseleri hemşirelik programı eğitiminin dört yılı tamamiyle mesleki eğitimden ibaret değildir. Bu programla aday aynı zamanda lise diplomasına denk bir diploma alacağından, programın 1/4 den fazlası Tarih, Coğrafya, Fizik, Matematik gibi lise derslerine ayrılmıştır.

Düz lisede öğrenim gören bir çocuk seçmeli derslerle birlikte haftada 30 saat, Fen lisesi, Anadolu Lisesi ve Spor Lisesinde ise 35 saat ders yapmaktadır.

Sağlık meslek lisesi hemşirelik bölümü öğrencileri ise 1-4 sınıflarda haftada 42-44 saat teorik ders, 3. ve 4. Sınıfta günde 8 saat olmak üzere 3 gün hastanede staj yapmaktadırlar. Eğitim öğretim dönemi dışında ise yaz stajı olarak toplam 72 iş günü (288 saat) hastanede çalışmaktadırlar. Birinci sınıfında en az 1088 saat, ikinci sınıfında 646 saat, üçüncü sınıfında 442 saat, dördüncü ve son sınıfında 272 saat (toplam 2448 saat) düz lise dersleri içeren yaklaşık 7 bin saatlik bu eğitim programı öğrencilerin dinlenmesine, kişisel gelişimlerine katkıda bulunacak sanatsal ve sosyal aktivitelere katılmasına fırsat bırakmayacak derecede yüklü bir programdır. Ve bunlar, hepsinden önemlisi henüz çocuk ergendir. Diğer bir değişle 18 yaş altında olduğu için çocuk kabul edilmektedir. Çocuk ergenlerin özellikleri bilinmektedir.

Geçici Madde 3'ün yürürlüğe girmesi ile birlikte lisans eğitimine ağırlık verilmesi yerine Hemşirelik programlarının sayısı Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 339'a çıkartılmıştır. Türkiye'de Hemşirelik mesleğinin asıl işlevi olan bilinçli, kanıta dayalı bakım kendisinden hiç beklenmemiştir. Hemşire basit el becerileriyle donatılmış, ne denirse onu yapan bir insan gücü olarak görülmüştür. Bu anlayıştan kopamama, hemşirelik için titiz bir insan gücü planlaması gereğini bile duyurmamıştır. Hep kaba rakamlar üzerinden ihtiyaç belirlemeleri yapılmış, ona bile ulaşamadığı için ileri sürülen ve çok tartışmalı olan bir açık ortaya çıkmıştır. Hemşire insan gücü durumu hakkında bilgi verecek enformasyon sistemi yoktur. Örneğin, kurumlar arası yıllık hemşire devri ve nedenleri hakkında hiçbir bilgi yoktur. Hemşirelerin ne kadarının hemşirelik dışı işlerde kullanıldıklarına dair bilgiler de yoktur.

Yapılan ve sürdürülen düzenlemeler sonucunda:

Çok küçük yaşta çocuklar hemşire olmaya yönlendirilmekte, maddi ve manevi varlıklarını koruyup sürdürme hakları ihlal edilmektedir.

Daha az eğitim alanlara da aynı unvan, görev ve yetki verilerek lisans düzeyindeki hemşirelik programlarından mezun olanlar aleyhine ve daha az eğitim alanlar lehine bir tür imtiyaz yaratılarak eşitlik ilkesine aykırı davranılmaktadır.

Hemşirelik grupları arasında çıkan huzursuzluk mesleği ve icracalarını derinden hırpalamaktadır. Hemşireler çalışma yaşamından kaynaklanan pek çok nedenin yanı sıra bu nedenle de çok yıpranmakta ve sağlık ekibi içerisinde sağlık hizmetinin niteliğine kendi mesleki alanı ile gerekli katkıyı yapmakta çok zayıf kalmaktadır.

6354 sayılı Yasanın 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa eklenen Geçici 3 üncü maddenin ikinci fıkrasının Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine ve Anayasa ile özde uyum içinde olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi'ne aykırı olduğundan iptali istenilmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

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 açacağına duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu kural hakkında yürürlüğünün durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır. 04.07.2012 tarihli ve 6354 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un iptali istenen maddelerinin uygulanması halinde, Anayasaya, kanunlara ve Uluslararası sözleşmelere Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına aykırı olarak geriye dönüşü imkansız biçimde ve giderilmesi olanaksız hukuki zarar ve durumlara yol açacağı açıktır..

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralların yürürlüklerinin durdurulması istenilmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

12.07.2012 tarih ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 04.07.2012 tarihli ve 6354 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1) 1 inci maddesi ile 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 153 üncü maddesine eklenen ikinci fıkranın, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine,

2) 7 nci maddesi ile 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesine eklenen fıkranın, Anayasanın 2 nci, 6 ncı ve 130 uncu maddelerine,

3) 8 inci maddesi ile değiştirilen 3359 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 124 üncü, 130 uncu ve 131 inci maddelerine,

4) 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle ile 13 üncü maddesi ile 5258 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci, 50 nci, 56 ncı ve 128 inci maddelerine; 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin sonuna eklenen fıkraların, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 130 uncu maddelerine,

5) 16 ncı maddesi ile değiştirilen 663 sayılı KHK'nin 33 üncü maddesinin beşinci fıkrasının ve 16 ncı maddesi ile 663 sayılı KHK'nin 33 üncü maddesine eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 11 inci ve 128 inci maddelerine,

6) 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa eklenen Geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine,

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

B- Dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesi kararından sonra verilen 19.10.2010 günlü ek dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"04.07.2012 tarihli ve 6354 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un bazı maddelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle yaptığımız başvuru için ilgi yazınızda bildirilen eksiklikler giderilerek, aşağıda yer alan milletvekillerinin iradelerini temsil eden imzalarla birlikte gereği için bilgilerinize sunulmuştur.

İlgide belirtilen kararınızda, Yüksek Mahkemenizde görülmekte olan 04.07.2012 tarihli ve 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davasının 27.09.2012 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında;

“Dava dilekçesinde, 6354 sayılı Kanun’un

A) 1- 1 inci maddesiyle 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 153 üncü maddesine eklenen ikinci fıkranın, Anayasanın 10 uncu maddesine,

2- 8 inci maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun’un ek 9 uncu maddesinin, Anayasanın 7 nci ve 124 üncü,

3- 23 üncü maddesiyle 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu’na eklenen Geçici Madde 3’ün ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 48 inci ve 56 ncı,

maddelerine de aykırı oldukları belirtilerek iptallerinin istenmesine karşın, bu hükümlerinin her birinin aykırı olduğu ileri sürülen her bir Anayasa maddesine ilişkin gerekçelerinin gösterilmediği,

B) 4- 23 üncü maddesiyle 6283 sayılı Kanun’a eklenen Geçici Madde 3’ün ikinci fıkrasının, Anayasanın 5 inci, 10 uncu ve 17 nci maddeleri ile ilgili iptal gerekçelerinin yetersiz olduğu,

saptanmıştır.”

denildikten sonra belirtilen eksikliklerin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak onbeş gün süre verilmesine karar verildiği tarafımıza bildirilmiştir.

04.07.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı savıyla açılan iptal davasının ilk görüşmesinde Yüksek Mahkemenizin karara bağladığı eksikliklerin giderilmesi için ek dilekçe hazırlanarak milletvekillerinin iradelerini belirten imzaları ile birlikte aşağıda bilgilerinize sunulmuştur.

İlgi Kararınızın (A/1). maddesinde belirtilen hususlar: 6354 sayılı Yasanın 1 inci maddesiyle 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü maddesine eklenen ikinci fıkrasına ilişkin, ilgi kararınızda belirtilen eksiklikler aşağıdaki şekilde tamamlanmıştır.

1) 6354 Sayılı Kanun'un 1 inci Maddesi ile 24.04.1930 Tarihli ve 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi ile 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir. şeklindeki ikinci fıkra eklenerek, sezaryen ile doğum "tıbbi zorunluluk" ile sınırlandırılmıştır.

Anayasanın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında, herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu; ikinci fıkrasında, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve Devletin bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü olduğu; dördüncü fıkrasında, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ve son fıkrasında ise, Devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda bulunduğu kurallarına yer verilmiştir.

Öte yandan, Anayasanın 17 nci maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu vurgulandıktan sonra ikinci fıkrasında, tıbbi zorunluluklar ve yasada yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiş; 41 inci maddesinin ikinci fıkrasında, Devlet, ailenin huzur ve refahını, özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmış ve 56 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında ise Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevi verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı üzere yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, birbirinin aynı durumda olanlara aynı, ayrı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve böylece ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını

engellemeyi amaçlamaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir.

Ancak, artan küreselleşme ve yurtdışına çıkışların kolaylaşması ile birlikte, yasa koyucunun iç hukukta yaptığı düzenlemelerin, dış dünyadaki eşdeğer düzenlemelerle eşleşmesini sağlamaya özen göstermesi de gerekte ve hatta Anayasanın 90 ıncı maddesi bağlamında bu durum hukuksal bir zorunluluk taşımaktadır.

Türkiye’de sezaryen ile doğumun “tıbbi zorunluluk” ile sınırlandırılması, ekonomik açıdan toplumun korunmaya muhtaç yoksul kesimlerdeki kadınlarımız için hukuksal bir sonuç doğururken; varıl kesimlerine ait kadınlarımız için hukuksal bir değer taşımamaktadır. Çünkü, toplumun varıl kesimlerine ait kadınlarımız, “tıbbi zorunluluklar” dışında kalan, korku, kaygı, tedavi ile hamilelik, vücut bütünlüğü gibi gerekçelere dayalı sezaryen ile doğum yapma tercihlerini yurt dışına çıkarak gerçekleştirebilmekte; buna karşın aynı tercih toplumun ekonomik olarak güçsüz kesim kadınlarımız için söz konusu olamamaktadır. Bu bağlamda, yasa koyucunun getirdiği düzenleme yoksul kesim kadınları için hukuksal bağlayıcılık taşıırken, toplumun varıl kesim kadınları lehine bir eşitsizliğe yol açarak, sermaye sınıfına kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan imtiyaz sağlama sonucunu doğurmaktadır. Bu itibarla iptali istenen düzenleme, Anayasanın 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 17 nci maddesinde koruma altına alınan “vücut bütünlüğü” hakkı, kadın-erkek herkes için geçerlidir ve Anayasanın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, kadın ve erkeklerin hak eşitliğini yaşama geçirme Devlete verilmiş bir yükümlülüktür. Kadının erkekte olmayan doğurganlığına/analığına bağlı doğal bir özelliğinin dezavantaja dönüştürülerek, “vücut bütünlüğü” hakkının kullanımı açısından, kadın ve erkekler arasında kadının tercihinin sınırlandırılması yoluyla cinsiyet eşitsizliği ile sonuçlanması, Anayasanın 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6354 sayılı Kanun’un 1 inci maddesi ile 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’nun 153 üncü maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

İlgi Kararınızın (A/2). maddesinde belirtilen hususlar: 6354 sayılı Yasanın 8 inci maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9 uncu maddesine ilişkin, ilgi kararınızda belirtilen eksiklikler aşağıdaki şekilde tamamlanmıştır.

3) 6354 Sayılı Kanun'un 8 inci Maddesi ile Değiştirilen 3359 Sayılı Kanunun Ek 9 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6354 sayılı Yasanın 8 inci maddesi ile 3359 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesi değiştirilerek yeniden düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme ile Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait kurum ve kuruluşlar ile üniversitelerin ilgili birimlerinin işbirliğine ek olarak Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastaneleri ile üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin birlikte kullanımı da öngörülmektedir.

Bununla birlikte, birlikte kullanılacak üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletilmesi öngörülürken, birlikte kullanıma ilişkin usul ve esasların yasayla düzenlenmesi yerine Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından müsterekençkarılacak yönetmelikle belirlenmesi kurallaştırılmıştır.

Anayasanın 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 124 üncü maddesinde ise, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri kurallarına yer verilmiştir.

Yasama yetkisinin asli bir yetki olması ve dolayısıyla genelliği nedeniyle, yasama organı, dilediği alanı Anayasal ilke ve kurallara uygun olmak koşuluyla düzenleme yetkisine sahiptir.

Yasama organı, yasama yetkisinin asli ve devredilemez, buna karşın yürütme ve idarenin düzenleme yetkisinin ise türevsel, istisnai ve sınırlı olduğunu gözeterek, temel ilkelerini koyduğu, esaslarını düzenlediği, çerçevesini çizdiği konularda yürütme ve idareye konunun uzmanlık gerektiren veya yönetim tekniğine uygun ayrıntılarını düzenleme yetkisi tanıyabilir.

Oysa iptali istenen düzenlemeler, üniversiteler ile Sağlık Bakanlığı arasında uygulanacak "birlikte kullanımın" yasal çerçevesini çizen kurallar içermemektedir.

Yasada; birlikte kullanımın nasıl bir yöntem izlenerek hangi ilke ve kurallara uyularak yapılacağı; birlikte kullanılacak kurumun yönetim esas ve usullerinin ne olacağı ve üniversiteler ile Sağlık Bakanlığı arasındaki ilişkilerin yasal zemini düzenlenmemiştir. Yasada, belirtilen konularda düzenleme yapma yetkisi, herhangi bir temel ilke konulmadan, esas ve usuller düzenlenmeden, çerçeve çizilmeden tümüyle yönetmeliğe bırakılmıştır. Böylece üniversitelerin bilimsel özerkliğini ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile olan ilişkilerini doğrudan ilgilendiren bilimsel araştırma ve tedavi hizmetleri alanının düzenlenmesi, hiçbir ilke ve kural konulmaksızın, esas ve usuller belirlenmeksizin bütünüyle yönetmeliğe bırakılarak bu alandaki yasama yetkisi fiilen idareye devredilmiş bulunmaktadır.

Bu bağlamda, 6354 sayılı Yasanın 8 inci maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9 uncu maddesindeki iptali istenen düzenlemeler, yasama yetkisinin devredilmezliğini öngören Anayasanın 7 nci maddesine ve yönetmeliklerin, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılacağını düzenleyen 124 üncü maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 124 üncü maddesinde yönetmelik çıkarma yetkisi, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerine, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla verilmiştir. Üniversitelerin tamamı kamu tüzel kişiliğine sahiptir ve bu bağlamda yönetmelik çıkarma yetkileri bulunmaktadır.

Üniversitelere ait sağlık uygulama ve araştırma merkezleri Sağlık Bakanlığı ile birlikte kullanılacak ise, birlikte kullanıma ilişkin usul ve esasların her bir üniversite ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken çıkarılacak yönetmelik yerine; sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinin sahibi kamu tüzel kişiliğine sahip üniversiteler dışarıda bırakılarak, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi, Anayasanın 124 üncü maddesine bu açıdan da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6354 sayılı Kanun'un 8 inci maddesi ile değiştirilen 3359 sayılı Kanunun Ek 9 uncu maddesinin iptali istenen hükümleri, Anayasanın 7 nci ve 124 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

İlgi Kararınızın (A/3). ve (B/4). maddelerinde belirtilen hususlar: 6354 sayılı Yasanın 23 üncü maddesiyle 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen Geçici Madde 3'e ilişkin, ilgi kararınızda belirtilen eksiklikler aşağıdaki şekilde tamamlanmıştır.

6) 6354 Sayılı Kanun'un 23 üncü Maddesi ile 6283 Sayılı Hemşirelik Kanununa Eklenen Geçici 3 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

25.04.2007 tarih ve 5634 sayılı Hemşirelik Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bir yandan 25.02.1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun 1 inci maddesinde yapılan değişiklikle, "Hemşirelik" unvanının üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte ve yüksek okullarından mezun olanlara verilmesi esası getirilirken; diğer yandan 6283 sayılı Kanuna eklenen geçici 2 nci madde ile 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 olunması ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilmesini öngören beş yıllık bir geçiş süreci öngörülmüştür.

6354 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa eklenen geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile ise, söz konusu geçiş sürecinin bir beş yıl daha uzatılarak geçiş hükmünün kalıcı hale getirilmesi öngörülmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği üzere, 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 olan devlettir.

Devletin, insan sağlığı ve tedavi hizmetlerindeki öneminden dolayı hemşirelik mesleğinin üniversite mezunları tarafından yürütülmesini 2007 yılında kabul etmesi ve beş yıllık geçiş süresi de vermesinden sonra geçiş sürecinin bir beş yıl daha uzatılarak geçiş hükmünün kalıcılaştırılması ve dolayısıyla temel bir insan hakkı olan yaşama hakkı gibi bir alanda hukuki istikrarın ortadan kaldırılması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Geçici 2 nci madde hükmü beş yıl süre ile getirilmiş ve kişiler yaşamlarını geçiş hükmünün beş yılın

sonunda yürürlükten kalkacağı beklentisine göre planlamışlardır. Beş yıl dolduktan sonra geçiş hükmünün bir beş yıl daha uzatılması, kişilerin hukuki güvenliklerini ortadan kaldırdığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırılık oluşturur.

Sağlık meslek lisesi mezunu olan kişilere hemşirelik unvan ve yetkisi veren düzenleme, hemşirelik hizmetlerinde hemşirelik eğitimi sonucu kazanılan hemşirelik bilgi, görgü ve becerisini zorunluluk değil, bir seçenek durumuna indirgediği için, mesleki faaliyetin, mesleki bilgi ve becerilerle donatılmış yetkin ve yetkili kişiler tarafından icrası bağlamında, çalışma özgürlüğüne yönelik bir müdahale anlamı da taşımaktadır.

“Mesleki faaliyetin yetkili kişiler tarafından icrası anlamında” çalışma özgürlüğüne ilişkin müdahaleler;

- mesleğe girişte ve yükselmede şekil koşullarını,
- mesleğin kapsamını, tanımını,
- meslek mensuplarının görev, yetki ve sorumluluk alanını,

- mesleki faaliyetin diğer meslekler karşısındaki sınırlarını içerirler. Bu tür müdahalelerin Anayasaya uygun sayılması için Anayasanın sınırlama ilkelerine ve “çalışma özgürlüğü”ne ilişkin güvenceye aykırı olmaması gerekir.

Anayasa çalışma özgürlüğünü genel olarak meslekler, yeterlilik kuralları ya da herhangi mesleğe sahip olmadan çalışma yönünden ayrıntılı düzenlemeye tabi tutmamıştır. Ancak özel bir hüküm ile (Anayasa madde 135) kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarını düzenleyerek, mesleklerin özgül niteliklerine bağlı kimi konuların da olabileceğini zımnen kabul etmiştir. Eğitim, uzmanlık eğitimi ve özel yeterlilik koşulları ya da standartları gerektirebilen meslekler ve bunların farklı yoğunlaşma alanlarında, çalışma özgürlüğü bir hak ve yetki boyutu da kazanmaktadır. Sayılan gerekçelerle, bu tür mesleklerde çalışma özgürlüğü ile çalışma hak ve yetkisinden söz etmek daha uygun olur. Anılan türden meslekler için çalışma hakkı, Anayasanın 49/2 nci maddesindeki “istihdam” odaklı çalışma hakkı ve ödevinden çok, 48 inci maddedeki çalışma özgürlüğünün bir sonucu gibidir (“özgürlüğün implikasyonu”). Bu nedenle, anılan mesleklerle ilişkin hukuksal sorunlar, çalışma özgürlüğü ile bağlantılı biçimde çalışma hakkının (Anayasa madde 49/1) norm alanına da girerler.

Yasa koyucu, çalışma özgürlüğünde “mesleğin icrasına ilişkin çerçeve”yi (mesleğe girişte ve yükselmeye şekil koşulları, mesleğin kapsamı, tanımı, görev, yetki ve sorumluluk alanı, mesleki faaliyetin diğer meslekler karşısındaki sınırları ve aynı mesleğin uzmanlık dalları içindeki sınırlar) düzenlerken iki unsurla bağlıdır:

(1) Yasa koyucu öncelikle “mesleğin uzmanlık alanına ilişkin yeterlilik standartları”nı “eşyanın doğası” gereği gözetmek zorundadır. Bu zorunluluk, “mesleğin amacına uygun” düzenleme yapılmasının önkoşuludur.

(2) Yasa koyucu, ilk unsurla da bağlantılı olmak üzere, mesleğin icrasına ilişkin çerçeveyi “ölçülülük ilkesi”ne uygun biçimde belirlemek zorundadır. Bu iki unsur, Anayasanın 13 üncü maddesinde yer alan sınırlama ilkelerinin uygulanmasında kendini gösterir.

Geçici Madde 3’ün ikinci fıkrası hemşirelerin çalışma özgürlüğü ve hakkı yönünden incelendiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilir:

- Anayasanın 48 inci maddesi, çalışma özgürlüğünü düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve “mesleki çalışma özgürlüğü” bakımından özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, mesleki çalışma özgürlüğü “Anayasanın sözü ve ruhu”na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlandırılabilir.¹⁹ Başka bir anlatımla, mesleki çalışma özgürlüğü diğer “anayasal değerler” ile (diğer hak ve özgürlükler ve anayasal ilkeler) çatıştığı ölçüde ve bu çatışma ölçülülük ilkesi ışığında uyumlaştırılarak sınırlandırılabilir.

- Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından, hemşirelerin çalışma özgürlüğünün sınırlandırılmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak

19 Karş. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: “Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur.” Ayrıca bkz. AYM, E. 2001 / 309, K. 2002 / 91, K.t. 15.10.2002: “Anayasanın 48 inci maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilirken bu özgürlük için bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de dava konusu kuralla getirilen sınırlama, bu maddeden değil, Anayasanın mahkemelerin bağımsızlığı ilkesini düzenleyen 138. maddesinden kaynaklanmaktadır.” İtalik (eğik yazı) bölüm özellikle vurgulanmıştır.

“zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç” bulunmamaktadır. Başta da belirtildiği üzere düzenleme esasen bir geçiş dönemi hükmü değildir. Aynı yöndeki geçici maddelerle sürekli kural haline dönüştürülmüştür.

- Ölçülülük ilkesi bakımından, yasakoyucunun mesleki çalışma özgürlüğüne ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Hemşire unvan ve yetkisini kazanabilmek için hemşirelikle ilgili lisans programlarından mezun olmayı seçimlik hale getirerek, hemşirelerin çalışma özgürlüğünü sınırlayan fıkra ne rasyonel ne de uzmanlık yeterliliklerinin nesnel biçimde haklı ya da eşdeğer kıldığı verilere dayanmaktadır. Bu nedenle, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan “elverişlilik ilkesi” bakımından, sınırlama aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olduğu dahi ileri sürülemez.

- “Öze dokunma yasağı” bakımından incelendiğinde, yasa kuralı hemşirelik mesleğinin özgül niteliğini üstü örtülü biçimde yok saymaktadır. Çünkü hemşirelik, mesleğinin yeterlilikleri ve standartları dikkate alınmamakta, lise düzeyinde eğitim alanlar ile lisans mezunları eşdeğer sayılmaktadır. Bu eşdeğerlik varsayımı, hiçbir nesnel, bilimsel ve mesleki veri ve standartlarla açıklanamamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta da gözlendiği gibi,

- bir “mesleği seçmeyi” nesnel koşullar yaratmaksızın engelleyen ya da,
- o mesleğin ortadan kalkmasına yol açan üstü örtülü düzenlemeler,

“mesleğin icra tarzı”na ilişkin düzenlemelerle de yapılabilir.²⁰ Mesleğin icra tarzına ilişkin düzenlemelerle meslek seçimine müdahale eden düzenlemelerin Anayasaya uygunluğu, çok daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır. Bu tür düzenlemelerde, yasa koyucunun takdir yetkisi daha sınırlıdır. Meslek seçimini değersiz ya da önemsiz kılarak, o mesleğin ve meslek içi uzmanlık alanının ortadan kalkmasına yol açabilen yasama işlemleri “öze dokunma yasağı”nı ihlal

²⁰ Özellikle “meslek özgürlüğü” üst başlığında, “meslek seçimi” ve “mesleğin icrası”nı birbirinden ayırmakla birlikte, onları ilişkilendiren Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. Gubelt, Manfred, “Berufsfreiheit”, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1992, Rdnr. 45 / 49; Avrupa kamu hukukunda karşılaştırmalı gözlemler bakımından bkz. Borrmann, Alexandra, Der Schutz der Berufsfreiheit im deutschen Verfassungsrecht und im europäischen Gemeinschaftsrecht: einerechtsvergleichende Studie, Berlin, Duncker u. Humblot Verlag, 2002; ayrıca bkz. Auer, Arnd, Berufsbegriff des Art. 12 Abs 1 Grundgesetz, Frankfurt a. Main, Lang Verlag, 1991.

ederler. İptali istenilen düzenleme hemşirelik mesleğinin nesnel ve bilimsel olarak tartışmasız olan özgül niteliğini yok sayarak, orta ve uzun vadede bu uzmanlığın seçimini tehlikeye düşürmektedir. Böylece, hemşirelerin çalışma özgürlüğü ve hakkının özünü, uzmanlığı “etkisiz hale getirerek” ve “zayıflatarak” ortadan kaldırmaktadır. Bu durum hukuk devletinde kabul edilemez olduğundan Anayasanın 2 nci maddesine bu açıdan da aykırılık söz konusudur.

Anayasanın 48 inci maddesi, çalışma özgürlüğünü düzenlerken “mesleki çalışma özgürlüğü” bakımından özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemekle birlikte, anılan hükmün Anayasanın 2 nci, 49 uncu ve 135 inci maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, lisans eğitimi mezunları tarafından yürütülmesi yasal olarak kabul edilmiş hemşirelik mesleğine girişin, lise mezunlarına bir beş yıl daha açılarak mesleğe girişteki rekabet üzerinden lisans mezunlarının mesleğe girişlerinin oransal ve mutlak anlamda zorlaştırılması ve dolayısıyla lise mezunlarının mesleğe kabulleri üzerinden lisans mezunlarının çalışma haklarının engellenmesi, Anayasanın 48 inci maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasanın 17 nci maddesinde, herkese yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı tanınmış; 56 ncı maddesinde ise, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, devlete vatandaşın korunmuş çevre şartlarında beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmek için pozitif yükümlülük yüklenmiştir.

Kişinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır. Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak için sağlık kuruluşlarını planlayıp ekonomik, verimli ve etkili bir şekilde hizmet vermelerini düzenlemekle yükümlüdür. 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 ve tedavi olmaları insan olmanın asgari yaşam standardıdır.

Devletin, sağlık politikasını güven ve kararlılık içinde sürdürmesi Anayasal bir yükümlülüğü iken, kişinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkının gereği olan Hemşirelik mesleğinin geçici hükümlere süreklilik kazandırılarak amacından saptırılması, Anayasanın 17 nci maddesi ile 56 ncı maddesine aykırıdır.

Anayasanın 5 inci maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasal güvence altında olan kişinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkının gereği olarak hemşirelik mesleğinin üniversite mezunları tarafından yürütülmesini 2007 yılında kabul etmiş ve tedavi hizmetinin sürekliliğinden dolayı beş yıllık geçiş süresi de vermiş iken; geçiş sürecinin bir beş yıl daha uzatılarak hemşirelik hizmetinin gerekli ve yeterli eğitimi almamış kişiler tarafından verilmesinin kalıcılaştırılması, devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığından Anayasanın 5 inci maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasanın 10 uncu maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı üzere, Anayasanın 10 uncu maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özellikle, aykırılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasanın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasanın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

Ancak, yasa koyucu hemşirelik unvanının üniversite mezunlarına verilmesi ve hemşirelik mesleğinin üniversite mezunları tarafından yürütülmesini 2007 yılında kabul etmiş ve beş yıllık geçiş süresi de vermiş iken, geçiş sürecinin bir beş yıl daha uzatılarak geçiş hükmünün kalıcılaştırılması ve böylece lisans mezunları tarafından kullanılması gereken hemşirelik unvanı ile hemşirelik mesleğinin aynı eğitimi almayan ve dolayısıyla durumları özdeş olmayan lise mezunlarına da açması, Anayasanın 10 uncu maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Çünkü, dört yıllık lise eğitim programları ile kişilerin yapılandırılmış hemşirelik eğitimi ile kazanılan nitelikleri edinemeyecekleri açıktır. Eşitlik ilkesi öncelikle, aynı hukuksal konumlarda olanların eşitliği olarak (de jure / hukuksal eşitlik) anlaşılmakta ve Anayasa Mahkemesi hukuksal eşitliğe öncelik veren yorumunu sürekli biçimde yinelemektedir. Eşdeğer sayılamayacak kişi ya da kişi gruplarından bir kısmı, mesleğin gerekleri bakımından özel yeterlilik ve beceriler ile donatılmış iseler, nesnel olarak bu tür yeterlilikleri daha az olanların, diğerleri ile eş tutulması düşünülemez. Çünkü bu tür eşdeğerliği, eşitlik ilkesi yönünden nesnel ve hakkaniyete uygun biçimde meşru kılacak hiçbir "haklı neden" bulunmamaktadır. Aksi, hemşirelik alanında yeterli eğitim görmeyen bireylerin imtiyazlı muameleye tabi tutulması anlamına gelir. İmtiyazlı muamele ise Anayasa madde 10/4 uyarınca yasaklanmıştır. Sonuç olarak, aynı hukuksal konumda olmayan kişi veya kişi gruplarının, yetki ve sorumluluk yönünden eşit sayılması Anayasanın 10 uncu maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6354 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesi ile 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa eklenen geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 17 nci, 48 inci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

Kanun'un iptali istenen kuralların da yer aldığı maddeleri şöyledir:

"MADDE 1- 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 153 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir.

Gerekli tedbirlerin alınmasına rağmen, doğumu takiben anne veya bebekte meydana gelebilecek istenmeyen sonuçlardan dolayı hekim sorumlu tutulamaz.

MADDE 7- 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ve tabip" ibaresi

“, tabip, dış tabibi ve eczacı” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentler; ihtiyaç duyulan alanlarda teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere, Sağlık Bakanlığının kararıyla eğitim ve araştırma hastanelerinde Maliye Bakanlığının vizesine bağlı olarak sözleşmeli eğitim görevlisi olarak çalıştırılabilir. Sözleşmeler, aylık çalışma süresi 80 saati geçmemek üzere bir yıla kadar yapılabilir. Sözleşmeli eğitim görevlilerine, yapacakları faaliyetin niteliğine göre yükseköğretim kurumlarında aynı unvandaki kadrolu öğretim üyeleri için 11/10/1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununun 11 inci maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretinin on katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilir. Özellikle arz eden faaliyetler için saatlik sözleşme ücreti, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığının kararıyla bir katına kadar artırılabilir. Bu kapsamdaki sözleşmeli eğitim görevlilerine ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarı, ilgili eğitim ve araştırma hastanesinin bir önceki yıl gerçekleşen personel giderleri toplamının yüzde birini hiçbir şekilde geçemez. İlgili eğitim ve araştırma hastanesinin teklifi ve Sağlık Bakanlığının uygun görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca bu oran bir katına kadar artırılabilir. Bu şekilde artırılan tutar döner sermaye bütçesinden ödenir. Bu kapsamda çalıştırılan sözleşmeli eğitim görevlilerine, bu madde uyarınca yapılacak ödeme dışında herhangi bir ad altında ödeme yapılamaz ve bu kişilere hiçbir idari görev verilemez. Bu madde uyarınca sözleşmeli eğitim görevlisi çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar, bunlara yaptıkları görevlere bağlı olarak ödenecek saatlik sözleşme ücretlerinin tutarı ile diğer hususlar Maliye Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken belirlenir.

MADDE 8- 3359 sayılı Kanunun ek 9 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“EK MADDE 9- Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait kurum ve kuruluşlar ile üniversitelerin ilgili birimleri, karşılıklı olarak işbirliği çerçevesinde birlikte kullanılabilir. Ancak, adrese dayalı nüfus kayıt sistemi sonuçlarına göre toplam il nüfusu 750.000'e kadar olan illerde eğitim ve

araştırma hizmetleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verilebilir. Bu illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversiteler, tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım ve işbirliği yapar.

Birlikte kullanılacak sağlık tesisleri için, Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının uygun görüşü alınarak, il valisi ile üniversite rektörü arasında birlikte kullanım protokolü akdedilir.

Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencilerinin eğitimi de dâhil olmak üzere, ilgili mevzuata göre tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülür. Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisleri, Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletilir ve tesis, üniversitenin görüşü alınarak Bakanlıkça atanan başhekim tarafından yönetilir. Birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisinin kamu hastane birliği kapsamında olması hâlinde, o tesise ait yönetici görevlendirmeleri kamu hastaneleri birliği mevzuatı çerçevesinde yapılır.

Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde fiilen görev yapan personele, üniversite personeli için 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen ek ödeme matrahı ve tavan ek ödeme oranları, Bakanlık ve bağlı kuruluşları personeli için ise 4/1/1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5 inci maddesinde öngörülen ek ödeme matrahı ve tavan ek ödeme oranları esas alınarak Bakanlığın tâbi olduğu ek ödeme mevzuatı doğrultusunda ek ödeme yapılır.

Birlikte kullanılan sağlık tesisinde görev yapan personelin disiplin ve tüm özlük işlemleri kadrosunun bulunduğu kurumun ilgili mevzuatına göre yürütülür.

Üniversite tarafından, birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlarda görevli personelin profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi için Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait eğitim görevlisi kadroları da kullanılabilir.

Bakanlık ve üniversiteler, birlikte kullanım dışında döner sermayesi ve kurumları ayrı ve bağımsız olmak suretiyle eğitim, sağlık hizmeti üretimi, araştırma ve kamu sağlığını geliştirme gibi alanlarda işbirliği yapabilirler. İşbirliği yapılacak hususlarda Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının uygun görüşü alınarak, il valisi ve üniversite rektörü arasında protokol akdedilir.

Birlikte kullanım ve işbirliğine ilişkin usul ve esaslar ile ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde döner sermaye gelirlerinden personele yapılacak ek ödemelere ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

MADDE 12- 24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle ve aynı maddenin sonuna aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırımlı ücretten yararlananlar hariç olmak üzere, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ihtiyaç ve zaruret hâsıl olduğunda haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde nöbet görevi verilebilir ve bunlara aynı maddede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde nöbet ücreti ödenir."

"Aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumların; her bir araştırma görevlisi/asistan başına azamî kayıtlı kişi sayısı 4000 kişiyi aşmamak ve her kayıtlı kişi başına (görev yapacak araştırma görevlisi/asistan sayısı da esas alınmak suretiyle) aylık beş Türk Lirasından fazla olmamak üzere belirlenecek tutar, çalışılan aya ait sonuçların ilgili sağlık idaresine bildiriminden itibaren onbeş gün içinde ilgili döner sermaye mevzuatı hükümlerine tabi tutulmaksızın döner sermaye işletmelerinde bu amaçla açılacak olan hesaba yatırılır. Bu tutarı üç katına kadar artırmaya Sağlık Bakanlığının talebi ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Kayıtlı kişi başına belirlenen tutar, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre belirlenen en yüksek brüt sözleşme ücretinin artışı oranında artırılabilir. Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenen standartlara göre, koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulanması hâlinde ödeme tutarının % 20'sine kadar indirim yapılır.

Bu şekilde kurumlarca oluşturulacak aile sağığı merkezlerinin bu Kanun kapsamında oluşacak tüm giderleri sekizinci fıkrada belirtilen hesaplardan ödenir. Kurumlarınca aile hekimliğı hizmetlerinde çalıştırılan öğretim üyesi, eğitim görevlisi, araştırma görevlisi ve asistanlara; kayıtlı kişi sayısı ve bunların risk grupları, gezici sağıık hizmetleri, belirlenen standartlar çerçevesinde sağıığın geliştirilmesi, hastalıkların önlenmesi, takibi ve kontrolündeki başarı oranı gibi kriterlere göre yapılacak ödemelere ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığıının uygun görüşü üzerine Sağıık Bakanlığıınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir. İlgililere yapılacak toplam ödeme, kadrolarına bağılı olarak yapılan ödemeler de dâhil olmak üzere beşinci fıkrada yer alan sınırları aşamaz. Sekizinci fıkra kapsamında oluşturulan aile sağıığı merkezlerinde görev yapan aile sağıığı elemanlarına 209 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ve 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 58 inci maddesi hükümleri çerçevesinde belirlenen azamî ek ödeme tutarını geçmemek üzere yukarıda belirtilen kriterler çerçevesinde yapılacak ödeme, anılan fıkra uyarınca açılmış bulunan hesaplardan ödenir. Bu fıkra kapsamında yapılacak ödemenin net tutarı, 27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 9 uncu maddesi uyarınca kadro ve görev unvanı veya pozisyon unvanı itibarıyla belirlenmiş olan ek ödemenin net tutarından az olamaz. Bu ödemeden yararlanan personele, ayrıca 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 9 uncu maddesi, 209 sayılı Kanunun 5 inci ve ek 3 üncü maddeleri ile 2547 sayılı Kanunun 58 inci maddesi ((e) fıkrasının ikinci paragrafı hariç) uyarınca herhangi bir şekilde ek ödeme yapılmaz.”

MADDE 13- 5258 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine “kaydı ile” ibaresinden sonra gelmek üzere “Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde” ibaresi eklenmiştir.

MADDE 16- 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 33 üncü maddesinin beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(5) Tabip, diş tabibi ve eczacılardan sözleşmeli personel olarak görev yapanlar, ihtiyaç hâlinde Bakanlığın ve bağılı kuruluşlarının merkez teşkilatında daire başkanı ve daha üst yönetici kadrolarında süreli olarak görevlendirilebilir ve bu husus sözleşmelerde belirtilir.”

“(7) Sözleşmeli personelin disiplin amirlerinin tayini ile çalışma usul ve esasları Bakanlık tarafından belirlenir. Bunlardan idarî görevlerde bulunanlara memurların disiplin amirliği yetkisi verilebilir.

(8) Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personel, atanmış olduğu sağlık kurumunda bu madde kapsamında sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilir. Ancak il merkezindeki sağlık kurumlarına atanmış olan Devlet hizmeti yükümlüleri Birlik merkezinde de sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilir. Bu personelin sözleşmeli olarak geçen süreleri Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılır.”

MADDE 23- 25/2/1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununa aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 3- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, ebelik diplomasına sahip olduğu halde en az üç yıldan beri yataklı tedavi kurumları ile ağız ve diş sağlığı merkezlerinde fiilen hemşirelik görevi yaptığını resmi belge ile belgelendiren ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde talepte bulunanlar, hemşirelik yetkisiyle görevlerine devam eder.

Üniversitelerin hemşirelik programlarında ülke ihtiyacını karşılayacak yeterli kontenjanlar oluşturulmak üzere bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 5 yıl süre ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik programlarına öğrenci alınmasına devam olunur ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilir.”“

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava ve ek dava dilekçesinde, Anayasa’nın 2., 5., 6., 7., 10., 11., 13., 17., 48., 50., 56., 124., 128., 130. ve 131. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve

Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 27.9.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle dava dilekçesinin, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 38. maddesinde belirtilen esaslara uygun olup olmadığı sorunu görüşülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında *"İptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur."* kuralı yer almış, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 45. maddesinde de *"İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu", "Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi"* dava dilekçesinde yer alması gereken hususlar arasında sayılmıştır.

6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, dava dilekçesinin, 38. maddede gösterilen şartları taşıyıp taşımadığının kayıt tarihinden itibaren on gün içinde inceleneceği, başvuru dilekçesindeki eksikliklerin varsa kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması için ilgililere tebliğ olunacağı, aynı maddenin (3) numaralı fıkrasında ise birinci fıkrada belirtilen süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verileceği belirtilmiştir.

Dava dilekçesinde, 6354 sayılı Kanun'un;

1- a)- 1. maddesiyle 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153. maddesine eklenen ikinci fıkranın, Anayasa'nın 10. maddesine,

b)- 8. maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinin, Anayasa'nın 7. ve 124.,

c)- 23. maddesiyle 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen Geçici Madde 3'ün ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 48. ve 56. maddelerine de aykırı oldukları belirtilerek iptallerinin istemesine karşın, bu hükümlerin her birinin aykırı olduğu ileri sürülen her bir Anayasa maddesine ilişkin gerekçelerinin gösterilmediği,

2- 4- 23. maddesiyle 6283 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 3'ün ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 5., 10. ve 17. maddeleri ile ilgili iptal gerekçesinin yetersiz olduğu,

saptanmıştır.

6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 49. maddesi uyarınca Ankara Milletvekili Emine Ülker TARHAN ile Mersin Milletvekili Aytuğ ATICI'ya bildirimde bulunulmasına ve yukarıda belirtilen eksikliklerinin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak 15 (onbeş) gün süre verilmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesinin 27.9.2012 günlü ilk inceleme kararında belirtilen eksikliklerin tamamlanması için belirlenen süre içinde 19.10.2012 gününde verilen ek dava dilekçesi üzerine, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ve Muammer TOPAL'ın katılımlarıyla 8.11.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ile ek dilekçe ve ekleri, Raportör Ümit DENİZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptal davasına konu yasa kuralları, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesiyle 1593 Sayılı Kanun'un 153. Maddesine Eklenen "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir." Biçimindeki İkinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, pek çok ülkede sezaryen oranlarındaki artışa rağmen anne adaylarının seçim yapma haklarını ortadan kaldıran ya da

hekimlere yönelik yaptırım tehdidini içeren bir düzenleme bulunmadığı, dava konusu düzenlemeyle anne istemli sezaryenin tıbbi bir endikasyon olmadığı düşüncesinin benimsendiği, hamile kadının istemediği ve muvafakat vermediği bir tıbbi müdahaleye maruz bırakıldığı, insan onurunun kişilerin kendi vücut bütünlükleri, maddi ve manevi varlıklarıyla ilgili karar verme hakkını ve bu hakkın hamile kadınların çocuklarını nasıl dünyaya getireceklerine ilişkin yöntemi seçme hakkını da içerdiği, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla kişinin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkının birbiriyle kopmaz bir bağ içinde olduğu, bu hakların Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleriyle birlikte bütüncül bir şekilde koruma altına alındığı, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkının saygı duyulması gereken bir hak olduğu, Devletin pozitif edimleriyle yaşama geçirilmesi gereken bir yükümlülük olarak belirlenmesine rağmen bu hakkın ölçsüz bir şekilde sınırlandırıldığı, hakkın kullanımını zayıflatarak hakkın özüne dokunulduğu, demokratik toplum düzeni gereklerinin yerine getirilmediği ve Anayasa'nın ruhu ve sözüne aykırı olmama ölçütünün de karşılanmadığı, bunların yanında kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tabiplerin çalışma özgürlüğünü sınırlandırdığı, bu sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine ve bu ilkenin alt ilkeleri olan *"elverişlilik"*, *"gereklilik"* ve *"orantılılık"* ilkelerine aykırı gerçekleştirildiği, maddi durum iyi olanların yurtdışına çıkarak sezaryen ameliyatı olabilecekken diğer kişilerin bu hakka sahip olmadıkları, bu durumun da eşitlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 48. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile gerek gebe gerekse anne rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması durumunda sezaryen ameliyatı ile doğum yaptırılacağı öngörülmüştür. Buna göre sezaryen ameliyatının yapılması için yalnızca anne adayının isteği yeterli olmayacak, tıbbi zorunluluk bulunması gerekecek, gerekliliğin olup olmadığına ise hekim karar verecektir.

Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama ödevi verilmiştir. Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır. Sağlık hakkı, insanların doğuştan kazandıkları vazgeçilemez ve devredilemez haklarının

başında gelmektedir. Yine Devlet, Anayasa'nın 17. maddesine göre, kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Aynı maddede *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."* denilmektedir. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen nedenlerle sınırlanamaz.

Sağlık hakkının tamamlayıcı unsurları arasında hasta hakları önemli bir yer kaplar. Hasta hakları, sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin, sırf insan olmaları sebebiyle sahip bulundukları haklar olarak tanımlanabilir. İnsan haklarının bir uzantısı olan hasta hakları, insan haklarının sağlık hizmetlerine uygulanması olarak değerlendirilebilir.

Anayasa'nın 5. maddesi de insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Kanun koyucu, Devlete verilen bu görevlerin gereği olarak, kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşam sürdürmelerini sağlamak amacıyla gerekli gördüğü yasal önlemleri almakla yükümlüdür. Sağlığa aykırı gördüğü uygulamaları kısıtlamak suretiyle kişilerin yaşamlarını sağlıklı bir şekilde sürdürmelerini sağlamayı amaçlaması belirtilen pozitif yükümlülüğün bir sonucudur. Dava konusu kuralın da, belirtilen yükümlülüğün gereği olarak kişilerin sağlıklı yaşam sürmeleri açısından tıbbi zorunlulukların esas alınmasını amaçladığı görülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir. Devlet, herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanmasını için gerekli tedbirleri almalı, kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamalıdır. Devlet, ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesinin öngördüğü üzere, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır. Sosyal devlet olma niteliği gereği kişilerin yaşam haklarının korunmasını, gerekli ve en uygun sağlık hizmeti almalarını sağlamakla yükümlü olan

Devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinin anayasal ilkelerle çelişeceği açıktır.

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrası *"Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz."* diyerek kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisi olduğunu istisna tanıyarak vurgulamıştır. Devlet, pozitif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü altındadır. Dolayısıyla kişinin sağlığı ve beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı, gerek kendisi gerekse üçüncü kişilerin müdahalesi yönünden mutlak ve sınırsız değildir. Birey bedeni üzerinde tasarrufta bulunabilirse de bu tasarruf sınırlıdır ve bunun için başkasını da zorlayamaz. Üçüncü kişilerin kanunun cevaz vermediği tasarrufları, muhatabın rızasına dayansa da hukuka uygun değildir. Bunun sağlık alanına yansması hastanın, hekimi tıbben uygun görmediği tedaviye veya ameliyata zorlayamamasıdır. Aksi durumda hekimin hukuki hakları ve tıbbi etik kurallarının yanında hastanın tedavi hakkı da ihlal edilmiş olur.

Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Bunların yanında hastasının zarar görmemesi ve tedavinin olumlu sonuçlanması için, bilimsel tüm kuralları yerine getirmek, hastanın durumunu ivedi bir şekilde saptamak, mevcut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak ve uygun tedaviyi ivedi bir şekilde belirleyip uygulamak zorundadır. Bu nedenle tedavi yönteminin belirlenmesi temel olarak hekimin görevidir. Bu seçimi yaparken bilimsel kanaatine göre belirleyeceği en güvenilir yolu seçmesi gerekir. Hekimin sahip olduğu bu haklar, aynı zamanda hastanın özgürce bilimsel ve etik kararlar verebilen bir hekim tarafından tedavi edilme hakkının da yansımasıdır. Dolayısıyla tedavi yöntemini belirleyecek olan hekim, hasta tarafından bilimsel görüşüne aykırı teşhis ve tedaviye zorlanamaz.

Dava konusu kural ile doğumun gerçekleşmesinin iki yönteminden birinin tıbbi zorunluluk kavramına göre hekim tarafından tercih edilmesi öngörülmektedir. Kuralın sınırladığı husus, anne adayının kendi isteği ile

doğum yöntemini belirlemesi ve hekime bunu dayatabilmesi ile hekimin de tıbbi zorunluluk olmaksızın bu ameliyatı yapmasıdır. Kural ile hekime, tedaviye ilişkin bilimsel görüşünü ileri sürme ve uygulama konusunda yasal bir dayanak sağlanmıştır. Sezaryen ameliyatını sağlık hizmetlerinden yararlanmaya engel olmayacak biçimde, tıp bilimine göre belirlenecek nedenlerle sınırlayan, bilimin gerekleri dışında herhangi bir yöntem dayatmayan dava konusu kuralın, kadının maddi ve manevi varlığını geliştirmeye engel olduğu söylenemez.

Dava dilekçesinde hekime tercih hakkı verilmediği, normal doğum yaptırmaya zorlandığı, çalışma hürriyetine engel olunduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir."* denilmekte ve aynı maddenin gerekçesinde de *"Hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdi sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti olunması tabiidir."* denilerek irade özgürlüğünün önemi vurgulanmaktadır. Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğünün, Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olarak sınırlandırılmayacağı da açıktır. Hekimlerin çalışması bakımından da aynı hususlar geçerlidir. Doğumun gerçekleşmesinde sadece iki yöntemin olduğu dikkate alındığında, anne adayına hekimin bilimsel tercihinin etkisiz kılacak üstün bir tercih hakkı verilmesinin, uygun görmediği tedaviyi uygulamaya zorlanacak hekimin çalışma hürriyetini daraltacağı açıktır. Dolayısıyla bu durum, hekimin tedavi yöntemini belirleme hakkına müdahale olacaktır. Dava konusu kural, hekimin çalışma hürriyetini sınırlamamıştır. Bu nedenle de Anayasa'nın 48. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Yine dava dilekçesinde maddi durumu iyi olanların yurtdışında sezaryen ameliyatı olabileceği hâlde zayıf olanların bunu gerçekleştiremeyeceği, bu durumun eşitsizlik yarattığı ileri sürülmüştür.

Anayasal hakların kullanılması bakımından gelir dağılımı bir ölçüt değildir. Anayasa'da yer alan tüm hak ve hürriyetlerin kullanılması bakımından herkes eşittir. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilerek her türlü ayrımcılık kesin bir dille reddedilmiş, aynı maddenin dördüncü fıkrasında ise *"Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz*

tanınamaz." denilerek vatandaşlar arasında üstünlük olamayacağı bir kez daha vurgulanmıştır. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Anayasa kanun önünde eşitliği öngörmektedir. Kuralın uygulanmasında yaşanacak fiili durumlar yasama faaliyetinin dışındadır. Öte yandan diğer ülkelerin kuralları ile dava konusu kural eşitlik yönünden kıyaslanamaz. Kural, gelir durumuna bakılmaksızın herkese uygulanacak objektif, soyut ve genel bir düzenleme niteliğinde olduğundan eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 48. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

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

B- Kanun'un 7. Maddesiyle 3359 Sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesine Eklenen Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sözleşmeli olarak görevlendirilecek öğretim üyelerinin nasıl bir yöntemle, hangi kriterlere göre seçilip görevlendirileceğine, görevlendirmenin hangi hâllerde nasıl sonlandırılacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmediği, hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından birinin hukuk güvenliği olduğu, Anayasa'nın 130. maddesiyle öngörülen güvencelerin sağlanabilmesi ve hukuki güvenliğin oluşturulabilmesi için öğretim üyelerinin görevlendirilmesinde ve görevlerinin sona ermesinde uygulanacak usul ve esasların kanunla düzenlenmesi gerektiği, kuralın Sağlık Bakanlığına tanınan yetkinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanılacağına ilişkin hiçbir hüküm içermemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığı, kuralları belirleme yetkisinin bakanlıklara devredilmesi nedeniyle yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesiyle çelişildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 6. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgili nedeniyle Anayasa'nın 7. ve 128. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla kamu kurumu ve kuruluşları ile vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere herhangi bir öğretim kurumunda görev

yapmayan profesör ve doçentlerin (emekli, bağımsız çalışan vb.) ihtiyaç duyulan alanlarda teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak, bir yıla kadar süreyle ve aylık çalışma süresi 80 saati geçmemek üzere Sağlık Bakanlığının kararıyla eğitim ve araştırma hastanelerinde Maliye Bakanlığının vizesine bağlı olarak sözleşmeli eğitim görevlisi olarak çalıştırılabilmeleri düzenlenmektedir. Kural uyarınca görev yapacak olanlara; yapacakları faaliyetin niteliğine göre yükseköğretim kurumlarında aynı unvandaki kadrolu öğretim üyeleri için 2914 sayılı Kanun'un 11. maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretinin on katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilecek, özellik arz eden faaliyetler için saatlik sözleşme ücreti, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığının kararıyla bir katına kadar artırılabilir ancak ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarı, ilgili eğitim ve araştırma hastanesinin bir önceki yıl gerçekleşen personel giderleri toplamının yüzde birini hiçbir şekilde geçemeyecek, ilgili eğitim ve araştırma hastanesinin teklifi ve Sağlık Bakanlığının uygun görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca bu oran bir katına kadar artırılabilir, artırılan ücret döner sermaye bütçesinden ödenecek, bu kapsamda çalıştırılan görevlilere başka ödeme yapılmayacak ve idari görev verilemeyecektir. Ayrıca kural, bu madde uyarınca sözleşmeli eğitim görevlisi çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar ile bu görevlilere ödenecek saatlik sözleşme ücreti tutarı ile diğer hususların Maliye ve Sağlık Bakanlıklarınca müştereken belirlenmesini öngörmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Kanun koyucunun temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin ayrıntıları yürütmeye bırakması, kanunla düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz ve yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Anayasa'nın 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.”; 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.” denilmektedir.

Anayasa’nın 130. belirtilen öğretim görevlileri kamu görevlisidir. Oysa kural kapsamındaki öğretim görevlisi ile Sağlık Bakanlığı arasında kamu hukuku ilişkisi bulunmamaktadır. Karşılıklı irade ile gerçekleştirilen sözleşmeye bağlı özel hukuk ilişkisi söz konusudur. İdare ile aralarında önceden düzenlemiş kurallara bağlı bir statü ilişkisi yoktur ve herhangi bir kadroya bağlı olarak da çalışmayacaklardır. Öğretim görevlisi belirli sürede ihtiyaç duyulan uzmanlık bilgisini sunacak, sürekli olarak kamu görevi yapmayacaktır. Çalışma saat ve süreleri, çalışma alanları kadrolu öğretim görevlileri için belirlenen çalışma saat ve sürelerinden farklıdır. Sağlık Bakanlığı ile sözleşme yapacak öğretim görevlilerinin Anayasa’nın 128. maddesinde sayılan “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” kapsamında olmadığı açıktır. Herhangi bir pozisyonları olmadığından dolayı işçi de sayılamayacaklardır. Bu kişiler, Sağlık Bakanlığının belirli bir alanda ihtiyaç duyması hâlinde ve kuralda belirtilen sınırlamalara uygun olmak kaydıyla, istisnai türde sözleşme yaparak çalıştırılan personeldir. Ücretlendirilmeleri de farklı usullere bağlanmıştır. Kısmen benzetmekle beraber 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 4. maddesinde düzenlenen sözleşmeli ve geçici personelden farklıdır. Kurala göre görev yapacak öğretim görevlilerinin çalışma usulleri daha çok hizmet alımına benzemektedir. Dolayısıyla, Anayasa’nın 128. maddesi anlamında “memurlar” veya “diğer kamu görevlileri” kapsamında olmayan görevlilerin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerekmemektedir.

Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de “belirlilik”tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuyla 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.

Gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak, genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla, ihtiyaç duyulan alanlarda geçici olarak öğretim görevlisi çalıştırmaya ilişkin konuları düzenleyen kanunların sırf bu sebeple Anayasa'ya aykırı olduğu söylenemez.

Dava konusu kuralla ihtiyaç alanının ve sözleşme yapılacak öğretim görevlisinin belirlenmesi Sağlık Bakanlığına bırakılmaktadır. Kuralda geçen *"ihtiyaç duyulan alan"* ibaresinin düzenlenme amacı olası ihtiyacı karşılamaktır. Hangi eğitim ve araştırma hastanesinde hangi alanlarda hangi unvanda öğretim üyesine ihtiyaç olacağının, bu ihtiyacın ne zaman doğacağının önceden kanunla belirlenmesinin imkânı olmadığı düşünüldüğünde eğitim verecek görevlinin belirlenmesinde de idarenin takdir hakkına sahip olduğu açıktır. Ayrıca takdir yetkisinin sınırları kuralda belirlenmiştir. Bunların yanında; kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentlerin, idari görev yapmamak üzere, ihtiyaç duyulan alanlarda teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği sınırlı görevleri yapmaları söz konusudur. Bunun yanında azami çalışma saatleri ve ücretlendirmenin sınırı belirlidir. Ücretin çerçevesi belirlenmiş olduğundan çalıştırılabileceklerin sayısı da sınırlanmış olmaktadır. Bu şekilde temel ölçütler Kanun ile düzenlenerek idareye kanunla tespiti mümkün olmayan teknik ve sınırlı bir alan bırakıldığından kuralda belirsizlik bulunduğu ve dolayısıyla yasama yetkisinin devredildiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 6. ve 130. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 8. Maddesiyle Değiştirilen 3359 Sayılı Kanun'un Ek 9. Maddesinin İncelenmesi

Dava ve ek dava dilekçesinde, kuralın dünyada uygulanan sisteme göre düzenlenmediği, yargı kararlarında belirtilen Anayasa'ya aykırılık nedenlerini ortadan kaldırmadığı, tıp fakülteleri hastanelerinin Sağlık Bakanlığına devrine olanak tanıdığı, üniversitelerin kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olmaları gerektiği, üniversitelerin tıp fakültelerine ait hastanelerin de bir uygulama ve araştırma merkezi olarak mesleki hizmet üretme ve eğitim ve araştırma gibi iki temel akademik işlevinin olduğu, kuralla araştırma faaliyeti ile sunulan sağlık hizmetinin bütünleştiği ve iç içe geçtiği bir alanın ortaya çıktığı, bu durumun ise üniversitelerin bilimsel özerkliği ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, Sağlık Bakanlığı ile üniversitenin kullanım koşullarını ortak belirleyeceğinin söylenmesine rağmen yönetime ilişkin çerçeveyi çizmediği, düzenleme yapma yetkisi verilmediği hâlde yasama yetkisinin idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesini ihlal ettiği, ayrıca üniversitelerin yönetmelik çıkarma hakkı olmasına rağmen yönetmeliğin Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Yükseköğretim Kurumu ve Sağlık Bakanlığı tarafından birlikte çıkarılmasının Anayasa'ya uygun olmadığı, belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 124., 130. ve 131. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgili nedeniyle Anayasa'nın 56. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralın birinci fıkrası uyarınca Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait kurum ve kuruluşları ile üniversitelerin ilgili birimleri işbirliği içerisinde birlikte kullanılacak, kuralın yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçerli olmak üzere nüfusu 750.000'den az olan yerlerde eğitim ve araştırma hizmetleri, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verilebilecektir. Nüfusu 750.000'den fazla olan yerlerde işbirliği isteğe bağlı olacaktır. Birlikte kullanılacak sağlık birimlerinde sağlık hizmetinin yanı sıra hem lisans hem de uzmanlık eğitimi verilecektir.

Kuralın ikinci fıkrası, ortak kullanımın, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurumunun görüşü alındıktan sonra il valisi ve üniversite rektörü arasında yapılacak protokole göre gerçekleştirileceğini öngörmektedir.

Kuralın üçüncü fıkrası uyarınca birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencileri de dâhil olmak üzere tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda gerçekleştirilecektir. Aynı fıkra gereğince belirtilen sağlık tesisleri, Sağlık Bakanlığının tabi olduğu mevzuata göre yönetilecek, başhekim üniversitenin görüşü alınarak Bakanlık tarafından atanacak, bu tesis kamu hastaneleri birliği kapsamında ise yönetici atamaları da bu birliğe göre yapılacaktır.

Kuralın dördüncü fıkrası, birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde çalışacak üniversite ve Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluş personeline ödenecek ödemeleri ve bunların tabi olacağı mevzuatı öngörmektedir. Buna göre, ortak sağlık tesisinde fiilen görev yapmayan personele ödeme yapılmayacaktır. Ortak kullanılsa da üniversite personeli kendi kurallarına, Sağlık Bakanlığı personeli ise kendi kurallarına göre ek ödeme alacaklardır.

Beşinci fıkra, sağlık tesislerinde görev yapacakların disiplin ve özlük işlerinin kadrolarının bulunduğu kurum mevzuatına göre yapılacağını hükmetmektedir. Böylece ortak çalışma yapılması disiplin ve özlük haklarını etkilemeyecektir.

Kuralın altıncı fıkrası, birlikte kullanılan kurum ya da kuruluşlarda görevli personelin profesör veya doçent kadrolarına atanabilmesi için Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait eğitim görevlisi kadrolarının kullanılabileceğini öngörmektedir.

Yedinci fıkra, Sağlık Bakanlığı ile üniversitelerin birlikte kullanım dışında döner sermayesi ve kurumları ayrı ve bağımsız olmak suretiyle eğitim, sağlık hizmeti üretimi, araştırma ve kamu sağlığını geliştirme gibi alanlarda işbirliği yapabilmesini, bu hususlarda Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu Başkanlığının uygun görüşü alınarak il valisi ve üniversite rektörü arasında protokol yapılmasını düzenlemektedir.

Kuralın sekizinci fıkrası ile birlikte kullanım ve işbirliğine ait esaslar ile döner sermaye gelirlerinden personele yapılacak ek ödemelere ilişkin diğer hususların Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükmüne bağlanmıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Kanun koyucunun temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin ayrıntıları yürütmeye bırakması, kanunla düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz ve yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir."*; üçüncü fıkrasında ise *"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."* denilmektedir. Belirtilen madde Devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler yüklemiştir. 56. madde ile Devlete verilen görevler zorunlu nitelik taşıyan pozitif yükümlülüklerdir.

Anayasa'nın 56. maddesine paralel olarak 3359 sayılı Kanun'un 3. maddesi de Sağlık Bakanlığına çeşitli yükümlülükler getirmiştir. Buna göre, sağlık kurum ve kuruluşları yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunacak şekilde planlanmalı, koordine edilmeli, mali yönden desteklenmeli ve geliştirilmelidir. Ayrıca koruyucu sağlık hizmetlerine öncelik verilmek suretiyle kamu ve özel bütün sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesinde kaynak israfı ve atıl kapasiteye yol açılmamalı, gerektiğinde hizmet satın alınarak kaliteli hizmet arzı ve verimliliği esas alınmalıdır. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esas alınmalıdır. Belirtilen madde uyarınca sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecektir. Sağlık Bakanlığı, sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlaması yapmak zorundadır. Bakanlık görevini yerine getirirken üniversitelerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarının imkânlarından da yararlanacaktır. Sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel

sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve işbirliği yapılabilir. Sağlık kurum ve kuruluşları, coğrafik ve fonksiyonel hizmet alanları, verecekleri hizmetler, yönetim, hizmet ilişki ve bağlantıları gibi konularda tespit edilen esaslara uymak ve verilen görevleri yapmakla yükümlüdürler.

Yine, Sağlık Bakanlığının görev ve teşkilat yapısını düzenleyen 663 sayılı KHK'nin 2. maddesi ile de Sağlık Bakanlığı, sağlık eğitimi ve araştırma faaliyetlerinin geliştirilmesi, insan gücünde ve maddi kaynaklarda tasarruf sağlamak ve verimi artırmak, sağlık sektöründeki insan gücünün ülke sathında dengeli dağılımını sağlamak ve bütün paydaşlar arasında işbirliğini gerçekleştirmek suretiyle yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunumunun sağlanması, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından açılacak sağlık kuruluşlarının ülke sathında planlanması ve yaygınlaştırılması ile görevlendirilmiştir.

Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu çerçevede artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, sürekli yenilenen teknolojileri kullanmak, sağlık hizmetlerini yurt sathında eşit ve kaliteli olarak sunmak, maliyetleri asgari düzeye getirmek, mesleki olarak yeterli, sayıca kısıtlı yetişmiş insan gücünü dengeli bir şekilde dağıtmak, değişen şartlara göre planlama yapmak, hizmet kalitesini yükseltirken maliyeti düşürmek ve buna rağmen etkin, verimli, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımı yapmamak, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir. Bu nedenle dava konusu kural ile Anayasa'nın 56. maddesi ve belirtilen kanunlar ile Devlete verilen görevler ve sosyal devlet olmanın gereği yerine getirilmiş olduğundan hukuk devleti ilkesine aykırılıktan da söz edilemez.

Dava konusu sekizinci fıkraya göre, birlikte kullanım ve işbirliğine ilişkin usul ve esaslar ile döner sermaye gelirlerinden personele yapılacak ek ödemeler müşterek çıkarılacak yönetmelik ile belirlenecektir. Dava konusu kuralda ortak kullanılacak tesisin yönetiminin ve yönetim mevzuatının ne olacağı belirlenmiştir. Görev yapacak personele yapılacak ek ödemeler, usulü ve dayandığı mevzuat gösterilmiştir. Kuralda ayrıntılı düzenlemelere

yer verilmiş, uygulamaya yönelik usul ve esasların ana ilkeleri yer almıştır. Kural, yönetmeliğe bırakılacak alanı sınırlamış ve yürütmeye bırakılan yetkinin çerçevesini daraltacak ilkeleri ortaya koymuştur. Kanun koyucunun belirlediği bu ilkelere göre yürütme, ayrıntılı ve teknik konuları yönetmelik ile düzenleyebilecektir. Bu şekildeki bir düzenleme, ortak kullanım ve işbirliğinin anlam ve amacına da uygundur. Üstelik yönetmelik çıkarma yetkisinin, hangi kuruluşların katkısıyla kullanılacağı kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Kanun koyucu da kaynağı ve çerçevesi Kanun'da bulunan hususların ayrıntısını belirleme yetkisini takdir hakkı kapsamında müştereken kullanacak Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurumuna vermiştir. Bu nedenle yönetmelikle belirleneceği belirtilen birlikte kullanım, işbirliğine ilişkin usul ve esaslar ile döner sermaye gelirlerinden yapılacak ödemelere yönelik işleyişinin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılması asli düzenleme yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Dava dilekçesinde, yönetmelik çıkarma yetkisinin üniversitelere bırakılması gerektiği de ileri sürülmüştür. Kuralda Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurumunun ortak yönetmelik çıkarılmasına hükmedilmiştir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca Yükseköğretim Kurulu, tüm yüksek öğretimi düzenleyen ve yükseköğretim kurumlarının faaliyetlerine yön veren, 2547 sayılı Kanunla kendisine verilen görev ve yetkiler çerçevesinde özerkliğe ve kamu tüzel kişiliğine sahip bir kuruluştur. Aynı Kanun'un 7. maddesine göre yükseköğretim kurumları arasında 2547 sayılı Kanun ile belirlenen amaç, ilke ve hedefler doğrultusunda birleştirici, bütünleştirici, sürekli, ahenkli ve geliştirici işbirliği ve koordinasyonu sağlama görevi Yükseköğretim Kuruluna verilmiştir. Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliği bulunan üniversitelerin yönetmelik çıkarma yetkisi mevcut ise de belirtilen yönetmeliğin her üniversite için ayrı ayrı çıkarılması durumunda ortak kullanımda farklı kuralların uygulanması zorunluluğu doğacaktır. Üniversite sayısı kadar protokol ve bir o kadar da yönetmelik yapılması gerekecektir. Oysa Yükseköğretim Kurulu ile Sağlık Bakanlığı tarafından müşterek yönetmeliğin çıkarılması durumunda ortak bir yönetmeliğin yapılması yeterli olacak ve böylece uygulama birliği de sağlanmış olacaktır.

Üniversitenin çalışmalarını, eğitim ve öğretimin her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve baskısız bir ortamda yapmasının belirtilen yöntemle çıkarılacak olan yönetmelikle ilgisi bulunmamaktadır.

Dolayısıyla Yükseköğretim Kurulunun görevleri ve üniversiteler üzerindeki yetkileri düşünüldüğünde yönetmelik çıkarmakla görevlendirilmesinin üniversitelerin bilim özgürlüğünü etkilemeyeceği açıktır. Bu nedenle kural ile belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların yönetmelikle düzenlenmesi konusunda yürütmeye yetki ve bu yönetmeliğin çıkarılması görevinin müştereken Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kuruluna verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralın üçüncü fıkrası uyarınca birlikte kullanılan tesislerde tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencilerinin eğitimi de dâhil olmak üzere tüm eğitim ve öğretim faaliyetlerinin tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda yürütülmesinin bilimsel özerkliğe aykırı olduğu iddia edilmiştir. Oysa kural ile Sağlık Bakanlığına eğitim ve öğretim konusunda yetki verilmemiştir. Birlikte kullanımdaki sağlık tesislerinde, Sağlık Bakanlığı uzmanlık öğrencileri de dâhil olmak üzere tıpta uzmanlık ve lisans eğitimleri, tıp fakültesi dekanının yetki ve sorumluluğunda gerçekleştirilecektir. Yapılacak işbirliği ve ortak kullanımda görev yapacak olan personel, kadrolarının bulunduğu kurumun özlük ve disipline ilişkin hükümlerine tabidir. Bu kapsamda Sağlık Bakanlığının, ortak tesislerde görev yapan akademisyenlerin bilimsel özgürlüğüne müdahale edebileceği söylenemez.

Öte yandan dava konusu kuralın altıncı fıkrasıyla üniversite tarafından, birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlarda görevli personelin profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi için Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarına ait kadroların kullanılabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme üniversitelerin kadro alımı konusunda sorun yaşamaları ihtimaline dayanılarak konulmuş olup bu şekilde kadro tahsisinde yaşanabilecek güçlüklerle karşı tedbir alınmış olmaktadır. Kanun koyucunun amacının kamu yararını sağlamaya dönük olduğu anlaşılmaktadır. Somut düzenlemenin belirtilen amacı etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Birlikte kullanılan sağlık tesisinde görevlendirilen üniversite mensubu profesör ve doçentlerin üniversite tarafından Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarına ait kadroları geçici bir süre ile kullanmaları, bu akademik personelin Sağlık Bakanlığının emrine girdiği şeklinde yorumlanamaz. Sağlık Bakanlığı kadrolarını kullanan üniversite mensubu profesör ve

doçentlerin bilimsel faaliyetler ve özlük hakları bakımından üniversite mevzuatına bağlı olacağında kuşku yoktur. Dolayısıyla kuralla üniversite özerkliğinin veya akademik özgürlüğün sınırlandırıldığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 56., 124., 130. ve 131. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile M. Emin KUZ, kuralın altıncı fıkrası yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

D- Kanun'un 12. Maddesiyle 5258 Sayılı Kanun'un 3. Maddesinin Beşinci Fıkrasının Sonuna Eklenen Cümlelerin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının nöbet uygulaması getirilmiş ise de asıl görevlerine ek olarak fazla çalışma şeklinde tutturulacak nöbete üst sınır getirilmediği, yapılacak fazla çalışmanın karşılığında izin verilmesi yerine nöbet ücreti ödenmesinin kararlaştırıldığı, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının günlük mesailerine ek olarak süresi idare tarafından belirlenecek sayıda nöbet tutturulacağı ancak ertesi gün günlük mesailerine ara vermeden dinlenmeden çalışmaya devam edecekleri, çalışma sürelerinin üst sınırı olmaksızın çalıştırılmanın olanaklı hâle getirildiği, dinlenme haklarının ihlal edildiği, bu durumun Anayasa'nın yanında Türkiye'nin de onayladığı Avrupa Sosyal Şartını da ihlal ettiği, "dinlenme hakkının" ölçüsüz sınırlandırıldığı, uzun süreli çalışmaya zorlama ile hem sağlık personeli hem de onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının ihlal edildiği, aile hekimliği hizmetinin sunanların Anayasa'nın 128. maddesi anlamında kamu görevlisi olmaları nedeniyle kanunla düzenleme zorunluluğu bulunduğu hâlde normal mesai süreleri, mesai başlangıç ve bitim süreleri ile fazla çalıştırmaya ilişkin uygulamayı belirleme yetkisinin idareye bırakıldığı, belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 17., 50., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırımlı ücretten yararlananlar hariç olmak üzere, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ihtiyaç ve zaruret hâlinde, haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesinde belirtilen yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri

ve 112 acil sağlık hizmetlerinde aynı madde uyarınca ödenecek ücret karşılığında nöbet görevi verilebilecektir.

5258 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, aile hekimi, kişiyeye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiyeye 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 tabip; aile sağlığı elemanı ise aile hekimi ile birlikte hizmet veren, sözleşmeli olarak çalıştırılan veya Türkiye Halk Sağlığı Kurumu veya eğitim kurumunca görevlendirilen hemşire, ebe, sağlık memuru (toplum sağlığı) ve acil tıp teknisyeni olarak tanımlanmaktadır.

Aile hekimlerinin belli başlı görevleri; koruyucu hekimlik uygulamaları, birinci basamak tedavi ve laboratuvar hizmetleri, rehabilitasyon hizmetleri, tıbbi danışmanlık, ana-çocuk sağlığı ve aile planlaması hizmetleri, periyodik sağlık muayeneleri ve izlemler, taramalar, evde bakım hizmetleri, mobil sağlık hizmetleri, raporlar, bölgesel sağlık sorunlarının çözümü ve planlaması için toplum sağlığı merkezi ile işbirliği yapmak, idari sorumluluk, adli tıbbi görevler, kayıt yapmak olarak sayılabilir. Aile sağlığı elemanlarının görevleri ise aile hekimi ile birlikte ekip anlayışı içinde kişiyeye yönelik koruyucu, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini sunmak ve görevinin gerektirdiği hizmetler ile ilgili sağlık kayıt ve istatistiklerini tutmaktır.

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrası uyarınca Sağlık Bakanlığı; Bakanlık ya da diğerk 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 Kanun ile diğerk kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağılı olmaksızın, sözleşmeli olarak çalıştırmaya veya bu nitelikteki Bakanlık personelini aile hekimliği uygulamaları için görevlendirmeye ya da aile hekimliği uzmanlık eğitimi veren kurumlarla sözleşme yapmaya yetkilidir. Personel temin edilememesi dışında aile sağlığı elemanı olmak isteğe bağılıdır. Çalışmak isteyenlerle sözleşme yapılmaktadır.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları tam gün esasına göre, acil hâller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydıyla çalışmaktadırlar.

Mesai saatleri ve günleri, çalışma yerinin şartları da dikkate alınmak suretiyle çalıştığı bölgedeki kişilerin ihtiyaçlarına uygun olarak belirlenebilmektedir. Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarınca sunulacak olan aile hekimliği hizmetleri, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerdendir. Bu şekilde çalışanlar Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan “*diğer kamu görevlisi*” kapsamındadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ise insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir. Sosyal hukuk devleti ilkesini sağlık hizmetleri alanında somutlaştıran ve Anayasa'nın “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” bölümünde yer alan 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlayacağı, 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

belirtlmifltir. Kişilerin hayatlarını mutlu, huzurlu, beden ve ruh sağlığına sahip olarak sürdürebilmeleri, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp ihtiyaç duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleri ile sağlanılabilecektir.

Devlet, Anayasa'nın 17. maddesinde kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Aynı maddede *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."* denilmektedir. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarındandır. Tüm bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da Devlete dev olarak verilmiştir. Belirtilen kurallar bir bütün olarak değerlendirildiğinde insanın sağlıklı yaşam hakkının olmasının, sağlık hizmetlerinden yeterince yararlanmasına bağlı olduğu görülmektedir.

Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak Devlete sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif yükümlülük vermiş, Devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen sağlık hakkından yararlanma konusunda en geniş ölçekli uygulamaların gerçekleştirilmesi gerekir. Sağlık hizmeti sunumunun diğer hizmetlerden farklı olduğu açıktır. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin ve ona yardımcı olan sağlık personelinin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile belirtilen yönden farklılıklarının gözetilmesi gerekir. Bu farklılıkların bir sonucu da hizmetin sunumu yöntemlerindedir. Nitekim sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Bu durum Devletin sağlık alanında farklı uygulamalar yapma zorunluluğunu doğurmaktadır.

Devletin gerçekleştirebileceği tedbirlerin başında sağlık sektöründe kullanılan kaynakların ekonomik ve dengeli dağılımı gelmektedir. Ne yazık ki ülkemizde doktor ve yetişmiş sağlık elemanı sayısı sınırlıdır. Sınırlı sayıda personel sağlık hizmetinin sunumunda o kadar dengeli dağıtılmalıdır ki her bireyin faydalanabileceği azami düzeyde hizmetlerden yararlanabilmelidir. Aksi durumda dağılım adaletsiz olacak, personelin bir

bölümü çok çalışırken diğer daha az çalışacak aynı zamanda vatandaşların bir bölümü hizmetlerden yeterli oranda faydalanamayacaktır. Hekim ve yetişmiş personel sayısının azlığı kanun koyucuyu nöbet uygulaması gibi çeşitli tedbirler almaya zorlamaktadır. Sağlık hizmetlerinin dengeli bir şekilde dağıtımı için nöbet uygulaması getirilmiştir. Kuralın gerekçesinde de sağlık hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi ve yetersiz olan hekim kaynağının en verimli bir şekilde kullanılabilmesi için nöbet uygulamasının getirildiği açıkça belirtilmektedir.

Dava konusu kuralın belirtilen açığı kapatmak üzere düzenlenmesi nedeniyle kamu yararını amaçladığından kuşku yoktur. Bu amaçla çeşitli ölçütlerle sınırlanan nöbet uygulaması getirilmiştir. Devletin pozitif yükümlülüğü gereği almak zorunda olduğu tedbirlerden biridir. Aksi durumda özellikle acil tıp hizmetleri sunulamayacak dolayısıyla yükümlülükler yerine getirilememiş olacaktır. Sağlık sektörünün ivedi ve telafisi olanaksız hizmetleri karşıladığından aksaması ile yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, sağlıklı ve huzurlu yaşam sürebilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşip bu hizmetlerden yeterli ölçüde yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev, kişiler için bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının ya da bu haktan yararlanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılmasının Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerini ihlal etmeyeceği açıktır.

Öte yandan Anayasa'nın "*Çalışma şartları ve dinlenme hakkı*" başlıklı 50. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında, kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı ve dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtilmiştir. Devletin, bazı zorunlu hâllerde sağlık hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için kamu çalışanlarının başka bir kurumda geçici olarak görevlendirilmesi, nöbet tutturulması bunun için ayrıca ücret ödediği düşünüldüğünde zorla çalıştırma olarak değerlendirilemez. Kural, çalışma ve dinlenme hakkına engel olmadığından Anayasa'nın 50. maddesini de ihlal etmemektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına

genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Anayasa'nın 128. maddesinde ise Devletin, 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 kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Kanun koyucunun temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin ayrıntıları yürütmeye bırakması, kanunla düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz ve yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları iradeleri ile kabul ettikleri sözleşmeyle çalışmakta, sözleşmeli olarak çalışmanın sağlayacağı olanakları tercih etmektedirler. Sözleşmelerinin sona ermesi durumunda yenilemek de kendilerine bağlıdır. Yapılan sözleşmelerde nöbet tutturulacağı da açıkça belirtilmektedir. Üstelik tutulacak nöbet karşılıksız olmayacak nöbet karşılığı olarak ücret alacaklardır. Bunun yanında getirilen bu uygulamaya çeşitli ölçütler konulmuş, sınırları belirlenmiştir. Kural ile nöbet uygulamasına üç ayrı ölçüt getirilmiştir. İlk ölçüt, kimin nöbet tutamayacağına ilişkindir. Entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırımlı ücretten yararlananlar nöbet tutmayacaklardır. İkinci ölçüt, nöbetin ancak ihtiyaç ve zaruret hâlinde tutulmasıdır. Kuralla getirilen üçüncü ölçüt ise nöbet görevinin gerçekleştirileceği yerlere yöneliktir. Buna göre 657 sayılı Kanun'un 33. ek maddesinde sayılan yerlerin dışında nöbet tutulamayacaktır. Bu ölçütler ile nöbet uygulamasının genel çerçevesi belirlenmiştir. Aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına nöbet tutturulması için yukarıda belirtilen şartların hepsinin bir arada bulunması gerekir. Bunun yanında 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesi nöbet uygulamasında ödenecek ücreti sınırlayarak dolaylı yoldan nöbet sürelerine ilişkin sınırlama getirmiştir. Anılan Kanun'da belirtilen saatlerden fazla nöbet tutulduğunda ise fazla tutulan her sekiz

saate bir gün izin verilmektedir. Bu anlamda kural, hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içerir niteliktedir. Dolayısıyla kanun koyucu, temel esasları, ilkeleri belirledikten ve sınırları çizdikten sonra bazı teknik konuların düzenlenmesini dava konusu kuralla yönetmeliğe bırakmıştır. Bu nedenle de kuralda “belirlilik” ve “yasama yetkisinin devredilmezliği” ilkelerine ve Anayasa’nın 128. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 2., 7., 17., 50., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun’un 12. Maddesiyle 5258 Sayılı Kanun’un 3. Maddesinin Sonuna Eklenen Fıkraların İncelenmesi

Dava dilekçesinde, üniversitelerin bünyesinde yer alan araştırma ve uygulama merkezlerinin de yükseköğretim kurumları olarak sayıldığı, üniversitelerin tıp fakültelerine ait hastanelerin bir uygulama ve araştırma merkezi olarak sağlık hizmeti üreten kurumlar olduğu, Sağlık Bakanlığına bağlı aile sağlığı merkezlerinin, sağlık hizmeti sunma işlevi ile tıp fakültelerinin hizmet işlevinin birbirinden farklı niteliğe sahip bulunduğu, tıp fakültesinin sadece hizmet sunumuna odaklı olamayacağı, eğitim ve araştırma öncelikli bir işleve sahip olması gerektiği hâlde kuralın Sağlık Bakanlığı tarafından planlanıp sürdürülen aile hekimliği hizmetlerinin aile hekimliği uzmanlık eğitimi gören asistanlara gördürülmesine yönelik olduğu, bir eğitim kurumunun uygulamalı eğitim adı altında birinci basamak sağlık hizmetleri vermeyi üstlenmiş sağlık sunucusuna dönüştürülmesinin yükseköğretimin amacı, yükseköğretim kurumlarının işlevi ve üniversitelerin bilimsel özerkliğiyle ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, uzmanlık alanları arasında eğitim yönünden farklı düzenleme yapılmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek kuralların, Anayasa’nın 2., 10. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallar ile tıpta uzmanlık eğitimi veren kurumlara aile sağlığı merkezi açma ve aile sağlığı hizmetlerini sunma yetkisi verilmektedir. Kurallar ile Türkiye Halk Sağlığı Kurumuna bağlı olan aile sağlığı merkezleri ile aynı nitelikte hizmet verecek, aile hekimliği

uygulaması ile aynı sayıda nüfusa hizmet verilmek ve kişi başına Sağlık Bakanlığı tarafından ücret ödenmek üzere aile sağlığı merkezi kurulması öngörülmüştür. Sağlık Bakanlığı tarafından araştırma görevlisi/asistan başına 4000 kişiyi aşmamak üzere kayıtlı her kişi için aylık 5 TL'den fazla olmamak üzere belirlenecek tutar döner sermaye hesabına aktarılacaktır. Bu tutar Sağlık Bakanlığının talebi, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından üç katına kadar artırılabilir. Ayrıca bu tutar, 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (B) bendine göre belirlenen en yüksek sözleşme ücretinin artışı oranında artırılabilir. Yatırılacak tutardan Sağlık Bakanlığı standartlarına göre koruyucu hekimlik hizmetlerinin eksik uygulanması hâlinde ödeme tutarının % 20'sine kadar indirim yapılabilir.

Oluşturulacak kurumların tüm giderlerinin Sağlık Bakanlığı tarafından sekizinci fıkra uyarınca ödeneceği öngörülmektedir. Ödemelere ilişkin yönetmelik Maliye Bakanlığının uygun görüşü alındıktan sonra Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılacaktır. İlgililere yapılacak toplam ödeme her halükarda beşinci fıkradaki sınırlamayı geçemeyecektir. Bu sınırlama 657 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (B) bendine göre belirlenen en yüksek brüt sözleşme ücretinin aile hekimi için (6) kat, aile sağlığı elemanı için (1,5) katını geçemeyecektir. Belirtilen merkezlerde çalışan aile sağlığı elemanlarına 209 sayılı Kanun'un 5. ve 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesi çerçevesinde belirlenecek azami ek ödeme tutarını geçmemek üzere yukarıda belirtilen kriterlere göre ücret ödenecektir. Ödenecek net tutar 375 sayılı KHK'nin ek 9. maddesi uyarınca kadro ve görev unvanı veya pozisyon unvanı itibarıyla belirlenmiş ek ödemenin net tutarından az olamayacaktır. Bu ödemedan yararlanan personele ayrıca 375 sayılı KHK'nin ek 9., 209 sayılı Kanun'un 5. ve ek 3. maddeleri ile 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesinin (e) fıkrasının ikinci paragrafı hariç olmak üzere 58. madde uyarınca hiçbir şekilde ek ödeme yapılamayacaktır.

Anayasanın 130. maddesinde, çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile kurulan ve anayasal kuruluş olarak kabul edilen üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduğu, öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri belirtilmiş, öğretim üyelerinin her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve baskısız bir ortamda

çalışabilmelerinin gerektiği biçiminde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde de, kanuna bırakılan konuların “bilimsel özerklik” ilkesi göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Öğretim elemanlarının öncelikli ve asli görevi, yükseköğretim kurumlarında, kanunlarda belirtilen amaç ve ilkelere uygun biçimde önlisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim-öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak, öğrenci yetiştirmek, öğrencilere rehberlik etmektir. Öğretim elemanlarının kamu görevlisi olmaları nedeniyle yukarıda belirtilen bu görevlerini aksatmadan yerine getirmeleri esastır. Tıp alanında öğretim görevlilerinin eğitim ve öğretim hizmetlerinin yanında uygulamalı sağlık hizmeti sunmak görevleri de bulunmaktadır.

Üniversiteler, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirildiğinden bilimsel ve idari özerkliğe sahip olmalıdırlar. Bilimsel ve idari özerklik, idari olarak bazı düzenlemelerin yapılmasına, uzman ve asistanlara farklı eğitimler yaptırılmasına engel değildir. Önemli olan bu eğitimlerin bilimsel ve bağımsız nitelikte olmasıdır. Kanun koyucu, yükseköğretimin Anayasa’da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, yeni eğitim ortamlarının yaratılması, pratik uygulama merkezlerinin açılması, dolayısıyla sağlık sorunlarının daha hızlı tespiti ve çözümü için yeni eğitim ve çalışma alanları belirleyebilir.

Dava konusu kurallar, aile hekimliği araştırma görevlisi ve asistanlarının oluşturulacak aile sağlığı merkezlerinde çalışmalarını, bu şekilde pratik ihtiyaçlarını gidermeyi, mezun olduktan sonra karşılaştıkları sorunlar hakkında tecrübe edinmeleri, eğitim ve uygulamayı bir arada sunmayı sağlamak üzere düzenlenmiştir. Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen “Hukuk devleti” ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Dava konusu kuralların kamu yararı amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Düzenleme sonucu kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise anayasal denetimin dışındadır.

Kurulacak olan aile sağlığı merkezlerinin yönetimi, eğitimlerinin içeriği, sağlık hizmetinin sunumu ve şekli tıp fakülteleri tarafından belirlenecektir. Sağlık Bakanlığı sadece uygulamanın giderlerini ve çalışanlara ödenecek

ücretleri karşılayacaktır. Dolayısıyla, dava konusu kurallar, üniversitenin veya öğretim üyelerinin bilimsel ve idari bağımsızlığına etki edebilecek düzenleme niteliğinde değildir.

Diğer taraftan Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Uzmanlık eğitimi alanların hukuki statüleri kuşkusuz aynıdır ancak bu, gerek teorik eğitimlerinin ve gerekse uygulama eğitimlerinin aynı olması anlamına gelmez. Dava konusu kurallarla aile hekimliği uzmanlığı eğitim alanların uygulamalı eğitimi daha fazla almaları, sağlık hizmeti sunumunu bizzat gerçekleştirmeleri diğer dallarda uzmanlık eğitimi yapanlar ile aralarında eşitsizlik yaratmayacaktır. Çünkü diğer dallarda eğitim alanların hukuki statüleri aynı ise de durumları, aldıkları eğitimlerinin içerikleri farklıdır. Uzmanlık eğitiminin dalına göre farklı eğitimlere ve uygulamalara tabi olmak eğitimin doğası gereğidir. Her uzmanlık dalının aynı şekilde eğitilmeleri beklenemez. Aynı eğitimin verilmesi durumunda uzmanlaşma mümkün olmayacaktır. Buna göre, dava konusu kuralların uzmanlık dalları arasında eşitsizliğe neden olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 10. ve 130. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

F- Kanun'un 13. Maddesiyle 5258 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesine “kaydı ile” İbaresinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen “Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde” İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının çalışma saatlerinin değiştirilmek suretiyle uzun süre çalıştırılmalarının yolunun açıldığı, dinlenme haklarının ihlal edilerek sınırlandırıldığı, bu durumun Anayasa'nın yanında Türkiye'nin de onayladığı Avrupa Sosyal Şartını da aykırı olduğu, uzun süreli çalışmaya zorlama ile hem sağlık personeli hem de onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının ihlal edildiği, aile hekimliği hizmeti sunanların Anayasa'nın 128. maddesi anlamında kamu görevlisi oldukları hâlde kanunla düzenlenmesi gereken, normal mesai süreleri, mesai başlangıç ve bitim süreleri ile fazla çalıştırmaya ilişkin uygulamaları

belirleme yetkisinin idareye bırakıldığı, bu durumun kanunla düzenleme zorunluluğuna ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin Anayasa normlarını da ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 17., 50., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5258 sayılı Kanun'un dava konusu ibareyi de içeren 5. maddesi, aile hekimliği hizmetinin esaslarını, niteliklerini, uygulanması usulünü, çalışma saat ve koşullarını, alınacak katkı payını, aile hekimlerinin görevlerini, şahsi kayıtlarını ve düzenleyecekleri evrakların hukuki niteliğini düzenlemektedir. Dava konusu ibarenin de yer aldığı ikinci fıkra, aile hekimliği hizmetlerinin ücretini, yerine getirileceği çalışma saatlerini, çalışma saatlerinin nasıl belirleneceğini, hasta sevklerini ve buna bağlı olarak alınacak katkı payını düzenlemektedir. Dava konusu ibare uyarınca aile hekimliği hizmetleri yerine getirilme saatlerine ilişkin kıstaslar Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenecek, belirlenecek kıstasa göre aile hekiminin talebi ile oluşturulan çalışma saatleri ilgili sağlık idaresince onaylandıktan sonra uygulanacaktır.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları tam gün esasına göre, Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği'nin 10. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan acil hâller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydıyla çalışmaktadırlar. Mesai saatleri ve günleri, çalışma yerinin şartları da dikkate alınmak suretiyle bölgede hizmetten yararlanan kişilerin ihtiyaçlarına uygun olarak belirlenmektedir. Bu anlamda yapılan işin niteliği gereği aile hekimliği hizmetlerinin yerine getirilme saatleri, diğer kamu hizmetlerinin yerine getirilmesi gibi değildir. Çalışma saatleri esnek olup olağan mesai kurallarına göre yürütülmemektedir.

Aile sağlığı hekimleri ve aile sağlığı elemanları, Anayasa'nın 128. maddesi anlamında diğer kamu görevlisi olup sunacakları aile hekimliği hizmetleri, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerdendir. İdare ile aralarında statü ilişkisi bulunmakta olup çalışma süreleri, koşulları vb. konularda Devlet memurları gibi kamu hukuku kurallarına tabidirler. Kamu hukuku alanında da Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici tasarruflarla konulmuş kurallar, kamu hizmetinin gerekleri ya da gereksinimleri gibi nedenlerle ve konuldukları yöntemlere uyulmak, Anayasa'ya ve kanunlara uygun düşmek kaydıyla her zaman değiştirilebilirler veya kaldırılabilirler. Tersine bir kural getirilmekçe bu değişimden doğan

yeni duruma uymak, o statü içindeki her kamu görevlisi için zorunludur. Bu anlamda Devlet memurlarının çalışma saatleri 657 sayılı Kanun ya da özel kanunlarla veya bu kanunlara dayanan tüzük ya da yönetmeliklerle belirlenebilmektedir. Dolayısıyla çalışma saatlerini belirleme konusunda idarenin bir takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Aile hekimleri ile idare arasında isteğe bağlı sözleşme yapılsa da bu idari nitelikte bir sözleşmedir. Bu durum kamu gücü ayrıcalığını kullanma hakkı sağlamaktadır. İdare ile aralarında idari hizmet sözleşmesi bulunması ve yaptıkları iş ve görevlerinin nitelikleri, onların Devlet memurları ile aynı kabul edilmelerini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle idare, tek taraflı düzenleyici işlemlerle değişiklik yapabilir. Aile hekimliği uygulamasında çalışanlar “diğer kamu görevlisi” sayıldıklarından tıpkı memurlar gibi idare çalışma saatlerini kendisi doğrudan düzenleyici işlemlerle belirleyebilir. Kanun koyucu, Sağlık Bakanlığına çalışma saatini belirleme yerine, sadece kıstas belirleme yetkisi vermektedir. Bu kıstasın dışında çalışma saatlerinin belirlenmesinde yine aile hekimin talebi dikkate alınacaktır. İdare kendisi doğrudan belirleyebilecekken bu yetkisini aile hekimi ile paylaşmaktadır. Dolayısıyla çalışma saati ve süresinin genel çerçevesini belirlemeye ilişkin idarenin tek başına ya da kamu görevlisi ile birlikte yapacağı düzenlemeler hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturmaz.

Çalışma saatleri ile ilgili düzenleme de Anayasa’nın 56. maddesinde Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesi ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesi bakımından önemlidir. Bu bakımdan idarenin, sağlık hakkından en geniş ölçekte yararlanma imkânı tanımak üzere sağlık hizmetlerinin yerine getirilme saatlerine ilişkin kıstasları belirlemesinin Anayasa’nın 56. maddesine aykırı olduğu da söylenemez.

Öte yandan dava konusu ibare de personelin çalışma koşulları ve süresinin ağırlaştırıldığına, dinlenme hakkını ihlal edildiğine ya da sınırlandırıldığına ilişkin her hangi bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralda Anayasa’nın 50. maddesinde belirtilen ilkelere aykırılıktan bahsedilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa’nın 2., 7., 50. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 17. ve 128. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 16. Maddesiyle, 663 KHK'nin 33. Maddesinin Değiştirilen (5) Numaralı Fıkrası ve Eklenen (7) ve (8) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sözleşmeli personelin atama veya görevlendirmesine ilişkin kuralların kanun ile düzenlenmesi gerektiği, memurlarda olduğu gibi diğer kamu görevlilerine de yasal güvence oluşturulmasının anayasal zorunluluk taşıdığı, görevlendirme işleminin atamadan farklı olup güvence sağlamayan bir idari işlem niteliğinde bulunduğu, (5) numaralı fıkranın “*yürütmenin kanuniliği*” ilkesini ihlal ettiği, (7) numaralı fıkra ile sözleşmeli olarak istihdam edilen ve süreli olarak yönetsel makamlarda görevlendirilen kamu görevlisine ayrımsız bütün personelin disiplin amirliği yetkisi verilmesinin de aynı gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğu, (8) numaralı fıkra uyarınca Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personelin, muvafakatı aranmaksızın atanmış olduğu sağlık kurumunda sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilmesi, il merkezindeki sağlık kurumlarına atanmış olan Devlet hizmeti yükümlülerinin ise birlik merkezinde de sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceğine ilişkin düzenlemenin de aynı nedenlerle aykırılık oluşturduğu, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verildiği, kuralların aynı zamanda hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, düzenlemelerin Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine uymadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 6., 7., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu (5) numaralı fıkra, tabip, dış tabibi ve eczacılardan sözleşmeli personel olarak görev yapanların ihtiyaç hâlinde ve süreli olarak Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında görevlendirilebilmelerini hususunu düzenlemektedir. Böylece, dava konusu kural ile yapılan değişiklik sonucu Bakanlık kadrolarında sadece sözleşmeli tabip, dış tabibi ve eczacılar görevlendirilebileceklerdir.

Dava konusu (7) numaralı fıkra, sözleşmeli olarak çalışan personelin disiplin amirlerinin tayini ile çalışma usul ve esaslarının Bakanlık tarafından belirlenmesini ve sözleşmeli olarak çalışan ancak idari görev yapanlara, memurların disiplin amirliği yetkisinin verilebilmesini kurala bağlamaktadır. Kamu Hastaneleri Kurumunda sözleşmeli olarak çalışan personele tayin edilecek disiplin amirleri Bakanlık tarafından belirlenecektir. Bakanlık sözleşmeli personelin disiplin amiri olarak bir üst amirini atayabileceği gibi daha üst makamda bulunan birini de atama imkânına sahiptir.

Dava konusu (8) numaralı fıkranın birinci cümlesi, Devlet hizmeti yükümlülüğü gereği görev yapan personelin bu nedenle atandığı sağlık kurumunda sözleşmeli olarak çalıştırılabilmesini öngörmektedir. Anılan (8) numaralı fıkranın ikinci cümlesi ise Devlet hizmeti yükümlülüğü gereği il merkezine atanmış personelin birlik merkezinde sözleşmeli olarak çalıştırılabilmesine olanak sağlamaktadır. Üçüncü cümle ise bu personelin sözleşmeli olarak çalıştığı sürenin Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılmasını düzenlemektedir. Kuralda geçen birlik merkezi ibaresi kamu hastaneleri birliklerini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesindeki *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez."* kuralına göre, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında kanunla düzenlenmesi gereken hususlar belirtilmiştir. Genel düzenlemenin kanun ile yapılmasından sonra konunun teknik ve uzmanlık gerektiren ayrıntılarının yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.

663 sayılı KHK uyarınca Kamu Hastaneleri Kurumunda sözleşmeli olarak çalışanlar sağlık hizmeti sunumunda görev yapmaktadırlar. Sözleşmeli olarak çalışan kamu personeli, Kamu Hastaneleri Kurumunda üst ve orta düzeyde yönetici olarak görev yapmakta, ildeki hastane ve sağlık hizmeti yönetimini gerçekleştirmektedirler. İdare ile aralarında kendine has özellikleri olan ancak statüye dayalı bir sözleşme bulunmaktadır. Sağlık hizmetleri niteliği itibarıyla düzenlilik içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerdendir. Sözleşmeli personel tarafından sunulacak sağlık hizmetlerinin Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu ve bu görevleri yerine getiren sözleşmeli personelin Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan *"diğer kamu görevlisi"* kapsamında kaldıkları açıktır.

Dava konusu (5) numaralı fıkra uyarınca sözleşmeli personelin, tabip, diş tabibi veya eczacı olmaları koşuluyla, Bakanlığın veya bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında daire başkanı veya daha üst yönetici kadrolarında ihtiyaç olması durumunda süreli olarak görevlendirilebileceği

ifade edilmekle bu görevlendirmenin nedeni, koşulları, süresi ve hangi kadrolara yapılacağı, bir başka deyişle görevlendirmenin usul ve esasları belirtilmiştir. Kanun ile geçici süre ile yapılacak görevlendirmenin temel esasları belirlenmiş ve çerçevesi çizilmiş, teknik konuların düzenlenmesi idareye bırakılmıştır. Bununla birlikte personel olacak kişi sözleşme yapıp yapmamakta özgür olduğu gibi ve yapacağı bu sözleşmede görevlendirme konusu da yer almaktadır. Ayrıca görevlendirme Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında daire başkanı ve daha üst yönetici kadrolarına dolayısıyla daha üst makamlara yapılmaktadır. Bu nedenlerle, sözleşmeli personel yönünden hukuki güvence olmadığından ya da belirsiz bir düzenleme olduğundan söz edilemez.

657 sayılı Kanun'un 134. maddesinin ikinci fıkrasında disiplin amirlerinin tayin ve tespitinde uygulanacak esaslar ile bunların yetki ve sorumlulukları gibi hususların Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmektedir. Bu hususlar kurumların kuruluş ve görev özelliklerine göre hazırlayarak yürürlüğe koyacakları özel yönetmelikler ile de tespit edilebilmektedir. Bakanlık teşkilatının en üst disiplin amiri olan bakan, disiplin amirliği yetkisini bakanlığın her kademesindeki memur için bizzat kullanabileceği gibi ilgili memurun üstü olan bir amirine de bırakabilir. Devlet memurlarında disiplin amirliği idari tasarruflarla değiştirilebilmektedir. Disiplin amirliğine ilişkin hususlar yönetmelik ile düzenlenebilmekte hatta kurumlar kendi iç özel yönetmeliklerini de çıkarabilmektedir.

Sözleşmeli personelin idari bir görev yaparken alt kademesinde çalışan personeline disiplin amirliği yapamaması kamu hizmetinin düzen içerisinde yürütülmesine engel olabileceği açıktır. İdari görevde bulunan personelin görevin sorumluluklarının yanında yetkilerini de kullanabilmesi gerekir. Dava konusu (7) numaralı fıkra ile de idari görev yapan sözleşmeli personele, alt kademe çalışan personelinin disiplin amirliği yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, bu fıkra ile Bakanlığa sınırsız ve keyfi olarak kullanılacak bir alan bırakılmamaktadır. Zira, 657 sayılı Kanun ile sınırlı bir uygulama yapılabilecektir. Ayrıca, 663 sayılı KHK'de sözleşmeli personelin hak ve yükümlülükleri ile yetki ve sorumlulukları belirtilmiştir. Belirtilen bu alan içerisinde görev yapılacağından dolayı uygulanacak disiplin işlemi de söz konusu kurallarla sınırlı olacaktır. Bununla birlikte disiplin amirliği yetkisinin kanunlara uygun kullanılmaması durumunda, daha üst disiplin amirine başvurulabilecek ya da yargı yolu da kullanılabilir.

Diğer taraftan, dava konusu (7) numaralı fıkra uyarınca sözleşmeli personelin çalışma usul ve esasları da Bakanlık tarafından belirlenecektir. 663 sayılı KHK'nin 29. ve devamı maddelerinde Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ve bu Kurumun taşra teşkilatını oluşturan kamu hastaneleri birliklerinin kuruluş ve görevleri, bu kurum ve birliklerde çalışacakların nitelikleri, görevleri, yetki ve sorumlulukları, statüleri, mali hak ve yükümlülükleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Belirten KHK ile genel çerçeve belirlendikten sonra sözleşmeli personelin çalışma usul ve esaslarını belirlemek Bakanlığın takdirine bırakılmaktadır. Ancak anılan KHK'nin ayrıntılı hükümler içermesi, bu kişilerle isteklerine bağlı olarak sözleşme yapılması ve çalışmaya ilişkin usul ve esasların da sözleşme içeriğinde belirlenebilir olması Bakanlığa sınırlı bir takdir alanının bırakıldığını göstermektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 56. maddesi uyarınca Devlet, herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu amaçla 663 sayılı KHK'nin 2. maddesi ile Bakanlığa insan gücünde ve maddi kaynaklarda tasarruf sağlama, sağlık insan gücünün ülke sathında dengeli dağılımını sağlama görevleri verilmiştir. Mevcut hekimlerin dengeli dağıtılması sağlık hizmetinin sunumu ve bu hizmetten yararlananlar açısından büyük önem göstermektedir. Kanun koyucu, sağlık hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi ve hekim kaynağının en verimli bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapmak zorundadır. Devlet hizmeti yükümlülüğü, ülke ihtiyaçlarını karşılamak, kaynakları dengeli kullanmak amacıyla uygulanan tedbirlerden biridir. Dava konusu (8) numaralı fıkra uyarınca Devlet hizmeti yükümlüsü, atandığı kurumda sözleşmeli personel olarak çalışma imkânı getirilmesi de başka bir tedbirdir. Bu şekilde zorunlu hizmet gereği görev yapan ancak ihtiyaç duyulan sözleşmeli kadroları doldurmayan personelle sözleşme yapılarak aynı yerden ayrılmaksızın boş kadroların doldurulması sağlanmaktadır. Bununla birlikte Devlet hizmeti yükümlüsünün sözleşmeli çalışacağı süre zorunlu hizmet süresinden sayıldığından herhangi bir kaybı da olmayacaktır.

Anayasa'nın 56. maddesi ile Devlete verilen pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen sosyal hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir. Ayrıca, dava konusu kural ile getirilen düzenlemenin idareye sınırsız bir yetki ve çerçevesi belirsiz bir alan bıraktığı şeklinde yorumlanamayacağından yasama yetkisinin

devredilmezliği ilkesine ve Anayasa'nın 128. maddesine aykırılıktan da söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 6. ve 11. maddeleriyle ilgisi gör  lmemiştir.

Zehra Ayla PERKTAş dava konusu fıkraların tamamı y  n  nden, Osman Alifeyyaz PAKS  T ise (5) ve (7) numaralı fıkralar y  n  nden bu g  r  şe katılmamıştır.

H- Kanun'un 23. Maddesiyle 6283 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 3. Maddenin İkinici Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesi ve ek dava dilekçesinde, 6283 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. madde ile benzer bir d  zenleme yapıldığı ve s  z konusu kuralın iptali için açılan davanın Anayasa Mahkemesince reddedildiği, bu kurallarla getirilen uygulama sonucu   ğrencilerin Milli Eğitim Bakanlığına bağlı d  rt yıl s  reli meslek okullarının hemşirelik programlarında okuyup 17-18 yaş civarında "Hemşire" olabildiği, eğitim programının   ğrencilerin dinlenmelerine ve kişisel gelişimlerine engel olacak biçimde y  kl   olduğu, geçiş s  recinin dava konusu kural uyarınca tekrar uzatılmasının hukuki istikrarı ortadan kaldırarak belirsiz bir durum yarattığı ve çalışma h  rriyetine engel teşkil ettiği ayrıca kişilerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma haklarının ihlal edilmesine neden olduğu, eğitim farkı olmasına rağmen lise mezunları ile lisans mezunlarının arasında aynı mesleği yapmaları sonucunu doğurarak eşitsizlik yarattığı, üçte yandan kuralın Anayasa ile   zde uyum içinde olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması S  zleşmesi'ni ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 17., 48. ve 56.maddelerine aykırı olduğu ileri s  r  lm  şt  r.

Geçici 3. maddenin birinci fıkrası, ebelik diplomasına sahip olduğu h  lde fiilen hemşirelik g  revi yapanların hemşirelik yetkisiyle g  revlerine devam etmesini d  zenlemektedir. Dava konusu ikinci fıkra ile maddenin y  r  rl  ğe girdiği tarihten itibaren 5 yıl s  re ile sağlık meslek liselerinin hemşirelik programlarına   ğrenci alınmasına devam

olunması ve bu programlardan mezun olanlara hemşire unvanı verilmesi öngörülmüştür. 6283 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca hemşire olabilmek için üniversitelerin hemşirelik ile ilgili lisans eğitimi veren fakülte veya yüksekokullarından mezun olma şartı bulunmaktadır. Kural ile bu şart üniversitelerin programlarında ülke ihtiyacını karşılayacak yeterli kontenjanlar oluşturuluncaya kadar sağlık meslek liselerinin hemşirelik programında okuyanlar yönünden geçici bir dönem için kaldırılmıştır.

Anayasa'nın 56. maddesinde, Devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak ve bu konuda hizmet vermek ödevi getirilmiştir. 56. maddenin yanında Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca da Devletin kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Anayasa'nın 5. maddesi de insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı Devletin temel araç ve görevleri arasında saymıştır. Devlete verilen tüm bu görevler hem pozitif hem de negatif yükümlülük olarak kabul edilebilecek niteliktedir. Anayasa ile herkese tanınan yaşama, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı birbirleriyle sıkı sıkıya bağlantılı, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır. Belirtilen kurallar bir bütün olarak değerlendirildiğinde insanın sağlıklı yaşam hakkına sahip olduğu, bu hakkın sağlanması için de sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkının bulunduğu görülmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir. Devlet herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almalı, kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamalı ancak ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda anılan hakları ortadan kaldıracak düzenlemeler yapmamalıdır. Anayasa'nın 5., 17. ve 56. maddelerindeki hakların korunması hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.

6283 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile tabip tarafından acil hâller dışında yazılı olarak verilen tedavileri uygulamak, 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 sağlık personel olarak tanımlanan hemşirelik, sağlık hizmetinin sunumunda hekimlikten sonra en önemli işleve sahip unsurdur. Hekimin en büyük yardımcısı olan

hemşireler, hekim tarafından verilen tedaviyi uygulamak, hasta bakımını planlamak ve uygulamak, tedaviyi denetlemek ve izlemek gibi nitelikli görevleri yerine getirmektedir.

Devletin, sağlık hizmetinin önemi ve ivediliği nedeniyle çeşitli tedbirler alması doğal ve zorunludur. Sağlık hizmetinin sunumunu engelleyecek ya da zorlaştıracak düzeydeki hemşire sayısının eksikliğini gidermek üzere tedbir alınması Anayasa'nın Devlete verdiği yükümlülükleri yerine getirilmesi zorunluluğunun bir gereğidir. Bu amaçla sağlık ve yaşam hakkının korunmasını sağlamak üzere yasalaştırılan kuralın belirtilen anayasal ilkelere aykırı olduğu söylenemez.

Nitekim, 6283 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinin son fıkrasının iptali istemiyle açılan davada, Anayasa Mahkemesi 30.12.2010 günlü, E.2007/78, K.2010/120 sayılı kararında *"İptali istenilen kuralda hemşirelik eğitiminde lisans eğitime 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."* biçimindeki gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen iptal isteminin reddine yönelik kararında ortaya koyduğu gerekçeler somut kural yönünden de geçerliliğini sürdürmektedir. Anılan Anayasa maddeleri gereğince kanun koyucu, geçiş süresini aynı gerekçelerle yeniden uzatmaktadır.

Diğer taraftan lisans eğitimi mezunu hemşireler ile meslek lisesi mezunu hemşirelerin aynı statüde olduklarında kuşku yoktur. Ancak mezun oldukları eğitimin türüne göre aralarında önemli farklılıklar da bulunmaktadır. Mesleğe başlangıçları ve yükselmeleri ile maaşları farklıdır. İstisnai durumlar dışında başhemşire olmak için en az lisans eğitimi alınması zorunludur. Bunun yanında 6283 sayılı Kanun'un 9. maddesinde hemşirelikle ilgili yönetim görevlerinde lisans ve lisansüstü eğitime sahip hemşirelerin rüçhan haklarının olduğu belirtilmektedir. Hukuki statüleri aynı olsa da mesleki durumları farklıdır. Dolayısıyla, sağlık meslek lisesi mezunlarının hemşire olarak görev yapabilmelerine olanak sağlayan kuralın, lisans eğitimi mezunu hemşireler yönünden eşitsizlik yarattığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 10., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 48. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

4.7.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 24.4.1930 günlü, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153. maddesine eklenen *"Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir."* biçimindeki ikinci fıkraya,

B- 7. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesine eklenen fıkraya,

C- 8. maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesine,

D- 12. maddesiyle 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin;

1- Beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümleye,

2- Sonuna eklenen fıkralara,

E- 13. maddesiyle 5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine *"kaydı ile"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde"* ibaresine,

F- 16. maddesiyle 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 33. maddesinin;

1- Değiştirilen (5) numaralı fıkrasına,

2- Eklenen (7) ve (8) numaralı fıkralarına,

G- 23. maddesiyle 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 3.10.2013 günlü, E.2012/103, K.2013/105 sayılı kararlar reddedildiğinden, bu maddeye, fıkralara, cümleye ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, 3.10.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

4.7.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 24.4.1930 günlü, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153. maddesine eklenen *"Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir."* biçimindeki ikinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 7. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 8. maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinin;

1- Altıncı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 12. maddesiyle 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin;

1- Beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümlelerin,

2- Sonuna eklenen fıkraların,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 13. maddesiyle 5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine *"kaydı ile"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 16. maddesiyle 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 33. maddesinin;

1- a- Değiştirilen (5) numaralı fıkrasının,

b- Eklenen (7) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Eklenen (8) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

G- 23. maddesiyle 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3.10.2013 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

I- Sezaryen Yasağı :

4.7.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 24.4.1930 günlü, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153. maddesine "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir" şeklindeki fıkra eklenmiştir. Buna göre, doğumda sezaryen yöntemine başvurulması ancak tıbbi zorunluluk halinde mümkündür.

İptal istemi, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 48. ve 56. maddelerine dayanmıştır. İstem, tüm maddeler yönünden oyçokluğuyla reddedilmiştir. Karara, aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum.

Anayasa'nın 17. maddesinde "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.";

5. maddesinde de “Devletin temel amaç ve görevleri... 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”

denilmektedir.

Kişinin bedeni üzerindeki hakkı, Anayasal sınırlar içinde, mutlaklıdır. Devlet, kişinin bedeni üzerinde istediği gibi tasarruf etme hakkına ancak kişinin yaşamının tehlikeye girmesi halinde müdahale edebilir. Diğer bir ifadeyle, devlet, “kişinin yaşam hakkını, gerektiğinde kişinin kendisine karşı da korur”. Bu ilke doğrultusunda, kişinin bilinci yerinde bile olsa ölüm orucu veya açlık grevlerine, insan onuruna uygun ve ölçülü biçimde müdahale edilebileceği ve zorla beslenme yapılabileceği AİHM tarafından da kabul edilmektedir. (19.6.2005 *Nev-merhitzky-Ukrayna* ; 19.6.2007 *Ciorap vs. Moldova*)

Devletin kişi yaşamını koruma alanında pozitif yükümlülüğü vardır. Kişinin yaşamına zarar vermeyen tasarruflarına ise müdahale hakkı yoktur. Örneğin devlet, intihar etmek isteyen kişiyi kamu gücü kullanarak engelleyebilir, kişinin rızası olmaksızın hayatını kurtarabilir, yine rızası olmaksızın, yaşaması için tıbben zorunlu olduğu ölçüde vücut tamamıyetine dokunabilir, kişiyi bir tedavi kurumunda alıkoyabilir. Buna karşılık devlet, kişinin zorunlu olmayan ancak tercihinine dayalı plastik cerrahi, ağız ve çene cerrahisi, vücuduna dövme yaptırmak gibi tasarruflarına, bunlar tıbben bazı sakıncalar taşısa bile, karışamaz. Çünkü bunlar devletin, kişinin yaşamını koruma yönündeki pozitif yükümlülüğünün kapsamına girmeyen, kişi özgürlüğünü zorunlu olmayan biçimde sınırlayan, ölçsüz müdahalelerdir. Çağdaş demokratik hukuk devletinde, zararları tıbben sabit olsa da belirli kurallar dahilinde içki ve tütün kullanımı serbesttir. Bunlar, belirli kayıt ve kurallara uyulmak koşuluyla, kişinin özgürlük alanı içindeki eylemleridir. Keza, yamaç paraşütü veya motosiklet gibi sporlar, kaza ve ölüm oranlarının fazlalığı gerekçe gösterilerek devletçe yasaklanamaz.

Devletin kişinin bedeni üzerindeki tasarruflarına müdahalesinin zorunlu ve ölçülü olması, çağdaş insan haklarının gelişimi sonucudur. Eski çağlarda hür bir insan kendi vücudu üzerinde her türlü işlemi yapabilir,

kendini öldürebilir veya sakatlayabilir, ancak devlet buna karışmazdı. Buna karşılık bir kölenin kendini iş yapamaz hale getirmek için sakatlaması büyük bir suç sayılır ve ağır şekilde cezalandırılırdı. Bugünkü müdahale sistemi, insan yaşamını ve onurunu korumaya yöneliktir. Bu nedenle, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetinde de DEVLETİN YAŞAM HAKKINI KORUMA AMACIYLA KİŞİNİN BEDENİ ÜZERİNDEKİ TASARRUFLARINA MÜDAHALESİ ÖLÇÜLÜ OLMAK VE ZORUNLU HALLERLE SINIRLANDIRILMAK mecburiyetindedir.

Sezaryen yönünden duruma bakıldığında, öncelikle şu saptamalar yapılabilir:

Bilimsel araştırmalar henüz sezaryenin sakıncalı veya tehlikeli olduğu konusunda kesin sonuçlara ulaşmış değildir. Bazı araştırmalar doğumun sezaryenle yapılması halinde ölüm riskinin daha fazla olduğunu göstermekte ise de bu riski daha az bulan araştırmalar da vardır. Sezaryende ölüm oranı normal doğuma oranla daha fazla ise de bilimsel olarak bu durum sezaryenin ölümcül riskler taşıdığını göstermez. Çünkü bilimsel değerlendirmeler ancak aynı şartların mevcudiyeti halinde aynı sonuçları verebilir. Bu nedenle, istatistiklere geçen vakalarda sezaryen yaptıran kadınlardan bazılarının esasen hayati risk yaratan bir takım hastalıklardan muzdarip olup olmadığı ve zaten sezaryene bu nedenle mi başvurdukları gibi sorular bilimsel olarak yanıtlanmadıkça, kesin bilimsel doğrulardan söz edilemez. Bu konuda yayınlanmış kapsamlı ve kesin bir bilimsel araştırmaya rastlayamadık.

Sezaryende çocuğun ilerde astım hastası olması riskinin daha fazla olduğu gibi sakıncalar da doğacak çocuğun yüksek menfaatleri yönünden öne sürülmüştür. Bu konuda kalıtsal faktörleri inceleyen bir araştırma veya annenin astım hastası olması oranları bilimsel araştırmalarla saptanmış değildir. En azından, kuralın yasalaşma safhasında dayanılmış her hangi bir bilimsel araştırma bulamadığı anlaşılmaktadır.

Dünya sağlık istatistiklerin ortaya koyduğu sonuçlara göre, kadın haklarının en ileri olduğu ülkelerde sezaryenin makul oranlarda kalması, buna karşılık genelde insan haklarının ve özellikle kadın haklarının geri olduğu Çin, Brezilya, Türkiye gibi ülkelerde sezaryen oranlarının aşırı

yükselmesi olgusuyla karşılaşılmaktadır. Bu sonuçlara göre, sezaryenin aşırı kullanımına karşı en iyi çarenin yasaklama yerine kadın ve ana bilincini geliştirecek eğitim ve demokratik özgürlük ortamını geliştirmek olduğu söylenebilir.

Bu genel değerlendirmelerden sonra devletin, kadının doğum yöntemini kendi iradesiyle belirleme hakkına müdahalesinin sınırlarının ne olması gerektiği hususunda, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler gözetilerek Anayasal denetim yapılabilir.

Anayasa'nın 17. maddesi, devletin, kişinin vücut bütünlüğüne dokunabileceği halleri sınırlamış, ancak kişinin kendi vücut bütünlüğünü veya sağlığını etkileyebilecek tasarrufları üzerinde bir sınırlama öngörmemiştir. Sezaryende riskler vardır, ancak bunlar müstakbel annenin veya doğacak çocuğun yaşam hakkını tehlikeye düşürecek ölçüde yüksek değildir. Öte yandan, kuralın öngördüğü gibi "tıbbi zorunluluk" halinde dahi kadının veya çocuğun, veya her ikisinin hayatını kaybetmesi veya vücut bütünlüğünün bir şekilde zarar görmesi riski her zaman vardır. Bu yönüyle kural, yaşam hakkını korumak için her hangi bir güvence getirmeye elverişli de değildir.

Anayasa kurallarının kişi özgürlüğü lehine yorumlanması şeklindeki genel ilke benimsendiği takdirde, sezaryen yasağının Anayasa'nın 17. maddesinden kaynaklanan KADININ TEK BAŞINA TASARRUF ALANINDA KALAN DOĞUM YÖNTEMİNİ SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜNE getirilmiş, demokratik bir toplumda zorunlu olmayan, ölçüsüz bir müdahale olduğu sonucuna varmak gerekir.

Ret kararına Anayasa'nın 2. ve 17. maddeleri yönünden, katılmıyorum.

II- İptali istenen diğer kurallar :

1. Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un Ek 9. maddesinin altıncı fıkrası :

Kuralla, üniversite tarafından Sağlık Bakanlığı ile birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlarda görevli personelin profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi için Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına ait kadroların kullanılabileceği öngörülmüştür.

Bu düzenleme her ne kadar üniversitelerin kadro alımı konusunda sorun yaşamaları gerekçesiyle yapılmış ise de, Anayasa'nın 130. maddesinde güvence altına alınan akademik özerklikle, 128. maddede farklı bir statüde düzenlenen memuriyetin farklı özellikleri bulunduğu, Sağlık bakanlığı kadrolarında fazlalık varsa bu kadroların üniversiteye devredilerek Anayasa'ya uygun bir çözüm sağlanabileceği, buna karşılık iptali istenen kuralla öğretim üyesinin Sağlık Bakanlığına kadro yönünden bağlanarak akademik özerkliğinin zedelendiği gözetildiğinde, kuralın Anayasa'nın 130. ve 2. maddelerine aykırılık taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle iptali gerektiği kanısındayım.

2. 663 sayılı KHK'nin 33. maddesinin değiştirilen (5) numaralı fıkrası :

Fıkrayla, tabip, diş tabibi ve eczacılardan sözleşmeli personel olarak görev yapanların ihtiyaç halinde ve süreli olarak Bakanlık kadrolarında görevlendirilebilmeleri düzenlenmiştir.

Kural, her hangi bir yöneticilik deneyimi olmayan sözleşmeli personelin, Daire Başkanı veya daha üst yönetici kadrolarına getirilmesini olanaklı kılmaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinde kamu görevlilerinin tabi olacakları esaslar belirtilmiş, bu konuların kanunla düzenleneceği öngörülmüş, ayrıca üst düzey yöneticiliğinin ayrı yetiştirilme esaslarına tabi tutulacağı ifade edilmiştir.

Yeterli çerçeve çizilmeden, temel ilke ve esaslar belirtilmeden yasa yoluyla düzenleme yapılması, Anayasa'nın 128. maddesinin emrettiği anlamda kanunla düzenleme sayılamaz. Kural, bu Anayasal gereksinimi karşılamaktan uzaktır. Kural, yasa ile düzenlenmesi gereken bir konuyu idareye bırakmakla, aynı zamanda Anayasa'nın 7. maddesine de aykırı düşmektedir.

Kuralın, Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırılık nedeniyle iptal edilmesi gerekir.

3. 663 sayılı KHK'nin 33. maddesine eklenen (7) numaralı fıkra :

Fıkrayla, sözleşmeli olarak çalışan personelin disiplin amirlerinin tayini ile çalışma usul ve esaslarının Bakanlık tarafından belirlenmesi ve sözleşmeli olarak çalışan ancak idari görev yapanlara memurların disiplin Amirliği yetkisinin verilebilmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesi gereği, memurların disiplin işleri kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur. Anayasa, memurların görev ve yetkileri ile özlük işlerinin bir bütünlük içinde ve statü hukuku esaslarına göre düzenlenmesi öngörmüştür. Memuriyetin esaslı unsurlarından olan disiplin işlerinin ve bunun pratikte işlerliğini sağlayacak olan disiplin amirlerinin kıdem, liyakat ve kamu hizmetinin gerekleri gibi ölçütlere uygun olarak, yasada yeterli açıklıkla düzenlenmesi gerekir. Bu konuda yeterli çerçeve çizilmeden, temel ilke ve esaslar belirlenmeden salt Bakanlığa disiplin amirlerini sözleşmeliler arasından da belirleme yetkisi veren kuralla, Anayasa'nın 128. maddesinin öngördüğü anlamda kanunla düzenleme yapılmış sayılamayacağı açıktır.

Kuralın, Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

4.7.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 1. maddesi ile 24.4.1930 tarihli ve 1593 Sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 153. maddesine eklenen fıkranın incelenmesi;

Fıkroda "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorluklar bulunması halinde doğum sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir."denilmektedir.

Anayasa'nın 17. maddesinde; "Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." hükmü yer almış olup, Anayasa'nın 15. maddesinde de kullanılması sınırlandırılmayacak temel hak ve hürriyetler arasında "kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulamaz" denilmek suretiyle sayılmıştır.

Kişilerin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, kendi vücut bütünlükleri hakkında karar verme hakkını da içerir. Dolayısıyla hamile kadının çocuğunu ne şekilde dünyaya getireceğine ilişkin yöntemi seçme hakkı "insan onuru, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı" ile yakından ilgilidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları da bu yöndedir. Buna göre "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesi uyarınca özel hayat kapsamı çok geniş bir kavramdır. Kişisel özerklik 8. maddenin garantisi altında olan temel prensiptir. Özel hayat kişinin özerkliğini de içerecek şekilde bireyin fiziksel ve sosyal kimliğini, kişisel gelişimini, diğer insanlar ve dış dünya ile ilişki kurma ve geliştirme hakkını da içerir. Bu anlamda **özel hayat** kavramı kişinin anne baba olma ya da olmamaya karar verme ve anne baba olmanın koşullarını seçme ve belirleme hakkını da içermektedir. Mahkeme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 8. maddesinin amacı açısından doğum yapmanın koşullarının da tartışılmaz bir şekilde kişinin özel hayatının parçası olduğunu kabul etmektedir." denilmektedir. (Ternovzky/Macaristan, 14.12.2010; 67545/09,22)

İptali istenilen fıkrada ise anne istemli sezaryenin ancak tıbbi bir zorunluluk bulunması halinde yaptırılabilceği belirtilmek suretiyle, hamile kadının istemediği tıbbi bir müdahale ile doğum yapması kararlaştırılmış olmaktadır.

Bu durumda sezaryen yöntemi ile doğumun gerçekleştirilmesi hakkına getirilen bu sınırlama Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır.

2) 8. maddesi ile 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinde yapılan değişikliğin altıncı fıkrasının incelenmesi;

Fıkrada "Üniversite tarafından, birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlar da görevli personelin profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi

için Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait eğitim görevlisi kadroları da kullanılabilir” denilmektedir.

Anayasa’nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti demokratik bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Buna göre Devletin tüm organları Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlıdır. Hukuk devleti devlet etkinliklerinin özenle sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturmak suretiyle aynı zamanda istikrarı da sağlar.

Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanabilmesi ise kuralların genel, eşit ve nesnel olmalarına bağlıdır.

Dava konusu düzenlemede ise, Üniversite tarafından Sağlık Bakanlığı ile birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlarda görevli personelin profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi için Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait eğitim görevlisi kadrolarını da kullanılabileceği belirtilmekte olup, bu haliyle düzenleme profesör ve doçent kadrolarına atanacaklar yönünden mesleki öngörülebilirliği ve hukuki güvenliğini zedelediğinden Anayasa’nın 2. maddesine aykırıdır.

3) 16. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 33. maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklik ile maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların incelemesi;

Beşinci fıkrada tabip, dış tabibi ve eczacılardan sözleşmeli personel olarak görev yapanların, ihtiyaç hâlinde Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında daire başkanı ve daha üst yönetici kadrolarında süreli olarak görevlendirilebileceği,

Yedinci fıkrada Sözleşmeli personelin disiplin amirlerinin tayini ile çalışma usul ve esasları Bakanlık tarafından belirleneceği ve bunlardan idarî görevlerde bulunanlara memurların disiplin amirliği yetkisi verilebileceği,

Sekizinci fıkrada ise devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personelin muvafakatı aranmaksızın, atanmış olduğu sağlık kurumunda bu madde kapsamında sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği, İl merkezindeki sağlık kurumlarına atanmış olan devlet hizmeti yükümlülerinin

ise birlik merkezinde de sözleşmeli personel olarak çalıştırılabileceği düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenleneceği" hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, işlem ve eylemleri hukuka uygun, kendini hukukla bağlı sayan ve tüm yetkilerinin sınırının kurallarla belirlendiği devlettir.

Bu durumda Anayasada Kanunla düzenlenmesi belirtilen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi mümkün değildir.

İptali istenilen fıkralarda ise sözleşmeli personelin, istihdam edildiği hizmet biriminde "ihtiyaç bulunması" halinde daire başkanı veya daha üst makamlarda görevlendirileceği, bu personele ayıırımsız bütün personele disiplin amirliği yetkisi verilmesi, atama yöntemleri ve çalışma olanağı bulunan devlet hizmeti yükümlülüğü yapmakta olan personelin muvafakatı olmaksızın atandığı sağlık kurumunda sözleşmeli olarak çalıştırılabileceğine ilişkin hükümler yer almakta olup, Kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi vermektedir. Bu haliyle sözü geçen fıkralar Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 4.7.2012 tarih ve 6354 sayılı Yasa'nın yukarıda her bölümde açıklanan gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilen kurallarının iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6354 sayılı Kanunun 1. maddesiyle 24.4.1930 tarihli, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 153. maddesine eklenen "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması halinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir" şeklindeki ikinci fıkranın iptali istenmiştir.

Buna göre, tıbbi zorunluluk olmadıkça doğum yapacak kişinin talebiyle sezaryen yapılamayacaktır. Düzenleme, sezaryen ile doğum konusunda anne adayının bireysel tercihini tamamen ortadan kaldırmakta, bu konudaki kararı tıbbi zorunluluk bulunması durumunda sadece doktora bırakmaktadır. Esasen kuralın yüklemi olan “yapılabilir” ibaresi de ayrıca belirsizlik hatta kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Bu haliyle kural “tıbbi zorunluluk bulunsan bile doktor sezaryen yapmayabilir” şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Halbuki zorunluluğun olduğu yerde tercihe yer yoktur. Bu kural olmasa bile anne adayı veya bebek açısından tıbbi zorunluluk halinde sezaryen ameliyatı yapılmalıdır. Bu nedenle kuralın asıl amacı, tıbben bir sakınca olmadığı durumlarda anne adayının kişisel tercihlerine bağlı olarak sezaryen ile doğum yapmasını yasaklamaktır.

Anayasanın 17. maddesinde kişinin “maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı” korunmuştur. Bu hak, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne rızası dışında ve tıbbi zorunluluklar gerektirmediği takdirde müdahaleyi engellemektedir. Anayasanın 20. maddesine göre de “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.”

Uluslararası sözleşmeler de bu hakları korumaya yönelik düzenlemeler içermektedir. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 1. maddesine göre taraf devletler, “tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.” Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü’nün 5. maddesine göre de, “Yeterli bilgiye sahip her birey farklı tedavi prosedürleri (yöntemleri) ve tedaviyi verecek kişiler arasında seçim yapma hakkına sahiptir. Hasta, hangi teşhis ve tedavi yönteminin kullanılacağı ve doktor, uzman veya hastane seçimi konularında karar verme hakkına sahiptir.”

Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 12. maddesinin birinci fıkrası gereğince, “Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler”. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 14 No’lu Genel Yorumunda, 12. maddede korunan sağlık hakkını “bir kimsenin, cinsiyet ve üreme özgürlükleri, rızası dışında tıbbi tedavi ve bilimsel deneye tabi tutulmama gibi müdahaleden masun olma hakları dahil olmak üzere, kendi sağlığı ve vücudunun kontrolünü elinde bulundurması hakkı...” olarak yorumlamıştır (E/C.12/2000/4, 11 Ağustos 2000, par. 8).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayat"ın, bireyin fiziki bütünlüğünü, kişisel özerkliğini ve anne baba olma ya da olmama hakkını da kapsayan geniş bir kavram olduğunu vurgulamaktadır. Evde doğum yapmayı tercih eden bir anne adayının yaptığı başvurunun değerlendirildiği *Ternovszky/Macaristan* kararında AİHM şu tespiti yapmıştır: *"Kişisel özerklik, 8. maddenin koruduğu hakların/güvencelerin yorumunda dikkate alınması gereken temel bir ilkedir. Bu nedenle, anne baba olma kararına ilişkin hak, doğumun nasıl yapılacağı konusundaki tercih hakkını da içerir"* (*Ternovszky/Macaristan*, B.No: 67545/09, 14/12/2010, § 22). AİHM, yakın tarihli bir kararında, başvurucunun rızası olmadan tıp öğrencilerinin doğumu izlemesine izin verilmesini Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur. AİHM bu kararında 8. maddenin kişinin fiziksel bütünlüğünü de kapsadığını, zira kişinin bedeninin özel hayatın en mahrem boyutunu teşkil ettiğini ve önemsiz de olsa tıbbi müdahalelerin bu hakka yönelik müdahale niteliğinde olduğunu bir kez daha vurgulamıştır (*Konovalova/Rusya*, B. No: 37873/04, 9/10/2014, § 40).

Kişinin hangi yöntemle doğum yapacağını seçme hakkı, başka bir ifadeyle bedeni üzerinde tasarrufta bulunma hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir gereğidir. Özel hayata saygı yükümlülüğü de bu hakkın korunmasını gerektirmektedir. Hiç kuşkusuz, kişinin doğum bağlamında bedeni üzerinde tasarruf hakkı sınırsız değildir. Bu hakkın sınırlandırılması, ancak uygulanan doğum yönteminin gebe veya bebeğin sağlığını tehlikeye atması durumunda söz konusu olabilir.

Çoğunluğa göre dava konusu kuralın amacı, hekimin tıbben uygun görmediği tedaviye veya ameliyata zorlanmasını engellemektir. Kural, çoğunluk görüşündeki kelimelerle ifade edecek olursak, *"anne adayının kendi isteği ile doğum yöntemini belirlemesi ve hekime bunu dayatabilmesi"*ni ve sezaryen ameliyatını *"tıp bilimine göre belirlenecek nedenlerle sınırlayan, bilimin gerekleri dışında herhangi bir yöntem dayatmayan"* bir düzenleme niteliğindedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu yaklaşım anne adayının doğumdan korkmasını, kişisel kaygı duymasını dikkate almamakta ve katı bir pozitivist yaklaşımla bilimsel uzmanlığı kutsayarak, anne adayının tercihlerini bilimsel temeli olmayan öznel duygular olarak değersizleştirmektedir. Duygusal bir varlık olarak insanın bir takım kaygı ve endişeler taşıması hayatın inkar

edilemez bir gerçeği olup, doğum yapacak anne adaylarının bir kısmının böyle duygular taşıması da son derece doğaldır. Hekimin uzmanlık bilgisine sahip olması, anne adayının tercihlerinin dikkate alınmamasını gerektirmez.

Diğer yandan çoğunluk görüşü, dava konusu kuralın yokluğunda doktorların sezaryen ameliyatı yapmaya zorlandığı varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımın doğru olduğu söylenemez. Zira kural, sadece tıbbi zorunluluk bulunması durumunda sezaryen ameliyatı yapılabileceğini, bunun dışında anne adayının istemesi ve doktorun tıbben bir sakınca görmemesi durumunda dahi sezaryen yapılamayacağını düzenlemektedir. Kuralın alternatififi, anne adayı veya bebeğin sağlığı açısından risk teşkil etse bile anne adayının talebi doğrultusunda hekimin sezaryen ameliyatına zorlanmasına yönelik bir düzenleme değildir.

Elbette anne adayının doğum yöntemini tercih hakkı sınırsız değildir. Hiçbir kural, hekimi tıbben zararlı/sakıncalı gördüğü bir yöntemi uygulamaya zorlama şeklinde bir dayatma içeremez. Bu nedenle, burada söz konusu olan sezaryen yönteminin tıbben zararlı olsa bile mutlak surette serbest bırakılması değildir. Mesele, anne adayının yeterince aydınlatıldıktan sonra, tıbben zararlı olmadığı sonucuna varılan iki yöntemden birini tercih ederek doğumunu gerçekleştirebilmesidir.

Getirilen kuralla ulaşılmak istenen amacın ülkemizde yüksek düzeyde olan sezaryenle doğum oranının makul bir seviyeye indirilerek, normal doğumun teşvik edilmesi olduğu söylenebilir. Hiç kuşkusuz kanun koyucu, anne adaylarının doğum konusunda kişisel özerkliklerini ortadan kaldırmadan bu amaca yönelik tedbirler alabilir. Bununla birlikte dava konusu kural, anne adaylarının doğumlarını nasıl yapacaklarıyla ilgili tercih yapma haklarını ellerinden alarak herhangi bir nedenle sezaryenle doğum yapmak isteyenleri normal doğuma zorlamaktadır. Bu nedenle çoğunluk görüşünün aksine, dava konusu kural bir dayatmayı engellememekte, tersine tıbben herhangi bir sakınca olmayan durumlarda da anne adayına tek bir doğum yöntemini dayatmaktadır.

Bireyin hür iradesiyle bedeni üzerinde tasarrufta bulunma hakkı sahip olduğu temel haklardan biridir. Kural olarak birey kendi bedeni üzerinde egemenlik sahibidir ve bu açıdan sezaryenle doğum kişisel özerklik ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçası olarak

değerlendirilmelidir. Devlet, tıbbi zorunluluklar dışında, tamamen anne adayının tercihinin bırakılması gereken doğum yapma şekli konusunda bir yöntem dayatmamalıdır.

İptali istenen kuralla anne adayının tercihi dikkate alınmayarak, doğum yöntemiyle ilgili karar tek başına uzman hekime bırakılarak doğum yapacak kadın adeta nesneleştirilmektedir. Sezaryenle doğum yöntemi kadının kendi bedeniyle ilgili vereceği bir karar olup, tıbbi zorunluluk durumları hariç, bu konuda bir dayatmada bulunmak kişi özerkliğine ve vücut bütünlüğüne yönelik ölçsüz bir müdahale oluşturmaktadır.

Kısacası, devletin doğum yöntemine kişisel tercihi devre dışı bırakacak şekilde müdahalesi kişinin özerkliğine, vücut bütünlüğüne ve özel hayatına bir müdahaledir. Bu müdahalenin Anayasanın 13. maddesi kapsamında demokratik toplum düzeni için acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmayan, ölçsüz bir sınırlama olduğu açıktır.

Açıklanan gerekçelerle, dava konusu kuralın Anayasanın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümüzden çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

3359 sayılı Kanunun değişik ek 9. maddesinin altıncı fıkrasında, birlikte kullanılan kurum ve kuruluşlarda görevli personelin üniversite tarafından profesör ve doçent kadrolarına atanabilmesi için Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait “eğitim görevlisi” kadrolarının da kullanılabileceği hükme bağlanmaktadır.

Profesör ve doçent kadroları da, memurların ve diğer kamu görevlilerinin kadroları gibi kanunla ihdas edilmekte ve bu statüde bulunanların, başta 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanunu olmak üzere kanunlarla belirlenen her türlü hakları ve yükümlülükleri ile yetkilerinin ve sorumluluklarının, kısaca statülerinin esasını oluşturmaktadır. Bu sebeple, profesör ve doçent olarak

görev yapmak, bu statülerin kapsadığı yetkileri kullanmak, malî ve sosyal haklar başta olmak üzere bu statülerin her türlü haklarından yararlanmak için öncelikle profesörlük ve doçentlik kadrolarına atanmak gerekmektedir.

Profesör ve doçentlerin atanmalarına ilişkin usûl ve esaslar ise 2547 sayılı Kanunda düzenlenmektedir. 2547 sayılı Kanunun 25. maddesinde belirtilen şartları taşıyanlar doçentlik kadrolarına; 26. maddesindeki şartları taşıyan doçentler de profesörlük kadrolarına üniversitelerce Kanunda belirtilen usûle göre atanabilmektedir. Her iki maddede de açıkça “doçentlik kadrosu”ndan ve “profesörlük kadrosu”ndan söz edilmektedir. 2547 sayılı Kanunun 3. maddesinde “Öğretim Üyeleri” tanımı altında yer alan bu akademik unvanlar, 78 sayılı Yükseköğretim Kurumları Öğretim Elemanlarının Kadroları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki cetvellerde kadro unvanı olarak da sayılmaktadır.

“Eğitim Görevlisi” kadroları ise 663 sayılı KHK ile ihdas edilerek 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında KHK’nin, Sağlık Bakanlığının bağlı kuruluşu olan Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu ile ilgili bölümüne eklenmiştir. Bu kadrolar “Eğitim Görevlisi” kadro unvanı ile ihdas edilmiştir. “Eğitim Görevlisi” unvanı, 2547 sayılı Kanunda yer verilen “Öğretim Üyeleri” tanımından farklı olarak “Profesör” ve “Doçent” akademik unvanlarını kapsamamakta, ihdas edilen kadro unvanlarında da bu iki akademik ve kadro unvanına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

Bu itibarla, ek 9. maddenin altıncı fıkrası, birbiriyle bağdaşmayan iki farklı statüyü öngörmektedir. Fıkroda, hem görevli personelin “Üniversite tarafından ... profesör ve doçent kadrolarına” atanabilmesinden, hem de bu akademik unvanları taşımayan, ihdas edildiği KHK’de de “Eğitim Görevlisi” kadro unvanı ile belirlenen kadroların bu atamalar için kullanılmasından söz edilmektedir. “Profesör” veya “Doçent” kadro unvanını taşımayan “Eğitim Görevlisi” kadrolarına atanan personelin nasıl “Profesör” ve “Doçent” kadrosuna atanmış sayılacağı belirsiz olduğu gibi kadro unvanına göre eğitim görevlisi, anılan hükme göre profesör ve doçent olacak bu personelin hakları ve yükümlülüklerinin, özellikle malî hakları başta olmak üzere özlük haklarının nasıl belirleneceği de açık ve öngörülebilir değildir.

Diğer taraftan kararın gerekçesinde, bu imkânın, “birlikte kullanılan sağlık tesisinde görevlendirilen üniversite mensubu profesör ve doçentler”

için ve “geçici bir süre ile” tanındığı belirtilmekte ise de, incelenen kuralda bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. Fıkra yapıları düzenleme, anılan kadroların geçici bir süre ile kullanılmasını öngörmediği gibi birlikte kullanılan sağlık tesisinde görev yapan ve Sağlık Bakanlığı personeli olan hekimlerin de üniversite tarafından Bakanlığa ve bağlı kuruluşlarına ait eğitim görevlisi kadrolarına profesör ve doçent olarak atanabilmelerine imkân verecek genişliktedir. Kararın gerekçesindeki bu yorum bile kuralın belirsiz olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu sebeplerle anılan hüküm, 2547 ve 2914 sayılı Kanunlarla ve 78 sayılı KHK ile yapılan düzenlemelerle çelişen, muğlak ve uygulanmasında hukuken imkânsızlık bulunan bir düzenleme getirmektedir. Belirsizlik bulunan ve buna bağlı olarak icra kabiliyeti olmayan mezkûr fıkra hükmü, ilgililerin hukukî durumlarının takdirinde çözülmesi zor sorunlara yol açacağı gibi bu belirsizliğin düzenleyici işlemlerle aşılması da mümkün değildir.

Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi kanunların belirli ve öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Bu nedenle hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi, kanunların hem kişiler, hem de idare bakımından bir tereddüte yer vermeyecek şekilde açık, net, kesin, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmasını zorunlu kılmakta; muğlak ve çelişkili normlar öngörülebilirliği ve hukukî güvenliği zedeleyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Söz konusu belirsizlik, Anayasanın, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama ve yükselmelerinin, disiplin ve ceza işlerinin, özlük haklarının ve uyacakları şartların kanunla düzenlenmesini öngören 130. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Bu sebeplerle, ek 9. maddenin altıncı fıkrasının Anayasanın 2. ve 130. maddelerine aykırılığından dolayı iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle red yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M.Emin KUZ

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 31.5.2012 günlü, 6322 sayılı **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**’un 20. maddesiyle 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun (8) SAYILI TARİFESİ’ne eklenen “XIV- Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:” bölümünün Anayasa’nın 2., 10., 73. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. (K: 2013/86, E: 2012/91)..... 1037

2. 25.10.1963 günlü, 353 sayılı **Askeri Mahkemeler Kurulu ve Yargılama Usulü Kanunu**’nun 1. maddesinin dördüncü fıkrasının “...suçları işleyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının önceden tesbit ve Resmi Gazete ile yayınlayacağı askeri mahkemelerde yapılır.” bölümünün Anayasa’nın 2., 36., 37., 138. ve 145. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. (K: 2013/93, E: 2012/146)..... 1257

B

3. 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı **Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**’un; 1- 40. maddesiyle değiştirilen, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun 86. maddesinin dördüncü fıkrasının “Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz.” biçiminde ikinci cümlesinin, 2- 53. maddesiyle, 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun geçici 20. maddesine eklenen fıkranın, 3- 64. maddesiyle değiştirilen, 5.6.1986 günlü, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu’nun 25. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan “...net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştırılan işyerlerinde...” ve “...yirmiden az personel çalıştırılan işyerlerinde yüzde 15’inden...” ibarelerinin, 4- 67. maddesiyle, 1.7.1976 günlü, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun’a eklenen geçici 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan “...3 aylık süre içerisinde...” ibaresinin, 5- 98.

Alfabetik İndeks

maddesiyle, 11.1.1954 günlü, 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'na eklenen geçici 4. maddenin, 6- 101. maddesiyle değiştirilen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafının "...Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için..." bölümünün, 7- 115. maddesiyle, 657 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının, 8- 133. maddesiyle, 8.6.1994 günlü, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtılması Hakkında Kanun'un 12. maddesine eklenen fıkranın, 9- 166. maddesinin, 10- 169. maddesiyle, 9.12.1994 günlü, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 3. maddenin; a- İkinci fıkrasının; aa- Birinci cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin, ab- Dördüncü cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin, ac- Sekizinci ve dokuzuncu cümlelerinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin, b- Üçüncü fıkrasında yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların..." ibaresinin, 11- 177. maddesiyle, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin, 12- 179. maddesiyle değiştirilen, 4734 sayılı Kanun'un 68. maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesindeki "projelerde" ibaresinin, 13- 206. maddesiyle, 18.4.2001 günlü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendine eklenen (3) numaralı alt bendin "Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarısının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer

Alfabetik İndeks

izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir.” biçimindeki dördüncü cümlesinin, 14- 208. maddesiyle, 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu’nun 7. maddesine eklenen fıkraların, 15- 209. maddesiyle, 5737 sayılı Kanun’a eklenen geçici 10. maddenin, 16- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 17- Geçici 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa’nın 2., 6., 7., 10., 13., 35., 36., 46., 48., 49., 55., 60., 69., 87., 123., 126., 127., 128., 135. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. (K: 2013/60, E: 2011/42)..... 775

4. 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı **Belediye Gelirleri Kanunu’nun, 30.12.2004 günlü, 5281 sayılı Vergi Kanunlarının Yeni Türk Lirasına Uyumuna ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un** 20. maddesiyle değiştirilen 60. maddesinin Anayasa’nın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. (K: 2013/55, E: 2012/158) 757

C

5. 1- 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un** 68. maddesinin, 2- 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa’nın 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26., 36., 38. ve 152. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. (K: 2013/67, E: 2013/55)..... 943

H

6. 2.7.1964 günlü, 492 sayılı **Harçlar Kanunu’nun** (1) SAYILI TARİFE’sinin “B) İcra ve iflas harçları” bölümüne, 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 20. maddesi ile eklenen (III) numaralı fıkra da yer alan “...her bir işlem için...” ibaresinin Anayasa’nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. (K: 2013/62, E: 2012/60)..... 933

7. 7.6.2012 günlü, 6325 sayılı **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu**’nun; 1- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 2- 4. maddesinin, 3- 5. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarının, 4- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 5- 13. maddesinin, 6- 15. maddesinin (1), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının, 7- 16. maddesinin, 8- 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, 9- 18. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının, 10- 19. maddesinin, 11- 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin, 12- 21. maddesinin, 13- 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının “Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler.” biçimindeki ikinci cümlesinin, 14- 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “...eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.” ibaresinin, 15- 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin, 16- 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin, 17- 33. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 36., 37. 138. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. (K: 2013/89, E: 2012/94).....

1169

O

8. 12.11.2012 günlü, 6360 sayılı **On Üç (6447 sayılı Kanun ile “On Dört” olarak değiştirilen) İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı (6447 sayılı Kanun ile “Yirmi Yedi” olarak değiştirilen) İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**’un; 1- 1. maddesinin; a- (1) numaralı fıkrasında yer alan “...sınırları il mülki sınırları olmak üzere...” ibaresinin, b- (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının, 2- 2. maddesinin; a- (7) numaralı fıkrasının, b- (37) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (38) numaralı fıkra olarak değiştirilen), c- (40) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (41) numaralı fıkra olarak değiştirilen), d- (41) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (42) numaralı fıkra olarak değiştirilen), 3- 4. maddesiyle değiştirilen, 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sınırları il mülki sınırı olan...” ibaresinin, 4- 6. maddesiyle değiştirilen 5216 sayılı Kanun’un 5. maddesinin, 5- 17. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 14. maddesine eklenen ikinci fıkranın, 6- 34. maddesiyle, 14.2.1985 günlü, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’a eklenen 28/A maddesinin birinci ve son

Alfabetik İndeks

fıkralarının, 7- Geçici 1. maddesinin (27) numaralı fıkrasının, 8- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 11., 59., 63., 73., 90., 123., 126., 127. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. (K: 2013/100, E: 2013/19)..... 1281

S

9. 4.7.2012 günlü, 6354 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 1. maddesiyle 24.4.1930 günlü, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 153. maddesine eklenen "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir." biçimindeki ikinci fıkrasının, 2- 7. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesine eklenen fıkrasının, 3- 8. maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinin, 4- 12. maddesiyle 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin; a- Beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümlelerin, b- Sonuna eklenen fıkraların, 5- 13. maddesiyle 5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "kaydı ile" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresinin, 6- 16. maddesiyle 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 33. maddesinin; a- Değiştirilen (5) numaralı fıkrasının, b- Eklenen (7) ve (8) numaralı fıkralarının, 7- 23. maddesiyle 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemşirelik Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 10., 11., 13., 17., 48., 50., 56., 124., 128., 130. ve 131. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. (K: 2013/105, E: 2012/103)..... 1375

T

10. 3.5.2012 günlü, 6302 sayılı Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin birinci,

Alfabetik İndeks

ikinci, üçüncü fıkraları ile dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 3., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 16., 35., 43., 44., 45., 57., 123., 138., 152. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. (K: 2013/88, E: 2012/75)..... 1051

11. 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun**, 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen geçici 206. maddesinde yer alan "8.9.1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan..." ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. (K: 2013/78, E: 2012/147)..... 1029

V

12. 7.7.2011 günlü, 646 sayılı **Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin**; 1- Tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin, 2- 1. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 6., 7., 10., 73., 87., 91., 112. ve 113. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. (K: 2013/69, E: 2011/79)..... 959

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

<i>Yasa No</i>	<i>İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı</i>	<i>Karar</i>	<i>Esas</i>	<i>Tür</i>	<i>Sf</i>
353	Askeri Mahkemeler Kurulu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 1. maddesinin dördüncü fıkrasının "...suçları işleyenlerin yargılanmaları Milli Savunma Bakanlığının önceden tesbit ve Resmi Gazete ile yayınlayacağı askeri mahkemelerde yapılır." bölümünün Anayasa'nın 2., 36., 37., 138. ve 145. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/93	2012/146	İTİZ	1257
492	Harçlar Kanunu'nun (1) SAYILI TARİFE'sinin "B) İcra ve iflas harçları" bölümüne, 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesi ile eklenen (III) numaralı fıkra da yer alan "...her bir işlem için..." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/62	2012/60	İTİZ	933
646	Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin; 1- Tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin, 2- 1. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 7., 10., 73., 87., 91., 112. ve 113. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/69	2011/79	İPT	959
2464	Belediye Gelirleri Kanunu'nun, 30.12.2004 günlü, 5281 sayılı Vergi Kanunlarının Yeni Türk Lirasına Uyumu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 20. maddesiyle değiştirilen 60.	2013/55	2012/158	İTİZ	757

5275	maddesinin Anayasa'nun 2., 10. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. 1- Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 68. maddesinin, 2- 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nun 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26., 36., 38. ve 152. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2013/67	2013/55	İTZ	943
5434	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun, 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle değiştirilen geçici 206. maddesinde yer alan "8.9.1999 tarihinde Sandık iştirakçisi olanlardan..." ibaresinin Anayasa'nun 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/78	2012/147	İTZ	1029
6111	Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; 1- 40. maddesiyle değiştirilen, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin dördüncü fıkrasının "Kurumca belirlenen işyerlerinde bu şart aranmaz." biçiminde ikinci cümlesinin, 2- 53. maddesiyle, 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 20. maddesine eklenen fıkranın, 3- 64. maddesiyle değiştirilen, 5.6.1986 günlü, 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanunu'nun 25. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "...net tutarının yirmi ve üzerinde personel çalıştırılan işyerlerinde..." ve "...yirmiden az personel çalıştırılan işyerlerinde yüzde 15'inden..." ibarelerinin, 4- 67. maddesiyle, 1.7.1976 günlü, 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık	2013/60	2011/42	İPT İTZ	775

					Bağlanması Hakkında Kanun'a eklenen geçici 2. maddenin birinci fıkrasında yer alan "...3 aylık süre içerisinde..." ibaresinin, 5- 98. maddesiyle, 11.1.1954 günlü, 6219 sayılı Türkiye Vakıflar Bankası Türk Anonim Ortaklığı Kanunu'na eklenen geçici 4. maddenin, 6- 101. maddesiyle değiştirilen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 68. maddesinin (B) bendinin ikinci paragrafının "...Başbakanlık ve bakanlıkların bağlı ve ilgili kuruluşlarının müsteşar ve müsteşar yardımcıları ile en üst yönetici konumundaki genel müdür ve başkan kadrolarına atanacaklar için tamamı, diğer kadrolara atanacaklar için..." bölümünün, 7- 115. maddesiyle, 657 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen ek 8. maddesinin ikinci fıkrasının, 8- 133. maddesiyle, 8.6.1994 günlü, 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yapı-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesine eklenen fıkranın, 9- 166. maddesinin, 10- 169. maddesiyle, 9.12.1994 günlü, 4059 sayılı Hazine Müsteşarlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 3. maddenin; a- İkinci fıkrasının; aa- Birinci cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri; Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendireceği ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin, ab- Dördüncü cümlesinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığınca görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin, ac- Sekizinci ve dokuzuncu cümlelerinde yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme Vakfı ve görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşlar..." ibaresinin, b- Üçüncü fıkrasında yer alan "...Türkiye İhracatçılar Meclisi/İhracatçı Birlikleri, Türkiye Teknoloji Geliştirme
--	--	--	--	--	---

	Vakfı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı tarafından bu madde çerçevesinde görevlendirilen ilgili diğer kurum ve kuruluşların..." ibaresinin, 11- 177. maddesiyle, 4.1.2002 günü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (r) bendinin, 12- 179. maddesiyle değiştirilen, 4734 sayılı Kanun'un 68. maddesinin (c) fıkrasının birinci cümlesindeki "projelerde" ibaresinin, 13- 206. maddesiyle, 18.4.2001 günü, 4646 sayılı Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (d) bendine eklenen (3) numaralı alt bendin "Ancak, başvurulardan birinde depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarisının mülkiyetinin lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortaklarına ait olması ve/veya depolama faaliyetinin yapılacağı sahada yer alan taşınmazların asgari yarisının üzerinde lisans başvurusunda bulunan tüzel kişi ve/veya ortakları adına depolama faaliyetinde bulunma imkanı verecek kullanma ve/veya irtifak hakkı ve benzer izinlerin tesis edilmiş olması halinde bu başvuru kabul edilir; diğer başvurular reddedilir." biçimindeki dördüncü cümlesinin, 14- 208. maddesiyle, 20.2.2008 günü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 7. maddesine eklenen fıkraların, 15- 209. maddesiyle, 5737 sayılı Kanun'a eklenen geçici 10. maddenin, 16- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 17- Geçici 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 6., 7., 10., 13., 35., 36., 46., 48., 49., 55., 60., 69., 87., 123., 126., 127., 128., 135. ve 138. maddelerine ayrırlığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6302	Tapu Kanunu ve Kadastro Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 22.12.1934 günü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü fıkraları ile dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 5., 6., 7., 8.,	2013/88	2012/75	İPT	1051

	9, 10, 11, 16, 35, 43, 44, 45, 57, 123, 138, 152. ve 153. maddelerine ayrırlığı ileri sürölerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6322	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesiyle 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun (8) SAYILI TARİFESİ'ne eklenen "XIV-Denetim yetkilendirme belgeleri ve müşavirlik ruhsat harçları:" bölümünün Anayasa'nın 2., 10, 73. ve 167. maddelerine ayrırlığı ileri sürölerek iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/86	2012/91	İPT	1037
6325	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun; 1- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 2- 4. maddesinin, 3- 5. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarının, 4- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 5- 13. maddesinin, 6- 15. maddesinin (1), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının, 7- 16. maddesinin, 8- 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, 9- 18. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının, 10- 19. maddesinin, 11- 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinin, 12- 21. maddesinin, 13- 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Bu kuruluşlar Bakanlıktan izin alarak eğitim verebilirler." biçimindeki ikinci cümlesinin, 14- 26. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "...eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarıları konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar." ibaresinin, 15- 30. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin, 16- 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendinin, 17- 33. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 36., 37. 138. ve 141. maddelerine ayrırlığı ileri sürölerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/89	2012/94	İPT	1169

6354	Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 1. maddesiyle 24.4.1930 günlü, 1593 sayılı Umumi Hifzıssıhha Kanunu'nun 153. maddesine eklenen "Gebe veya rahmindeki bebek için tıbbi zorunluluk bulunması hâlinde doğum, sezaryen ameliyatı ile yaptırılabilir." biçimindeki ikinci fıkrasının, 2- 7. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesine eklenen fıkrasının, 3- 8. maddesiyle değiştirilen 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinin, 4- 12. maddesiyle 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin; a- Beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümlelerin, b- Sonuna eklenen fıkraların, 5- 13. maddesiyle 5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine "kaydı ile" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde" ibaresinin, 6- 16. maddesiyle 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 33. maddesinin; a- Değiştirilen (5) numaralı fıkrasının, b- Eklenen (7) ve (8) numaralı fıkraların, 7- 23. maddesiyle 25.2.1954 günlü, 6283 sayılı Hemsirelik Kanunu'na eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 10., 11., 13., 17., 48., 50., 56., 124., 128., 130. ve 131. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/105	2012/103	İPT	1375
6360	On Üç (6447 sayılı Kanun ile "On Dört" olarak değiştirilen) İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı (6447 sayılı Kanun ile "Yirmi Yedi" olarak değiştirilen) İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 1.	2013/100	2013/19	İPT	1281

				maddesinin; a- (1) numaralı fıkrasında yer alan “...sınırları il mülki sınırları olmak üzere...” ibaresinin, b- (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının, 2- 2. maddesinin; a- (7) numaralı fıkrasının, b- (37) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (38) numaralı fıkra olarak değiştirilen), c- (40) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (41) numaralı fıkra olarak değiştirilen), d- (41) numaralı fıkrasının (6447 sayılı Kanun ile (42) numaralı fıkra olarak değiştirilen), 3- 4. maddesiyle değiştirilen, 10.7.2004 günlü, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sınırları il mülki sınırı olan...” ibaresinin, 4- 6. maddesiyle değiştirilen 5216 sayılı Kanun’un 5. maddesinin, 5- 17. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 14. maddesine eklenen ikinci fıkranın, 6- 34. maddesiyle, 14.2.1985 günlü, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun’a eklenen 28/A maddesinin birinci ve son fıkralarının, 7- Geçici 1. maddesinin (27) numaralı fıkrasının, 8- Geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa’nın 2., 11., 59., 63., 73., 90., 123., 126., 127. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
--	--	--	--	--	--	--	--	--

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2013/55	2012/158	İİD.....	757
2013/60	2011/42	İİD.....	775
2013/62	2012/60	İİD.....	933
2013/67	2013/55	İİD.....	943
2013/69	2011/79	İİD.....	959
2013/78	2012/147	İİD.....	1029
2013/86	2012/91	İİD.....	1037
2013/88	2012/75	İİD.....	1051
2013/89	2012/94	İİD.....	1169
2013/93	2012/146	İİD.....	1257
2013/100	2013/19	İİD.....	1281
2013/105	2012/103	İİD.....	1375

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2011/42	2013/60	İİD.....	775
2011/79	2013/69	İİD.....	959
2012/60	2013/62	İİD.....	933
2012/75	2013/88	İİD.....	1051
2012/91	2013/86	İİD.....	1037
2012/94	2013/89	İİD.....	1169
2012/103	2013/105	İİD.....	1375

*İİD: İptal ve İtiraz Davası

2012/146	2013/93	İİD.....	1257
2012/147	2013/78	İİD.....	1029
2012/158	2013/55	İİD.....	757
2013/19	2013/100	İİD.....	1281
2013/55	2013/67	İİD.....	943

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
18.01.2014	28886	2012/158	2013/55	İİD.....	757
18.01.2014	28886	2011/79	2013/69	İİD.....	959
18.01.2014	28886	2012/147	2013/78	İİD.....	1029
25.01.2014	28893	2012/94	2013/89	İİD.....	1169
27.03.2014	28954	2012/60	2013/62	İİD.....	933
27.03.2014	28954	2013/55	2013/67	İİD.....	943
27.03.2014	28954	2012/91	2013/86	İİD.....	1037
25.04.2014	28982	2012/146	2013/93	İİD.....	1257
25.07.2014	29071	2011/42	2013/60	İİD.....	775
25.07.2014	29071	2012/75	2013/88	İİD.....	1051
18.09.2014	29123	2013/19	2013/100	İİD.....	1281
17.12.2014	29208	2012/103	2013/105	İİD.....	1375

4-Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
10.04.2013	2012/158	2013/55	İİD.....	757
09.05.2013	2011/42	2013/60	İİD.....	775
22.05.2013	2012/60	2013/62	İİD.....	933
28.05.2013	2013/55	2013/67	İİD.....	943
06.06.2013	2011/79	2013/69	İİD.....	959
18.06.2013	2012/147	2013/78	İİD.....	1029
10.07.2013	2012/91	2013/86	İİD.....	1037
10.07.2013	2012/75	2013/88	İİD.....	1051
10.07.2013	2012/94	2013/89	İİD.....	1169

17.07.2013	2012/146	2013/93	IID.....	1257
12.09.2013	2013/19	2013/100	IID.....	1281
03.10.2013	2012/103	2013/105	IID.....	1375

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç:	1003, 1007, 1142, 1144, 1145, 1146, 1148, 1149, 1150, 1157, 1158, 1159, 1166, 1219, 1223, 1241, 1242, 1243, 1245, 1246, 1247
m. 2:	764, 768, 770, 771, 850, 853, 856, 857, 858, 860, 863, 864, 866, 868, 869, 873, 876, 879, 883, 887, 888, 891, 894, 895, 897, 905, 907, 908, 911, 920, 922, 924, 925, 926, 927, 929, 930, 931, 939, 941, 951, 953, 1003, 1007, 1026, 1027, 1032, 1033, 1034, 1045, 1046, 1048, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1151, 1152, 1159, 1162, 1165, 1166, 1168, 1219, 1223, 1224, 1225, 1226, 1228, 1229, 1230, 1232, 1233, 1234, 1235, 1236, 1237, 1241, 1242, 1243, 1245, 1246, 1247, 1248, 1249, 1250, 1254, 1255, 1275, 1276, 1278, 1324, 1326, 1328, 1330, 1332, 1333, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1341, 1343, 1346, 1347, 1348, 1349, 1350, 1355, 1356, 1364, 1369, 1427, 1428, 1431, 1433, 1434, 1435, 1441, 1443, 1445, 1447, 1449, 1450, 1451, 1452, 1453, 1456, 1457, 1458, 1460, 1463, 1465, 1466, 1470, 1471, 1477
m. 3:	1158
m. 5:	1142, 1144, 1145, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1219, 1223, 1229, 1230, 1248, 1249, 1427, 1428, 1431, 1457, 1458, 1460, 1463
m. 6:	876, 879, 1003, 1007, 1145, 1146, 1151, 1219, 1223, 1232, 1233, 1246, 1247, 1248, 1249, 1431, 1434, 1453, 1457
m. 7:	850, 852, 853, 876, 879, 926, 1003, 1007, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1151, 1158, 1160, 1162, 1165, 1166, 1246, 1247, 1248, 1249, 1431, 1432, 1434, 1435, 1437, 1441, 1445, 1447, 1451, 1452, 1453, 1454, 1457, 1467, 1468
m. 8:	853, 1145, 1146, 1151, 1246, 1247, 1248, 1249

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayananlar maddeleri içermemektedir.

Anayasa Maddeleri Dizini

m. 9:	1219, 1221, 1223, 1224, 1225, 1226, 1228, 1229, 1230, 1232, 1233, 1234, 1235, 1238, 1240, 1241, 1242, 1243, 1245, 1246, 1247, 1248, 1249
m. 10:	764, 768, 771, 860, 862, 863, 866, 873, 876, 888, 890, 891, 895, 897, 925, 926, 927, 1003, 1007, 1009, 1010, 1011, 1045, 1046, 1048, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1219, 1223, 1235, 1237, 1246, 1247, 1427, 1430, 1431, 1447, 1450, 1457, 1460, 1463
m. 11:	1002, 1146, 1148, 1149, 1150, 1151, 1219, 1223, 1246, 1247, 1248, 1249, 1324, 1326, 1333, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1341, 1343, 1348, 1350, 1453, 1457
m. 13:	852, 902, 904, 1226, 1427, 1428, 1430, 1431, 1463, 1466, 1475
m. 15:	1469
m. 16:	1142, 1146, 1147, 1148, 1149, 1150, 1162, 1168
m. 17:	1427, 1428, 1429, 1431, 1441, 1444, 1445, 1447, 1451, 1452, 1457, 1458, 1460, 1463, 1466, 1469, 1472, 1475
m. 20:	1254, 1472, 1475
m. 35:	902, 904, 1142, 1144, 1146, 1148, 1168
m. 36:	899, 901, 939, 940, 941, 950, 951, 953, 956, 957, 1219, 1221, 1223, 1224, 1225, 1226, 1228, 1229, 1230, 1243, 1245, 1275, 1276, 1278
m. 37:	1219, 1223, 1224, 1229, 1230, 1232, 1233, 1275, 1276, 1278
m. 43:	1168
m. 44:	1168
m. 48:	883, 887, 1427, 1430, 1431, 1457, 1460, 1463
m. 49:	883, 887
m. 50:	1441, 1445, 1447, 1451, 1452
m. 55:	860, 862, 863, 926
m. 56:	1427, 1431, 1435, 1437, 1438, 1441, 1443, 1444, 1445, 1447, 1451, 1452, 1456, 1457, 1458, 1460, 1463
m. 59:	1339
m. 60:	850, 851, 852, 853, 864, 865, 922, 925, 926, 927

Anayasa Maddeleri Dizini

m. 63:	1329, 1330, 1348, 1350, 1354, 1355, 1356
m. 65:	865
m. 67:	1324, 1327, 1328, 1349, 1364
m. 69:	908, 909, 911
m. 70:	1008, 1009, 1024
m. 73:	764, 765, 766, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 852, 1003, 1007, 1045, 1046, 1048, 1240, 1346, 1347, 1361
m. 87:	868, 869, 876, 879, 907, 1003, 1007
m. 90:	1326, 1330, 1343, 1348, 1350
m. 91:	1001, 1002, 1003, 1007, 1008, 1009, 1016, 1021, 1023, 1024, 1025
m. 99:	852
m. 112:	1003, 1007, 1011, 1012, 1013, 1014
m. 113:	1003, 1007, 1011, 1012, 1013, 1014, 1241, 1242, 1243, 1244, 1245, 1246, 1247, 1248, 1249
m. 123:	1145, 1146, 1151, 1320, 1321, 1327, 1328, 1338, 1339, 1362, 1366
m. 124:	853, 1435, 1441
m. 126:	891, 894, 1323, 1324, 1326, 1333, 1334, 1335, 1336, 1337, 1338, 1339, 1348, 1350, 1366
m. 127:	764, 765, 766, 767, 768, 771, 772, 773, 883, 887, 1321, 1323, 1324, 1326, 1327, 1328, 1330, 1331, 1332, 1338, 1339, 1341, 1343, 1344, 1345, 1346, 1348, 1349, 1350, 1355, 1356, 1358, 1360, 1363, 1364, 1367, 1368, 1369
m. 128:	853, 870, 872, 873, 876, 928, 1024, 1431, 1432, 1433, 1434, 1441, 1443, 1446, 1447, 1450, 1451, 1452, 1453, 1454, 1457, 1467, 1468, 1471
m. 129:	852, 853
m. 130:	1255, 1256, 1431, 1433, 1434, 1435, 1439, 1441, 1447, 1448, 1450, 1467, 1477
m. 131:	1435, 1441

Anayasa Maddeleri Dizini

m. 135:	1256
m. 138:	856, 857, 860, 868, 869, 899, 901, 905, 907, 908, 910, 911, 929, 930, 931, 1235, 1237, 1275, 1276, 1278
m. 141:	1223, 1224, 1229, 1230, 1232, 1233, 1234, 1235
m. 142:	951, 953, 1276, 1278
m. 145:	1275, 1276, 1278
m. 148:	907, 1001
m. 152:	950, 951, 952, 953, 955, 957
m. 153:	1017, 1021, 1034, 1035, 1168, 1329, 1330, 1348, 1350, 1370, 1371, 1372, 1373, 1374
m. 163:	1002
m. 167:	1045, 1048
m. 176:	1142