anayasa mahkemesi

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

52/2 2015

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 52

2. Cilt

2015

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-96-4

2015 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)
Salim KÜÇÜK (Üye)
Abdullah TEKBAŞ (Üye)

Kitabı Yayıma Hazırlayan

Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

İletişim ve İstem Adresi

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No:4
06805 Çankaya / Ankara
Telefon:(312) 463 73 00 Faks: (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Baskı ve Cilt

Epa-Mat Basım Yay. Prom. San. Tic. Ltd. Şti.
Ağaçişleri Sanayi Sitesi 1357. Sok. No:41 Yenimahalle/ANKARA
Tel: 0312 394 48 63-64 Faks: 0312 394 48 65
www.epamat.com.tr / epamat@hotmail.com / epamatbacilik@gmail.com

Baskı Tarihi:

Mayıs, 2017

Dizinler

I- Alfabetik İndeks.....1345
II- Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini.....1353
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler.....1363
IV- Anayasa Maddeleri Dizini.....1367

Esas Sayısı : 2014/149
Karar Sayısı : 2014/14 (Yürürlüğü Durdurma)
Karar Günü : 2.10.2014

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Engin ALTAY ile birlikte 123 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "… *23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir*." bölümünün,

2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin,

3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "*Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …*" bölümünün,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen *"dört saat"* ibaresinin,

2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın,

Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüklerinin durdurulması istemini de içeren iptali istenilen kuralların yer aldığı dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki Raportör Erhan TUTAL tarafından hazırlanan yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- a- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin *"…23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin*

Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." bölümü,

b- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesi,

c- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin *"Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;"* bölümü,

2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümlerin ve cümlenin, uygulanmalarından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar **YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, OYBİRLİĞİYLE,**

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrası, 2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkranın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar **YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,** Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve **OYÇOKLUĞUYLA,**

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen *"dört saat"* ibaresine yönelik iptal istemi, 2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

E- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkraya yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından **REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,**

2.10.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

Esas Sayısı : 2014/149
Karar Sayısı : 2014/151
Karar Günü : 2.10.2014

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Engin ALTAY ile birlikte 123 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "… *23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir.*" bölümünün,

2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin,

3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "*Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …*" bölümünün,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen "*dört saat*" ibaresinin,

2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın,

Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"IV. ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇELERİ

1-) 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 28. maddesinin,

a) Birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde geçen:

"… 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan

görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir."

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun "Kararların sonuçları:" kenar başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesine 21.2.2014 günlü 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 18. maddesi ile eklenen "Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya, boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir." biçimindeki üçüncü cümlesi, "Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dahi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekaleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." şeklinde değiştirilmektedir.

Buna göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi;

"Kamu görevlileri hakkında tesis edilen atama, görevden alma, göreve son verme, naklen veya vekâleten atama, yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleriyle ilgili olarak verilen iptal ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin mahkeme kararlarının gereği; dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu kadroya,

boş olmaması hâlinde ise aynı kurumda kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanmak suretiyle yerine getirilir."

Biçiminde iken,

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile;

"Ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dahi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekaleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir."

Şekline dönüşmekte ve böylece, dava konusu üçüncü tümcenin yer aldığı Kural, yeniden kodifiye edilmektedir.

Kural'da yapılan atıf nedeniyle, açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği öngörülen "ilgililer"; 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının muhatabı olan kişilerdir. Bu kişiler ise, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellere göre,

"1 SAYILI CETVEL

Valiler;

Büyükelçiler, Daimi Temsilciler, Daimi Delegeler;

Diyanet İşleri Başkanı ve Din İşleri Yüksek Kurulu Üyeleri;

Yüksek Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri;

Türkiye İstatistik Kurumu Başkanı,

2 SAYILI CETVEL

Bakan Yardımcıları (Millî Savunma Bakanlığı Bakan Yardımcısı dâhil), Müsteşar ve yardımcıları (Dışişleri Bakanlığı Genel Sekreteri ve Yardımcıları dahil);

Genel Müdür ve Yardımcıları (Ticaret Bakanlığı Dış Ticaret Genel Sekreteri ve Yardımcısı, Hazine Genel Müdürü ve Milletlerarası İktisadi İşbirliği Teşkilatı Genel Sekreteri ve Yardımcısı, İçişleri Bakanlığı Sivil Savunma idaresi Başkanı ve Yardımcısı dahil),

Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurul Üyeleri ve Genel Sekreteri,

Vakıflar Genel Müdürlüğü İdare Meclis Başkan ve Üyeleri,

Gelir İdaresi Başkanı, Gelir İdaresi Başkan Yardımcıları, Gelir İdaresi Daire Başkanları ve Vergi Dairesi Başkanları, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye İlaç ve Tıbbî Cihaz Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanı ve Başkan Yardımcıları,

Devlet Personel Başkanı,

Atom Enerjisi Komisyonu Genel Sekreteri,

Bakanlıklardaki Kurul Başkanları ve Üyeleri,

Strateji Geliştirme Başkanları,

Bakanlıkların Rehberlik ve Teftiş, Rehberlik ve Denetim, Denetim Hizmetleri başkanları,

Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları,

Bakanlık Müfettişleri (Maliye Bakanlığı Vergi Müfettişleri ve Bankalar Yeminli Murakıpları dahil) ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişleri,

Bakanlık Müşavirleri (Millî Savunma Bakanlığı Bakanlık Müşavirleri dâhil)

Birinci Hukuk Müşaviri,

Bakanlık Daire Başkanları,

İl İdare Şube Başkanları,

Bölge Müdürleri ve Başmüdürler,

Vali Muavini, Kaymakam, İl Hukuk İşleri Müdürü, Polis Akademisi Başkanı, İl Emniyet Müdürü,"

Olarak sayılmıştır.

İşte, dava konusu 2577 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü tümcesine göre, açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği öngörülen "ilgililer", anılan cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan kadro ve görevlerde bulunan kişiler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının muhatabı olan kişilerdir.

Kural'da esâsen, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar

dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin "ne sûretle" ve "ne kadar zamanda" yerine getirileceği hükme bağlanmaktadır. Başka bir değişle, Kural, mahkeme kararlarının, ne sûretle ve ne kadar süre içerisinde yerine getirileceğini düzenlemektedir.

Dava konusu Kural'da, birinci sorunun cevabı, mahkeme kararlarının gereği, "ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması sûretiyle" yapılacağı;

İkinci sorunun cevabı ise, mahkeme kararlarının gereği, "iki yıl içinde" yerine getirileceği, şeklinde açıklanmaktadır.

Buna göre, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen üçüncü cümlenin yürürlüğe girmesiyle birlikte; 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği kurala bağlanmaktadır.

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, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiş, 138. maddesinin dördüncü fıkrasında da, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmü getirilmiştir.

6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde öngörülen düzenleme ile; Kural'ın

yürürlüğe girmesinden önce, hukuka aykırı olarak görevinden alınan bir kamu görevlisinin yerine aynı kadroya başka bir kişinin atanması durumunda, İdare Mahkemesince verilen kararın uygulanma imkânı da kalmayacağı gibi, Kural'ın yürürlüğe girmesiyle birlikte, İdare Mahkemesince verilen kararın gereği, dava konusu edilen kadronun boş olup olmamasına bakılmaksızın, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması sûretiyle yerine getirilecektir. Sözgelişi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarında görev yapan ve hukuka aykırı olarak görevinden alındığı mahkeme kararıyla belirlenen kişiler hakkında, davanın kabûlü çerçevesinde, dava konusu edilen aynı kadroya atanmak suretiyle mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesi gerekirken, kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle yerine getirilmesi cihetine gidilmekte ve böylece, Anayasamızın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen "Yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları; bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği" Kural'ı ihlâl edilmiş olmaktadır. Zirâ, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarında görev yapan ve hukuka aykırı olarak görevinden alındığı mahkeme kararıyla sübut bulan bir görevlinin, eski görevine atanması sûretiyle mağduriyetinin giderilmesini öngören -olası bir- mahkeme kararına uyulmamış, dahası, idarece, ilgilinin (dava konusu düzenlemenin gereği olarak) başka bir kadroya ataması yapılarak mahkeme kararı fiilen değiştirilmiş ve üstelik mahkeme kararının iki yıl içinde yerine getirileceği öngörülmek sûretiyle, mahkeme kararının yerine getirilmesi geciktirilmiş olmaktadır. Öyle ise, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne açıkça aykırıdır.

Anayasamızın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi, Anayasa'nın 138. maddesine koşut biçimde, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymalarını; bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştirememelerini ve açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev

ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, dava konusu edilen kadronun boş olması hâlinde bu (aynı) kadroya atanmak sûretiyle ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesini gerektirir. Oysa, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yapılan dava konusu düzenleme ile, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması sûretiyle (ve üstelik) iki yıl içinde yerine getirileceği, "hukuk devleti" ilkesine aykırı bir biçimde hükme bağlanmakla, böylece, hukuka aykırı olarak görevinden alındığı yargı kararıyla saptanan bir kamu görevlisinin, dava konusu yapılan kadronun boş olması hâlinde, bu kadroya ataması yapılmaksızın, başka bir kadroya atanması sûretiyle mağduriyetine yol açılmaktadır. "Hukuk devleti" ilkesinin, böyle bir mağduriyete cevaz vermeyeceği açıktır.

Bu itibarla, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması sûretiyle, iki yıl içinde yerine getirileceğini öngören dava konusu düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırıdır.

Diğer yandan, yukarıda da değinildiği gibi, dava konusu Kural'da, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, iki yıl içinde yerine getirileceği öngörülmektedir.

Yasama ve yürütme organları ile idare tarafından mahkeme kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilmemesi, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü gereğidir. Oysa, dava konusu Kural'da, 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesi için öngörülen iki yıllık süre, -makûl sürenin çok üzerinde- Anayasa'nın 138. maddesi hükmüne mugâyir biçimde, yargı kararlarının yerine getirilmesinin geciktirilmesi anlamına gelmektedir. Anayasamızın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesi ise, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarının yerine getirilmesini geciktirmemelerini gerektirir.

Uygulamada, idare tarafından genelde boşalan kadro veya göreve hemen başka bir kişinin atandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenlemeyle, yargı kararlarının uygulanması şeklî düzeyde kalacaktır. Bu nedenle, getirilen düzenleme, bu açıdan da, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin temel nitelikleri ile 138. maddesinde öngörülen "mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında da isâbetle vurgulandığı veçhile, 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. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarına uyulması, uygulanması ve geciktirilmeden yerine getirilmesi,"hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir.

Diğer yandan, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde öngörülen düzenleme, kanaatimizce, Anayasamızın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasa'nın

125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu Kural, idarenin, kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu" mefhûmuna, idarî yargılama usûlünde, yürütmenin durdurulması istemli iptal davalarının da dâhil olduğu kuşkusuzdur.

Örneğin, bir memurun atama işlemine karşı açtığı davada mahkemece verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabûlü veya iptal kararının doğal sonucu, ilgilinin önceki görevine dönmesidir. İlgilinin eski görevine dönme sonucunu doğurmayacak şekilde düzenleme yapılması, yargı kararının bertarâf edilmesi sonucunu doğurur ve bu durum, kamu görevlisinin açtığı davadan elde edeceği hukukî kazanımdan yararlanamaması anlamına gelir. 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yapılan dava konusu değişikte öngörülen 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (az yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin, iki yıl içinde yerine getirileceği yolundaki düzenleme ile idarî yargıda dava açılmasının bir anlamı kalmayacak; dolayısıyla, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde öngörülen, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu yönündeki Anayasal düzenleme de işlevsiz hâle gelecektir.

Kuşkusuz, ilgililerin atama ve benzeri işlemlere karşı dava açmalarının nedeni, işlemden önceki görevden alınmalarının hukuka aykırı olduğunu ispat etmek ve yargı kararı sonucunda söz konusu görevlerine dönebilmelerini sağlamaktır. Danıştay içtihatları ve idare hukuku ilkelerine göre, iptal davalarının doğurduğu hukukî sonuç da, iptal edilen işlemin hukuk âleminde doğmamış olması ve hiç tesis edilmemiş gibi kabûl edilmesidir. İdarî işlemin mevcut olmadığını kabûl ettiğimizde,

idarece yapılacak işlem de, ilgilinin eski görevine aynen ve geciktirilmeksizin iade edilmesi olacaktır.

Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasındaki hüküm de bunu emretmektedir. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır. Yürütme organı ile idarenin yanı sıra yasama organının da, birtakım düzenlemelerle, mahkeme kararlarını değiştirecek mâhiyette ve yargı kararının uygulanmasının bertarâf edilmesini doğuracak şekilde yasal düzenleme yapması, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırılık yanında, ayrıca, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü tümcesinde yer alan "… 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dahi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekaleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." ibâresi, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Bu meyanda, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin üçüncü cümlesinin başında yer alan dava-dışı "Ancak," sözcüğünden sonra gelen ve bu bapta dava konusu yaptığımız birinci fıkranın üçüncü tümcesinde yer alan ibâre hakkında Yüksek Mahkemeniz tarafından olası bir iptal Kararı verilmesi hâlinde, dava konusu üçüncü tümcenin başında yer alan "Ancak," sözcüğü anlamını yitirecek ve bu sözcüğün uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan dava konusu ibârenin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, üçüncü cümlenin başında yer alan ve uygulama kâbiliyeti kalmayacak olan

"Ancak," sözcüğünün de iptaline karar verilmesi hususunu, Yüksek Mahkemenizin takdirlerine bırakıyoruz).

b) Birinci fıkrasının dördüncü cümlesini oluşturan:

"Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmaz."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun "Kararların sonuçları:" kenar başlıklı 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesine, daha önce, 21.2.2014 günlü 6526 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 18. maddesi ile eklenen "Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir." biçimindeki dördüncü cümlesi, "Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmaz." şeklinde değiştirilmektedir.

Buna göre, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesi;

"Eski kadro ile atandığı yeni kadro arasında mali haklar bakımından bir fark bulunması durumunda, bu fark 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 91 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen usul ve esaslar çerçevesinde ödenir."

Biçiminde iken,

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile;

"Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmaz."

Şekline dönüşmekte ve böylece, dava konusu dördüncü tümcenin yer aldığı Kural, yeniden kodifiye edilmektedir.

O halde, bu düzenlemeye göre, dava konusu Kural'da yer alan "Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemler…" biçimindeki atıf nedeniyle, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacaktır. Şüphesiz, bu düzenlemenin anlamı, bundan böyle, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda belirtilen) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yürütmenin durdurulması kararının verilemeyecek olmasıdır.

Anayasa'nın 125. ve 2577 sayılı İdari Yargılama Kanununun 27. maddesinde, geçici bir hukukî koruma tedbiri olan "yürütmenin durdurulması" kararı verilebilmesi için, "idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması" ve "uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararlara neden olacak nitelikte bulunması" şartlarının "birlikte" gerçekleşmesi gerekmektedir.

Zirâ, 2577 sayılı Kanunun 2.7.2012 gün ve 6352 sayılı Kanunla değişik 27. maddesinin ikinci fıkrasında aynen şu hüküm yer almaktadır: "Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi

gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. Sadece ilgili kanun hükmünün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğu gerekçesiyle yürütmenin durdurulması kararı verilemez."

Anayasa'nın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında ise;

"İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.

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

Hükümlerine yer verilmiştir.

Söz konusu Anayasa hükümlerinde, "hangi şartlarda yürütmenin durdurulmasına karar verileceği ve hangi durumlarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesinin kanunla sınırlanabileceği" açıkça ortaya konulmuştur. Bu şekilde yürütmenin durdurulması kararı verilmesi, daha önce de kanun koyucu tarafından bazı uyuşmazlıklar hakkında yasaklanmış ya da kısıtlanmıştır.

Bu noktada, yapılan başvurular üzerine Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında yaptığı değerlendirmeler ve verdiği kararlar önem taşımaktadır.

Bu kararlardan birisi, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkındaki Kanunun 13. maddesi ile yapılan düzenlemedir. Bu maddeye göre, anılan Kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi yasaklanmıştır. Anılan maddenin gerekçesinde, amacın kamu düzenini sağlamak olduğu belirtildiğinden, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 125. maddesinde kısıtlama sebepleri arasında gösterilen kamu düzeninin bozulması / sağlanması kriteri açısından da değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 3091 sayılı Kanun'un 13. maddesinde; "Bu Kanuna göre verilmiş kararlar üzerine idarî yargıya başvurmalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez." hükmü ile taşınmaz mal zilyetliğine yapılan tecavüzlerin önlenmesi hakkında idarî makamlarca verilmiş kararlara karşı açılan iptal davalarında, idarî yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin "kamu düzeni" gerekçesiyle sınırlandırılmasına ilişkin hükmü iptal etmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 3.10.2010 tarih ve Esas:2008/77, Karar:2010/77 sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi'ne göre, iptal davasının koşullarını belirleme yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallar içinde kalmak şartıyla kanun koyucunun takdirindedir. İptal davası ya da yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesinin zamanına ve şartlarına ilişkin düzenlemeler, idarî yargılama usûlü ile ilgili kurallardandır.

Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kurulması, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usûlleri kanunla düzenlenir. Mahkemelerin nihaî karardan önce alacakları yasal önlemler ile ileride kendi kararlarının uygulanabilirliğini ve geçerliliğini sağlamak üzere alacakları önlemler, yargılama usûlüne ilişkin kurallardır.

"Yürütmeyi durdurma" ile ilgili kurallar, Anayasa'nın 125. maddesi sınırları içinde kalmak ve Anayasa'nın diğer temel kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, diğer yargılama usûlü kuralları gibi kanun koyucu tarafından serbestçe düzenlenebilirler (Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1991 tarih ve Esas:1990/20, Karar:1991/17 sayılı Kararı).

Ancak, Devletin, hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlaması, "hukuk devleti" ilkesini benimseyen Anayasa'nın 2. maddesi gereğidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini Bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, sözleşmeye taraf olan devletlerin, genel olarak yargılama usûlüne ilişkin kuralları belirlemede takdir yetkilerinin bulunduğunu kabûl etmektedir. Ancak, Sözleşmenin 13. maddesi kapsamında,

hak ihlâli iddiasında bulunan kişiye etkili bir hukukî başvuru yolunun sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi için yargılama sürecinde mahkemeye tanınmış olan yetkiler ve başvurana tanınan usûlî haklar konusunda belli kriterler aramaktadır. Bu kriterlerden birisi, Jabari-Türkiye kararının 48. paragrafında belirtilen, hak ihlâli iddiasının esâsını karara bağlama hususunda yetkili olan mahkemenin, yargılamanın her aşamasında ihlâlin önlenmesi için gerekli önlemleri almaya da yetkili olması gerektiğidir. Söz konusu davada, İran vatandaşı olan davacının, sınır-dışı edilmesine ilişkin işleme karşı açtığı davada, idare mahkemesince, iç-hukuktaki düzenlemede (açıkça hukuka aykırılık ve telâfisi güç zararın birlikte gerçekleşmesi) aranan şartları taşımayan yürütmenin durdurulması istemi reddedilmiştir. AİHM, iç-hukukta "yürütmenin durdurulması" benzeri geçici tedbirler için aranan şartların, Sözleşmenin 13. maddesine uygun olması gerektiğini, bu kapsamda uyuşmazlığın esası hakkında karar verme yetkisi bulunan ulusal otoritenin, geçici tedbiri alma konusundaki takdir yetkisinin geniş olması gerektiğini belirtmektedir (Jabari-Turkey,11 Temmuz 2000, paragraf:48, http://hudoc.echr.coe.int).

Aynı görüş, anılan Mahkemece, M.M.S.-Belçika-Yunanistan dosyasında da dile getirilmiş ve geçici nitelikteki tedbirler için iç hukukta aranan şartların, Sözleşme'nin 13. maddesinde belirtilen, uyuşmazlık hakkında karar verecek etkili başvuru mercii bulunması ilkesine aykırı olmaması gerektiği ifade edilmiştir (21 Ocak 2011 tarihli, Case of M.S.S. v. Belgium and Greece Kararı, paragraf 387, 388, http://hudoc.echr.coe.int).

Yine başka bir kararda ise, hak ihlâline sebep olduğu iddia edilen işlemin, ne zaman ortadan kaldırıldığı ya da etkisiz hâle getirildiğinin önemine ve mahkemenin ya da idarî otoritenin bu konudaki hızının gerekliliğine vurgu yapılmaktadır (6 Haziran 2013 tarihli CASE OF MOHAMMED v. AUSTRİA Kararı).

Mezkûr İçtihatlar nazara alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucunun hak arama özgürlüğünü daraltan bütün sınırlamaları kaldırması ve bu yolla yargı denetimini yaygınlaştırarak adaletin gerçekleştirilmesini sağlamasının, "hukuk devleti" ilkesinin bir gereği olduğuna ilişkin görüşü ile AİHM'nin ihlâle neden olduğu iddia edilen işleme karşı başvuru yapılan iç hukuktaki merciin, uyuşmazlığın her aşamasında ihlâli önleyecek karar verebilme yetkisine sahip olması gerektiğine ilişkin tespiti, nihaî amaç açısından örtüşmektedir.

Bu itibarla, idarî yargı mercilerince, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağını öngören; başka bir deyişle, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda belirtilen) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldıran bu Kanun hükmü (6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu dördüncü cümlesi), öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen "hukuk devleti" ilkesine; 36. maddesinde düzenlenen "Hak arama hürriyeti"ne, 125. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olacağı" Kural'ına ve nihayet, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesini benimseyen 138. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Öyle ise, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki Anayasa'ya aykırılıkları dört ana-başlık altında toplamak mümkündür.

1. Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesine aykırılık:

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin aynı zamanda bir "hukuk devleti" olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, idarenin tüm işlem ve eylemlerinin yargı denetimine tâbî olduğu devlettir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinde de "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne yer verilerek, kişilerin idarî yargıya başvuru hakları anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Şüphesiz, idarî yargının en önemli araçlarından biri, iptal davasıdır. İdarî yargı alanında iptal davaları ile birlikte, en etkili kurum olan "yürütmenin durdurulması" müessesesine Anayasa'nın 125. maddesinde yer verilmiş olup; idarî işlemin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği hükme bağlanarak, hukuk devleti ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır. Mahkemenin yargılama yaparken, uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında açıkça hukuka aykırı olduğunu tespit ettiği bir işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verememesi durumu, hukuka aykırı olan işlemin hukuk âleminde varlığını bir süre daha devam ettirmesine yol açacaktır. Böylesi bir ahvâlin, demokratik toplum düzenine ve "hukuk devleti" ilkesine uygun olduğunu ve "hukukun üstünlüğü" ilkesi ile bağdaştığını söyleyebilmek mümkün değildir.

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde öngörülen hüküm, öngördüğü düzenleme ile, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasına ilişkin idarî kararlar açıkça hukuka aykırı olsa ve mezkûr işlemlerin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların meydana geleceği anlaşılsa bile, yargı organınca yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldırdığından, idarî makamlarca tesis edilen ve hukuka açıkça aykırı olduğu ilk aşamada anlaşılan idarî kararların, hukuk âleminde varlığını sürdürmesine yol açacaktır. Böyle bir durumun, başka bir deyişle, hukuka aykırı kararların hukuk âleminde yürürlüklerinin sürmesine izin vermenin, kamu düzenine ve kamu yararına da aykırı olacağı kuşkusuzdur.

Atama ve görevlendirme, bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerinin, diğer kanunlara göre tesis edilen idarî işlemlerden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Zirâ, genellikle her idarî işlemin kamu düzeni ile doğrudan veya dolaylı bir şekilde ilgisi vardır. Bu itibarla, idarî işlemler aleyhine idarî yargı mercilerinde açılacak iptal davalarında,

Anayasa'da ve 2577 sayılı Kanunda sayılan şartların varlığının mahkemece tespit edilmesi halinde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmelidir.

Dolayısı ile (dava konusu düzenlemede öngörüldüğü veçhile), 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağını öngören; başka bir deyişle, söz konusu Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, idarî yargı mercilerince, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesini ortadan kaldıran böylesi bir düzenleme, Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Kaldı ki, dava, her evresinde, izlenen her yöntem ve kullanılacak her yolla bir bütündür. "Yürütmenin durdurulması" müessesesinin sınırlanması, hak arama özgürlüğünün daraltılmasının ötesinde, -âdetâ- yarım bir hak olarak, özgürlük olmaktan çıkarmaktadır. İstemin haklı olması durumunda, karşı tarafın savunması alınıncaya kadar, bu haktan yoksun bırakılması, -deyim yerinde ise- "kanun yoluyla haksızlık yapılması" anlamına gelmektedir. Haksız ve hukuksuz olası bir işlem yapan idareye daha fazla yetki tanınırken, dava konusu Kural'da olduğu gibi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle doğabilecek ihtilâflarda, yargının (mahkemenin), -bir anlamda- yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin ortadan kaldırılması, "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

2. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesine aykırılık:

"Âdil yargılanma hakkı"nı düzenleyen Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinde,

"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

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

Denilmektedir.

Anılan madde ile güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da mâruz kaldığı haksız bir işlem veya uygulamaya karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin / zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı merciileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, âdil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile millî güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

"Hak arama özgürlüğü" bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması, iptal davasıdır. İptal davasında, idarî işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi halinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürümesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işlem ve ona dayanan sonuçlar hiç mevcut olmamış gibi kabûl edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idarî işlemin iptal kararına kadar mevcûdiyetine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu itibarla, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idarî işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idareyi de, hem olası bir tazmin yükünden kurtarmak, hem de hukuk sınırları içine çekerek hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını sağlamak amacıyla "yürütmenin durdurulması" müessesesi öngörülmüştür. "Yürütmenin durdurulması" müessesesi, yargının denetim etkinliğini arttırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturmaktadır. Bu yetkinin mahkeme açısından sınırlandırılması, davanın kesin karar verilinceye kadar yapısının tümlüğüne, yargılamanın her evresini kapsayan işlem ve kararlar üzerinde mahkemenin tek belirleyici olması ilkesine de aykırıdır. Nitekim, "Yürütmenin durdurulması" kararı ile dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler, dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır.

İdarî yargıda açılan davalarda, yargılamanın hangi aşamasında olursa olsun, mahkemece yürütmenin durdurulması kararı verilememesinin, kamu düzenini korumayacağı açıktır. Kamu düzeni, hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozulur. Yürütmenin durdurulmasının sınırlanması anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdiri içerisinde ise de, bu yetki sınırsız değildir. Kanun koyucu tarafından kamu düzeni gerekçesine dayanılarak böyle bir düzenleme yapılabilmesi için önemli, genel kabûl görmüş, somut nedenlerin varlığı gerekir.

Devletin her türlü işleminde hukuka bağlılık esasına dayanan ve bunu yargı denetimi yolu ile gerçekleştiren "Hukuk devleti" ilkesi, bugün ulaştığı noktada, kişiye tanıdığı, sınırları genişletilmiş özgürlüklerle onun haklarını öne çıkaran, devleti ise bu hakları korumakla yükümlü tutan bir nitelik kazanmıştır. Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğü", "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucu olduğu kadar, onu gerçekleştirmenin de aracıdır.

Bu bilgiler ışığında somut olaya baktığımızda, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde öngörülen düzenleme ile, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağına; başka bir deyişle, söz konusu Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğine ilişkin dava konusu düzenleme, "hak arama hürriyeti"ni sınırlamakta, bu hakkın özünü zedelemekte ve bu meyânda, idarî yargının en güçlü araçlarından biri olan "yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi"nin elinden alınması sûretiyle, yargısal denetimin kısıtlanmasına yol açılmaktadır.

Böylece, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dava konusu dördüncü cümlesinde öngörülen düzenleme ile, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması, telâfisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden olsa dahî, bu kişilerin, idarî yargı yerinden "yürütmenin durdurulması talebinde bulunma hakkı" ellerinden alınmakta ve bu da, şüphesiz, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan "Hak arama hürriyeti"nin ihlâli anlamına gelmektedir.

3. Anayasa'nın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesine aykırılık:

Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarında, hangi koşullarda yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği ve hangi durumlarda kanunla sınırlandırılabileceği açıkça belirtilmiştir. Anılan maddenin beşinci fıkrasında, idarî işlemin uygulanması halinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği, altıncı fıkrasında ise, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hali ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak yasayla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasına ilişkin gerekçede de "… idarî işlemler için verilecek yürütmenin durdurulması kararlarına istisnaî olarak sınır getirilebileceği de maddede düzenlenmiştir. Buna göre, olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde veya milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenleri ile idarî işlemler için yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği kanunda öngörülebilecektir." denilmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında "açık" olduğu belirtilen yargı yolu, dava konusu Kural'da öngörülen istisnalarla daraltılmaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinde kamu düzeni ölçütü gerekçesiyle öngörülen sınırlamanın, önerilen maddeye "olur" verdiği sanısı "sınırlama-hukuk" ilişkisinin yaşama geçirilmesindeki özenle bağdaşmamaktadır. Sözcüklere sıkı sıkıya bağlılık, hukukun özünü yadsımaktır. Anayasa'nın sınırlamadan söz etmesi, kimi sınırlama nedenlerini sayması karşısında, bu nedenlerin varlığının ayrıntılı ve somut biçimde gösterilmesi gerekir. Nedenlerin somutlaştırılmaması halinde, kamu düzeni bahâne edilerek başka sınırlamalar getirilmesine de yol açabilir. Kaldı ki, kamu düzeni idarenin bir kararıyla da bozulabilir. Kamu düzeni hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozulur. Kamu düzeninin kesin karara değin askıda kalmasından ya da tartışılmasından daha iyisi, bir yargı kararıyla durumun belirlenmesidir. Sonucu belirleyecek mahkemenin, hukukî bir önlem olan yürütmenin durdurulmasından yasaklanması, ilgili konuda o mahkemenin, mahkeme olmaktan çıkarılması anlamına gelmektedir.

23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağına; başka bir deyişle, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda belirtilen) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin ortadan kaldırılması biçiminde tezâhür eden 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesindeki düzenlemede, hangi gerekçelerle atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağı, yâni, bu tür işlemlerde yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğinin öngörüldüğü, bunun hak arama hürriyetine etkisi belirtilmemektedir. Hâlbuki, idarî yargı yeri, gereken incelemeyi yaparak, şartları varsa, yürütmenin durdurulması kararını, atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine ilişkin olarak, uyuşmazlığın her aşamasında verebilmelidir. Bu husus, aynı zamanda, yargı bağımsızlığı ve etkili hukuksal koruma ilkelerinin de bir gereğidir. Hâkimin "karar verme" yetkisinin varlığından tam olarak söz edilebilmesi için, görülmekte olan davada yürütmenin durdurulması kararı da dâhil olmak üzere, lüzûmlu olan tüm kararların verilebilmesi gerekir. Yürütmenin durdurulması için gereken koşulların varlığını takdir edebilecek durumda olan da, kuşkusuz, hâkimdir. Anayasa'nın 9. maddesinde yer alan, "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." kuralı da, yargı yetkisinin etkinliğini ve bu yetkinin serbest ve noksansız olarak kullanılacağını göstermektedir.

Yüksek malûmları olduğu üzere, idare, her türlü eylem ve işlemlerini re'sen yerine getirebilme ve bunu sağlamak için gerektiğinde kamu gücünü kullanabilme ayrıcalığına sahiptir. İdarî işlemler, hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar ve aleyhlerine dava açılması idarî işlemlerin yürütmesini durdurmaz. İdarenin, hukuka aykırı işlemlerinin, dava konusu edilmiş olsalar dahî yürürlüğünü sürdürmeleri ve açılan davaların çok uzaması sonucu kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin kolayca tehlikeye girebileceği endişesi nedeniyle idare hukukuna özgü bir yargı işlemi olan "yürütmenin durdurulması" müessesesi kabûl edilmiştir.

Bir davanın görülmesi sırasında yürütmenin durdurulması koşullarının bulunup bulunmadığını takdir etme konusu, tamamen hukukî bir konudur. Yargı yerinin "ne olursa olsun yürütmeyi durdurma kararı vereceğini", böylece "idarenin güç duruma düşeceğini" sanmak, yanlıştır. Kaldı ki, dava açılınca iptal ya da red kararıyla en geniş yetkiyi kullanacak mahkemenin, dar yetki olan yürütmeyi durdurma kararı veremeyeceğini benimsemek, yetkileri sınırlayıp bölmekten öte, güvensizlik anlamında bir değerlendirmedir.

Bu bakımdan, kimi idarî işlemlerin özelliğinden söz ederek, bu işlemlerde hâkimin yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin sınırlandırılması / kaldırılması, yürütmenin durdurulması kararının yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası ve yargısal denetimin vazgeçilmez bir aracı olması nedenleriyle, Anayasa'nın 125. maddesi hükmüne de aykırı düşer. Bu açıdan bakıldığında, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağına; başka bir deyişle, söz konusu unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceğini öngören 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci

fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan düzenleme, aynı zamanda, mahkemenin, yürütmenin durdurulması kararı verebilme yetkisinin sınırlandırılması / kaldırılması anlamına gelmekte olup, bu itibarla, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları hükümlerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Zirâ, mahkemenin, yürütmeyi durdurma kararı verebilme yetkisi, yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçası olduğundan, bu yetkinin kullanılmasını önleyen bir kanun, belirli bir olay için dahî olsa, "yargı yetkisinin kullanılmasını sınırlayıcı" bir kanundur ve hâkimin vicdanî kanısına göre karar verme olanağını kısıtlar. Hak arama özgürlüğünü ve yargı yolunu, yürütmenin durdurulması kararı alınamamasına yol açacak şekilde daraltmak, mahkemelere güvensizlik duyulmasına sebep olabilecek biçimde yetki kısıntısına gitmek, Anayasamızın aynı Kuralına aykırı düşmektedir.

4. Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesine aykırılık:

Anayasa'nın 125. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, yönetimde hukuka uygunluğu sağlamanın en etkin yolu, yargısal denetimdir. Devletin tüm işlemlerinde hukuka uygunluğunun sağlanması, eksiksiz bir yargı denetimine bağlı tutulmasını gerekli kılar. Yargı yetkisinin etkinliği, "karar verme" aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirir ki, "yürütmeyi durdurma" önlemi bu "eksiksiz kullanma" kapsamında yer alır.

"Dava" kavramı içinde "yürütmenin durdurulması" kavramı da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı, ama o davayla ilgili bir bölümdür. Son kararı vermeye yetkili organın davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü ve "yargı yetkisinin eksiksiz kullanılması"yla bağdaşamaz (Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 günlü, E: 1993/33, K: 1993/40-2 sayılı Kararı).

Diğer yandan, dava kurumu içinde, yürütmenin durdurulması müessesesi vardır. İkisini birbirinden ayırmak davayı parçalamak, dava olmaktan çıkarmaktır. İdarî yargının yürütmeyi durdurma yetkisi, davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır; yargı, gerekli görürse bu yetkisini kullanır. Hukukta

yürütmenin durdurulması kurumu bulundukça, bunu kimi uyuşmazlıklar için var sayıp geçerli görmek, kimi konular için yok sayıp geçersiz görmek, yasal bir çelişkidir. Yine, son (nihâî) kararı vermeye yetkili olan organdan, ilk kararı aynı dava için geri almak, hukuk içinde yeri güç bulunur bir tutumdur (Anayasa Mahkemesi'nin 21/6/1979 gün ve E.1979/1,K. 1979/30 sayılı Kararı).

İdarî yargı yerlerince, koşulları oluştuğunda, "yürütmeyi durdurma" kararı verilebilmesi, yargı yetkisinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu yetkinin, uyuşmazlığın herhangi bir aşamasında kullanılmasını engelleyen bir kanun hükmü, -aynı zamanda- yargı yetkisinin kullanılmasını da kısıtlar ve hâkimin vicdanî kanaatine göre karar verme olanağını ortadan kaldırır. Bu nedenle de, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda belirtilen) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yürütmenin durdurulması kararı verilememesi sonucunu doğuran dava konusu 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde öngörülen Kural, yargı yetkisinin kullanılmasını da kısıtlayıcı mâhiyettedir ve bu itibarla, "Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler." şeklinde ifadesini bulan Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrası hükmüne aykırı düşmektedir.

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının dördüncü cümlesinde öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

c) Birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen:

"Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …"

Sözcük grubunun (ibâresinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun "Kararların sonuçları:" kenar başlıklı 28. maddesinin dava-dışı birinci ve ikinci cümlelerinde; "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." denilmektedir.

Oysa, 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu cümlede atıf yapılan 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi de nazara alındığında, anılan maddenin birinci ve ikinci cümlelerinde yer alan ve "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez." Kural'ına istisna oluşturan üçüncü cümle ile, ancak, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği; bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanmasının, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmayacağı hükmüne yer verildikten sonra, bu bapta Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri açıklanmaya çalışılan dava konusu 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede öngörülen düzenleme ile, 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde belirtilen (yâni, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan,

naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen) mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Günümüz modern hukuk devletinde, kamu yararını gerçekleştirmek için kamu gücünü kullanma yetkisine sahip olan idarenin, hukuk kurallarıyla bağlı kalmasının sağlanmasında, bağımsız yargı organlarınca denetimi büyük öneme sahiptir. Yargı denetimi, yönetilenlerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, yönetenlerin ise hukuka uygun davranması için zorunlu bir koşul olarak kabûl edilmektedir. Bu nedenle, hukuk devletinde yargı denetiminden vazgeçilemez.

Ancak, hukuk devletinden söz edebilmek için idarenin bağımsız yargı organlarınca denetimi yeterli olmayıp, aynı zamanda idarî yargı organlarınca verilen kararların idare tarafından uygulanması da gerekmektedir. İşte bu nedenle, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir sûretle değiştiremeyecekleri, bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri, Anayasal bir kural olarak öngörülmüştür.

Modern bir hukuk devletinde en üst sözleşme niteliğindeki Anayasa kuralları, buyurucu ve bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Anayasa kurallarının gereği olarak, mahkeme kararlarının geciktirilmeksizin ve aynen yerine getirilmesi; doğru, haklı gibi niteliklere sahip olması koşulu aranmaksızın, yalnızca yargı kararı oldukları için zorunludur. İnsan hak ve özgürlüklerini, sosyal adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir hukuk devletinde, Anayasa ve hukuk kurallarına rağmen bir yargı kararının yerine getirilmemesi, söz konusu hukukî düzenlemeleri kâğıt üzerinde bırakacak ve değersiz kılacaktır.

Başta, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere, kanunların bağlayıcılığı ve hukukun üstünlüğü değerleri etrafında şekillenen hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında, en başta idarenin işlemlerinin yargısal denetimi ve bu denetim sonucunda özellikle yargı kararlarının uygulanması, vazgeçilmez bir öneme sahiptir.

Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.2012 Tarihli ve 2012/22 Esas, 2012/133 Karar sayılı Kararında da vurgulandığı gibi; 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir.

Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında da, Anayasa'nın 2. maddesinde ye alan "hukuk devleti" ilkesinin doğal sonucu olarak, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri; 2577 sayılı İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun 28. maddesinde ise, idarenin, mahkemenin esas ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu vurgulanmıştır.

Türk hukuk doktrininde, hukuk devleti tanımlarının ortak noktasını, üstün devlet kudretinin zorlayıcılığına karşı bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu kudretinin sınırlandırılması ve denetlenmesi oluşturmaktadır. Ayrıca, hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin en etkili araçlarından birisi, idarenin işlemlerine karşı açılan iptal davaları olduğu kabûl edilmekte olup; gerçek bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmamasından söz edilebilmesi mümkün olmadığı gibi, yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğunun belirtilmesine de gerek bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucudur.

Ülkemizde yargı kararlarının, özellikle idarî yargı yerlerince verilen iptal kararlarının uygulanmasında, yükümlülüğün davada haksız çıkan davalı konumunda olan idareye ait olması, öte yandan iptal hükmü verilen tasarrufun idare içinde yer alan ve hiyerarşik olarak en üstte bulunan ve bir kısmı siyasî nitelikli kamu görevlilerinin bizzat ya da direktifleri ile gerçekleştirilmesi nedenleriyle birtakım sorunlar yaşandığı, bilinen bir vâkıâdır. Ayrıca, tesis edilen işlem ile iptal kararının verildiği zaman aralığı da, hukuka aykırı bulunarak iptal edilen işlemin hukuk

âleminde hiç varlık kazanmamış gibi önceki durumun sağlanmasını güçleştiren önemli bir faktör olabilmektedir. Ancak, yargı kararlarının çok açık imkânsızlık halleri dışında uygulanmaması, Anayasal bir emrin ihlâli olarak -tartışmasız- suçtur. Cezaî anlamda olduğu gibi, disiplin ve mâlî yönlerden de sorumluluk gerektirmektedir.

Bu bilgiler ışığında somut olaya bakıldığında (az yukarıda da değinildiği gibi), 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu cümle ile (Kural'da, aynı fıkranın üçüncü cümlesine yapılan atıf nedeniyle), 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Buna göre, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin bu fiilleri ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyecek ve yetkili mercîiler tarafından, söz konusu mahkeme kararlarını kasıtlı olarak yerine getirmeyen fâiller hakkında hiçbir adlî işlem yapılamayacaktır. Anılan mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kişiler de, cezaî bir tâkîbata mâruz kaldıklarında, dava konusu düzenlemeden -deyim yerinde ise-, cankurtaran simidi gibi yararlanabileceklerdir. Sözgelimi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyerek kişilerin mağdûriyetine sebebiyet veren bir kişi, aleyhinde başlatılacak herhangi bir cezaî soruşturması ve / veya kovuşturması sırasında şüpheli ve / veya

sanık sıfatıyla yaptığı savunmada, dava konusu Kural'a göre "kendisinin hiçbir cezaî sorumluluğunun bulunmadığını" ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir. Dava konusu Kural'ın arkasına sığınılarak yapılacak olası böyle bir savunmanın, hak ve nasafet ilkeleriyle bağdaştırılabilmesi mümkün değildir.

Sorumluluk (mes'ûliyyet), uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme, tazminatla yükümlü olma ve işlenmiş bir suçun cezasını çekme olarak tanımlanmakta; günlük dilde ise, bir kimsenin belli olaylar nedeniyle hesap verme ve açıklama yapma yükümlülüğünü ifade etmektedir. Hukukî anlamıyla sorumluluk ise, bir kimsenin, belli olaylar üzerine, kendi aleyhine doğacak hukuksal sonuçlara katlanması yükümlülüğüdür. Hukuk kurallarına aykırı tutum ve davranışlar, doğal olarak beraberinde sorumluluğu da gerektirir (Lütfi Gülşan, "Hukuk Sisteminde Sorumluluk ve Unsurları", [Çevrimiçi Kaynak], http://web.ogm.gov.tr/birimler/ merkez/teftis/Dokumanlar/Hukuk%20 Sisteminde%20 Sorumluluk%20ve%20unsurlar4%B1%20Lutfi%20G%C3%9CL%C5%9EAN.pdf, sh.1, Erişim Tarihi:12.6.2014).

Türk Ceza Kanununun hükümlerinden ayrık tutulduğu ayrıca ve açıkça belirtilmedikçe, her Türk vatandaşı Türk Ceza Kanunu hükümlerine tâbidir. Bu sonuca, "ceza kurallarının mecbûrîliği ilkesi"nden hareketle de ulaşılabilir. Bu ilkeye göre, ceza kanunları yürürlüğe girdikleri andan itibaren, hükümlerini ihlâl eden bütün kişiler hakkında, zorunlu olarak uygulanır (Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul, 1985, C.1, Sh.240; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000, Sh.536).

Bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Bu görev tarifinde, "işin gerçeğini araştırmak" konusunda suça ve suçluya ilişkin herhangi bir istisnaya (ayrıksı duruma) yer verilmemiştir. Cumhuriyet savcısı, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin, şüphelinin ya da eylemin niteliğine ve türüne bakmaksızın bilâ istisna, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak mükellefiyetindedir.

Dava konusu somut olayda, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede öngörülen dava konusu düzenleme ile Cumhuriyet savcılarının, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını kasıtlı olarak yerine getirmeyen ve böylece suç işleyen (şüpheli) hakkında (bir anlamda) kamu davası açabilme yetkisinin elinden alınması, yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukunun temel kurallarına ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Zirâ, ceza kanunları -kural olarak- bütün kişiler için "mecbûrî" ise, mahkeme kararlarını yerine getirmemek sûretiyle kişilerin mağdûriyetlerine sebebiyet veren herkes için "mecbûrî"dir.

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede öngörülen dava konusu düzenleme, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenleri cezaî sorumluluktan bağışık tutmakta ve ceza yargılaması açısından ön inceleme ve soruşturma evresine geçilememesi nedeniyle, varsa suçun ve suçlunun ortaya çıkarılmaması anlamına gelmektedir.

Hâlbuki (az yukarıda da değinildiği üzere), bir suçun işlendiğine ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet alan veya işlendiği izlenimi edinen Cumhuriyet savcısının görevi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar." biçiminde tarif edilmiştir. Kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünde, Soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphenin oluşturması halinde, Cumhuriyet savcısının

bir iddianame düzenleyeceği (kamu davası açacağı) öngörülmüştür. Bu hükümlere göre, Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmak ve gerekli gördüğü takdirde, ihbarın, şikâyetin, suç işlendiği izlenimi veren hâlin niteliğine ve türüne bakmaksızın iddianame tanzim edip, kamu davasını açmak mükellefiyetindedir. Buna göre, Cumhuriyet savcısının işin gerçeğini araştırması, delil toplaması ve kamu davası açması için yegâne ölçüt, -her ne şekil ve sûrette olursa olsun- ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olmasıdır.

Ne var ki, bu bölümde dava konusu yaptığımız Kural'ın öngördüğü düzenleme karşısında, örneğin, Cumhuriyet savcısı, söz konusu mahkeme kararlarının yerine getirilmediği yolunda bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenmiş olsa dahî, suç işlendiği izlenimini veren ahvâlin, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen bir mahkeme kararına dayandığını öğrenmesi hâlinde, anılan mahkeme kararını yerine getirmeyen fâil (ya da fâiller) hakkında hiçbir işlem yapmayacak ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesi ile 170. maddesinde kendisine verilen "işin gerçeğini araştırma" ve -gerekirse- "kamu davası açma" görevlerini yerine getirmeyecektir. Bu düzenleme ile 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin ihbar veya şikâyet edilmesi üzerine, adlî yönden herhangi bir işlem yapılması veya kamu davası açılabilmesi imkânsız hâle geleceğinden, suçun ortaya çıkarılmadığı ve suç işleyen fâillerin korunduğu izlenimine yol açması nedeniyle, Kural'da öngörülen düzenleme, bu açıdan da, -yukarıda da vurgulandığı üzere- ceza hukukunun temel kurallarına ve Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine açıkça aykırıdır.

Zirâ, yerine getirilmeyen mahkeme kararlarının, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilip verilmediğine bakılmaksızın, Cumhuriyet savcılarının, ihbar veya şikâyet aldıklarında suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez (suç, mezkûr türden mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi nedeniyle işlenmiş dahî olsa) kamu davası açmak üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamaları ve ilgililer hakkında -gerekirse- kamu davası açabilme yetkilerini kullanmaları, "hukuk devleti" ilkesinin bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Diğer yandan, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu cümle ile (Kural'da aynı fıkranın üçüncü cümlesine yapılan atıf nedeniyle), 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği yolundaki düzenleme ile söz konusu mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin cezaî sorumluluğunun doğmayacağının öngörülmesi, -yukarıda belirtilen Ceza Muhâkemesi Hukukuna hâkim olan bütün ilke ve kurallara aykırı bir biçimde- bu yargı kararlarını yerine getirmeyenlere, hukukumuzda başka hiçbir gerçek ve / veya tüzel kişiye tanınmayan bir ayrıcalık sağlanması anlamına gelmekte ve böylece mezkûr yargı kararları ile sâir mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler arasında, "kanun önünde eşitsizlik" husûle getirilmektedir.

Anayasamızın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmektedir. Anayasamızın bu hükmüne göre, "Herkes, … kanun önünde eşit…" olduğuna göre, maddede sözü geçen "herkes" mefhumunun içine dava konusu Kural'da yer alan türden mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler ile başka tür mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler de girmektedir. Az yukarıda değinildiği veçhile, dava konusu Kural'da öngörülen türden olmayan mahkeme kararlarını yerine getirmeme kapsamında vukû bulan bir eylemin suç teşkil etmesi hâlinde, fâilin mevzuat hükümleri gereği cezaî sorumluluğu doğabilecek iken, dava konusu Kural'da öngörüldüğü veçhile, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin cezaî sorumluluğu doğmayacaktır.

Hâl böyle olunca, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler ile sâir türden mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler arasında "kanun önünde eşitsizlik" husûle gelecektir. Örneğin, Cumhuriyet savcısı, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararları dışında başka mâhiyetteki mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler hakkında 5271 sayılı CMK.nun 160. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, ihbar, şikâyet veya başka bir surette suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya mahal olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak ve

5271 sayılı CMK.nun 170. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturması halinde iddianame düzenleyerek kamu davasını açmak mükellefiyetinde iken, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen dava konusu cümlede öngörülen dava konusu düzenleme ile 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler hakkında, aynı veya benzeri bir ahvâlin vukû hâlinde, adlî yönden hiçbir işlem yapamayacaktır.

Başka bir değişle, suçu sâbit görülen ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyen herhangi bir şüpheli veya sanık hakkında, (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrası ile 170. maddesi hükümlerine tamamen mugâyir bir biçimde), Cumhuriyet savcısı tarafından kamu davası açılamayacak ve kezâ, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Dördüncü Kısım'ında 90. ve devamı maddelerinde öngörülen koruma tedbirleri olan yakalama ve gözaltı, tutuklama, adlî kontrol, arama ve elkoyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme gibi koruma tedbirlerinin tatbîki cihetine gidilemeyecektir. O halde, dava konusu düzenleme, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlere, âdetâ, Anayasamızın 83. maddesi hükmü gereği, hukuk düzenimizde sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri'ne tanınan bir nev'î "dokunulmazlık" bahşetmekte; mezkûr düzenleme, dava konusu Kural'da

öngörülen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlere, -deyim yerinde ise- yasal bir "zırh" ve bir "kalkan" sağlanması anlamına gelmekte ve dolayısı ile, böylesi bir düzenleme, "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu aykırılık, Anayasanın sadece 10. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık teşkil etmemektedir; iptalini talep ettiğimiz bu düzenleme, aynı zamanda, Anayasa'nın "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmünü ihtivâ eden 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırıdır. Zirâ, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin cezaî sorumluluklarının doğmayacağını öngören anılan düzenleme ile, bu tür mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler lehine bir ayrıcalık (imtiyaz) tanınması anlamına gelmektedir. Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrası hükmü "Hiçbir kişiye … imtiyaz tanınamaz." dediğine göre, dava konusu Kural'da öngörülen türden mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlere (olası şüphelilere) bu şekilde imtiyaz sağlanması, Anayasamızın 10. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırılık teşkil etmektedir.

Diğer yandan, yine Anayasa'nın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır. Şüphesiz, "Devlet organları" kavramı içerisine "Yasama organı" da girmektedir. Oysa, Yasama organı, bu tasarrufuyla, yâni 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümle ile 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyenler yönünden lehe bir düzenleme öngördüğünden, "Kanun önünde eşitlik" ilkesine uygun hareket etmemiş olmaktadır. Dolayısı ile, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen dava konusu

ibârenin öngördüğü düzenleme, Anayasamızın 10. maddesinin beşinci (son) fıkrası hükmüne de aykırıdır.

6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen dava konusu ibârenin öngördüğü düzenleme, kanaatimizce, Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir. Zirâ, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilerek etkin bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü, yargı denetimi, bir hukuk devletinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Bu Kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasamızın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu" mefhûmunun; hukuk muhâkemesinde ihtiyâti haciz, ihtiyâti tedbir, delil tesbiti, dava ikâmesi, itiraz, temyiz ve yargılanmanın yenilenmesi; ceza muhâkemesinde ise ihbar, şikâyet veya başka bir surette Cumhuriyet savcısı tarafından başlatılan soruşturma evresi ile Mahkeme huzurunda cereyan edecek olan kovuşturma evresi, temyiz, itiraz ve yargılanmanın yenilenmesi gibi usûlî işlemleri de kapsayacağı kuşkusuzdur. Oysa, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen dava konusu ibârenin öngördüğü düzenlemede olduğu gibi, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceğini öngörmek, bu tür yargı kararlarını yerine getirmeyenlere "yargı yolu"nu kapatmak anlamına gelmektedir. Böylesi bir düzenleme, apaçık, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı açık olduğu vurgulanan "yargı yolu"nun söz konusu mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlere kapatılması; eş anlatımla, bu tür mahkeme kararlarını yerine getirmeyenlerin yargı denetiminden muaf tutulması anlamına gelmektedir. Dolayısı ile, dava konusu mezkûr düzenleme ile 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı

atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerine, bu tür mahkeme kararlarının yerine getirilmesi kapsamındaki eylem ve işlemlerine karşı -bir anlamda- yargı yolu kapatılmakla, Anayasanın "Yargı yolu" kenar başlıklı 125. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …" ibâresi, Anayasanın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

(Dava konusu yapılan 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasına 6552 sayılı Kanununun 97. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …" ibâresi hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinin birinci fıkrasına 6552 sayılı Kanununun 97. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "... ancak disiplin hükümleri saklıdır." ibâresinin uygulanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeyle bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası hükmü gereğince, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan dava konusu "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …" ibâresinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyeti kalmayan 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun 28. maddesinin birinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan dava-dışı "... ancak disiplin hükümleri saklıdır." ibâresinin de iptaline karar verilmesi ciheti, Yüksek Mahkemenizin takdirindedir).

2-) 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun"a "GEÇİCİ MADDE 26"nın eklenmesini öngören 109. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 109- 4046 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 26- Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmez."

Hükmünün Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 6552 sayılı Kanunun 109. maddesi ile 4046 sayılı Kanuna eklenen Geçici madde 26'nın Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği tarih olan 11.9.2014 tarihi itibariyle devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmektedir. Buna göre, 11.9.2014 tarihi itibariyle özelleştirmeye konu olan işletmelerin devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş ise, bu özelleştirilen kuruluşların geri alınması yönünde yargı kararı mevcut olsa dahî, artık, sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların, geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyecektir.

Hemen belirtmek gerekir ki, benzer bir yasal düzenleme nedeniyle, 26.4.2012 günlü, 6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen ve "Tabii afetler nedeniyle zarar gören çiftçilerin özelleştirme kapsam ve programındaki Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'ye olan borçlarının vade farkı alınmaksızın ertelenmesi veya vadelendirilmesi ile özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından

sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir." biçimindeki ek 5. maddenin, "…özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının…" bölümünün, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi, Anayasa Mahkemesi'nin 3.10.2013 Tarihli ve 2012/73 Esas, 2013/107 Karar sayılı Kararı ile iptal edilmiştir. Yüksek Mahkeme'nin anılan Kararı'nın iptal gerekçesinde ise;

"(…)

Dava konusu kuralda, özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması durumunda, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması hâlinde, yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulunun tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Böylece, iptale konu düzenleme ile özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanması suretiyle özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanması konusunda yürütme organına yetki verilmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk

düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası, "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.

Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Aksi hâlde, yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin kabulü gerekir.

Hukuk devleti ilkelerinin yerine geldiğini bilmek, hukukun üstünlüğü prensibinden doğar. Devlete ve adalete olan inancı, güven duygusunu ve de saygıyı pekiştirir. Adalete erişim ve hak arama hürriyetini korur.

Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsıldığı hâller, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş demek olacaktır.

Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise Devletin her türlü

işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmek suretiyle bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.

Dava konusu kuralla, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının Başbakanlık ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından uygulanması engellenmekte, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi öngörülmektedir. Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanması öngörülmek suretiyle adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Bakanlar Kurulu kararına karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.

İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin mezkûr İçtihadı'nda da isâbetle belirtildiği gibi, 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." denilmek sûretiyle, Türkiye Cumhuriyeti, bir "hukuk devleti" olarak nitelendirilmiştir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinde de, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası 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." hükmünü içermektedir.

Dava konusu Kural ile, Kural'ın yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmek sûretiyle özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının uygulanması engellenmekte, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda herhangi bir işlemin tesis edilemeyeceği öngörülmektedir. Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren ve Kural'ın yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan kuruluşlar hakkında verilen yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmeyeceği öngörülmek sûretiyle, adlî veya idarî yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Anayasa Mahkeme'sinin, yukarıda atıf ve alıntı yapılan İçtihâdında da son derece isâbetle vurgulandığı veçhile, İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup, kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır. Dolayısı ile, dava konusu Geçici madde 26'da öngörülen düzenleme Anayasa'nın "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne aykırıdır.

Diğer yandan (Anayasa Mahkemesi'nin 3.10.2013 Tarihli ve 2012/73 Esas, 2013/107 Karar sayılı mezkûr Kararı'nda, yine isâbetle belirtildiği üzere), kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmek sûretiyle bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zirâ, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Dava konusu Kural'da ise, Kural'ın yayımı tarihi olan 11.9.2014 günü itibariyle, özelleştirmeye konu olan işletmelerin devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş ise, bu özelleştirilen kuruluşların geri alınması yönünde yargı kararı mevcut olsa dahî, artık, sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların, geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmekle, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle gelmekte ve böylece Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" ilkesi, işlevini yitirmektedir.

Bu cümleden olarak (yukarıda, dava dilekçemizde, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun birinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan dava konusu ibârenin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimiz bölümünde de açıklamaya çalıştığımız veçhile), hukuk devletinden söz edebilmek için idarenin bağımsız yargı organlarınca denetimi yeterli olmayıp, aynı zamanda idarî yargı organlarınca verilen kararların idare tarafından uygulanması da gerekmektedir. İşte bu nedenle, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir sûretle değiştiremeyecekleri, bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri, Anayasal bir kural olarak öngörülmüştür. İnsan hak ve özgürlüklerini, sosyal

adaleti, toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve güvence altına almayı amaçlamış demokratik bir hukuk devletinde, Anayasa ve hukuk kurallarına rağmen yargı kararlarının yerine getirilmemesi, söz konusu hukukî düzenlemelerin anlamını yitirmesine yol açacaktır. Başta, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere kanunların bağlayıcılığı ve hukukun üstünlüğü değerleri etrafında şekillenen hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında, en başta idarenin işlemlerinin yargısal denetimi ve bu denetim sonucunda özellikle yargı kararlarının uygulanması vazgeçilmez bir öneme sahiptir.

Yine, yukarıda, dava dilekçemizde, 6552 sayılı Kanunun 97. maddesi ile 2577 sayılı Kanunun birinci fıkrasına eklenen cümlede yer alan dava konusu ibârenin Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçelerimiz bölümünde de belirttiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.2012 Tarihli ve 2012/22 Esas, 2012/133 Karar sayılı Kararında da vurgulandığı gibi; 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukukun ve adaletin en somut yansıması olan mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesi ve onun vazgeçilmez koşullarından biri olan "hukuka bağlı idare" anlayışının bir gereğidir. Danıştay'ın istikrar kazanan kararlarında da, Anayasa'nın 2. maddesinde ye alan "hukuk devleti" ilkesinin doğal sonucu olarak, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ile idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirmesini geciktiremeyecekleri vurgulanmıştır. Bir hukuk devletinde yargı kararlarının uygulanmaması ihtimâli düşünülemeyeceği gibi, yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu olduğunun belirtilmesine de gerek bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarının uygulanması, "hukuk devleti" ilkesinin doğal bir sonucudur.

Anayasa Mahkemesi'nin, (yine, az yukarıda atıf ve alıntı yaptığımız) 3.10.2013 Tarihli ve 2012/73 Esas, 2013/107 Karar sayılı mezkûr Kararı'nda isâbetle belirtildiği üzere, Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Aksi hâlde, yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin

kabulü gerekir. Hukuk devleti ilkelerinin yerine geldiğini bilmek, hukukun üstünlüğü prensibinden doğar. Devlete ve adalete olan inancı, güven duygusunu ve de saygıyı pekiştirir. Adalete erişim ve hak arama hürriyetini korur.

Bu görüş ve bilgiler ışığında, dava konusu Kural ile getirilen düzenlemeye bakıldığında, yayımlanma tarihi olan 11.9.2014 günü itibariyle devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen haller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği ve böylece, mezkûr mahkeme kararlarının uygulanmaması sûretiyle yargı erkinin işlevsiz bırakılması nedeniyle, bu bapta Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri açıklanmaya çalışılan dava konusu Kural'ın öngördüğü düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Şüphesiz, "hukuk devleti" ilkesi, mahkeme kararlarına herkes tarafından uyulmasını ve gereklerinin bihakkın ve geciktirilmeksizin yerine getirilmesini gerektirir.

Nihâyet, -kanaatimizce- dava konusu Kural'da yer alan "…sözleşmelerinde belirtilen haller dışında …" ibâresi, söz konusu düzenlemede beliren Anayasa ihlâllerini, hukuka uygun hâle getirmemektedir. Zirâ, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının uygulanıp uygulanmamasının, özelleştirme konusu yapılan kuruluşların sözleşmelerinde belirtilen hâllere inhisâr ettirilmesi, mahkeme kararlarının, idare tarafından sonuçsuz ve işlemsiz bırakılmasının gerekçesi olarak telâkkî edilemez.

Açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, 6552 sayılı Kanunun 109. maddesiyle 4046 sayılı Kanuna eklenen "GEÇİCİ MADDE 26"da yer alan dava konusu düzenleme, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

3-) 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un 126. maddesiyle değişik 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un 3. maddesinin dördüncü fıkrasını oluşturan:

"(4) Trafik bilgisi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilir ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilir."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, internet ortamında gerçekleşen trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edileceği ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verileceği hükme bağlanmaktadır.

Dava konusu Kural'ın önceki düzenlemesi, "Trafik bilgisi ancak bir suç soruşturması ve/veya kovuşturması kapsamında mahkemelerce talep edilmesi hâlinde Başkanlık tarafından içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve/veya erişim sağlayıcıdan alınarak verilir." şeklinde idi. Böylece, trafik bilgisinin ancak bir suç soruşturması ve / veya kovuşturması kapsamında mahkemeler tarafından talep edilmesi hâlinde, Başkanlık tarafından içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve / veya erişim sağlayıcıdan alınmak sûretiyle ve sadece mahkemelere verilmesi öngörülüyordu. 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrası ile, artık, trafik bilgilerinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden temin edilmesinin ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde (mahkemeler dışında) ilgili mercilere verilmesinin önü açılmaktadır.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 9.4.2014 gün ve 2014/38 Esas, 2014/80 Karar sayılı Kararı).

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. 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.

5651 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinin dördüncü fıkrasında TİB tarafından trafik bilgileri temin edilecek olan ilgili işletmeciler ile trafik bilgileri kendilerine verilecek olan ilgili mercilerin hangileri olduğu somut bir biçimde belirtilmemiş, söz konusu "ilgili" işletme ve mercilerin tanımları yapılmaksızın, sınırları belirsiz, muğlâk, ucu-açık ve geniş yetkiyle, trafik bilgilerinin temini ve verilmesi konusunda kapsamı ve mâhiyeti değişebilen hukukî belirsizlik içinde keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken; internet ortamında gerçekleşen trafik bilgilerinin teminine ve teslimine ilişkin konularda her görevlendirmeye göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir. Kuşkusuz, böylesi bir düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşabilmesi mümkün değildir.

Ayrıca, dava konusu Kural'da, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına, Trafik bilgisinin (hangileri olduğu belirsiz olan), ilgili işletmecilerden temin edilmesi yetkisi tanınmaktadır. Bu yeni düzenlemeye göre, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından internet ortamında gerçekleşen bütün trafik bilgileri temin edilebilecek ve böylece her türlü trafik bilgisinin içeriğine muttâli olunabilecektir. Dahası, herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet, talep ya da başvuru olmaksızın, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 5651 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunla değişik 3. maddesinin dördüncü fıkrası hükmüne dayanarak, kendi kendine (ex officio) trafik bilgilerinin ilgili mercilerden temin edilmesine hükmedilebilecektir. Sözgelimi, bir bakan hakkında

herhangi bir içerikte aleyhe bir haberin yer alması durumunda, herhangi bir ihbar ya da iddia olmaksızın, yürütme organı ile iyi geçinmek durumunda olan TİB Başkanı, 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin 6552 sayılı Kanunla değişik dördüncü fıkrasının kendisine verdiği yetkiye dayanarak, hemen ve re'sen trafik bilgilerini temin yoluyla içeriğine erişebilecektir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin 6552 sayılı Kanunun 126. maddesiyle değişik dördüncü fıkrasıyla getirilen ve herhangi bir talep, ihbar ya da başvuru dahî olmaksızın, doğrudan TİB'e trafik bilgilerini temin ve hâkim tarafından trafik bilgilerinin ilgili mercilere verilmesi yolunda verilen kararı uygulama yetkisi tanıyan yeni düzenleme, -az yukarıda açıkladığımız sebeplerle- "hukuk devleti" ilkesiyle çelişmekte ve bu nedenle, bu yönüyle de, Anayasa'nın 2. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrası ile TİB'e böylesi bir yetki verilmesi, daha açık bir söyleyişle, hiçbir sebep, mazeret ve gerekçe gösterilmeyerek TİB'e trafik bilgilerini temin ve hâkim tarafından trafik bilgilerinin ilgili mercilere verilmesi yolunda verilen kararı uygulama yetkisi tanınması, Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmüne de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Şu husus, bâriz bir biçimde görülmektedir ki, 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dördüncü fıkrasında 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile yapılan değişiklik, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, tüm İnternet kullanıcılarının trafik bilgilerinin herhangi bir hukukî sınırlama veya engelleme olmadan toplamasını mümkün hâle getirmektedir. Trafik bilgilerinin temini süreci boyunca mezkûr bilgilerin muhatabı olan kişilerin hiçbir şekilde bilgi akışından haberi olmayacaktır. Başkanlık, ilgili işletmecilerden trafik bilgilerini göndermesini isteyecek ve (hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde) bu bilgileri ilgili mercilere verecektir. Ancak, bu bilgilerin temininden ve ilgili mercilere verilmesini öngören hâkim kararından, kullanıcının hiçbir şekilde haberi olmayacaktır. Böylesi bir uygulama, açık bir biçimde, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen "Özel hayatın gizliliği ve korunması" ilkesine aykırı biçimde, özel hayata müdâhale anlamına gelmektedir.

Diğer taraftan, yine Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü getirilmiştir. Özellikle, anılan kuralın üçüncü cümlesinde yer alan "kişisel verilerin … ancak kişinin açık rızası ile işlenebileceği" hükmünün mefhûm-u muhâlifinden "Kişinin açık rızası yok ise, kişisel verilerinin işlenebilmesinin imkânsız olduğu" sonucuna varılmaktadır.

Oysa, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında Trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilmesini ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilmesini öngören Kural, "Kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerine ulaşılmasına ve bu kişisel verilerin işlenip, bilgi halinde Başkanlığa teslim edilmesine" cevaz vermekte ve böylece Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında zikredilen "Kişisel verilerin, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği" Kuralı'na açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın aynı hükmünde yer alan "kanunda öngörülen haller"in nelerden ibâret olduğu ise, 6552 sayılı Kanunun hiçbir maddesinde belirtilmemiştir. O halde, trafik bilgilerinin TİB tarafından temin edilebilmesini ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilmesini öngören dava konusu düzenleme, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine (mahremiyetine) saygısızca "dokunmakta" ve Anayasa'nın 20. maddesine açık bir biçimde aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve hürriyetler, ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve korunması kapsamında "bireylerin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı"na sahip olduğuna ve bu hak, Anayasamızda "temel hak ve hürriyetler" arasında sayıldığına göre,

özel hayatın gizliliğini sınırlandıracak her türlü müdâhale, anılan hakkın özüne dokunulması anlamına gelecektir. Şüphesiz, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ve "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" Kural'ında öngörülen "kanun" sözcüğüyle, Anayasakoyucu tarafından, "Anayasa'ya uygun olan kanun mefhûmu"nun murâdedildiği âşikârdır. Ayrıca, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın kanûnîlik ve ölçülülük kıstaslarına uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesi çerçevesinde temel bir hakka müdâhale niteliğindeki bir işlemin (ister idarî ve isterse kazaî olsun), objektif olarak amaçlanan kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli ve bu amaç doğrultusunda zorunlu olması gerekir. Oysa, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında öngörülen dava konusu düzenlemede, ilgilinin rızâsı ve muvâfakati olmaksızın, trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilmesini; hâkim tarafından bu konuda karar verilmesini ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde trafik bilgilerinin ilgili mercilere verilmesini sınırlandıracak; başka bir deyişle, özel hayatın gizliliğine müdahâle anlamına gelecek olan bu tür idarî ve kazaî tasarrufları engelleyecek herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısı ile, dava konusu bu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne aykırıdır.

Kaldı ki, iptalini istediğimiz iş bu Kural'ın metninde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından temin edilecek olan trafik bilgilerinin mâhiyetinin belirsiz olmasının yanı sıra, mezkûr bilgileri temin etme yöntemi de net ve sarih değildir. Bilindiği üzere, bilgi mefhûmunun, hassas bilgi, şahsî bilgi, gizli bilgi, ticârî sır gibi çeşitli türleri bulunmaktadır. Bu tür bilgilerden hangisinin, hangi yöntemlerle talep ve temin edileceği; kişisel hakların, mahremiyetin ve özel hayatın gizliliğinin korunması için elzemdir. Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti" ilkesinin, belirsizliğe, muğlak ya da müphem düzenleme ve uygulamalara tahammülü yoktur. Bu itibarla, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında yapılan değişiklik, Anayasa'nın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesine ve bu meyânda, "Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca kanûnîlik ve ölçülülük kriterlerine uygun olması" ilkesini öngören 13. maddesine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrasında öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

4-) 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un 127. maddesinin tamamı olan:

"MADDE 127- 5651 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "yirmi dört saat" ibaresi "dört saat" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(16) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

Hükmünün;

a.) Birinci fıkrasında yer alan ve 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "yirmi dört saat" ibâresinin "dört saat" şeklinde değiştirilmiş olmasının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Bu düzenleme ile, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklik ile, erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve en geç, kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirileceği öngörülmüş ve böylece, anılan fıkra,

"Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir."

Şeklinde iken,

"Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir."

Biçimine dönüşmüştür (Madde metninde yer alan dava konusu değişiklik, tarafımızdan "koyu" yazılmıştır).

İnternet ortamında, -kural olarak- hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceği, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde açıkça ve tâdâdî bir biçimde belirtilmiştir. Buna göre, "İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar."

Diğer yandan, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmünde, "Erişimin engellenmesi kararının, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği; soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebileceği; bu durumda Cumhuriyet savcısının kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunacağı ve hâkimin de, kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği"; dördüncü fıkrasında da, "İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının re'sen Başkanlık tarafından verileceği ve bu kararın, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği" hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, internet ortamında, erişimin engellenmesi kararı, -kural olarak- soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme (ayrıca soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısı) tarafından verilebilecek, bu kararın verilmesi de, ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâllerin vukûu hâlinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca, anılan Kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, istisnâen, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilebilecektir.

Kezâ, az aşağıda (dava dilekçemizin [4-b] bölümünde) açıklamaya çalıştığımız gibi, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen analtıncı fıkrasının birinci tümcesi hükmüne göre, artık, "Milî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"in vukûu hâlinde de "erişimin engellenmesi kararı" verilebilecek ve bu hâllerin tahakkuku durumunda, "erişimin engellenmesi"ne doğrudan Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) tarafından

karar verilecektir. Yâni, böylelikle, "erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâller" arasına, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâller ile dördüncü fıkrasında öngörülen durumlar yanında, "Milî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller" de eklenmiş bulunmaktadır.

İşte, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen dava konusu yeni düzenleme ile, artık, erişimin engellenmesi kararlarının gereğinin yerine getirilme süresi, derhal ve en geç kararların bildirilmesi ânından itibaren "yirmi dört saat" yerine "dört saat" olarak değiştirilmektedir.

2007 yılında yürürlüğe giren 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un bilgi toplumuna giden yolda ciddî engeller yarattığı; ifade özgürlüğü ve insan hakları gibi temel konularda Avrupa Birliği Hukuku'na aykırı uygulamalara sebep olduğu; daha önce 19.2.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6.2.2014 gün ve 6518 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin 5651 sayılı Kanunu daha da kısıtlayıcı bir hâle soktuğu; mevcut hâliyle dahî kamuoyunda tepki alarak eleştirilen 5651 sayılı Kanunu iyileştirmek yerine, kısıtlayıcı yöntemlere interneti izlemeyi, trafik bilgilerine erişmeyi ve erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak olan dava konusu bu tür düzenlemelerin, demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı açıktır. Hâl böyle iken, 11.9.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanunun 127. maddesiyle 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen değişikliğin, toplumda bilgi birikiminin sağlanması, bilgi ekonomisinin oluşturulması ve son tahlilde, haberleşme hürriyeti, ifade hürriyeti ve basın hürriyeti kapsamında Türkiye'nin bilişim toplumu olarak küresel rekâbette yerini alma hedefleri ile örtüşmediği âşikârdır.

Kuşkusuz, kısıtlayıcı yöntemlere interneti izlemeyi, trafik bilgilerine erişmeyi ve erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak olan bu tür düzenlemeler, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmaz.

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." denilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı gibi, "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 tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Bu bağlamda, hukuk devletinde, günümüz çağdaş ve uygar toplumlarında, haberleşme hürriyetini, ifade hürriyetini ve basın hürriyetini gerçekleştirmenin bir vasıtası ve -deyim yerinde ise- bir uzantısı olan internet olgusuna ve erişimine ilişkin düzenlemeler yapılırken, kanunkoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve hukukun ana kurallarına bağlı kalmak durumundadır. O halde, haberleşme hürriyetinin, ifade hürriyetinin ve basın hürriyetinin kullanılmasının ve geliştirilmesinin önündeki engellerin kaldırılması; söz konusu hak ve hürriyetlerin kullanılmasını güçleştirecek, iletişimin engellenmesini kolaylaştıracak ve hızlandıracak düzenlemelerden kaçınılması, haberleşme, iletişim ve basın hukukunun ana kurallarının ve "hukuk devleti" ilkesinin gereklerindendir.

Şüphesiz, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinde, erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmesi ile ilgili sürenin "yirmi dört saat"ten "dört saat"e indirilmesi, kısıtlayıcı yöntemlere, ülkemizde, interneti izlemeyi, trafik bilgilerine erişmeyi ve erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve bu ortamlarda yapılacak engellemeleri arttıracak mâhiyette bir düzenleme anlamına gelmekte olup, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında, erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmesindeki "sürenin kısaltılması" ile ilgili olarak, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile öngörülen dava konusu değişiklik, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan "Haberleşme hürriyeti"nin,

26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "İfade hürriyeti"nin ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen "Basın hürriyeti"nin açık bir biçimde ihlâli anlamına gelmekte ve dolayısı ile, mezkûr hak ve hürriyetleri teminat altına alan Anayasamızın "hukuk devleti" ilkesini benimseyen 2. maddesi hükmüne de aykırılık teşkil etmektedir.

Zirâ, çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu cümleden olarak, basın da, haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmaktadır. Oysa, erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmesi ile ilgili sürenin "yirmi dört saat"ten "dört saat"e indirilmesi ile ülkemiz açısından internet ortamında erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran ve kolaylaştıran böylesi bir düzenleme, Anayasamızda "Temel hak ve hürriyetler" arasında sayılan "Haberleşme hürriyeti"nin, "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nin ("ifade özgürlüğü"nün)" ve "Basın hürriyeti"nin kullanımını sınırlandırması yanında, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir.

Anayasamızın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmiştir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile yapılan dava konusu değişiklikle öngörülen düzenleme, kuşkusuz, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi, temel hakların ve hürriyetlerin internet ortamında kullanılmasının doğal bir uzantısı olan bilgi paylaşımının, erişimin engellenmesi kararı ile sınırlandırdıktan sonra, bir de bu kararın yerine getirilmesinin çabuklaştırılıp, hızlandırılması, anılan Anayasal hakların kanun-dışı yollarla sınırlanması anlamına gelmektedir. Şüphesiz, anılan Kural'da geçen "kanun" sözcüğü ile, Anayasakoyucunun, "Anayasa'ya uygun olan kanun" mefhûmunu murâdettiği açıktır. Öyle ise, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararını ve bu kararın yerine getirilmesini" düzenleyen 8. maddesinin beşinci fıkrasında erişimin engellenmesi kararının gereğinin, kararın bildirilmesi ânından itibaren, en geç "yirmi dört saat" yerine "dört saat" olarak sınırlayan

dava konusu düzenleme, "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi hükmüne aykırılık teşkil etmektedir.

Kaldı ki, dava konusu düzenleme, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen "ölçülülük" ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Yasaların genel, objektif, âdil kurallar içermesi, kamu yararını sağlama amacına yönelik olması ve hakkâniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereklerindendir. Bu nedenle, kanunkoyucunun hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkâniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Kanunkoyucu, yasal düzenlemeler yaparken "hukuk devleti" ilkesinin bir unsuru olan "ölçülülük ilkesiyle" bağlıdır. Ölçülülük ilkesine göre devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında âdil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Ölçülülük ilkesi, 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt unsurdan oluşur. 'Elverişlilik', başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik' başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin olmasını ifade etmektedir.

Bu bilgiler ışığında dava konusu yasal düzenlemeye bakıldığında, "elverişlilik" unsuru gereği, başvurulan önlemin (erişimin engellenmesi kararının gereğinin, kararın bildirilmesi anından itibaren en geç dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin) ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) bakımından her koşulda elverişli olmadığı; "gereklilik" unsuru gereği, başvurulan önlemin (yine, erişimin engellenmesi kararının gereğinin, kararın bildirilmesi anından itibaren en geç dört saat içinde yerine getirilmesi önleminin), ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) bakımından her koşulda gerekli olmadığı ve 'orantılılık' yönünden ise başvurulan önlem (erişimin engellenmesi kararının gereğinin, kararın bildirilmesi anından itibaren en geç dört saat içinde yerine getirilmesi önlemi) ile ulaşılmak istenen amaç (erişimin engellenmesinin sağlanması amacı) arasında makûl, meşrû ve âdil bir dengenin bulunmadığı görülmektedir.

Bu itibarla, iptali istenen ve erişimin engellenmesi kararının gereğinin yerine getirilmesi ile ilgili sürenin "yirmi dört saat"ten "dört saat"e indirilmesi ile ülkemiz

açısından internet ortamında erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran böylesi düzenleme, haberleşme, ifade ve basın hürriyetlerini, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve "ölçülülük ilkesi"ne aykırı olacak şekilde sınırladığı için, bu bakımdan da Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtivâ eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra, ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile değişik beşinci fıkrada öngörülen dava konusu değişiklikte, Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılacak erişimin engellenmesi kararlarına karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla, erişimin en geç kararın bildirilmesi ânından itibaren "dört saat" içinde engellenmesi sonucunda, Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia eden kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, erişimin engellenmesine karşı, ilgililerin, hangi kanun yollarına ve merciilere başvuracağının ve sürelerinin belirtilmemesi nedeniyle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında 6552 sayılı Kanunun 127. maddesiyle öngörülen dava konusu değişiklik, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasında, erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhal ve kararın bildirilmesi ânından itibâren, en geç "yirmi dört saat" yerine "dört saat" içinde yerine getirileceği yönündeki Kural'da geçen "yirmi dört saat" ibâresinin "dört saat" olarak değiştirilmesine ilişkin 6552 sayılı Kanunun 127. maddesinde öngörülen düzenleme, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

b.) 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkranın birinci tümcesini oluşturan:

"Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır."

Söz grubunun (tümcesinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin beşinci fıkrasına eklenen onaltıncı fıkra ile, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılacağı; erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan) gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ve Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve Hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı öngörülmektedir.

6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi ile öngörülen Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılacağı yönündeki düzenlemede, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunmasına, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak, Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacak erişimin engellenmesinin sınırlarının nerede başlayıp, nerede biteceği madde metninde açıklanmış değildir. Kuşkusuz, erişimin engellenmesi faaliyetlerinin, kişi hak ve hürriyetlerini ihlâl etmeden gerçekleştirilmesi ve denetimi açısından, yaşamın her alanında olduğu gibi, internet alanındaki hukukî düzenlemelerin açık, net, anlaşılabilir ve çerçevesi çizilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ideal bir internet faaliyetini düzenleyen kanun hükümlerinin, Telekomünikasyon örgütünün yapısını, temel işlevini, görev

alanlarını, yetkilerini, sınırlarını ve denetim mekanizmalarını açık, net ve anlaşılabilir bir biçimde belirlemesi gerekir.

Anayasa'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" kenar başlıklı 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmiştir. "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 tutum ve davranışlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir." (Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 Tarihli, 2008/17 Esas, 2010/44 Karar sayılı Kararı).

Az yukarıda (dava dilekçemizin 6552 sayılı Kanunun 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 3. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri bölümünde de açıklamaya çalıştığımız veçhile), Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin temel unsurlarından biri "hukukî belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, saydam, belirli, anlaşılır ve uygulanabilir olması; ayrıca, kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu tedbirler içermesi gerekir. Açık, anlaşılır ve sınırları belli olmayan, elâstikî kavramlar içeren kurallar, vatandaşları korumanın değil, bilâkis, vatandaşları cezalandırmanın bir aracı olabilir. "Hukukî belirlilik" ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bireyin kanundan belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya, hangi hukukî yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne türden müdâhale yetkisi verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. 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.

5651 sayılı Kanunun 6552 sayılı Kanunla değişik 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı

olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır ..." Kuralı ile erişimin engellenmesinde Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlığa verilecek görevlerin konuları belirtilmiş (Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller), ancak, bu hâller söz konusu olduğunda, sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetki ile, Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlığa (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak, kapsamı ve mâhiyeti değişebilen, bu yanıyla da Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlığa verilen erişimin engellenmesi yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Telekomünikasyon Kurumunun -olası- keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken; Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, her ahvâle göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmektedir. Kuşkusuz, böylesi bir düzenleme, Anayasa'nın 2. maddesinde benimsenen "hukuk devleti" ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Diğer yandan, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" hakkında hükümler ihtiva eden Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrasında "Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci fıkrasında "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü getirilmiştir. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkranın birinci tümcesi ile getirilen düzenlemede, Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacak erişimin engellenmesi kararına karşı -içerik sahibi de dâhi olmak üzere- kimseye itiraz hakkı tanınmamış ve gidilebilecek hiçbir itiraz yolu gösterilmemiş olmakla, erişimin engellenmesi sonucunda Anayasa ile güvence altına alınmış hak ve hürriyetlerinin (ifade hürriyetinin, haberleşme hürriyetinin ve basın hürriyetinin) ihlâl edildiğini iddia edenin ve ilgilisinin aleyhine olması halinde, kişilere, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkının tanınmaması ve yine dava konusu Kural'da, erişimin engellenmesine karşı ilgililerin hangi kanun yollarına ve merciilere başvuracağının ve sürelerinin

belirtilmemesi hasebiyle, dava konusu onaltıncı fıkranın birinci tümcesi hükmü, Anayasa'nın 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir.

Şüphesiz, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller gerekçe gösterilerek, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen ve bu bapta Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri açıklanmaya çalışılan onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi hükmü ile erişimin engellenmesinin Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yerine getirilmesi yetkisi verilmesi, daha açık bir söyleyişle, Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin varlığı mazeret ve gerekçe gösterilerek TİB Başkanına erişimi engelleme konusunda talimat verme yetkisi tanınması, Anayasa'nın 26. maddesinde teminat altına alınan ve demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan "İfade hürriyeti"nin; 22. maddesinde yer alan "Haberleşme hürriyeti"nin ve yine Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenen "Basın hürriyeti"nin açık ve ağır bir biçimde ihlâli anlamına gelmektedir.

Zirâ (az yukarıda, dava dilekçemizin [4-a] bölümünde de belirtildiği gibi), çağımızda "haberleşme"nin en hızlı ve etkin biçimde kullanıldığı ortam, internet ortamıdır. Artık, kişiler, güncel olaylara ilişkin haber ve yorumları internet ortamından (muhtelif internet / sosyal paylaşım sitelerinden, bloglardan vb.) izler hâle gelmişlerdir. Bu cümleden olarak, basın da haber değeri olan pek çok bilgiyi ve veriyi internet üzerinden paylaşıma sunmaktadır. Dahası, böylece, Anayasamızda "Temel hak ve hürriyetler" arasında sayılan "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (ifade özgürlüğü)" ile Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi de açıkça ihlâl edilmektedir. Zirâ, anılan Anayasa kuralında, Temel hak ve hürriyetlerin … ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. Oysa, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrası hükmü ile TİB Başkanına, erişimin engellenmesi yetkisi adı altında, temel hak ve hürriyetlerden sayılan "ifade hürriyeti"ne, "haberleşme hürriyeti"ne ve "basın hürriyeti"ne doğrudan müdâhale ederek, Anayasamızda güvence altına alınan bu hürriyetlerin kullanımının engellenmesi konusunda emir verme yetkisi tanınmaktadır. Böylesi bir düzenleme, kuşkusuz, ifade özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü ve basın özgürlüğü gibi, temel hakların ve hürriyetlerin, Millî güvenlik

ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller gibi, soyut ve muğlâk gerekçelere dayanılarak, kanun-dışı yollarla sınırlanması anlamına gelmektedir.

Ayrıca (az yukarıda, yine, dava dilekçemizin [4-a] bölümünde de değindiğimiz veçhîle), internet ortamında, -kural olarak- hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceği, 5651 sayılı Kanunun "Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi" kenar başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sarâhaten ve tâdâdî olarak belirtilmiştir. Buna göre, "İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar."

Diğer yandan, anılan maddenin ikinci fıkrası hükmünde, "Erişimin engellenmesi kararının, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği; soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebileceği; bu durumda Cumhuriyet savcısının kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına

sunacağı ve hâkimin de, kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği"; dördüncü fıkrasında da, "İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının re'sen Başkanlık tarafından verileceği ve bu kararın, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği" hükme bağlanmıştır.

Bu durumda, internet ortamında, erişimin engellenmesi kararı, -kural olarak- soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme (ayrıca soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de Cumhuriyet savcısı) tarafından verilebilecek, bu kararın verilmesi de, ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâllerin vukûu hâlinde söz konusu olabilecektir. Ayrıca, anılan Kanunun 8. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca da, istisnâen, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları (yâni, 'Çoçukların cinsel istismârı', 'Müstehcenlik' ve 'Fuhuş' suçlarını) oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı, re'sen Başkanlık tarafından verilebilecektir. Oysa, dava konusu Kural'ın yer aldığı 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi hükmüne göre, artık, "Milî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"in vukûu hâlinde de "erişimin engellenmesi kararı" verilebilecek ve bu hâllerin tahakkuku durumunda, "erişimin engellenmesi"ne doğrudan Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) tarafından karar verilecektir. Yâni, böylelikle, "erişimin engellenmesi kararı verilebilecek hâller" arasına, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (az yukarıda sayılan) birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde sayılan hâller ile dördüncü fıkrasında öngörülen durumlar yanında, "Milî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller" de eklenmiş bulunmakta ve kezâ, "erişimin engellenmesi kararı" verebilecekler arasına hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcısının yanında, Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) da katılmış bulunmaktadır.

Ayrıca, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci cümlesi, en geç yirmidört saat içinde, hâkimin onay vermediği sürece kaldırılacak olan bir erişimin engellenmesi tedbiri için Cumhuriyet savcısını yetkili görürken, dava konusu Kural, TİB Başkanı'nın tâlimatı üzerine verilen erişimin engellenmesi kararının doğrudan Başkanlık, yâni, idare tarafından yerine getirileceğini öngörmektedir. Dolayısıyla; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda daha ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinde öngörülen, "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller"de erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi sürecine nazaran, daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Aynı zamanda, hukuk düzeni tarafından daha ciddî yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hâllerde (katalog suçlarda), 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha özgürlükçü bir usûl (daha sıkı bir yargı denetimi) öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş bulunan ve muhtevâsında daha soyut ve daha muğlak kavramları barındıran Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde öngörülen dava konusu düzenlemenin, erişimin engellenmesi sûretiyle ifade hürriyetini, haberleşme hürriyetini ve basın hürriyetini kısıtlamaya yönelik olarak daha hızlandırılmış bir süreç getirmesi, "ölçülülük ilkesi" ve korunmak istenen menfaatler ile bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile değişik 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinde öngörülen düzenlemeler, Anayasa'nın "temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi"ni teminat altına alan 13. maddesi hükmüne açıkça aykırıdır.

Açıklanmaya çalışılan nedenlerle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine, 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan, "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." biçimindeki düzenleme, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

c.) 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen onaltıncı fıkranın ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerini oluşturan:

"Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

Söz gruplarının (tümcelerinin) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçesi:

Kuşkusuz, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinin -yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile-Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal gerekçeleri, aynı fıkranın ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerine de sirâyet etmekte ve anılan ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerin de -kaçınılmaz bir biçimde- sakatlanması ve Anayasa'ya aykırılığı (Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerinin ihlâli) sonucunu doğurmaktadır.

Şüphesiz, dava dilekçemizin (4-b) numaralı madde başlığı altında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi olan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." tümcesi hakkında -az yukarıda- ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci tümcesi olan "Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir."; üçüncü tümcesi olan "Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur." ile dördüncü tümcesi olan "Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." söz grupları (tümceleri) için de aynen geçerlidir. Yüksek Mahkemenizin gereksiz yere zamanını almamak ve lüzûmsuz tekrarlara yol açmamak adına, iş bu bapta, dava dilekçemizin -yukarıda- (4-b) numaralı madde başlığı altında, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi hakkında ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya

aykırılık gerekçelerini, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri için de aynen tekrar ettiğimizi beyan etmekle yetiniyoruz. Zirâ, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinde geçen "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller …", anılan fıkranın "tamamına / bütününe" şâmil olmakla, dava konusu onaltıncı fıkranın "birinci tümcesi ile aynı fıkranın ikinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri arasında, -âdetâ- "organik" bir bağ mevcuttur; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci tümcesi olan "Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir."; üçüncü tümcesi olan "Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur." ve dördüncü tümcesi olan "Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." tümceleri olmaksızın 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi olan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." tümcesi, başlıbaşına varlığını sürdürebilir; ancak, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi olan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." tümcesinin varlığı söz konusu olmaksızın, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci tümcesi olan "Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir."; üçüncü tümcesi olan "Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur." ve dördüncü tümcesi olan "Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." tümceleri, tek başlarına hüküm ifade etmezler ve başlıbaşına varlıklarını sürdüremezler. Öyle ise, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının iptalini talep ettiğimiz birinci tümcesi hakkında az yukarıda (dava dilekçemizin [4-b] maddesinde) ileri sürdüğümüz bütün Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, 5651 sayılı

Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümceleri için de aynen geçerli olacaktır.

Diğer yandan -yüksek malûmları olduğu üzere-, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Dosya üzerinden inceleme ve gerekçeye bağlı olmama" başlığını taşıyan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası aynen şu hükmü âmirdir:

"Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir."

Dava konusu yapılan 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının birinci tümcesi olan "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır." Kuralı hakkında Yüksek Mahkemenizce verilecek olası bir iptal kararı, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci tümcesi olan "Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir."; üçüncü tümcesi olan "Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur." ve dördüncü tümcesi olan "Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar." tümcelerinde yer alan Kuralların uygulanamaması sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda, -şüphesiz, takdir Yüksek Mahkemenize ait olmak üzere- 6216 sayılı Kanunun yukarıda anılan 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen

onaltıncı fıkrasının birinci tümcesinin iptal başvurumuz doğrultusunda iptali hâlinde, uygulama kâbiliyetleri kalmayan 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine 6552 sayılı Kanunun 127. maddesi ile eklenen onaltıncı fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerinin de iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Yüksek mâlûmları olduğu üzere, Kamu Hukukunda yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için, yasal bir düzenlemenin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve bu yasal düzenlemenin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Dava konusu olayda, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 97., 109., 126. ve 127. maddelerinin iptallerini talep ettiğimiz dava konusu madde, fıkra, tümce ve ibâreleri yönünden, bu iki şart birlikte gerçekleşmiştir.

Dava dilekçemizde de mufassal bir biçimde açıklamaya çalıştığımız veçhile, dava konusu yapılan ve Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptali istenen ve bu bapta da yürürlüklerinin durdurulması talep olunan madde, fıkra, tümce ve ibârelerin öngördüğü düzenlemelerle;

23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirileceği, "hukuk devleti" ilkesine aykırı bir biçimde hükme bağlanmakta, böylece, hukuka aykırı olarak görevinden alındığı yargı kararıyla saptanan bir kamu görevlisinin, dava konusu yapılan kadronun boş olması hâlinde, bu kadroya ataması yapılmaksızın, başka bir kadroya atanmak sûretiyle mağduriyetine yol açılmakta ve böylelikle, yargı kararları bertarâf edilerek, kamu görevlilerinin açtıkları davalardan elde edecekleri hukukî kazanımlardan yararlanamamalarına cevaz verilmekte,

İdarî yargı mercilerince, 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı (yukarıda, dava dilekçemizin [1-a] bölümünde açıklanan) Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmayacağını öngören; başka bir deyişle, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemlerine mâruz kalan görevliler hakkındaki bu işlemlerin uygulanması nedeniyle, artık, yargılamanın herhangi bir aşamasında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi ortadan kaldırılmakta; böylece, bu görevliler hakkındaki idarî makamlarca tesis edilen ve hukuka açıkça aykırı olduğu ilk aşamada anlaşılan idarî kararların, hukuk âleminde varlığını sürdürmesine yol açılmakta; bu meyânda, "hak arama hürriyeti"ni sınırlanarak, bu hakkın özünü zedelemekte ve idarî yargının en güçlü araçlarından biri olan "yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisi"nin elinden alınması sûretiyle, yargısal denetim kısıtlanmakta,

23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tâbî olsalar dahî, daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç, kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği hükme bağlanmakla, yetkili mercîiler tarafından, söz konusu mahkeme kararlarını yerine getirmeyen fâiller hakkında hiçbir adlî işlem yapılamamakta; Cumhuriyet savcılarının, söz konusu mahkeme kararlarını kasıtlı olarak yerine getirmeyen ve böylece suç işleyen kişi (şüpheli) hakkında (bir anlamda) kamu davası açabilme yetkisi elinden alınmakta; böylece, söz konusu mahkeme kararlarını yerine getirmeyen kişilere, âdetâ, imtiyaz (ayrıcalık) tanınmasına sebebiyet verilmekte;

diğer yandan, anılan türden mahkeme kararlarının yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceğinin öngörülmesi, bu tür yargı kararlarını yerine getirmeyenlere "yargı yolu"nun kapatılması anlamına gelmekte,

Yayımı (11.9.2014) tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında, bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmek sûretiyle, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının uygulanması engellenmekte ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda herhangi bir işlemin tesis edilemeyeceği öngörülmekte; böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhâl yerine getirilmesinin yolu kapatılmakta ve özelleştirme uygulamaları sona eren ve Kural'ın yayımı (11.9.2014) tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan kuruluşlar hakkında verilen yargı kararları ile ilgili olarak, sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında, bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmeyeceği öngörülmek suretiyle, adlî veya idarî yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmakta ve bu itibarla, mezkûr mahkeme kararlarının uygulanmaması sûretiyle yargı erki işlevsiz bırakılmakta,

İnternet ortamında oluşan trafik bilgisinin Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından (hangileri olduğu belirsiz) ilgili işletmecilerden temin edileceği ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde (yine, hangileri olduğu belirsiz) ilgili mercilere verileceği hükme bağlanmak sûretiyle, artık, trafik bilgilerinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden temin edilmesinin ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde (mahkemeler dışında da) ilgili mercilere verilmesinin önü açılmakta; internet ortamında gerçekleşen trafik bilgilerinin teminine ve teslimine ilişkin konularda, her görevlendirmeye göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmekte; trafik bilgilerinin TİB tarafından temin edilebilmesi ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde, ilgili mercilere verilmesi öngörülmekle, kişilerin özel hayatına ve aile hayatının gizliliğine dokunulmasına cevaz verilmekte,

Erişimin engellenmesi kararının gereğinin, derhâl ve en geç kararın bildirilmesi ânından itibaren ("yirmi dört saat" yerine) "dört saat" içinde yerine getirileceği öngörülerek, kısıtlayıcı ve internet ortamında yapılacak engellemeleri arttırıcı yöntemlerle erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesi hızlandırılmakta; Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkanın (Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın) tâlimatı üzerine Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılacağı; erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'ndan) gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ve Başkan (Telekomünikasyon İletişim Başkanı) tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık (Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve Hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı hükme bağlanmakta; "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller" ibâresiyle, sınırları belirsiz ve ucu-açık geniş yetkiyle, Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlığa, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller ile ilgili olarak, kapsamı ve mâhiyeti değişebilen, bu yanıyla da Başkanın tâlimatı üzerine Başkanlığa erişimin engellenmesi yetkisi ile yaratılan hukukî belirsizlik içinde Telekomünikasyon Kurumunun olası keyfî uygulamalarının ve görevlendirmelerin önü açılırken, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, her ahvâle göre değişebilen öngörülemez ölçütler getirilmekte,

Dolayısı ile, anılan düzenlemelerle, Anayasa'da "Temel haklar ve hürriyetler" arasında sayılan "hak arama hürriyeti", âdil yargılanma hakkı", "özel hayatın gizliliği", "ifade hürriyeti", "haberleşme hürriyeti", "basın hürriyeti"; kezâ, "Kanun önünde eşitlik" ilkesi, "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" ilkesi, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" prensibi", -söz konusu hakların ve hürriyetlerin özüne dokunurcasına- "Hukuk devleti" ve "Adâlet"

ilkeleriyle bağdaşmayacak sûrette sınırlanmakta ve "Hukuk devleti" ilkesi ihlâl edilmektedir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen madde, fıkra, tümce ve ibâreler, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Dava konusu madde, fıkra, tümce ve ibârelerin uygulanması halinde, "Hukuk devleti" ilkesi, "hak arama hürriyeti", "âdil yargılanma hakkı", "özel hayatın gizliliği", "ifade hürriyeti", "haberleşme hürriyeti", "basın hürriyeti", "Kanun önünde eşitlik" ilkesi, "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği" ilkesi, "Mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi ve "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu" prensibi konularında Anayasa'nın öngördüğü kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı kesindir.

Dava konusu madde, fıkra, tümce ve ibâreler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa'ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu yasal düzenlemeler yönünden "Yürürlüğü Durdurma" Kararı verilmeyip, sadece İptal Kararı verilmesi halinde, bu İptal Kararı -büyük bir ihtimâlle- 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 ise, kişinin temel hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, "hukuk devleti" ilkesi yönünden (yukarıda açıklamaya çalıştığımız veçhile), telâfisi imkânsız durum ve zararlara yol açacaktır.

Böylesi bir ahvâlin husûle gelmesini önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptalleri istenen dava konusu madde, fıkra, tümce ve ibârelerin, iş bu dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması talebiyle Yüksek Mahkemenizde iş bu dava açılmıştır.

VI. SONUÇ VE İSTEM

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İŞ KANUNU İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI İLE BAZI ALACAKLARIN YENİDEN YAPILANDIRILMASINA DAİR KANUN"un (Anayasa'ya aykırı bulduğumuz sâir hükümleri yönünden iptal ve yürürlüklerinin durdurulması taleplerimiz hakkında süresi içerisinde ek-dilekçe verme hakkımız saklı kalmak ve iş bu dava dilekçemizde dava konusu yapmadığımız sâir hükümlerin Anayasa'ya uygun olduklarını kabûl ettiğimiz anlamına gelmemek kaydı ile, şimdilik, aşağıdaki hükümlere hasren),

1-) 97. maddesiyle değişik 2577 sayılı "İdari Yargılama Usulü Kanunu"nun 28. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü tümcesinde geçen "… 23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna Ekli (1) ve (2) sayılı Cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dahi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekaleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir." ibâresinin Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine; birinci fıkrasının dördüncü cümlesini oluşturan "Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması, telafisi güç veya imkansız zararları doğuran hallerden sayılmaz." tümcesinin Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 138. maddelerine; birinci fıkrasına eklenen cümlede geçen "Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …" ibâresinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine,

2-) 109. maddesi ile 4046 sayılı "Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun"a eklenen "GEÇİCİ MADDE 26"nın, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine,

3-) 126. maddesi ile değişik 5651 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun"un 3. maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine,

4-) 127. maddesinin tamamının, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine,

Aykırı olmaları nedeniyle, gerek lâyihamızda açıkladığımız gerekçelerle ve gerekse Yüksek Mahkeme'niz tarafından re'sen belirlenecek nedenlerle İPTALLERİNE ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

Karar verilmesini saygı ile arz ve talep ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

Kanun'un;

1- 97. maddesiyle değiştirilen 2577 sayılı Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 28. maddesi şöyledir :

*"**Kararların sonuçları***

Madde 28- *1.(Değişik:10/6/1994-4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez. (İptal cümle: Anayasa Mahkemesi'nin 10/7/2013 tarihli ve E.: 2012/107 K.: 2013/90 sayılı Kararı ile.)(…) (Ek cümleler: 21/2/2014-6526/18 md.; Değişik üçüncü ve dördüncü cümleler: 10/9/2014-6552/97 md.) Ancak,* ***23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir. Bu görevliler hakkındaki mezkur işlemlerin uygulanması,***

telafisi güç veya imkânsız zararları doğuran hâllerden sayılmaz. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/97 md.) Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez*; ancak disiplin hükümleri saklıdır.*

2. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 md.) Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur.

3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

4. (Değişik: 21/2/2014-6526/18 md.) Mahkeme kararlarının süresi içinde kamu görevlilerince yerine getirilmemesi hâlinde tazminat davası ancak ilgili idare aleyhine açılabilir.

5. Vergi uyuşmazlıklarına ilişkin mahkeme kararlarının idareye tebliğinden sonra bu kararlara göre tespit edilecek vergi, resim, harçlar ve benzeri mali yükümler ile zam ve cezaların miktarı ilgili idarece mükellefe bildirilir.

6. (Değişik: 2/7/2012 - 6352/58 md.) Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 48 inci maddesine göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanacak faiz ödenir. Ancak mahkeme kararının davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez."

2- 109. maddesiyle, 4046 sayılı Kanun'a eklenen dava konusu geçici 26. madde şöyledir:

*"**Geçici Madde 26- (Ek: 10/9/2014-6552/109 md.)***

Bu maddenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilmez."

3- 126. maddesiyle değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un dava konusu kuralı da içeren 3. maddesi şöyledir:

*"**Bilgilendirme yükümlülüğü***

***MADDE 3-** (1) İçerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür.*

(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından iki bin Türk lirasından elli bin Türk lirasına kadar idarî para cezası verilir.

(3) (Ek: 6/2/2014-6518/86 md.) Bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri yurt içinden ya da yurt dışından yürütenlere, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçları ile bildirim yapılabilir.

*(4) (Ek: 26/2/2014-6527/16 md.; Değişik: 10/9/2014-6552/126 md.) **Trafik bilgisi Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından ilgili işletmecilerden temin edilir ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verilir.***

4- 127. maddesiyle değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 8. maddesi şöyledir:

"Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

MADDE 8- *(1) İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:*

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228),

suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

(2) Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir.

Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması

halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. (Ek cümle: 6/2/2014-6518/92 md.) Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

(3) Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

(4) İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2) ve (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

(5) Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren ***dört saat*** *içinde yerine getirilir.*

(6) Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının konusunu oluşturan yayını yapanların kimliklerinin belirlenmesi halinde, Başkanlık tarafından, Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulur.

(7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlığa gönderir.

(8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

(9) Konusu birinci fıkrada sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

(10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

(12) Bu Kanunda tanımlanan kabahatler dolayısıyla Başkanlık veya Kurum tarafından verilen idarî para cezalarına ilişkin kararlara karşı, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulabilir.

(13) (Ek: 5/11/2008-5809/67 md.) İşlemlerin yürütülmesi için Başkanlığa gönderilen hakim ve mahkeme kararlarına 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre Başkanlıkça itiraz edilebilir.

(14) (Ek: 12/7/2013-6495/47 md.) 14/3/2007 tarihli ve 5602 sayılı Şans Oyunları Hasılatından Alınan Vergi, Fon ve Payların Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde tanımlanan kurum ve kuruluşlar, kendi görev alanına giren suçların internet ortamında işlendiğini tespit etmeleri hâlinde, bu yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi kararı alabilirler. Erişimin engellenmesi kararları uygulanmak üzere Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına gönderilir.

(15) (Ek: 26/2/2014-6527/17 md.) Bu maddeye göre soruşturma aşamasında verilen hâkim kararı ile 9 uncu ve 9/A maddesine göre verilen hâkim kararı birden fazla sulh ceza mahkemesi bulunan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza mahkemeleri tarafından verilir.

(16) (Ek: 10/9/2014-6552/127 md.) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 25.9.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Erhan TUTAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 97. Maddesiyle, 2577 sayılı Kanun'un 28. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Değiştirilen Üçüncü Cümlesinin ***"…23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir."*** **Bölümünün İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, Anayasa'ya göre mahkeme kararlarının aynen ve geciktirilmeksizin uygulanmasının zorunlu olduğu, dava konusu düzenleme ile aynen uygulanması gereken mahkeme kararlarının iki yıl içinde ve değiştirilerek uygulanmasının öngörüldüğü, yargı kararlarının uygulanmasının herhangi bir şarta bağlanmaksızın idareler açısından bağlayıcı olduğu ve bu kararların derhal uygulanması gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, 2451 sayılı Kanun'a ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerdeki unvanlı görevler ile atama usulleri farklı olsa da daire başkanı ve üstü görevlere, kolluk teşkilatlarının kadrolarına (sivil memurlar hariç), açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereğinin iki yıl içinde ve kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanma suretiyle yerine getirileceğini düzenlemektedir.

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

Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede 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, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmıştır. Böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur. Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da bunları ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında da "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*." hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, davaya taraf olan kişinin anayasal güvencelerinin etkin olarak korunması ve hukuka uygunluğun sağlanması için, idarenin kendisi hakkında verilen nihai yargı kararlarına uyması gerekmektedir.

Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsılması, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, yargı kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş olacaktır.

Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Hak arama özgürlüğünün bir gereği olan mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonunda verilen kararın etkili bir şekilde aynen ve gecikmeksizin uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir.

Hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması hukuk devletinin asgari gereklerindendir.

Bilindiği gibi idari yargıdaki iptal kararları, işlemin tesis edildiği tarihten önceki hukuki durumun geçerliliğini sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle idari yargı mercilerince verilen iptal kararlarının dava konusu işlem üzerinde biri, davaya konu idari işlemle ona bağlı olarak tesis edilen diğer işlemlerin yapıldıkları tarihten itibaren geçerli olarak ortadan kaldırılması; diğeri işlemin tesisinden önceki hukuki durumun geri gelmesi ve böylece hukuk düzeninin hiç bozulmamış hâle getirilmesi olmak üzere iki tür etkisi vardır.

Dava konusu kuralda, birtakım unvanlı görevler ile kolluk teşkilatlarının (sivil memurlar hariç) kadroları hakkında tesis edilen atama, görevden alma gibi bazı idari işlemler hakkında verilen yargı kararlarının uygulanması için ilgilinin iki yıl içinde başka bir kadroya atanmasına ilişkin düzenlemeler getirilmektedir. Böylece, anılan işlemlere ilişkin uygulamalar sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce aynen ve gecikmeksizin yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve söz konusu kişiler hakkında idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmıştır.

Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı

ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Bu bağlamda hak arama yollarına başvuran bireylerin elde etmek istedikleri hukuki sonuçların yasama tasarruflarıyla etkisizleştirmesi, Devlete olan güven duygusunu ortadan kaldırmaktadır. Bu durum hak arama özgürlüğüne, hukuki güvenlik ve hukuk devleti ilkelerine uygun düşmemektedir.

İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları geciktirme ya da uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden dolayı Anayasa'nın 125. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

B- Kanun'un 97. Maddesiyle, 2577 sayılı Kanun'un 28. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Değiştirilen Dördüncü Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, idari yargı mercilerince yürütmenin durdurulması kararı verilmesi için Anayasa'da öngörülen şartlardan birinin kanun koyucu tarafından yokluğunun peşinen kabul edilmesi suretiyle belli konulara ilişkin yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin engellendiği ve böylece hak arama hürriyeti ile yargısal denetimin kısıtlandığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, 2451 sayılı Kanun'a ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerdeki unvanlı görevler ile atama usulleri farklı olsa da daire başkanı ve üstü görevlere ve kolluk teşkilatlarının kadrolarına (sivil memurlar hariç) ilişkin her türlü atama, görevden alınma veya görev ve unvan değişikliği işlemlerinin uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zarar doğuran hâllerden sayılamayacağını düzenlemektedir.

Hak arama özgürlüğü bakımından kişilerin idareye karşı sahip oldukları en etkili yargısal koruma mekanizması iptal davasıdır. İptal davasında, idari işlemin hukuk kurallarına aykırılığının belirlenmesi hâlinde iptali yoluna gidilmekte ve bunun sonucunda idarenin hukuka bağlılığı ve hukuk düzeninin korunması sağlanmaktadır. Genel ilke, iptal kararlarının geriye yürümesi ve iptal edilen işlemi başından itibaren ortadan kaldırması, bu işleme ve ona dayanan sonuçların hiç mevcut olmamış gibi kabul edilmesi olmakla birlikte, bu ilke, idari işlemin iptal kararı verilinceye kadar mevcudiyetini sürdürmesine ve etki doğurmasına engel değildir. Bu nedenle, kişileri iptal davası sonuçlanıncaya kadar hukuka aykırı idari işlemin olumsuz etkilerinden korumak, ileride giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor olan durumları önlemek, idarenin hem olası bir tazmin yükünden kurtarılması hem de hukuk sınırları içinde kalması sağlanarak hukuk devletinin kesintiye uğramadan devamını temin etmek amacıyla yürütmenin durdurulması kurumu öngörülmüştür.

Yürütmenin durdurulması kurumu, yargının denetim etkinliğini artırıcı bir araç olarak dava hakkının bir parçasını oluşturduğu gibi kamu yararı ve kamu düzenini de sağlamaktadır. Yürütmenin durdurulması kararı ile dava konusu olan işlemin yapıldığı andan önceki durumun geri gelmesi sağlanmakta ve kişiler dava sonuçlanıncaya kadar bu işlemin olumsuz etkilerinden korunmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" denilerek etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında, idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebileceği; altıncı fıkrasında ise yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin olağanüstü hal, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâli ile milli güvenlik, kamu düzeni ve genel sağlık nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır.Ancak, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında belirtilen nedenlerden birine

dayanılması, kanun koyucuya, yürütmenin durdurulması kararı verilmesine istisna getirme konusunda sınırsız yetki vermez. Zira Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yürütmenin durdurulması kararı, idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilecektir.

Dava konusu kuralda belirtilen işlemlerin diğer idari işlemlerden farklı bir özelliğinin bulunmaması ve Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrası gereğince yürütmenin durdurulması kararının idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması ve uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda verilebilmesi göz önüne alındığında, bazı işlemlerin telafisi güç veya imkânsız zarar doğurmayacağının peşinen kabulü suretiyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin engellenmesinin kamu yararı ve kamu düzenini korumayacağı açıktır. Kamu düzeni, hukukun dışlandığı, yargının etkisiz kaldığı yerde daha çok bozulur.

Dava konusu kural, idarece tesis edilen bazı işlemlerin, ilgilileri hakkında telafisi güç veya imkânsız zarar doğuran hâllerden sayılamayacağını düzenlemektedir. Böylece yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli koşullardan birisi olan "*telafisi güç veya imkânsız zarar doğmak*" şartı kanun koyucu tarafından yok sayılmakta, dolayısıyla idari yargı yerlerince yürütmenin durdurulması kararı verilmesi engellenmektedir. Kural uyarınca, yürütmenin durdurulması yetkisinin kullanılmasının engellenmesi bu yetkinin Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen biçimde sınırlanması sebeplerini aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durum olduğu gibi idari yargının en güçlü araçlarından birinin elinden alınması suretiyle yargısal denetimin kısıtlanmasına da yol açmaktadır.

İdari işlemin uygulanmasıyla telafisi güç veya imkânsız zararların doğacağı durumlarda, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi, kişilerin hak arama özgürlüklerini etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan önemli bir imkân olup bu imkânı ortadan kaldıran veya etkisiz hâle getiren bir düzenleme, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir.

Belirtilen hususlar dikkate alındığında, dava konusu kuralla, bireylerin, hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlayan yürütmeyi durdurma kurumundan Anayasa'ya aykırı olarak yoksun bırakıldıkları sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden dolayı, Anayasa'nın 10. ve 138. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

C- Kanun'un 97. Maddesiyle, 2577 sayılı Kanun'un 28. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen Cümlenin "*Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;*" Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yargı kararlarının idareler açısından bağlayıcı olduğu ve hiçbir suretle değiştirilemeyeceği gibi yerine getirilmelerinin de geciktirilemeyeceği, kararların uygulanmasının herhangi bir şarta bağlanamayacağı, uygulamamanın suç olduğu, bir kısım mahkeme kararlarının uygulanması zorunlu iken bazı kararların uygulanmamasının suç olmaktan çıkarılması suretiyle kanun önünde eşitsizlik oluşturulduğu, hiçbir kişiye imtiyaz tanınamayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile 2451 sayılı Kanun'a ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerdeki unvanlı görevler ile atama usulleri farklı olsa da daire başkanı ve üstü görevlere ve kolluk teşkilatlarının kadrolarına (sivil memurlar hariç) ilişkin her türlü atama, görevden alınma veya görev ve unvan değişikliği işlemleri ile ilgili mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği düzenlenmektedir. Başka bir ifadeyle anılan işlemlere ilişkin yargı kararlarını yerine getirmeyen kamu görevlilerinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilmesi yasaklanmaktadır.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" denilerek etkili bir yargı denetimi amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Mahkeme kararlarının uygulanması da, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Kararın uygulanmaması hâlinde yargılamanın da bir anlamı kalmayacaktır.

Yargı kararlarının uygulanması "*mahkemeye erişim hakkı*" kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hâllerinde, "*mahkemeye erişim hakkı*" da anlamını yitirir.

Yargı kararının geciktirilmeksizin uygulanması, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında mahkemelerin bağımsızlığının bir parçası olarak görülmekte ve Devlete yargı kararlarını değiştirmeden ve geciktirmeden uygulama yükümlülüğü getirilmektedir.

Anayasa'nın 138. maddesinde mahkeme kararlarına uyma, bu kararları değiştirmeksizin yerine getirme hususunda yasama ve yürütme organları ile idare makamları lehine herhangi bir istisna kuralına yer verilmemiştir. Yargı kararlarının ilgili kamu otoritelerince zamanında yerine getirilmediği bir devlette, bireylerin yargı kararıyla kendilerine sağlanan hak ve özgürlükleri tam anlamıyla kullanabilmeleri mümkün olmaz. Dolayısıyla devlet, yargı kararlarının zamanında icra edilmesini sağlayarak bireyler aleyhine oluşabilecek hak kayıplarını engellemekle ve bu yolla bireylerin kamu otoritelerine ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını korumakla yükümlüdür. Bu sebeple hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu bir devlette, bireylerin kamu otoritesi ve hukuk sistemine olan güven ve saygılarını koruma adına vazgeçilemez bir görev ifa eden yargı kararlarının zamanında icra edilmeyerek, sonuçsuz bırakılması kabul edilemez.

Kesin hükme saygı ilkesi, uluslararası hukuk düzenine özgü hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul görmektedir. Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması yükümlülüğü, hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen kesin hükme saygı ilkesinin de bir gereğidir. Çünkü bir hukuk sisteminde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm zarar gören taraflardan biri açısından işlevsiz duruma getirilmişse, adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır.

Dava konusu kuralda, fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlere ilişkin olarak verilen yargı kararlarının gereğinin yerine getirilmemesinin ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemeyeceği düzenlenerek mahkeme kararlarının uygulanması zorunluluğu bertaraf edilmekte; konusu suç oluşturan bir fiilin cezasız bırakılmasına olanak sağlanmaktadır. Bu bağlamda kural, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan mahkeme kararlarının uygulanması ile yakından ilgili olup 2577 sayılı Kanun'un 28. maddenin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasa'ya uygunluğu bakımından yapılan değerlendirmeler ve varılan sonuç, dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden dolayı, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

D- Kanun'un 109. Maddesiyle, 4046 sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 26. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmesini öngören kuralın Anayasa Mahkemesince iptal edilmesine rağmen aynı nitelikteki düzenlemenin tekrar getirildiği, yargı kararlarının uygulanmasının zorunlu

olduğu, adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolunun açıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile düzenlemenin yayımı tarihi itibarıyla devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan yargı kararları ile ilgili olarak sözleşmelerinde belirtilen hâller dışında bu kuruluşların geri alınması yönünde herhangi bir işlem tesis edilemeyeceği öngörülmektedir.

Dava konusu kuralda, devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasının üzerinden beş yıl geçmiş olan özelleştirmeler hakkında verilmiş olan geri almaya ilişkin yargı kararlarının uygulanmamasına dair düzenleme getirilmektedir. Bu bağlamda kural, 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan mahkeme kararlarının uygulanması ile ilgili olduğundan 2577 sayılı Kanun'un 28. maddenin (1) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesi ile aynı fıkranın son cümlesinin Anayasa'ya uygunluğu bakımından yapılan değerlendirmeler ve varılan sonuç, dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

E- Kanun'un 126. Maddesiyle Değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un 3. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, trafik bilgileri temin edilecek olan ilgili işletmeciler ile trafik bilgileri kendilerine verilecek olan ilgili mercilerin hangileri olduğunun somut bir biçimde belirtilmediği, trafik bilgilerinin temini ve verilmesi konusunda kapsamı ve mâhiyeti değişebilen sınırları belirsiz, muğlâk, ucu-açık ve geniş yetkiyle hukuki belirsizlik oluşturulduğu, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından herhangi bir ihbar, iddia, şikâyet, talep ya da başvuru olmaksızın trafik bilgilerinin ilgili mercilerden temin edilmesinin yolunun açıldığı, özel hayatın gizliliği ve korunması ilkesinin ihlal edildiği, kişisel bilgilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın veya kanunda

açıkça belirtilen hâller haricinde işlenemeyeceği, temel hak ve hürriyetlerin ölçüsüzce sınırlandığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, internet trafik bilgisinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden herhangi bir hukuki inceleme ya da sürece dahil olmadan alınmasını ve hâkim tarafından karar verilmesi durumunda bu bilginin ilgili mercilere verilmesini düzenlemektedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin ilk fıkrasında, herkesin, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiş; son fıkrasında da "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*" denilerek kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için, bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerekir. Ancak böyle bir düzenleme ile kişilerin özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunması olanaklı hâle getirilebilir.

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

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 hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnai olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.

Nitekim, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 12. maddesinde "*Hiç kimse özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışması konusunda, keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin bu saldırı ve karışmalara karşı yasa ile korunmaya hakkı vardır.*"; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde de, "*1. Herkes özel hayatına ve aile hayatına…saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; 2. Bu hakkın kullanılmasında bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenliğin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.*" denilerek özel yaşamın dokunulmazlığı sağlanmıştır.

Dava konusu kuralda geçen trafik bilgisi, 5651 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (j) bendinde, taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgileri şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla trafik bilgisi adı altında istenen bilgiler genel anlamda belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eden kişisel veri kavramı içerisindedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun

korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.

AİHM kararlarında da belirtildiği gibi, özel hayat bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olup devletin yetkili temsilcileri tarafından ilgililer hakkında rızası olmaksızın bilgi toplamasının her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendireceği kuşkusuzdur.

Dava konusu kural, yukarıda belirtilen kişisel veri niteliğinde olan ve ciddi suçların tespiti, soruşturulması ve kovuşturulmasında kullanılmak üzere gerçek ve tüzel kişilere ilişkin trafik bilgisinin, işlenmemiş veri hâlinde süreli olarak muhafaza edildiği erişim veya yer sağlayıcılardan, TİB tarafından herhangi bir gerekçe veya neden göstermeksizin temin edilmesine olanak sağlamaktadır. Söz konusu verilere ulaşılabilirlik, kişilerin tercihleri, düşünceleri ve davranışları hakkında fikir verebileceğinden kişilerin özel hayatlarına müdahale edilme riskini içermektedir. Kuralda, temin edilecek bilgiyle ilgili olarak herhangi bir konu ve amaç sınırlaması bulunmadığı gibi bilginin kapsamı, ne şekilde kullanılacağı, tutulacağı süre, temin edilme gerekçesi gibi hususlarla ilgili olarak da herhangi bir belirlilik bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 20. maddesi, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sağlanan anayasal güvenceyi, kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği şeklinde belirtmiştir. Dolayısıyla bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin, çerçevesi çizilmiş, açık, anlaşılabilir, kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli ve özel hayatlarını ilgilendiren veri, bilgi ve belgelerin resmi makamların keyfi müdahalelerine karşı korunmasını olanaklı hâle getirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, verilerin işlenebileceği hâllerin kanunda açıkça yer alması zorunluluğu bulunmasına karşın, kuralda herhangi bir belirleme ve sınırlama yapılmaksızın doğrudan kişisel veri niteliğindeki trafik bilgisinin temin edilmesine ve işlenmesine olanak sağlanmasının bu yönüyle Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu açıktır.

Trafik bilgisi adı altında temin edilecek olan bilgiler Anayasa ile teminat altına alınan iletişimin gizliliği, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, kişisel verilerin korunması gibi birçok temel hakla doğrudan ilgili olup bu bilgilerin TİB tarafından herhangi bir kurala ve sınırlamaya tabi olmaksızın istenildiği zaman ve şekilde elde edilebilir olması temel hak ve özgürlüklerin doğrudan ihlaline sebebiyet vermektedir.

Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde yer alan güvencelere rağmen dava konusu kural ile kişiler, bilgi toplama, saklama, işleme ve değiştirme yetkisi olan idareye ve diğer kişilere karşı korumasız bırakılmış, veri toplamanın amaç, gerekçe, kapsam ve sınırlarına yasal düzenlemede yer verilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

F- Kanun'un 127. Maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının Değiştirilen "*dört saat*" İbaresinin İncelenmesi

1- Genel Açıklama

Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB), Türkiye'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle yükümlü kurumdur. TİB ayrıca 5651 sayılı Kanun'a göre internet içeriğinin izlenmesi/denetlenmesinden ve hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişim engelleme kararlarının uygulanmasından da sorumludur.

TİB, 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçları oluşturan içeriğe sahip faaliyet ve yayınları önlemeye yönelik çalışmalar yapmak, internet ortamında yapılan yayınların içeriklerini izleyerek, 5651 sayılı Kanun kapsamına giren suçların işlendiğinin tespiti hâlinde, bu yayınlara erişimin engellenmesine yönelik olarak anılan Kanun'da öngörülen gerekli tedbirleri almakla da görevlidir.

Erişim engelleme, internet ortamında yayın yapan bir siteye girişin çeşitli yöntemlerle önlenmesidir. Başka bir ifadeyle, çeşitli tekniklerle kullanıcıların bir internet sitesine ulaşımının engellenmesidir. Hakkında erişim engelleme kararı verilen bir sitenin internet ortamında yayını kapatılmamakta, birtakım teknik yollar izlenerek ve yalnızca Türkiye sınırları içerisinden siteye ulaşılmasının önüne geçilmektedir.

5651 sayılı Kanun, esasen internet yayıncılığına ilişkin hükümler ve önemli tanımlamalar getirmekle birlikte, daha çok sitelerin erişime engellenmesi konusunda öne çıkmaktadır. Kanun, 8. maddesi ile sitelere erişim engelleme kararının verilmesi, bu karara konu olabilecek suçları ve bu kararın uygulanmasını düzenlemektedir. Erişim engelleme kararına konu olabilecek suçlar, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında sınırlı olarak sayılmıştır.

Bir internet sitesi hakkında erişim engelleme kararı vermeye, soruşturma safhasında hâkim (ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı); kovuşturma aşamasında ise mahkeme yetkilidir. Ayrıca Kanun'da öngörülmüş bazı durumlarda TİB tarafından da erişim engelleme kararı verilebilecektir. Mahkeme/hâkim tarafından verilen erişim engelleme kararları koruma tedbiri; TİB tarafından verilen kararlar ise idari tedbir niteliğindedir.

Soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme, 8. maddede sayılan katalogdaki suçlardan dolayı her zaman erişim engelleme tedbirine hükmedebilir. Ayrıca yine soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde erişim engelleme kararı verebilir. Cumhuriyet savcısı, bu yetkisini kullandıktan sonra kararı yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunar ve bu karar, hâkim tarafından yirmi dört saat içerisinde onaylanmazsa, kendiliğinden ortadan kalkar.

Kanun, erişim engelleme kararı verebilecek yetkili bir organ olarak, ayrıca TİB'i belirlemiştir. TİB, katalogda sayılan suçlardan dolayı içerik ve/veya yer sağlayıcının yurtdışında olması hâlinde kendiliğinden erişim engelleme kararı verebilecektir. Ayrıca, çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik ve fuhuş suçlarını oluşturan içerikler söz konusu ise içerik

ve/veya yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa dahi, TİB tarafından erişim engelleme kararı verilebilecektir.

Erişim engelleme kararları iki şekilde uygulanır. Şayet erişim engelleme kararı hâkim/mahkeme yahut Cumhuriyet savcısı tarafından verilmişse, kararın bir örneği gereği yapılmak üzere TİB'e gönderilir. TİB ise kararı erişim sağlayıcılara bildirerek uygulanmasını sağlayacak mercidir. TİB'in resen engelleme kararı verdiği durumlarda da yine bu karar TİB tarafından erişim sağlayıcılara bildirilmektedir.

Erişim sağlayıcı, kararı uygulayarak ilgili internet sitesini TİB tarafından önceden hazırlanmış bir sayfaya yönlendirir. TİB'in hazırlamış olduğu bu sayfada, sitenin erişime engellenmiş bulunduğu ve kararı veren merciin adı ile tarih ve numarası da bulunur.

Erişime engelleme kararı, erişim sağlayıcı tarafından kendisine bildirilmesinden itibaren dört saat içinde yerine getirilmek zorundadır. Bunun aksine hareket için cezai hükümler getirilmiştir. Kanun'un 8. maddesine göre, koruma tedbiri niteliğindeki erişim engelleme kararını yerine getirmeyen erişim sağlayıcı sorumluları için para cezası öngörülmüştür. İdari tedbir niteliğindeki erişim engelleme kararlarının uygulanmaması durumundaysa, idari para cezasının yanında yetki belgesinin iptaline de karar verilebilecektir.

2- Anayasa'ya Aykırılık

Dava dilekçesinde, erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesini hızlandıran, kolaylaştıran ve internet ortamında yapılacak engellemeleri arttıracak olan bir düzenleme öngörüldüğü, bunun demokratik ve özgürlükçü bir yaklaşım olmadığı, çağdaş ve demokratik toplum düzeni ve "*hukuk devleti*" ilkesi ile bağdaşmadığı, kuraldaki sınırlamanın ölçülü olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile usulüne uygun olarak verilen bir erişimin engellenmesi kararının gereğinin en geç dört saat içerisinde yerine getirilmesi gerektiği düzenlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da belirtildiği üzere, yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi uyarınca Anayasa'da bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde kanun koyucunun takdirindedir.

Dava konusu düzenlemede, 5651 sayılı Kanun'da sayılan bazı durumlarda yine bu Kanun'da belirtilen merciler tarafından hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir içerik veya internet sitesinin erişiminin engellenmesine karar verilmesi hâlinde bu kararın gereğinin süratle yerine getirilmesini temin etmek bakımından uygulama süresi belirlenmektedir. Daha önceki düzenlemede "*yirmidört saat*" olarak öngörülen bu süre Kanun metninde derhal ve en geç dört saat olarak değiştirilmiştir. Söz konusu sürenin belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içerisindedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkelerine dayanılarak, usulüne uygun olarak verilmiş bir erişimin engellenmesi kararının uygulanma süresinin dört saat olarak belirlenmesi suretiyle hukuka aykırı içerik nedeniyle mağdur olan kişilerin lehine bir düzenleme getirilmiştir. Bu nedenle kuralın, hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 13., 22., 26., 28. ve 40. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 127. Maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (16) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Başkanlık tarafından yapılacak erişimin engellenmesinin sınırlarının nerede başlayıp, nerede biteceğinin madde metninde açıklanmadığı, erişimin engellenmesi faaliyetlerine ilişkin hukuki düzenlemelerin açık, net, anlaşılabilir ve çerçevesinin çizilmiş olması gerektiği, kural olarak hangi hâllerde erişimin engellenmesine karar verileceğinin 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sarahaten ve tâdâdî olarak belirtildiği, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin

ikinci cümlesi, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, en geç yirmidört saat içinde, hâkimin onay vermediği sürece kaldırılacak olan bir erişimin engellenmesi tedbiri için Cumhuriyet savcısını yetkili görürken, dava konusu kuralın, Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın (Başkan) tâlimatı üzerine verilen erişimin engellenmesi kararının doğrudan Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (Başkanlık), yâni idare tarafından yerine getirileceğini öngördüğü, dolayısıyla 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) alt bentlerinde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda daha ağır yaptırımlara bağlanmış katalog suçlardan herhangi birinin internet ortamında işlendiği konusunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak öngörülmüş erişimin engellenmesine ilişkin tedbir süreci, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde öngörülen, "*Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâller*"de erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi sürecinin, daha sıkı bir yargı denetimine tâbi kılındığı, hukuk düzeni tarafından daha ciddi yaptırımlarla korunan bir menfaatin olduğu hâllerde (katalog suçlarda), 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi, tedbir uygulama konusunda daha sıkı bir yargı denetimi öngörürken, bu suçlardan daha hafif bir yaptırıma tâbi tutulmuş bulunan ve muhtevâsında daha soyut ve daha muğlak kavramları barındıran millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde öngörülen dava konusu düzenlemenin, erişimin engellenmesi suretiyle ifade, haberleşme ve basın hürriyetlerini kısıtlamaya yönelik olarak daha hızlandırılmış bir süreç getirmesinin, "*ölçülülük ilkesi*" ve korunmak istenen menfaatler ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 22., 26., 28. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesinin Başkan'ın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacağı; erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ve Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin

onayına sunulacağı ve hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı düzenlenmektedir.

Erişimin engellenmesi, Anayasa'nın 22. maddesindeki haberleşme hürriyeti ve 26. maddesindeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile doğrudan ilgili olup Anayasa'nın 22. maddesinde, "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.*

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."; "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddesinde de, "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. …

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir." denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

İfade özgürlüğü, sadece "*düşünce ve kanaate sahip olma*" özgürlüğünü değil, aynı zamanda sahip olunan "*düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma*", buna bağlı olarak "*haber veya görüş alma ve verme*" özgürlüklerini de kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü bireylerin serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

İfade özgürlüğünün, toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için AİHM'in de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü "*haber*" ve "*düşüncelerin*" değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın "*demokratik toplumdan*" bahsedilemez.

İnternet, modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı zemin, bilgiye ulaşma, kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle sadece düşünceyi açıklamanın değil, aynı zamanda bilginin elde edilmesi açısından günümüzde en etkili ve yaygın yöntemlerden biri hâline gelen internet konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların çok hassas davranmaları gerektiği açıktır.

Türkiye'de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin içeriğini kontrol etmekle yükümlü TİB'in oluşturulmasındaki temel amaç, iletişimin izlenmesi ve tespit edilmesi uygulamalarında yetkileri merkezileştirmektir.

5651 sayılı Kanun'a göre TİB, internet içeriğinin izlenmesi/denetlenmesi ile hâkim, mahkeme ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilmiş erişim engelleme kararlarının uygulanmasından sorumludur. Ayrıca TİB, Türkiye'de barındırılan belli bazı internet içeriklerine ve 8. maddede sayılan suçlar bağlamında Türkiye dışında barındırılan içeriğe erişimi, bazı suçlar yönünden idari kararla engelleme yetkisine de sahiptir. TİB'in ayrıca internetteki içerik izleme sistemlerinin yapısı, zamanlaması ve yöntemlerini, filtreleme, engelleme ve izleme için kullanılacak yazılım ya da donanımın üretimine ilişkin asgari ölçütleri belirleme yetkisi de vardır. Ancak TİB gerek kuruluş mevzuatı gerekse de bu Kanun kapsamında yürüttüğü görevler bakımından ne bir regülasyon otoritesi ne de bir adli ve idari kolluktur.

Demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan "*erişimin engellenmesi*" tedbiri, yargı kararı ile yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir tedbir olarak düzenlenmektedir. 5651 sayılı Kanun'daki erişim engelleme kararları cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbir niteliğindedir.

Dava konusu kural, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Başkan'a erişimin engellenmesi yetkisi vermektedir. Kuralda geçen "*millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi*" gibi ayrıntılı olarak somutlaştırılması ve önceden öngörülmesi mümkün olmayan durumları ifade eden ibarelerin içerik ve kapsamlarının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün değildir. Söz konusu ibarelere, uygulama ve yargı kararlarıyla zaman içerisinde anlam kazandırılarak ibarelerin genel çerçevesi belirlenmekte ve içerikleri somutlaştırılmaktadır.

Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen durumlarda kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle haberleşmenin engellenebileceği belirtilmektedir. Burada belirtilen yetkili merciin tespitinde yasa koyucunun sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı açıktır. Belirlenecek yetkili merciin fıkrada belirtilen sebepler konusunda değerlendirme yapabilecek ve karar alabilecek yetkinliğe sahip olması gerekir.

Dava konusu kuralda geçen "*millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi*" ibarelerine dayanarak temel hak ve hürriyetleri sınırlandırması sonucunu doğuran erişimin engellenmesi yetkisi Başkan'a verilmektedir. Böylece kuralda sayılan oldukça önemli konularda belirtilen hâllerin varlığına ilişkin değerlendirme yapma ve karar verme yetkisi TİB'e bırakılmaktadır. Ancak, genel olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemelerce verilen erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına yönelik aracı kurum olarak görev yapan TİB'in kuralda yer alan ibarelerde belirtilen durumların varlığı veya yokluğunu belirleme noktasında tek başına değerlendirme yapacak konumda olmadığı açıktır. Milli güvenlik, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Haberleşme özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılması demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde ve Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla, belli koşullara, sınırlamalara bağlanabilir. Ancak, getirilen bu sınırlamalar hakların özüne dokunamaz, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasal açıdan dokunulamayacak özün, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Anayasa'da güvence altına alınan haklara kamu gücü tarafından bir sınırlama (resen erişimin engellenmesi) imkânı getirildiği hâllerde ilgili Kanun'da böyle bir yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usullerin yeterli bir açıklıkla belirtilmesi de gerekmektedir.

Hukukun genel prensibi gereği "*hukuken korunması gereken amaçla*", bu amacı gerçekleştirmek için kanunda tanımlı "*hukuki himaye yönteminin yani aracın*" orantılı olması aranmalıdır. Bir başka deyişle, hakkın kullanılmasında aşırıya kaçma riski olan, bir başkasının hak ve menfaatlerini zedeleme tehlikesi taşıyan hukuki himaye araçlarının amaç-araç dengesi bakımından hukuka uygun olmadığı kabul edilmektedir. Kuralda yer alan "*millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi*" ibarelerine dayanarak verilmesi öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri; "*amaç-araç*" dengesi bakımından Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanımlı olan ifade özgürlüğü, haberleşme hürriyeti, düşünce ve ifadeyi yayma özgürlüğü noktasında bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerini ölçüsüzce sınırlandırma tehlikesini taşıyan bir hukuki himaye vasıtasıdır.

Erişimin engellenmesinde seçilen araç, hedeflenen gayeyi gerçekleştirmeye elverişli, yani o aracın yardımıyla gerçekleşmesinden korkulan tehlikenin yöneldiği hukuksal değer etkin bir şekilde korunabiliyorsa, isabetli bir araç seçilmiş demektir. Ancak ölçülülük değerlendirmesi için bu yeterli değildir. Elverişli aracın zorunlu olması da şarttır. Eğer bireyin ya da bireylerin hak ve özgürlüklerine daha az zarar verebilecek bir tedbir varsa onunla yetinilmelidir. Bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle şartları oluşmadan öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütününün erişime engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

Bu durumda dava konusu kural ile TİB, belirtilen sebeplere bağlı olarak, sadece milli güvenliği, suç işlenmesinin önlenmesi veya kamu düzenini tehdit ettiği değerlendirilen ilgili yayına erişimin engellenmesi kapsamında tüm internet sitesine erişimi engelleyebilecektir. Kanun'un 9. maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin ölçülülük ilkesi gereğince kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı

görülmektedir. Bunun da sınırlı bir alanda idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden dolayı, Anayasa'nın 28. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 40. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- a- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin *"…23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir."* bölümü,

b- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesi,

c- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin *"Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;"* bölümü,

2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümlerin ve cümlenin, uygulanmalarından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, OYBİRLİĞİYLE,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddeye yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrası, 2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkranın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen *"dört saat"* ibaresine yönelik iptal istemi, 2.10.2014 günlü, E.2014/149, K.2014/151 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkraya yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2.10.2014 gününde karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin *"…23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir."* bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin *"Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;"* bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı

fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen *"dört saat"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2.10.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın Anayasanın 2., 13., 22. ve 26. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Erişimin engellenmesi kararını düzenleyen 8. maddenin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilmesini gerektirecek suçlar sayılmakta; (2) numaralı fıkrasında, erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme ve soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından verileceği belirtilmekte; (4) numaralı fıkrasında, birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik ve yer sağlayıcısının yurt dışında olması hâlinde veya bunlar yurt içinde olsalar bile anılan suçlardan dördüncü fıkrada belirtilenlerin işlenmesi hâlinde erişimin engellenmesi kararının re'sen Başkanlık tarafından verilmesi öngörülmekte ve diğer fıkralarda bu kararların yerine getirilmesine ilişkin usuller düzenlenmektedir.

8. maddeye eklenen (16) numaralı fıkrada da millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerinden birine veya birkaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde erişimin engellenmesinin Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılması ve bu kararın Başkanlık tarafından yirmidört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunularak hâkimin kararını kırksekiz saat içinde açıklaması öngörülmektedir.

Dava konusu kuralın aykırı bulunduğu Anayasanın 22. maddesinde haberleşme hürriyetinin ikinci fıkrada sayılan sınırlama sebeplerine bağlı olarak hâkim kararı ile, yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin emriyle sınırlanabileceği hükme bağlanmakta; 26. maddesinde ise sınırlama sebepleri belirtilirken buna yetkili olan merci konusunda hüküm bulunmamaktadır.

Dava konusu kuralda ise, Anayasanın anılan hükümlerindeki sınırlama sebeplerinden üçüne yer verilirken, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde engelleme kararını vermeye yetkili merci Başkanlık olarak belirlenmektedir.

Kararın gerekçesinde de belirtildiği üzere, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi şeklinde belirlenen sınırlama sebeplerinin önceden ayrıntılı olarak somutlaştırılması ve bunları gerektiren durumların ve kapsamlarının kanun koyucu tarafından tek tek sayılması mümkün olmadığından, söz konusu ibarelerin genel çerçevesi uygulama ve yargı kararlarıyla belirlenerek somutlaşmaktadır. Anayasa koyucu, hâkim kararı yanında, yukarıda belirtilen sınırlama sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde "kanunla yetkili kılınmış merciin" de bu kararı alabileceğini belirttiğinden, kanunla Başkanlığın sözü edilen hâllerde yetkili kılınmasında da Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Kararın gerekçesinde, yetkili merciin tesbitinde kanun koyucunun sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı ve belirlenecek merciin fıkrada belirtilen sebepler konusunda değerlendirme yapabilecek ve karar alabilecek yetkinliğe sahip olması gerektiği belirtilerek, dava konusu kuralda geçen sınırlama sebeplerinin varlığı veya yokluğunu belirleme konusunda tek başına değerlendirme yapacak konumda olmayan TİB'e, bu konularda ilgili ve yetkili olan kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeden, erişimin engellenmesi yetkisi verilmesinin Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmaktadır.

Öncelikle 5651 sayılı Kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere kurulan TİB'in Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "yetkili merci" olarak belirlenip belirlenemeyeceği ve kanun koyucunun bu konudaki takdir yetkisini ne şekilde kullanacağı konusundaki bu değerlendirmelerin yerindelikle ilgili olduğu düşünülmektedir. Anayasanın anılan hükmüne dayanılarak kanunla yetkili merci olarak belirlenen TİB'in bu uzmanlığa ve birikime sahip olup olmadığı Anayasaya uygunluk denetiminde değerlendirme konusu yapılamaz. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, yasamanın genelliği ve asliliği ilkesi uyarınca Anayasada emredici ve yasaklayıcı hüküm bulunmayan hâllerde bir konunun düzenlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. TİB'i, internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi ve bu yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi konularında uzmanlık kuruluşu olarak belirleyen kanun koyucunun, Anayasanın 22. maddesinin ikinci fıkrasında

öngörülen "yetkili merci" olarak belirleme konusunda da takdir yetkisi bulunduğu açıktır.

Diğer taraftan, dava konusu fıkrada, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebeplerinin bulunup bulunmadığının tek başına TİB tarafından değerlendirilip belirleneceğine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Kuralla TİB'e bırakılan yetki erişimin engellenmesine karar verme yetkisidir. Fıkrada TİB'in bu yetkiyi re'sen kullanacağına dair bir hüküm olmadığı gibi millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi konularında ilgili ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkilerinin gözetilmeyeceğine dair bir kural da getirilmemektedir. Esasen bu sınırlama sebeplerinin değerlendirilmesi konusunda yetkili olan kurumların teklif ve talepleri üzerine mezkûr kararların alınacağı da tabiidir. Dava konusu kuralda ise bunun aksini düşündürecek bir hükme yer verilmemektedir.

Kararın gerekçesinde, Kanunun 9. maddesinde yargıya verilen erişimin engellenmesi yetkisinin bile sınırları çizilmiş ve bu yetkinin kademeli olarak kullanılacağı belirtilmişken, dava konusu düzenlemede bu tür bir sınırlama ve kademelendirmenin yapılmadığı, bunun da idareye çok geniş bir müdahale imkânı verdiği belirtilmektedir.

Oysa, erişimin engellenmesi kararının kapsamı bakımından böyle bir kademelendirme yapılmasının Anayasal bir dayanağı olmadığı gibi, muhtevaları tamamen farklı olan mezkûr maddelerin karşılaştırılması suretiyle yapılan ölçülülük değerlendirmesinde de isabet bulunmamaktadır. Kaldı ki, 8. maddenin ikinci fıkrasında Cumhuriyet savcısı, hâkim ve mahkemeye, dördüncü fıkrasında Başkanlığa verilen erişimin engellenmesine karar verme yetkisinin de kapsamı belirtilmemekte ve bu maddede, gerekçede belirtilen şekilde bir kademelendirme de öngörülmemektedir.

Kanunun 9. maddesinde erişimin engellenmesi kararlarının, ihlalin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm, resim, video ile ilgili olarak (URL şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yoluyla uygulanacağı ve zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik olarak engelleme kararı verilemeyeceği hükme bağlanmakta ise de, bu madde 8. maddeden tamamen farklı bir düzenleme içermektedir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, 8. maddede, internet ortamında yapılan ve birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesi düzenlenirken, 9. maddede ve 9/A maddesinde internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ve özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri sonucunda verilecek erişimin engellenmesi kararlarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Mezkûr maddelerin muhtevaları tamamen farklı olduğundan, anılan düzenlemelerin karşılaştırılarak, iptal edilen fıkrada da 9. maddeye benzer şekilde bir kademelendirilme yapılmamasının ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğu yönündeki kabule katılmak mümkün görünmemektedir.

Esasen ölçülülük incelemesinde, iptal edilen fıkrada öngörülen tedbir ile 9. maddede öngörülen engelleme tedbiri arasında yapılacak bir kıyaslamanın değil, kuralda öngörülen tedbirin kapsamının ve etkisinin dikkate alınması gerekir.

Kanun koyucu, 9 ve 9/A maddelerinde erişimin engellenmesi kararlarının URL bazlı olarak verilip uygulanacağını ve zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik engelleme kararı verilemeyeceğini hükme bağlarken, 8. maddede böyle bir sınırlama öngörmemiş ve 8. maddenin (4) ve (16) numaralı fıkralarında da erişimin engellenmesi kararının kapsamı konusunda Başkanlığa takdir yetkisi tanımıştır.

Başkanlığın, (16) numaralı fıkraya göre takdir yetkisini kullanarak vereceği erişimin engellenmesi kararı da yargı denetimine tâbi kılınmıştır. Başkanlığın engelleme kararı verirken dayandığı sınırlama sebebinin bulunup bulunmadığı, erişimin engellenmesi kararının hangi kurumun ve hangi gerekçelerle yaptığı teklif üzerine verildiği, içeriğe erişimin engellenmesinin amacın gerçekleşmesi için yeterli olup olmadığı hususlarındaki değerlendirmeleri, herhangi bir talebe bağlı olmadan engelleme kararının Başkanlık tarafından yirmidört saat içinde onayına sunulduğu sulh ceza hâkimince incelenerek, bu konudaki kararların ölçülülük ilkesine uygunluğu da dahil olmak üzere hukuka uygun olup olmadığının Anayasada yetkilendirilen hâkimler tarafından karara bağlanması öngörülmüştür.

Erişimin engellenmesinde seçilen aracın amacı gerçekleştirmek için zorunlu ve elverişli olup olmadığı da, idarece alınan tedbir kararının sadece içerikle sınırlı olması yeterli iken bununla yetinilmeyip sitenin bütününe erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ölçülük ilkesine aykırılık oluşturduğu da, sulh ceza hâkimi tarafından yapılan incelemede çok kısa sürede, süratli bir şekilde tesbit edilebilir. Bu inceleme sonunda, engelleme kararında ölçülülük ilkesine aykırılık belirlendiği takdirde, bunun, kararın dayanağını oluşturan kuralın da ölçülülük ilkesine aykırı olduğu anlamına gelmeyeceği açıktır.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin (16) nolu fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığı düşüncesiyle, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Nuri NECİPOĞLU	M. Emin KUZ

KARŞIOY YAZISI

A- 6552 sayılı Kanun'un 126. Maddesiyle Değiştirilen, 5651 sayılı Kanun'un 3. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, trafik bilgisinin TİB tarafından ilgili işletmecilerden temin edileceği ve hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verileceği belirtilmektedir. Kanun'un 3. maddesine göre trafik bilgisi, taraflara ilişkin IP adresi, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerini ifade etmektedir. Dolayısıyla, kural uyarınca, taraflara ilişkin IP adresinin, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanının, yararlanılan hizmetin türünün, aktarılan veri miktarı ve varsa abone kimlik bilgilerinin işletmeciler tarafından TİB'e verilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili*

kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.

Bu itibarla, iptali istenen kuralda TİB'e verilmesi öngörülen IP adresinin, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanının, yararlanılan hizmetin türünün, aktarılan veri miktarı ve abone kimlik bilgilerinin kişisel veri kapsamında olduğu açıktır. Dolayısıyla, iptali istenen kuralla kişisel verilerin korunması hakkına müdahalede bulunulduğu tartışmasızdır. Ancak bu müdahale, suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru anayasal bir amaca dayanmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alabilmesini öngören 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendini şu gerekçeyle Anayasa'ya uygun bulmuştur.

"İptali istenen ibare ile Kuruma verilen 'işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alma yetkisi'nin, Kurumun kuruluş amacı ve faaliyet alanında yer alan elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla sınırlı olarak kullanılabileceği, ayrıca Kurumun abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların kişisel bilgilerinin gizliliğini ve

işletmecilerin ticari sırlarını korumakla görevli olduğu dikkate alındığında, iptali istenen ibare ile Kuruma gerçek ya da tüzel kişilerden özel hayatın gizliliğini ya da haberleşme özgürlüğünü ihlal eden bilgi ve belgeleri alma konusunda yetki verildiği söylenemez. Bu nedenle iptali istenen kuralın özel hayatın gizliliği hakkını ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan bir yönü bulunmamaktadır."

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla sınırlı olarak kullanılmak üzere Kuruma, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alabilme yetkisi verilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığını vurgulamıştır. İtiraz konusu kuralda da Kurumun bir birimi olan TİB'e, trafik bilgisinin ilgili işletmecilerden temin etme yetkisi verilmiştir. TİB'in temin ettiği trafik bilgilerini ancak hâkim tarafından karar verilmesi hâlinde ilgili mercilere verileceği hükme bağlanarak bunların gelişigüzel başka kurumlarla paylaşılması da engellenmiştir.

Bu itibarla, suç işlenmesini önlemek amacıyla TİB'in trafik bilgilerini işletmecilerden temin etmekten ibaret kalan müdahalenin, bu bilgilerin başka kurumlarla paylaşılmasının ancak mahkeme kararıyla mümkün olması karşısında, orantılı olmadığı söylenemez.

Öte yandan, 22.4.2014 günlü, 6533 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi 16. maddesine göre, taraf devletler, bilgisayar veri kayıplarına veya değişikliklerine karşı özellikle korunmasız olma ihtimalinin bulunduğu bilgisayar sistemi aracılığıyla **depolanan trafik verisi de dahil olmak üzere**, belirlenmiş bilgisayar verisinin süratli bir şekilde korunması talimatını verecek veya benzer biçimde bu korumayı gerçekleştirecek yasal **tedbirleri ve diğer idari tedbirleri alacaktır.**

Aynı Sözleşme'nin 17. maddesinde ise her bir taraf devletin, trafik verilerinin korunmasını süratli şekilde teminat altına aldıktan sonra ilgili taraf devletin yetkili makamının veya bu makamın belirlediği kişinin haberleşmelerin hangi hizmet sağlayıcı ve hangi yol vasıtasıyla

gerçekleştirildiğini tespit etmesine imkan verecek **yeterli miktardaki trafik verilerinin de** süratli şekilde açıklanmasının sağlanması için gerekli **yasal tedbirleri ve diğer idari tedbirleri** kabul edeceği belirtilmiştir.

İptale konu kuralın, sözü edilen Sözleşmenin ilgili hükümleriyle içerik itibarıyla uyarlı olduğu ve Türkiye'nin, anılan Sözleşmeyle uluslararası alanda taahhüt ettiği yükümlülüklerin gereği olarak yapılmış bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

B- Kanun'un 127. Maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen (16) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

Anayasa'nın 22. maddesinin "Haberleşme hürriyeti"ni düzenleyen 22. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."* denilmek suretiyle haberleşme hürriyeti güvenceye bağlanmıştır.

"*Haberleşme özgürlüğü*", kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır.

Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi haberleşme özgürlüğü de sınırsız bir hak niteliğinde değildir. Bazı hallerde bu haklara da müdahale edilmesi gerekebilmekte, kişiler de önemli nedenlerle yapılan bu müdahalelere katlanmak durumunda kalmaktadırlar.

Nitekim Anayasa, haberleşme hürriyetini mutlak bir hak olarak düzenlememiş, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılmasına imkân tanımıştır. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında, bu sınırlamanın ne şekilde yapılacağı da belirtilmiştir. Buna göre, haberleşme özgürlüğünün engellenmesi veya haberleşmenin gizliliğine dokunulabilmesi, 22. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sebeplerden biri veya birkaçına dayanılarak ve kural olarak ancak usulüne göre verilmiş hâkim kararıyla mümkün olabilmektedir. Anayasa, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise hakim kararı gerekmeksizin kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle de haberleşme özgürlüğünün

sınırlandırılmasına imkan sağlamıştır. Ancak bu halde yetkili merciin kararının yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin, kararını kırksekiz saat içinde açıklaması zorunlu kılınmıştır. Aksi halde, kararın kendiliğinden kalkması öngörülmüştür.

Anayasa, haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılma usulüne ilişkin detaylı hükümlere yer vermekle birlikte, iki noktada takdiri kanun koyucuya bırakmıştır. Bunlardan birincisi, yetkili hakimin kim olduğu, ikincisi ise gecikmesinde sakınca bulunan hallerde haberleşme özgürlüğüne dokunulabilmesi için hangi merciin gereken emri vermekle yetkilendirileceği hususudur. Kanun koyucu hukuk devleti ilkesini de gözeterek yetkili mercii tayin hususunda takdir yetkisine sahiptir.

İptali istenen kuralda, "*millî güvenlik*", "*kamu düzeninin korunması*", "*suç işlenmesinin önlenmesi*" nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak "*gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde*", erişimin engellenmesinin TİB Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılacağı belirtilmiş, erişim sağlayıcılarının Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getireceği ifade edilmiş, Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı ve Hâkimin, kararını kırk sekiz saat içinde açıklayacağı kurala bağlanmıştır.

İptali istenen kuralla, haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılma usulüne ilişkin olarak Anayasa'nın 22. maddesiyle paralel bir düzenleme yapıldığı açıktır. Kanun koyucu, Anayasa koyucunun takdiri kendisine bıraktığı, *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde haberleşme özgürlüğüne dokunulabilmesi için gereken emri vermek*le yetkili makamı da tayin etmiş ve bu hususta yetkili kişi olarak TİB Başkanını belirlemiştir.

TİB, 5651 sayılı Kanun'la Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu bünyesinde kurulan bir idari birimdir. Anılan Kanun'un temel amacı olan internet üzerinden işlenen suçlarla mücadele çerçevesinde öngörülen görevlerin ifası ve yetkilerin kullanımı TİB'in sorumluluğuna bırakılmıştır. Bu kadar hassas alanlara ilişkin yetkilerle donatılan TİB Başkanı'nın atamasının da müşterek kararnameyle yapılması öngörülmüştür (5651 S.K. Ek.m.10).

Kanun koyucu, *gecikmesinde sakınca bulunan hallerde haberleşme özgürlüğüne dokunulabilmesi için gereken emri verme* yetkisini, Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı'nın güvenine mazhar olmuş ve onların ortak imzasıyla atanan TİB Başkanı'na vermiştir. Bu yetkinin, internet üzerinden işlenen suçlarla mücadeleyle görevlendirilen birim olan TİB'in Başkanı'na bırakılması işin mahiyeti gereğidir. Anayasa Mahkemesinin (AYM), kanun koyucunun bu takdirini sorgulayacak derecede aktivist davranması, güçler ayrılığı ilkesine aykırı düştüğü gibi demokratik devlet ilkesiyle de bağdaşmaz.

Çoğunluk kararında, yetkili merciin fıkrada belirtilen sebepler konusunda ("*millî güvenlik*", "*kamu düzeninin korunması*", "*suç işlenmesinin önlenmesi*") değerlendirme yapabilecek ve karar alabilecek yetkinliğe sahip olması gerektiği, TİB'in ise bu konularda tek başına değerlendirme yapacak konumda bulunmadığı belirtilmiş ve yetkili kurumların değerlendirme ve karar verme yetkileri gözetilmeksizin tek başına TİB'e erişimin engellenmesi yetkisi verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilmiştir. Çoğunluk kararında da vurgulandığı üzere, kuralda yer alan "*millî güvenlik*", "*kamu düzeninin korunması*", "*suç işlenmesinin önlenmesi*" ibarelerinin içerik ve kapsamının kanun koyucu tarafından önceden tek tek belirlenmesi mümkün olmayıp bu kavramların içeriği doktrin, uygulama ve yargı içtihatlarıyla belirlenecek ve somutlaştırılacaktır.

5651 sayılı Kanun'un uygulanmasından sorumlu idari birimlerden birinin de TİB olduğu açıktır. TİB Başkanının, bu yetkisini kullanırken işin doğası gereği emri altındaki uzman personelden yararlanacağı ve bunların görüş, öneri ve raporlarını gözönünde bulundurularak bir karara varacağı tabiidir. Ayrıca "*millî güvenlik*", "*kamu düzeninin korunması*", "*suç işlenmesinin önlenmesi*" gibi kavramların mahiyeti hususunda uzmanlaşmış tek bir kurum bulunmadığı gibi, bu kavramların yorumlanması tekeli de herhangi bir kuruma bırakılmamıştır. Asgari hukuki bilgi ve muhakeme yeteneğine sahip bir insanın bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini saptaması mümkündür. Nitekim benzer kavramlar, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sebebi olarak başka birçok kanunda da yer almakta ve ilgili idari merciler, başka bir idarenin görüşüne başvurmaksızın bu kavramları yorumlama ve değerlendirme yetkisine sahip olmaktadırlar.

Öte yandan erişimin engellenmesi kararı Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacak olup TİB başkanının yorum ve değerlendirmesinin hatalı olması durumunda, hakim tarafından erişimin engellenmesi kararının kaldırılacağı muhakkaktır. Dolayısıyla TİB'in bu konularda tek başına değerlendirme yapacak konumda bulunmadığından bahisle tek başına erişimin engellenmesi kararı veremeyeceği görüşünün anayasal bir temeli bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, kanuna aykırı içeriklerin internet üzerinden çarpan etkisiyle çok hızlı bir şekilde yayılabildiği gerçeği gözetilerek mümkün olduğunca kısa bir sürede gerekli önlemlerin alınması için TİB Başkanı'na erişimin engellenmesi yetkisi tanınmıştır. Hızlı ve süratli bir şekilde karar alınmasını gerektiren bu tip durumlarda TİB'in başka kurumların görüş ve değerlendirmelerine başvurması, kuralın amacıyla bağdaşmadığı gibi kimi durumlarda hukuka aykırı içerikten zarar gören kişilerin haklarının zedelenmesine de yol açabilecektir.

Çoğunluk kararında, bir sitede yer alan sakıncalı içerik nedeniyle öncelikle en ağır yaptırım olan sitenin bütünüyle engellenmesinin ölçülü olmadığı belirtilmiştir. 5651 sayılı Kanun'da erişimin engellenmesi hususunda iki türlü tedbir öngörülmüştür: Birincisi, internet sitesinin hukuka aykırı unsurlar taşıyan bölümüyle ilgili (URL) içeriğe erişimin engellenmesi, ikincisi ise internet sitesindeki tüm yayınlara yönelik içeriğe erişimin engellenmesi şeklindedir. Dava konusu kuralın, birinci tedbiri dışladığı söylenemez. TİB Başkanı'nın dava konusu kural kapsamında URL bazlı erişimin engellenmesi kararı vermesi de mümkündür. Fakat kuralla TİB Başkanı'na tanınan yetkinin aciliyet gerektiren işlere münhasır olduğu gözetildiğinde, URL bazlı erişimin engellenmesi kararını uygulamasının mümkün olmaması durumunda sitenin tüm yayınlarına erişimi engelleme yoluna da başvurabilir. Dolayısıyla TİB Başkanı'nın, sözü edilen iki tedbirden hangisini uyguladığı, kurulan kendisiyle ilgili anayasal bir mesele olmayıp uygulanmasına ilişkin bir sorundur. Ayrıca erişimin engellenmesi kararının yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulması gerektiği ve sulh ceza hakimince, erişimin bütünüyle engellemesinin koşullarının oluşmadığı kanaatine varılması veya ölçüsüz bulunması durumunda kaldırılabileceği dikkate alındığında, kuralla öngörülen tedbirin orantısız olmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 5651 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile 8. maddesinin (16) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesiyle anılan kuralların iptali yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kanunun 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanunun 8. maddesine eklenen 16. fıkrası şöyledir :

"(16) Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerine getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

İptali istenilen kuralda, internet ortamına erişimin engellenmesi konusunda Telekominikasyon İletişim Başkanlığına istisnai bir yetki verilmektedir.

Esasen erişimin engellenmesi konusunu düzenleyen 8. maddenin 1 ila 3. fıkralarında erişimin engellenmesi hususu, (1. fıkrada sayılan suçlarla ilgili olarak) soruşturma veya kovuşturma evrelerinde hakim veya mahkeme ve gecikmede sakınca görülen hallerde ise C. Savcısının kararına bağlanmıştır. Bundan başka, aynı maddenin 4. fıkrasında; içeriği 1. fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların; a) içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde, b) veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa dahi 1. fıkranın (a) bendinin 2, 5 ve 6 numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak, erişimin engellenmesi kararının re'sen Başkanlık (TİB) tarafından verileceği ve 11. fıkrada da TİB tarafından verilen kararın yerine getirilmemesi halinde idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, 2. fıkranın 2 numaralı paragrafında bir anlamda

ölçülülük ilkesine yer verilmiş ve amacı gerçekleştirebilecek ise erişimin engellenmesinin belirli bir süreyle sınırlı olabileceği ifade edilmiştir.

İnternet erişiminin haberleşme hakkını sağlaması karşısında, konunun Anayasa'nın 22. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerekir. Anılan 22. maddenin 2. fıkrasında; *"Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar."* ve 3. fıkrada ise *"İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."* hükümleri yer almaktadır.

Görüleceği üzere Anayasa'nın 22. maddesinde haberleşme hürriyetinin, belirtilen amaçlarla kural olarak hakim kararıyla ve gecikmede sakınca bulunan halde ise yetkili merciin yazılı emri ile engellenebileceği belirtilmektedir. Nitekim, 5651 sayılı Kanunun, yukarıda açıklanan 8. maddesinin ilgili fıkralarında kural olarak hakim kararıyla ve istisnaen de yetkili idari merci kararıyla internet erişiminin engellenebileceği düzenlenmiştir. Kuralda gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olarak erişimin engellenmesine dayanak olacak meşru amaçlar Anayasa'ya uygun olarak sayılmış ve Anayasa'nın 22/3. maddesinde belirtildiği üzere, bu konuda yetkili idari merci gösterilmiştir.

Mahkememiz çoğunluğunun iptal gerekçesinde, düzenlemenin bu yönleriyle Anayasa'ya uygunluğu kabul edilmekle birlikte, yetkinin sınırlarının belirlenmemesi ve yetki verilen idari mericiin bu kavramları değerlendirme noktasında (TİB'in) doğru bir mercii olmadığı ileri sürülmektedir. İlk olarak belirtelim ki, verilen yetkinin kuralda belirtilen amaçlara uygun ve ölçülü olarak kullanılması zorunluluğu, kuralın kendi bünyesinden çıkmaktadır. Bundan ayrıca, Kanunun 2/1. maddesinin o bendinde; "(Ek. 6/2/2014-6518/85 md.) *Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini, ifade eder"* denilmiş, böylece Kanunda Kuruma verilen erişimin engellenmesi yetkisinin ne şekilde kullanılacağı açıkça

gösterilmiştir. Kanun koyucu idareye, bu tanımda belirtilen yöntemlerden, amaca en uygun (elverişli ve ölçülü) olanın tercih edilmesi konusunda yetki vermiştir. Hatta, 8. maddenin 2. fıkrasındaki, "amacı gerçekleştirecek …belirli bir süreyle sınırlı engellenmesi" şeklindeki kural da ölçülülükle ilgilidir. İdarenin bu yetkiyi maksadına aykırı ve ölçüsüz olarak kullanması durumunda ise, kuralın ikinci cümlesi uyarınca konunun yargısal denetime tabi olması nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesine aykırılığın bulunmadığı görüşündeyim.

Diğer taraftan, 5651 sayılı Kanun ile internet ortamında yapılan yayınların düzenlenmesi, bu konuda gerek mahkemeler ve C. Başsavcılıklarının ve gerekse ilgili idari mercilerin aldıkları erişimi engelleme kararlarını uygulama yetkisi TİB'e verilmiştir. Hatta yukarıda izah edildiği üzere 8. maddenin 4. ve 11. fıkralarında, sayılan katalog suçların varlığı durumunda TİB'e idari tedbir olarak re'sen erişimi engelleme kararı verme ve bu kararı uygulamayanlara idari para cezası kesme yetkileri verilmiştir. Başka deyişle, adli bir makam olmayan TİB'e katalogda sayılı birtakım suçların var olup olmadığı konusunda değerlendirme yapma yetkisi verilmiştir. Esasen iptal gerekçesinin ilgili yerinde, TİB'in kanunen "internet içeriğinin izlenmesi ve denetlenmesi" konusunda yetkili olduğu da ifade edilmektedir. Denetim yetkisi, ilgili kanunlar bakımından konunun değerlendirilmesini de içermektedir.

Bunda ayrıca, Anayasa'nın 22/2. maddesinde erişimin engellenmesi konusunda yetkinin, "*kanunla yetkili kılınmış mercie*" verileceği belirtilmektedir. Bu hüküm Mahkememiz çoğunluğunca, "konuyla ilgili yetkileri olan bir mercii" biçiminde anlaşılmış ise de, Anayasa hükmü açıkça, yetkili merciin <u>kanunla yetkili kılınmış</u> olacağına işaret etmektedir. Nitekim 5651 sayılı Kanuna eklenen 16. fıkra ile de Kurum, "kanunla yetkili kılınmış" bulunduğundan, kuralın Anayasa'ya aykırı bulunduğu ileri sürülemez. Anayasa bu yetkinin ilgili idari merciler arasında paylaştırılmasını da öngörmemektedir. Yine, çoğunluk gerekçesinde kural ile, "yargılama makamı olmayan ve idarenin bir parçası olan Başkan'a" yetki verilmiş olması Anayasa'ya aykırı görülmüştür ki, bu değerlendirmenin Anayasa'nın 22/2. maddesiyle bağdaşmadığı ortadadır. Dolayısıyla, TİB'in milli güvenlik, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi konularında değerlendirme yapamayacağının ileri sürülmesi, Anayasal denetim açısından geçerli bir

dayanak teşkil etmemektedir. Anayasal çerçeve ve Kanunla verilen görevleri gözetildiğinde bu yetkinin TİB'e verilmesinde bir çelişki bulunmadığı gibi, kural bizatihi bu yetkiyi içermektedir. Düşüncemize göre, kural ile TİB'e verilen yetki, Anayasa'nın 2., 22. ve 26. maddelerine aykırılık teşkil etmemektedir.

Açıkladığım hukuki nedenler dolayısıyla iptal isteminin reddi gerektiği görüşünde olduğumdan, sayın çoğunluğun iptal gerekçesine katılmamaktayım.

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2014/154
Karar Sayısı : 2014/159
Karar Günü : 22.10.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 12. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 29.6.2004 günlü, 5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 6., 13. ve 135. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Üst üste iki dönem Süt Üreticileri Birliği Yönetim Kurulu Başkanlığı yapan davacının, 2014 yılında yapılacak seçimlerde tekrar aday olmasının mümkün olup olmadığı hususunda tereddütlerin giderilmesi amacıyla yaptığı başvurunun, Türkiye Tarımsal Süt Üreticileri Birliği tarafından reddedilmesi üzerine, ret işleminin iptali istemiyle açılan davada, ret işleminin dayanağı olan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı …. vekili Av. …. tarafından, üst üste iki dönem ilçe Ziraat Odası Yönetim Kuruluna başkanlık yapması nedeniyle 2014 yılı şubat ayında yapılacak seçimlerde …. İlçesi Süt Üreticileri Birliği Yönetim Kurulu Başkanlığına tekrar aday olmasının mümkün olup olmadığı hususunda tereddütlerin giderilmesi için

yapılan başvurunun reddine ilişkin Türkiye Tarımsal Süt Üreticileri Merkez Birliği'nin 29.01.2014 tarihli ve 51 sayılı işleminin iptali ile 5200 sayılı Kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 135. maddesine aykırı olduğundan bahisle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması istemiyle Türkiye Tarımsal Süt Üreticileri Merkez Birliği'ne karşı açılan davada işin gereği görüşüldü:

5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanununun "Yönetim Kurulu; Görev, Yetki ve Sorumlulukları" başlıklı 8. maddesinin ikinci fıkrasında üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı görevinde bulunanların, aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve seçilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının, 2007 ve 2010 yıllarında yapılan oda yönetim kurulu seçimlerinde iki kez üst üste yönetim kurulu başkanlığına seçildiği ve halen bu görevi yürütmekte olduğu, 2014 yılında yapılacak Olağan Genel Kurulda …. İlçesi Süt Üreticileri Birliği Yönetim Kurulu Başkanlığına tekrar aday olmasının mümkün olup olmadığı hususunda tereddütlerin giderilmesi için yapılan başvurunun; "5200 sayılı Tarımsal Üretim Birlikleri Kanununun 8. maddesinde; üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemeyeceğinin kurala bağlanmış olması sebebiyle 2014 yılında yapılacak seçimlerde …. İlçesi Süt Üreticileri Birliği Yönetim Kurulu Seçimlerinde yönetim kurulu üyeliğine aday olabileceği, ancak yönetim kurulu başkanlığı görevine devam edemeyeceğinin belirtildiği, anılan işlemin dayanağı olan 5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanununun "Yönetim Kurulu; Ödev Yetki ve Sorumlulukları" başlıklı 8. maddesinin ikinci fıkrasına yönelik Anayasaya aykırılık iddiası dikkate alınarak Anayasaya uygunluğunun incelenmesi gerekli görülmüştür.

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

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya

aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Demokratik devlet ilkesinin olmazsa olmaz koşulu seçimlerdir. Demokratik bir seçim, adil bir katılımı gerektiren serbest, eşit, genel oy esasına dayanmalıdır.

Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileridir" denilerek, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kuruluşu ve işleyişlerinin demokratik esaslara uygun olması amaçlanmıştır. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından seçilmelerinin öngörülmesinin, üyeler yönünden seçme, adaylar yönünden ise seçilme hakkının kullanılması sonucunu doğurduğu açıktır. Anayasanın 6. maddesine göre, hiç kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz. Dolayısıyla yasa koyucunun. Anayasa da sınırlama nedenleri gösterilmemiş demokratik hakların kullanılmasını engelleyecek nitelikte bir düzenleme yaptığı kanaatine varılmıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirlenen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar. Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Uyuşmazlık konusu işleme dayanak gösterilen Kanun maddesi ile yönetim kurulu başkanlığını üst üste iki dönem yapanların, iki seçim dönemi geçmedikçe tekrar başkan seçilmeleri engellenerek seçime katılan üyelerin kanaatinin serbestçe oluşması engellenmektedir. Bu kuralla seçme ve seçilme hakkı yönünden getirilen sınırlamanın, demokrasi anlayışıyla bağdaşmadığı, seçme ve seçilme hakkını hakkın özüne dokunacak biçimde sınırladığı sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. maddesinin 1. fıkrası ile 6216 sayılı Kanunun 40. maddesi uyarınca bir davaya bakmakta olan Mahkemenin, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa; iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını, Anayasa Mahkemesine göndermesi öngörüldüğünden; 5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu'nun "Yönetim Kurulu, Görev, Yetki ve Sorumlulukları" başlıklı 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 2,. 6., 13. ve 135 maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından, anılan hükmün iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dava dosyasının onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar 5 ay süreyle davanın geri bırakılmasına, 19/09/2014 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren *"Yönetim kurulu; görev, yetki ve sorumlulukları"* başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"Madde 8- *Yönetim kurulu, genel kurulun dört yıl için kendi üyeleri arasından seçtiği en az beş, en çok yedi üyeden oluşur. Ayrıca aynı sayıda yedek üye seçilir.*

Üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı görevinde bulunanlar, aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve seçilemezler.

Yönetim kurulunun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Üye kabul etmek.

b) Genel kurul gündemini tespit etmek, faaliyet programlarını hazırlamak ve genel kurulu toplantıya çağırmak.

c) Birlik muhasebe kayıtlarını bilanço esasına göre tutmak ve tahmini bütçe, kesin hesap ve aktarma tekliflerini, aylık mizan ve bunlara ait raporları sunmak.

d) Birlik personelinin atamasını yapmak ve görevine son vermek.

e) Birliğe hizmet satın almak.

f) Genel kurulun verdiği yetki çerçevesinde birliğin taşınır ve taşınmaz mal alımı ve satımını yapmak, birliğin mallarını yönetmek ve korumak.

g) Birliğin faaliyet alanı içerisindeki ürün veya ürün grubu ile ilgili piyasa fiyatlarını takip etmek, pazar araştırması yapmak ve yaptırmak.

h) Ürün veya ürün grubunun kalitesini yükseltmek için gerekli kişi, kurum veya kuruluşlarla işbirliği yapmak.

ı) Birlik üyelerini bilgilendirici toplantılar yapmak ve eğitim faaliyetlerinde bulunmak.

i) Birliği yurt içinde ve yurt dışında temsil etmek.

j) Gerektiğinde genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmak.

k) Sözleşmeli üretim kapsamında, üyeleri adına örnek tip sözleşmeler düzenlemek ve bununla ilgili faaliyetleri koordine etmek.

l) Genel kurul tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Yönetim kurulu üyeleri, birlik faaliyetlerine ilişkin icraatlarından on yıl süre ile sorumludurlar."

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 6., 13. ve 135. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 22.10.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin 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, dayanılan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda öngörülen üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanların, aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemeyecekleri biçimindeki yasaklamanın seçme ve seçilme hakkına müdahale olduğu ve bu durumun demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 6., 13. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun uyarınca tarım üreticilerinin, ürün veya ürün grubu bazında ve gönüllülük esasına dayalı olarak birlikler kurabilecekleri öngörülmüştür. Tarımsal Üretici Birlikleri olarak adlandırılan bu birlikler kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olmamakla birlikte kanunla kurulan, tüzel kişiliği bulunan, zorunlu üyelik sistemi bulunmayan ve gönüllülük esasına dayanan kendine özgü bir meslek örgütlenmesi niteliğindedir. İtiraz konusu kuralda ise anılan birliklerde üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanların, aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmıştır. Buna göre hukuk

devleti, hak ve özgürlükleri güvenceye alan devlettir. Kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması ve keyfi davranmaması gerekir.

Demokratik hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alınması esastır. Demokratik hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından biri de özgür, genel, eşit ve gizli oya dayalı, hoşgörü, açık fikirlilik ve çoğulculuk anlayışı içerisinde ilgililerin birbirleriyle rekabet edebildiği dürüst ve düzenli seçimlerin varlığıdır. Bu şekildeki bir devlette yönetime gelmede ve ayrılmada tek yol seçimler olup, buna ilişkin yasaklar *"demokratik hukuk devleti ilkesi"*yle bağdaşmaz.

Nitekim Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının yönetim ve işleyişlerinin demokratik hukuk devleti esaslarına uygun olmasının öngörüldüğü ve bu kuruluşların organlarında başkanlık yapacakların seçimine ilişkin olarak kanun koyucuya yetki tanındığı ancak bu yetkinin, seçim usullerinin belirlenmesiyle sınırlı olduğu, seçme ve seçilme hakkının kullanılmasına yönelik bir yasaklamayı içermediği ifade edilerek kanunla seçim konusunda yapılacak düzenlemelerin demokratik hukuk devletiyle bağdaşır olması gerektiği vurgulanmıştır.

Tarım üreticilerinin gönüllülük esasına dayalı olarak kurdukları tüzel kişiliği haiz Tarımsal Üretici Birliklerinde yönetim kurulu başkanlığı gibi görevlere *"seçilme hakkı"* demokratik bir haktır. İtiraz konusu kuralla, anılan birliklerde belli süre başkanlık yapanların aradan dört yıl geçmedikçe yeniden seçilemeyeceklerine ilişkin yasak getirilmesinin demokratik gereklerle izahı mümkün değildir. Bu yasak seçime katılan üyelerin kanaatinin serbestçe oluşmasını engellediğinden üyeler yönünden *"seçme"*, adaylar yönünden ise *"seçilme"* hakkına müdahale oluşturmuştur. Gönüllülük esasına dayalı olarak kurulan ve bu yönüyle sivil toplum örgütlenmelerine benzeyen meslek örgütlerine bu tür seçilememe yasakları getirilmesi demokratik hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayacağından Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 6., 13. ve 135. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Zühtü ARSLAN ve Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

29.6.2004 günlü, 5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, Zühtü ARSLAN ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.10.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

KARŞI GÖRÜŞ

29.6.2004 tarihli, 5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasının, iki dönem üst üste yönetim kurulu başkanlığına seçilenlerin yeniden aday olmalarını engelleyen kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilerek iptali istenmiştir.

İptali istenen kural şu şekildedir:

"Üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı görevinde bulunanlar, aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve seçilemezler."

İtiraz konusu kuralda, Tarımsal Üretici Birliklerinde üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanların, aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemeyecekleri hüküm altına alınmıştır. Buna göre üst üste iki dönem yani 8 yıl yönetim kurulu başkanlığı görevinde bulunanlar yeniden başkanlığa seçilebilmek için bir seçim dönemi yani 4 yıl ara vermek durumundadırlar.

Tarımsal Üretici Birlikleri hukuki nitelikleri itibariyle, dernek veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olmayıp; tüzel kişiliği bulunan bazı özellikleriyle derneklere bazı özellikleriyle de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına benzeyen kendine özgü bir meslek örgütlenmesidir. Bu niteliği ile, Anayasa'nın 135. maddesinde düzenlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamında değerlendirmek uygun değildir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki

düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Buna göre, yasaların adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kuruluşuna ve organlarının seçim usullerine ilişkin hükümlere yer verilmiş olmakla birlikte, Anayasa'da Tarımsal Üretici Birlikleri gibi diğer meslek örgütlenmelerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Demokratik ilkeler çerçevesinde anılan birliklerin seçimlerinde uyulacak kuralların belirlenmesinin, yasamanın asliliği kapsamında kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla yasamanın asliliği ve genelliği ilkesi uyarınca Anayasa'da belirtilen esaslara aykırı olmamak kaydıyla, Tarımsal Üretici Birliklerinin organlarının seçimine, görev ve yetkilerine, organların kimlerden ve kaç kişiden oluşacağına dair kurallar koyabilmesi kanun koyucunun takdirindedir.

İtiraz konusu kuralla üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığını yürütenlerin bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemeyeceklerine dair getirilen kuralın, ilgililer açısından yönetim kuruluna seçilme konusunda bir sınırlama getirdiği açıktır. Bu konudaki hak, mutlak bir hak olmayıp, Anayasa'ya uygun olarak sınırlandırılması mümkündür.

Getirilen sınırlandırmanın fırsat eşitliğinin sağlanması, uzun süre görevde kalmanın sonucu ortaya çıkabilecek sakıncaların önlenmesi ve birlik yöneticilerinin birliğin sağladığı imkânlardan yararlanmak suretiyle konumlarını pekiştirmelerinin önüne geçilmesi gibi amaçlarla getirildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda getirilen sınırlandırmanın kamu yararı amacıyla kabul edildiği söylenebilir. Ayrıca, getirilen sınırlandırmanın ölçülük ilkesine uygun olması da gereklidir. Bu açıdan getirilen sınırlandırma değerlendirildiğinde, kuralda öngörülen bir dönemlik sınırlamanın, süresi

(4 yıl) ve bu sınırlamanın üst üste iki dönem yani 8 yıl yönetim kurulu başkanlığı yapmış kişilere getirilmiş olması dikkate alındığında, amaca uygun ve ölçülü olduğu kabul edilmelidir.

Keza itiraz konusu kuralla, üst üste 8 yıl görev yapan birlik yönetim kurulu başkanının bir seçim dönemi geçmeden (4 yıl) yeniden seçilemeyeceğinin düzenlenmesinin, sınırlamanın süresi ve getiriliş amacı birlikte değerlendirildiğinde demokratik bir hak olan seçme ve seçilme hakkının özüne dokunan bir müdahale olduğunu da söylemek mümkün değildir.

Ayrıca, hukukumuzda benzer sınırlandırmalar başka görevler için de kabul edilmiştir. Anayasa'nın 101. maddesinde 2007 yılında yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanlığına beş yıllığına ve en fazla iki dönem seçilebilme şeklinde getirilen sınırlama, rektörlerin görev süresinin dört yıl ve en fazla iki dönem olarak sınırlandırılması, örnek olarak gösterilebilir. Bu açıdan kuralda öngörülen sınırlamanın demokratik hukuk devletiyle bağdaşmadığı da söylenemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığı, kanaatinde olduğumuzdan Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanununun 8. maddesinin ikinci fıkrası, Tarımsal Üretici Birliklerinde üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanların aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemeyeceklerini düzenlemektedir.

Mahkememiz çoğunluğu, itiraz konusu kuralın seçime katılan üyelerin kanaatinin serbestçe oluşmasını engellediğinden üyeler yönünden "seçme", adaylar yönünden ise "seçilme" hakkına müdahale oluşturduğu, gönüllülük esasına dayalı olarak kurulan ve bu yönüyle sivil toplum örgütlenmelerine benzeyen meslek örgütlerine seçilme yasağı getiren kuralın demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, dolayısıyla Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu görüşündedir.

Bu görüşe aşağıdaki nedenlerle katılamıyoruz.

1. Çoğunluk görüşünde de ifade edildiği üzere, Tarımsal Üretici Birlikleri kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu olmamakla birlikte, kanunla kurulan ve tüzel kişiliğe sahip kendine özgü meslek örgütlenmeleridir. Anayasada bu tür meslek örgütlerinin yönetim kurulu gibi organlarının görev ve yetkilerine, organların kimlerden ve kaç kişiden oluşacağına, başkan ve üyelerin diğer organlarda görev alıp alamayacaklarına, bu organlarda görev yapacakların görev süreleri ile yeniden seçilebilme şartlarına dair düzenleme bulunmamaktadır. Bu konularda düzenleme yapma yetkisi, yasamanın asliliği ve genelliği ilkeleri uyarınca, kanun koyucuya bırakılmıştır.

Bir meslek kuruluşunda, yöneticilerin aynı mesleğe mensup kişilerin oluşturduğu organlar tarafından seçilmesi, Anayasanın 67. maddesinde düzenlenen ve tipik anlamda siyasi haklardan olan seçilme hakkının kullanımı kapsamında değerlendirilemez. Burada bir meslek örgütünün organlarının sınırlı bir katılımla oluşturulması söz konusudur. Kaldı ki, bir an için Anayasanın 67. maddesinin geniş yorumlanması sonucunda meslek kuruluşlarındaki yönetim kurulu başkanlığı seçiminde aday olma, seçilme hakkının tezahürü olarak kabul edilse bile, bu hakkın sınırsız olmadığı açıktır. Nitekim, 67. madde uyarınca vatandaşlar seçme, seçilme ve halkoylamasına katılma haklarına "kanunda gösterilen şartlara uygun olarak" sahip olup, bu "hakların kullanılması kanunla düzenlenir".

2. Kamu kurumu niteliğinde olsun olmasın meslek kuruluşlarında üst üste iki dönem yöneticilik yapanların belli bir süre geçmeden aynı göreve

yeniden seçilemeyeceklerine dair kuralların, fırsat eşitliğinin sağlanması, uzun süre görevde kalmanın sonucu ortaya çıkabilecek güç zehirlenmesinin ve idari yozlaşmanın önlenmesi ve nesillere bağlı zihniyet değişiminin yönetime yansıması gibi amaçları olduğu açıktır.

Bu tür mülahazalarla, hukuk düzenimizde seçimle gelinen bazı görevlerde benzer süre sınırlamaları bulunmaktadır. Yakın zamana kadar Cumhurbaşkanlığına yedi yıllığına ve bir kez, 2007 yılında yapılan değişiklikle de beş yıllığına ve en fazla iki dönem seçilinebilmesi bunun tipik örneğidir. Demokratik ülkelerin tamamına yakınında benzer süre sınırlamaları bulunmaktadır. Bu sınırlamaların temel amacı, devlet başkanlığı görevine gelen kişilerin bulundukları görevde çok uzun süre kalmaları sonucu, iktidarın sağladığı imkanlardan yararlanmak suretiyle konumlarını pekiştirmelerini ve muhtemel yozlaşmaları önlemektir. Başka bir ifadeyle, bu tür sınırlamalar demokratik rejimlerde "seçilmiş krallar"ın ortaya çıkmasını engellemeye dönük tedbirlerdir.

Benzer şekilde, kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olan ve organları belli ölçüde kendi mensupları tarafından belirlenen üniversitelerde de rektörlük için sınırlı bir süre öngörülmüştür. Anayasada sınırlayıcı bir hüküm olmadığı halde, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 13. maddesi üniversite öğretim üyelerinin oylarıyla başlayan süreçte Cumhurbaşkanı tarafından seçilen rektörlerin görev süresini dört yıl ve en fazla iki dönem olarak sınırlandırmıştır.

Esasen Mahkememiz de bir süre öncesine kadar, meslek kuruluşlarının seçimlerini düzenleme ve sınırlamalar getirme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu görüşündeydi. Mahkemenin 18/5/2011 günlü, 2008/80 esas ve 2011/81 karar sayılı kararında şu sonuca ulaşılmıştır: '*Anayasanın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçilen kamu tüzel kişileri olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler*

Odaları ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği'nin yönetim organlarının seçim usullerinin kanunla belirleneceği açıktır. Demokratik ilkeler çerçevesinde seçimlerde uyulacak kuralların belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. ***Üst üste iki dönem başkanlık yapanların iki dönem yönetim kurulu üyesi seçilmesinin yasaklanmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.'***

Bu görüşün, itiraz konusu kural bakımından da geçerli olduğunu, değiştirilmesini gerektiren kabul edilebilir bir gerekçenin bulunmadığını düşünüyoruz.

3. İtiraz konusu kuralda dört, altı ya da sekiz yıl gibi belirli bir sürenin değil, seçim döneminin esas alınması ve üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapanların aradan bir seçim dönemi geçmedikçe yeniden aynı göreve seçilememesi esasının getirilmesi de sınırlamanın kendi içinde tutarlı ve ölçülü olduğunu göstermektedir. Burada esas olan, kendine özgü bir meslek kuruluşu olan Tarımsal Üretici Birliklerinde yönetim kurulu başkanlığı için önceden belli bir görev süresinin öngörülmesidir. Bu süre kısıtlaması başkanlığa seçilecek ve onları seçecek olanlar tarafından önceden bilinmektedir. Ayrıca, itiraz konusu kural **aynı göreve** yeniden seçilmeyi sınırlandırmaktadır. Tarımsal Üretici Birliklerinde yönetim kurulu başkanlığı yapanların, bu kuruluşun diğer organlarında üyeliğe ya da başkanlığa seçilmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın gözetilen amacın gerçekleştirilmesi için ölçüsüz bir düzenleme getirdiği de söylenemez.

Açıklanan gerekçelerle, çoğunluğun iptal yönündeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Nuri NECİPOĞLU	Zühtü ARSLAN	Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY YAZISI

5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasında, üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı görevinde bulunanların, aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemeyecekleri hükme bağlanmış, başvuru kararında, üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığına seçilenlerin aradan bir dönem geçmedikçe tekrar başkan seçilmelerini yasaklayan kuralın seçme ve seçilme hakkına müdahale niteliği taşıdığı ileri sürülerek iptali istenmiştir.

5200 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, tarım üreticileri tarafından kurulan tarımsal üretici birlikleri, tüzel kişiliği haiz olup üretimi talebe göre plânlamak, ürün kalitesini iyileştirmek, kendi mülkiyetine almamak kaydıyla pazara geçerli norm ve standartlara uygun ürün sevk etmek ve ürünlerin ulusal ve uluslararası ölçekte pazarlama gücünü artırıcı tedbirler almak üzere faaliyet göstermektedirler. Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, Birliğin, tarım üreticilerinin, ürün veya ürün grubu bazında ve gönüllülük esasına dayalı olarak kurdukları, tüzel kişiliği haiz tarımsal üretici birliklerini ifade edeceği belirtilmiştir.

Kanun'da tarımsal üretici birliklerinin tüzel kişiliği haiz olduğu belirtilmiş, ancak bunun kamu tüzel kişiliği olduğu hususunda herhangi bir ifadeye yer verilmediğinden özel hukuk tüzel kişiliği olduğunun kabulü gerekir. Zira Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye istinaden kurulabilir.

Yukarıda değinilen hükümler dikkate alındığında, tarımsal üretici birliklerinin daha çok ticari kaygılarla ve üyelerinin (tarımsal üreticilerin) ekonomik menfaatlerini korumak amacıyla kurulan kooperatif benzeri organizasyonlar oldukları anlaşılmaktadır. Bu nedenle çoğunluk kararında tarımsal üretici birliklerinin kendine özgü bir meslek örgütlenmesi niteliğinde görülmesi ve Anayasa'nın 135. maddesiyle ilişkilendirilmesi isabetli olmamıştır.

Anayasa'da güvenceye bağlanan seçme ve seçilme hakkı, yasama organı, mahalli idarelerin seçimle gelen organları ile Anayasa'nın 135. maddesi uyarınca organlarının kendi üyeleri tarafından kanunla seçilmesi öngörülen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için öngörülmüş bir hak olup kamu yönetiminin bir unsuru oluşturmayan ve tamamen özel hükümlerine göre faaliyet gösteren özel hukuk tüzel kişilerini kapsamaktadır. Şüphesiz ki bu durum, özel hukuk tüzel kişilerinin yönetiminin hiçbir anayasal ilkeye bağlı kalınmadan belirlenebileceği anlamına gelmemektedir. Özel hukuk tüzel kişilerinin yönetiminin hukuk devleti ilkesi ve özellikle hukuk devletinin bir unsuru olan adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun olarak düzenlenmesi gerektiği açıktır. Ancak özel hukuk tüzel kişilerinin yönetiminin, seçme ve seçilme hakkıyla bağlantılandırılması anayasal açıdan mümkün değildir.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi uyarınca, kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Üst üste iki dönem tarımsal üretici birliklerinin yönetim kurulu başkanlığı görevinde bulunanların, aradan bir seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemeyeceklerinin öngörülmesinin adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırı düştüğü söylenemez. Kanun koyucunun, uzun süre birlik yönetiminde bulunanların birlik imkânlarını kendi yönetimlerini pekiştirmek üzere kullanmalarını engellemek amacıyla dava konusu düzenlemeyi ihdas etmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı düşünüldüğünden çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

Esas Sayısı : 2014/94
Karar Sayısı : 2014/160
Karar Günü : 22.10.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU : 11.1.2011 günlü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…"* ibaresinin,

2- İkinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 10., 40., 125., 129., 141., 155. ve 157. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacının, askerlik hizmetini yapmakta iken geçirdiği kaza sonucu uğradığı zararların tazmini istemiyle açtığı maddi ve manevi tazminat davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvurunun gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı vekili, 19.12.2012 tarihinde AYİM'de kayıtlara geçen dava dilekçesinde özetle; davacının 7. Dönem uzman erbaş komando temel kursundayken 17.12.2008

tarihinde güç engelleri parkurundan geçerken düştüğünü ve kolunun çıktığını, akabinde birkaç kez hastanelerde tedavi gördüğünü, 01.12.2009 tarihinde de Siirt 3. Komd. Tug.3 Komd.Tb.1.Komd.Bl.3, nolu koğuşundayken P.Uzm.Çvş. …'ın elinde bulunan kuru sıkı tabancanın ateş alması sonucu kolundan yaralandığını, akabinde gördüğü tedavilerden sonra TSK'da görev yapamaz hale geldiğini ve 16.02.2011 tarihinde de GATA'da bu yönde rapor düzenlendiğini, özürlülük oranının da %52 olarak belirlendiğini, ancak Etimesgut Devlet Hastanesi tarafından da %64 oranının belirlendiğini belirterek uğranılan maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak davacıya 130.000,00 TL maddi, 20 000,00 TL manevi tazminat olmak üzere toplam 150.000.TL tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Dava dosyasında mevcut bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucunda, davacının 17.12 2008 tarihinde eğitim sırasında düşmesi nedeniyle sol kolunun çıktığı, ardından çeşitli kez hastanelerde tedavi gördüğü, ayrıca 01.12.2009 tarihinde aynı kolundan P.Uzm.Çvş. …'ın elinde bulunan kuru sıkı tabancanın ateş alması sonucunda bir kez daha yaralandığı, olay nedeniyle gördüğü tedavi sonrasında GATA tarafından düzenlenen raporda kolundaki rahatsızlıklar nedeniyle TSK'da görev yapamayacağına 16.02.2011 tarihinde karar verildiği, GATA tarafından 28.09.2011 tarihinde düzenlenen raporla da %52 oranında özürlülüğünün bulunduğuna karar verildiği, maddi ve manevi tazminat talebiyle açılan ve Ankara 16'ncı Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davada verilen görevsizlik kararı sonrasında işbu davanın açıldığı anlaşılmıştır.

B- ANAYASAYA AYKIRI OLDUĞU KANAATİNE VARILAN YASA HÜKMÜNÜN DAVADA UYGULANACAK KURAL OLUP OLMADIĞI HUSUSUNUN İRDELENMESİ:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı 152'nci maddesinin birinci fıkrasında; bir davaya bakmakta olan mahkemenin, 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 bırakması, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Anayasaya

aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi" başlıklı 40'ıncı maddesinin (1) numaralı fıkrasında da; bir davaya bakmakta olan mahkemenin, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa; iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını, başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini, dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini, dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesi ne göndermesi öngörülmüştür.

6098 sayılı Kanunun 55'inci maddesinde, "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.

Bu kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır." hükmü yer almaktadır. Dava dosyasında bulunan bilgi ve belgelerden anlaşılacağı üzere; davacının eğitim sırasında düşmesi nedeniyle sol kolunun çıktığı, ardından çeşitli kez hastanelerde tedavi gördüğü, müteakiben aynı kolundan bir arkadaşının elinde bulunan kuru sıkı tabancanın ateş alması sonucunda bir kez daha yaralandığı, olay nedeniyle gördüğü tedavi sonrasında GATA tarafından düzenlenen raporda kolundaki yaralanma ve sakatlanma nedeniyle TSK'da görev yapamayacağına karar verilmesi sonrasında, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunduğu, davacıya Sosyal Güvenlik Kurumunca aylık bağlandığı, bağlanan aylığın rucua tabi olmadığının bildirildiği, bu durumda davalı idarenin sorumlu olup olmadığının, sorumlu ise maddi tazminat hesap edilirken bağlanan aylıkların tazminat miktarından düşülüp düşülmeyeceğinin tespiti için 6090 sayılı Kanunun 55'inci maddesinin göz önünde bulundurulması ve değerlendirilmesinin gerektiği, bu nedenle 6098 sayılı Kanunun 55'ınci maddesinin işbu davada uygulanacak kural olduğu ve bu yasa hükmü dikkate alınmadan dava konusu uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasına imkan bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varılan yasa hükmünün işbu davada uygulanacak yasa hükmü olduğu bu şekilde saptandıktan sonra Anayasaya aykırı görülmesi hususun irdelenmesine geçilmiştir.

C- DAVADA UYGULANACAK KURAL OLAN YASA HÜKMÜNÜN ANAYASAYA AYKIRI GÖRÜLMESİ HUSUSUNUN İRDELENMESİ:

1- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2'inci maddesindeki; "Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır." hükmünün Anayasanın 2, 10, 40, 125, 129, 141, 155 ve 157'nci Maddelerine Aykırı Görülmesi Hususunun İrdelenmesi:

04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüce giren 11.01 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55. maddesiyle şu hüküm getirilmiştir. "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."

Hükümetin TBMM'ye sunduğu Türk Borçlar Kanunu Tasarısında bulunmayan bu fıkra hükmü, tasarının Adalet Komisyonundaki görüşmeler sırasında eklenmiş olup 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01.10 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayı ve 12.01.2011 tarihli Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev" kenar başlıklı 3. maddesiyle de, "Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut

bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır'' hükmü getirilmiştir.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile idarî eylem ve işlemler sebebiyle ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmiştir. Anılan madde hükmüne göre, başka herhangi bir koşul ve sınırlama bulunmaksızın idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer nedenlerin yol açtığı "vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen yitirilmesi" ya da "kişinin ölümü" sonucu oluşan maddî ve manevî zararların tazmini istemiyle açılan davalarda, görevli yargı yeri adlî yargı düzeni içerisinde "asliye hukuk mahkemesi" olmuştur.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi, yasalaşma sürecinde komisyon görüşmeleri sırasında verilen bir önergenin komisyonda kabul edilmesi ile yasa tasarısına girmiştir. Komisyonda verilen önergede; insan zararlarına ilişkin olarak açılan tazminat davalarının farklı yargı kollarında görülmesinin benzer olaylarda birbirinden farklı kararların çıkmasına sebep olduğu, bu alanın disipline edilebilmesi bakımından insanın vücut bütünlüğüne ilişkin bir zarar doğması durumunda zararı kimin verdiğine bakılmaksızın zarar süjesi esas alınarak bu davaların asliye hukuk mahkemelerinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Madde gerekçesinde; "...Bu davalar, doğaldır ki idare hukuk normlarına değil özel hukuk normlarına, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) bağlı olacaktır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu Tasarısına, bu konuda Adalet Komisyonu tarafından bağımsız bir hüküm de eklenmiştir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Komisyon metninde yer alan 55 inci madde şöyledir:.." denilerek Yasa Koyucu tarafından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile idarî eylem ve işlemler sebebiyle ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarına bakma görevinin asliye hukuk mahkemelerine verilmesinin, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesiyle de Asliye Hukuk Mahkemelerinde bakılacak bu davalarda idare hukuku normlarının değil, özel hukuk normlarının,

(Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) uygulanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması üzerine, Anayasa Mahkemesinin 16.02.2012 gün ve 2011/35 Esas, 2012/23 Karar sayılı kararıyla, 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; birinci cümlesinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline, birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci ve üçüncü cümlelerinin de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptaline karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında; "Dava dilekçesinde, Anayasanın 2. maddesinde anlamını bulan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ölçülerinden birinin idarenin yargısal denetimi olduğu, Anayasa da idari ve adli yargı ayırımının esas alındığı bu ayırımın ilkelerinin Anayasa'da gösterildiği, idari ve adli yargıda görev konusunun yasa koyucuya bırakılmadığı, bu nedenle idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargıya bırakan dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 37., 125 ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralla, idari işlemler ve idari eylemler ile idarenin sorumlu tutulabildiği diğer durumlarda vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu öngörülmektedir.

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

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idari yargı ayrımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay

yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmek konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir.

Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.

Öte yandan, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43. maddesine göre, Mahkemenin, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün

Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle iptali istenen kural Anayasanın 157. maddesi yönünden de incelenmiştir. Anayasanın 157. maddesinin birinci fıkrasında, "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz." hükmü yer almaktadır. Anayasanın 157. maddesi gereğince asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargının değil; askeri idari yargının yani Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanına girmektedir. İptal konusu kural ile, vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen yitirilmesine yol açan eylem ceza işlem, bir askeri hizmete ilişkin olsa ve bir asker kişiyi ilgilendirse bile, bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar asliye hukuk mahkemesinin görev alanı kapsamına alınmaktadır. Asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'nın 157. maddesine de aykırılık oluşturur." diyerek, iptali istenen kuralın, Anayasanın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir.

İptal ile idari eylem ve işlemler sebebiyle ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarına Asliye Hukuk Mahkemelerinin bakma görevi sona ermiştir. Ancak, bu Mahkemelerde bakılacak bu davalarda idare hukuku normlarının değil, özel hukuk normlarının, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) uygulanmasını öngören 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55'inci maddesi ise yürürlüktedir. Bu durumda iptal kararı sonrasında bu tür davalara bakmakla tekrar görevli hale gelen İdare Mahkemelerinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3'üncü maddesinin yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011 tarihinden önceki dönemden farklı olarak, bu tür davalarda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55'inci maddesi uyarınca, idare hukuku normlarını değil, özel hukuk normlarını, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) uygulama durumları söz konusu olmuştur. Bu durumda, idarî eylem ve işlemler sebebiyle ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarına Asliye Hukuk Mahkemelerinin

bakması ile idare hukukuna özgü kural ve kuramları uygulayamayan İdare Mahkemelerinin bakması arasında bir fark yoktur. İdare hukukuna özgü kural ve kuramları uygulayamayan İdare Mahkemeleri bu davalarda bir nevi "Asliye Hukuk Mahkemesi" gibi görev yapmış olacaklardır.

Anayasa Mahkemesi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin iptaline ilişkin karada; "Dava konusu kurallar sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bîr bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır." demiştir. 6096 sayılı Borçlar Kanunun 55/2'nci maddesindeki; "Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır" hükmü uyarınca her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda özel hukuk normları, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları), her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı olmayan zararlara ilişkin istem ve davalarda ise idare hukukunun kuram ve kuralları, sorumluluk sebepleri uygulanacak, böylece idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünde özel hukuk normları, bir bölümünde idare hukukuna özgü kuram ve kurallar uygulanmak suretiyle yargılamanın bütünlüğü bozulacaktır. Anayasa Mahkemesi mezkur iptal kararında; "ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir

kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez." demiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/2'nci maddesindeki; "Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır." hükmü uyarınca her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda özel hukuk normları, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları), her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı olmayan zararlara ilişkin istem ve davalarda ise idare hukukunun kuram ve kuralları, sorumluluk sebepleri uygulanacak, böylece aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davalarda farklı hukuk kuralları ve sorumluluk sebepleri uygulanmış olacaktır. Bu tip bir uygulamada da kamu yararı ve haklı neden bulunmadığı gibi, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarda farklı, bu nitelikte olmayan zararlarda farklı uygulama yapılmak suretiyle aynı idari eylem ve işlem sebebiyle zarara uğrayan kişiler arasında haklı bir neden olmadan eşitlik ilkesine aykırı uygulama yapılmış olacaktır.

Anayasa Mahkemesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesine yönelik vermiş olduğu iptal kararının gerekçesinde de vurguladığı gibi, idare hukukunda var olan sorumluluk kuralları bireyin idare karşısındaki korunma kapsamını genişletmektedir. Zira, idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da fedakârlığın denkleştirilmesi, sosyal risk ve terör eylemleri gibi kusursuz

sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkünken, özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. Anayasa Mahkemesi bir kararında; "idari yargının, yani adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir idari yargı sisteminin Anayasaca ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinde doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler; bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması; özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması; idari işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hâkimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır. Adli yargı ile idari yargının birbirinden ayrılmasının temelinde, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara oturmuş bulunmaları; uyuşmazlık alanlarının ve bu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kurallarının değişik olması yatmaktadır. Gerçekten özel hukuka egemen olan temel ilke, kişiler arasında hak ve menfaat eşitliğinin ve irade hürriyetinin bulunmasıdır. Adli yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nasafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, idare hukuku alanı ye kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır." diyerek (Anayasa Mahkemesinin 25.05.1976 gün ve 1976/1 Esas, 1976/28 Karar sayılı kararı: 16.08.1976 tarihli ve 15679 sayılı Resmî Gazete) adlî yargı ile idarî yargının birbirinden ayrılmasının nedenlerini belirtmiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/2'nci maddesinde, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden, uygulanacak kanun hükümlerinden birisi de 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/1'nci maddesindeki hükümdür. Anılan maddede, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği, zarar veya tazminattan indirilemeyeceği belirtilmiştir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 39'uncu maddesi; "Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan

sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir.

Malûllük, (Ek ibare: 17/04/2008-5754 S.K./66 mad) vazife malûllüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücu edilmez." hükmünü,

Aynı Kanunun 93/3'üncü maddesi; "Bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücû davaları, on yıllık zamanaşımına tâbidir. Zamanaşımı tarihi; rücu konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlar." hükmünü içermektedir.

Belirtilen hükümlere göre bir sosyal güvenlik ödemesi ve zarara uğrayan kişinin vazife malûllüğüne veya ölümüne neden olan üçüncü kişi veya bir kamu görevlisi var ise, hesaplanacak tazminattan rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemeleri mahsup edilecektir, Bunun içinde Mahkeme kararının kesinleşmesi beklenecektir. Sorumluların hemen tespit edilemediği durumlarda, SGK 10 yıllık zamanaşımı süresince sorumluların tespitini bekleyebilecektir. Gerek yargılama süreci, gerek 10 yıllık zamanaşımı süresi, gerekse Ceza Muhakemesi Kanununun 231'inci maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının mahiyeti ve hukuki sonuçları nedeniyle tazminat davası sonuçlanamayacak, yıllarca sürecektir. Bu durumda hem yargılamalar uzayacak, yargılamaların uzaması nedeniyle davalı gecikme faizi ödemek durumunda kalacak, aynı eylemler nedeniyle zarara uğrayan, davalıları aynı idare olan kişiler, sorumluların tespit edilip edilememesine, yargılamalarının sonuçlanıp sonuçlanmasına, zarara neden olan üçüncü kişi ve kamu görevlileri hakkında verilecek hükümlerin mahiyetine göre haklı bir neden olmadan eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara maruz kalacaklardır. Bu durum ise, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir diyen Anayasanın 141/4'üncü maddesine, 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Devletin rücu hakkını düzenleyen üst norm olan Anayasanın 40'ıncı maddesinin 3'üncü fıkrasında; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır" hükmü ile 129'uncu maddesinin 2'inci fıkrasında; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir" hükmü birlikte değerlendirildiğinde, Borçlar Kanununun 55'inci maddesi ile getirilen ve sosyal güvenlik ödemeleri ile ilişkilendirilen rücu hükmünün, üst norm olan ve tazminat davalarında kamu görevlilerine kusurlarından dolayı rücu edilmek kaydıyla şeklinde belirlediği açık ve emredici hükmün uygulanmasını engellediği, bazı hallerde üst normda öngörülen rücu hakkını ortadan kaldırdığı, tali bir konuda yapılan yasal düzenlemenin, üst norm olan Anayasa hükmünün önüne geçtiği, bu haliyle Borçlar Kanununun 55/2'nci maddesinin uygulanacağını belirttiği hükümlerden birisi olan Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesindeki, "Kısmen ve tamamen rücu edilemeyen…" ibaresinin uygulanması nedeniyle haliyle Borçlar Kanununun 55/2'nci maddesinin Anayasanın 40, 129'uncu maddelerine aykırılık oluşturduğu gibi, sosyal güvenlik ödemelerinin yarar kabul edilmesine ilişkin ayrımın zarar görenler üzerinde yarattığı farklı uygulamaların, idari yargıda görülen davalarda, kişiler arasında eşitsizliğe yol açtığı, bununda Anayasanın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Tüm bu açıklamalar ışığı altında ifade etmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinin iptalinden sonra 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/2'nci maddesi hükmü yürürlükte bulunduğundan idarenin sorumlu olduğu vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin davalar, idarî yargının amacına aykırı olarak özel hukuk hükümlerine göre çözümlenecektir. Bu hüküm uyarınca idarenin sorumluluğu da özel hukuk hükümlerine göre, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları) belirleneceğinden söz konusu uyuşmazlıkların idarî yargı mercilerinde çözümlenmesinin bir anlamı kalmayacak idare mahkemeleri bir nevi "Asliye Hukuk Mahkemesi" gibi görev yapacaktır. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/2 hükmü uyarınca idare mahkemeleri, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten, idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramlarını kullanamayacak, idare hukukunda,

idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumun sonucu olarak da bireyin idare karşısındaki korunma kapsamını daralacaktır. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/2'nci maddesi uyarınca her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda özel hukuk normları, (Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu ile diğer özel hukuk kanunları), her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı olmayan zararlara ilişkin istem ve davalarda ise idare hukukunun kuram ve kuralları, sorumluluk sebepleri uygulanacak, böylece idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünde özel hukuk normları, bir bölümünde idare hukukuna özgü kuram ve kurallar uygulanmak suretiyle yargılamanın bütünlüğünü bozacak ve idarenin malî sorumluluğu konusunda bir ikilik meydana gelecek, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlarda farklı, bu nitelikte olmayan zararlarda farklı uygulama yapılmak suretiyle aynı idari eylem ve işlem sebebiyle zarara uğrayan kişiler arasında haklı bir neden olmadan eşitlik ilkesine aykırı uygulama yapılmış olacaktır. 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/2'nci, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 39 ve 93/3'üncü maddesindeki düzenlemeler nedeniyle yargılamalar uzayacak, yargılamaların uzaması nedeniyle davalı gecikme faizi ödemek durumunda kalacak, aynı eylemler nedeniyle zarara uğrayan davalılar aynı idare olan kişiler, sorumluların tespit edilip edilememesine, yargılamalarının sonuçlanıp sonuçlanmamasına, zarara neden olan üçüncü kişi ve kamu görevlileri hakkında verilecek hükümlerin mahiyetine göre haklı bir neden olmadan eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara maruz kalacaklardır. Bu ise, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir diyen Anayasanın 141/4'üncü maddesine, 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır. Borçlar Kanununun 55'inci maddesi ile getirilen ve sosyal güvenlik ödemeleri ile ilişkilendirilen rücu hükmünün, üst norm olan ve tazminat davalarında kamu görevlilerine kusurlarından dolayı rücu edilmek kaydıyla şeklinde belirlediği açık ve emredici hükmün uygulanmasını engellemiş, bazı hallerde üst normda öngörülen rücu hakkını ortadan kaldırmış, tali bir konuda yapılan yasal düzenleme, üst

norm olan Anayasa hükmünün önüne geçmiştir. Bu haliyle Borçlar Kanununun 55/2'nci maddesinin uygulanacağını belirttiği hükümlerden birisi olan Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesindeki, "Kısmen ve tamamen rücu edilemeyen,.." ibaresinin uygulanması nedeniyle haliyle Borçlar Kanununun 55/2'nci maddesinin Anayasanın 40, 129'uncu maddelerine aykırılık oluşturduğu gibi, sosyal güvenlik ödemelerinin yarar kabul edilmesine ilişkin ayırımın zarar görenler üzerinde yarattığı farklı uygulamaların, idari yargıda görülen davalarda, kişiler arasında eşitsizliğe yol açmış, bu da Anayasanın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun iptal edilen 3'üncü maddesi ile Türk Borçlar Kanununun 55'inci maddesinin ikinci fıkrası benzer gerekçelerle yapılan birbiriyle iç içe düzenlemelerdir. Bu nedenle birinin iptali sonrasında diğerinin varlığı hukuk bütünlüğünü bozmaktadır.

Sonuç olarak, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri sonucunda tazmin sorumluluğunu daraltan, yargılamanın bütünlüğünü bozan, idarenin mali sorumluluğu konusunda ikilik oluşturan, eşitlik ilkesine aykırı olan, ayrı bir idari yargının varlık gerekçelerine aykırı olan, yargılamaların uzamasına, aynı eylemler nedeniyle zarara uğrayan davalıları aynı idare olan kişiler arasında, sorumluların tespit edilip edilememesine, yargılamalarının sonuçlanıp sonuçlanmamasına, zarara neden olan üçüncü kişi ve kamu görevlileri hakkında verilecek hükümlerin mahiyetine göre haklı bir neden olmadan eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara neden olan, Anayasanın 40, 129'uncu maddelerinde belirtilen rücu sistemine aykırılık oluşturan, sosyal güvenlik ödemelerinin yarar kabul edilmesine ilişkin ayrımın zarar görenler üzerinde yarattığı farklı uygulamalar nedeniyle idari yargıda görülen davalarda, kişiler arasında eşitsizliğe yol açan, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, "Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır." hükmünün, Anayasa'nın "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." düzenlemesini içeren 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" düzenlemesini içeren 10'uncu maddesine, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır...idare,

kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür." düzenlemesini içeren 125'inci maddesine, "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" düzenlemesini içeren 141 inci maddesine, "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." düzenlemesini içeren Anayasanın 40'ıncı maddesi ile "Memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." düzenlemesini içeren Anayasanın 129'uncu maddesine, kamu yararı ve haklı bir neden olmadan, ayrı bir idari yargının varlık gerekçelerine uygun olarak idari eylem ve işlemlerden doğan davalara bakmakla görevli olan idari yargının görev alanına ilişkin Anayasanın 155'inci maddesine, ayrı bir askeri idari yargının varlık gerekçelerine uygun olarak idari eylem ve işlemlerden doğan davalara bakmakla görevli olan askeri idari yargının görev alanına ilişkin Anayasa'nın 157'inci maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

2- 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesindeki "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz." hükümde yer alan, "Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile" ibaresinin Anayasanın 2., 10., 40., 125., 129. ve 141'inci maddelerine Aykırı Görülmesi Hususunun İrdelenmesi:

İdare hukuku ilkelerine ve T.C.Anayasasının 125 inci maddesine göre, idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. İdare zarar görenin uğradığı zararın tamamını karşılamalıdır. İdarenin eylem ve işlemiyle zarar gören kişinin uğradığı zarar nedeniyle tazminat hesaplanırken zarara neden olan işlem ve eylemle illiyet bağı içerisinde bulunan yararlar da tazminattan indirilecektir. Bu tam tazmin ilkesinin bir gereğidir.

Mevzuatımızda da idarenin sorumlu olduğu kabul edilen eylem ve işlemler nedeniyle sağlanan yararlara ilişkin hükümler bulunmaktadır.

5434 sayılı Kanunun 65'inci maddesi; "Harb malûllerine aşağıda yazılı yardımlar yapılır:

a) Eksilen vücut organları, son usullere göre yapılması mümkün sunileriyle tamamlattırılır ve gerekirse tamir ettirilir veya yenisi yaptırılır.

b) Yurt içinde tedavileri mümkün olmadığı sağlık kurulunca tasdik olunacak raporla anlaşılanlar, yurt dışında parasız tedavi ettirilir.

ç) Yaşamak için gerekli hareketleri kendi kendine yapmaktan aciz oldukları sağlık kurulunca tasdikli raporla anlaşılacak ve kimsesizlikleri 108 inci maddeye göre belirtilecek olanlar Sandıkça, kurulacak (Harb Malûlleri Yurdu) nda parasız barındırılır ve tedavileri yaptırılır. Yedirilmeleri için harcanacak paralar bunların aylık ve harb malullüğü zamlarından kesilir.

(a), (b), (ç) fıkralarında yazılı yardımlar için Sandıkça harcanacak paralar her yılsonunda faturası karşılığında Hazineden alınır.

Yukarıdaki hükümler 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar ile hak sahipleri hakkında ilgisine göre uygulanır" hükmünü,

72'nci maddesi; "5510 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen durumlardan dolayı veya 3/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile bu Kanuna ek 18/12/1981 tarihli ve 2566 sayılı Bazı Kamu Görevlilerine Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında mütalaa edilen görevler nedeniyle veya 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren olaylar sebebiyle hayatlarını kaybetmiş bulunan iştirakçilerle bunlardan aylık almaktayken ölenlerin, baba veya analarına; yukarıda belirtilen kanunların veya bu Kanunun 56 ncı maddesi kapsamına girecek şekilde hayatını kaybeden erbaş ve erlere veya 56 ncı maddede belirtilen öğrencilere ya da bunlardan aynı sebeplerle aylık almakta iken ölenlerin ana veya babalarına; ölüm tarihini takıp eden ay başından geçerli olarak malullük ve muhtaçlık şartı aranmaksızın aylık bağlanır, hayatını kaybeden erbaş ve erler ile yedek subay okulu öğrencilerinin ana ve babasına bağlanan aylığın toplamı 16 yaşından büyük işçiler için tespit edilen otuz günlük

asgari ücretin net tutarından olamaz. Babaya bağlanan aylık, dul ve yetimlerin bulunması hali de dahil, ana ve babaya eşit olarak paylaştırılarak ödenir. Dul ve yetimlerle beraber baba veya anaya aylık bağlanması halinde, eş ve çocukların aylıklar baba veya ananın bulunmadığı durumlarda bağlanacak aylıktan az olamaz. 03/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Kanun ile bu Kanuna ek 18/12/1981 tarihli ve 2566 sayılı Kanun kapsamında mütalaa edilen görevler nedeniyle bağlanan aylıklar Bakanlar Kurulu Kararıyla iki katına kadar çıkartılabilir. Ödenecek aylığın Bakanlar Kurulunca artırılması halinde, bağlanan aylıkta meydana gelecek farklar ile dul ve yetimlerle beraber aylık bağlanması halinde, baba veya anaya bağlanan aylıklar da sosyal güvenlik kurumlarınca Hazineden tahsil edilir.

Yukarıdaki hükümler 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar ile hak sahipleri hakkında ilgisine göre uygulanır." hükmünü,

Ek 77'nci madde, "Bu Kanunun 56 ncı maddesinde belirtilen haller kapsamında, 5510 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen 03/11/1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 23/04/1981 tarihli ve 2453 sayılı Yurt Dışında Görevli Personele Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun, 18/12/1981 tarihli ve 2566 sayılı Bazı Kamu Görevlilerine Nakdi Tazminat Verilmesi ve Aylık dağlanması Hakkında Kanun, 28/02/1982 tarihli ve 2629 sayılı Uçuş, Paraşüt, Denizaltı, Dalgıç ve Kurbağa Adam Hizmetleri Tazminat Kanunu ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve 12/04/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (Ek ibare; 19/06/2010-6000 S. K/13, mad), 24/2/2000 tarihli ve 4536 sayılı Denizlerde ve Yurt Yüzeyinde Görülen Patlayıcı Madde ve Şüpheli Cisimlere Uygulanacak Esaslara İlişkin Kanun kapsamındaki görevler ile ayrıca barışta veya olağanüstü hallerde yapılan eğitim, tatbikat ve manevralar ile (Değişik ibare. 19/06/2010-6000 S.K/13 mad.) birlik halinde intikaller veya mayın dahil patlayıcı madde arama ve temizleme faaliyetlerinin bilfiil yapılması sırasında, bu harekat ve hizmetlerin sebep ve etkileriyle hayatlarını kaybedenlerin dul ve yetimleri ile malul olanlara, bunların ölümleri halinde de dul ve yetimlerine bu Kanuna göre bağlanan aylıklar, aşağıdaki esaslar dahilinde yükseltilir.

a) (Değişik bend: 13/06/2001 - 4677/1 md.) Subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaşlar, (Ek ibare: 04/07/2012 - 6353 S.K./70, md.) sözleşmeli subaylar, sözleşmeli astsubaylar, sözleşmeli erbaş ve erler ile Emniyet Teşkilatı personeli ve Milli İstihbarat Teşkilatı personeli dahil sivil iştirakçilerin dul ve yetimleri ile malûl olanlara, bunların ölümleri halinde de dul ve yetimlerine bağlanan aylıklar, kendisinden aylık bağlananlar ile malûllerin emsalleri esas alınarak her yıl kademe ilerlemesi her üç yılda bir derece yükselmesi işlemine tabi tutulur.

b) Bu şekilde yükseltilen aylıklarda, azami rütbe tavanı subaylarda (Ek ibare. 04/07/2012 - 6353 S.K./70. md.) (öğrenim durumuna bakılmaksızın astsubaydan subay olanlar dahil) kıdemli albaydır. Kıdemli albaylar ile general ve amirallere bir üst rütbenin aylığı bağlanır. Astsubaylar (Ek ibare: 17/04/2008-5754 S.K./75. mad) birinci derecenin üçüncü kademesine kadar yükseltilir. Uzman jandarmalarda yükselinebilecek azami derece ve kademe 27/07/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununda yer alan aylık gösterge tablolarında belirtilen en yüksek derece ve kademedir. Uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erlerin aylık yönünden yükseltilmeleri ise 18/03/1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanununun 16 ncı maddesinde belirtilen esaslara göre yapılır.

c) (Değişik bent; 04/07/2012-6353 S.K./70. md) Sivil iştirakçiler ile bu Kanunun 56 ncı maddesi 2330 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin (e) ve (f) bentleri ile 3713 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin (i) ve (j) bentlerinde belirtilenlere uygulanacak azami derece ve kademe ise, genel idare hizmetleri sınıfı esas alınarak öğrenim durumları itibarıyla 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre yükselebilecekleri derece ve kademedir.

(Ek fıkra: 13/06/2001-4677/1. md.) Birinci fıkra kapsamında bulunanlardan, başkasının yardım ve desteği olmadan yaşamak için gereken hareketleri yapamayacak derecede malûl olanlara, asgari ücretin net tutarı, aylıklarıyla birlikte ayrıca ödenir.

(Ek cümle: 17/04/2008-5754 S.K./75.mad) Yukarıdaki hükümler 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar ile hak sahipleri hakkında ilgisine göre uygulanır.

(Ek fıkra: 17/04/2008-5754 S.K./75.mad) Su maddeye göre yapılan ödemeler her türlü vergi, resim ve harçtan müstesna olup, faturası karşılığında Hazineden tahsil edilir." hükmünü,

Ek 79 uncu madde; "Aşağıda belirtilen kişilere bu madde uyarınca ek ödeme yapılır:

a) Harp malullerine.

b) Şehit dul ve yetimlerine.

c) Barışta, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı haller ile talim, tatbikat veya manevra sırasında görevin veya çeşitli harp silah ve vasıtalarının sebep ve tesiriyle vazife malûlü sayılan Türk Silahlı Kuvvetleri mensupları ile askeri harekâtı gerektiren iç tedip hareketleri veya güvenlik veya asayişin sağlanmasında Silahlı Kuvvetlerle birlikte veya ayrı olarak görevlendirilenlerden bu görevlerin çeşitli sebep ve tesirleriyle vazife malûlü sayılan jandarma ve emniyet mensupları ile sivil görevlilere.

d) (c) bendinde belirtilen görevlerin ifası sırasında, bu görevlerin çeşitli sebep ve tesirleriyle ölenlerin dul ve yetimlerine.

Hak sahiplerine, yukarıda yazılı durumlar sebebiyle, sosyal güvenlik kurumlarınca aylık bağlanmasına esas olan tarihten geçerli olmak üzere müracaat tarihini izleyen yılın en geç ilk üç ayı içinde TC. Emekli Sandığı tarafından ek ödeme yapılır. Ay farkları yıllık miktarın onikiye bölünmesi suretiyle hesaplanır.

Her yıl ödenecek miktar, malûllük derecelerine göre aşağıdaki yazılı göstergelerin ödemenin yapılması gereken yılın ilk dönemindeki Devlet memuru aylıklarına uygulanacak katsayı ile çarpımı sonucunda bulunacak tutardır.

(b) ve (d) bentlerinde sayılan dul ve yetimlere birinci derece malûllere uygulanan gösterge üzerinden; bunlar bir kişi ise tamamı, birden fazla ise eşit olarak paylaştırılmak suretiyle ve sosyal güvenlik kanunlarına göre dul ve yetim aylığı aldıkları sürece ödeme yapılır.

Harp veya vazife malûlü olanlara hayatta bulundukları sürece ödeme yapılır. Ancak, ölen malûlün son yıldaki pay tutarının beş katı, bir defaya mahsus olmak şartıyla kendisinden dul ve yetim aylığı bağlanacaklara eşit miktarda paylaştırılmak suretiyle yardım olarak ödenir.

Yukarıda sayılan şehit ve malûllerin çocuklarına; ilköğretim öğrencileri için (1250), lise öğrencileri için (1875) ve yüksek öğrenim öğrencileri için (2500) gösterge rakamlarının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar kadar her ay eğitim ve öğretim yardımı yapılır. Bu yardımlar 1 Eylül-31 Aralık tarihleri arasında yılda bir kez olmak üzere ve ilgili eğitim öğretim yılında öğrenci olduklarını gösterir belge ile müracaat edenlere, talepte bulunduğu yılın Eylül ayında geçerli olan memur aylık katsayısına göre hesap edilerek başvurularını izleyen ay içinde toptan ödenir.

Bu maddeye göre yapılan ödemeler herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi olmayıp, faturası karşılığında, Hazineden tahsil edilir.

Yukarıda sayılanlar, 13.10.1988 tarihli ve 3480 sayılı Kanun hükümlerine göre yaptırılmış olan sosyal tesislerden yararlandırılırlar.

Yukarıdaki hükümler 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamındaki sigortalılar ile hak sahipleri hakkında ilgisine göre uygulanır" hükmünü.

2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun 4'üncü maddesi; "Bu kanun kapsamına girenlerden,

a) Sakatlanarak bağlı oldukları sosyal güvenlik mevzuatına göre emekliye sevk edilenlere görev malullüğü aylığı bağlanır.

b) Emekli aylığı almakta iken sakatlananların almakta oldukları aylıkları görev malullüğü aylığına dönüştürülür.

c) Ölenlerin kendilerine bağlanması gereken görev malullüğü aylığı, dul ve yetimlerine intikal ettirilir.

Bu madde gereğince ilgili sosyal güvenlik kurumlarınca kendi mevzuatlarına göre bağlanan aylıklar, (5434 sayılı Kanunun 18.01.1979 gün ve 2177 sayılı Kanunla değişik 64 üncü maddesinden yararlananlar hariç) %25 artırılarak ödenir.

d) Herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayanların sakat kalmaları halinde, öğrenim durumlarına göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36 ncı maddesi hükümlerine göre belirlenecek giriş derece ve kademeleri üzerinden (Öğrenimi bulunmayanların ilkokul mezunu gibi) kendilerine, ölümlerinde dul ve yetimlerine 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre T.C. Emekli Sandığınca görev malullüğü aylığı %25 artırılarak bağlanır.

Bu madde hükümlerine göre T.C. Emekli Sandığınca artırılarak bağlanacak aylıklar; hiçbir suretle aynı derece, kademe ve ek göstergedeki emsaline 5434 sayılı Kanunun 2177 sayılı Kanunla değişik 64 üncü maddesi (e) fıkrasının son bendi gereğince bağlanması gereken miktarlardan fazla olamaz." hükmünü,

5'inci maddesi; "Bu Kanunun 2 nci maddesinde sayılanlardan görevleri veya yardımları sona erenlerin bilahare kendilerinin veya eş, füru, ana, baba ve kardeşlerin yaralanmaları, sakatlanmaları veya ölmeleri halinde bu durumlarının evvelce ifa ettikleri görev veya yardımdan meydana geldiği tevsik edilenlere 3 ve 4 üncü madde hükümleri uygulanır," hükmünü,

6'ncı maddesi; "Bu Kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığıdır.

Yargı mercilerinde maddi ve manevî zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar gözönünde tutulur," hükmünü,

8'inci maddesi; "Bu Kanunun 4 ve 5 inci maddeleri gereğince %25 fazlası ile bağlanan aylıklardaki bu fazlalık ile 4 üncü maddenin (d) bendine göre bağlanan aylıkların tamamı ilgili sosyal güvenlik kurumlarınca ödenir ve faturası karşılığında hazineden tahsil edilir." hükmünü,

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 21'inci maddesi; "Kamu görevlilerinden yurtiçinde ve yurtdışında görevlerini ifa ederlerken veya sıfatları kalkmış olsa bile bu görevlerini yapmalarından dolayı terör eylemlerine muhatap olarak yaralanan, sakatlanan, ölen veya öldürülenler hakkında 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Ayrıca;

a) (Değişik bent: 28/02/1995-4082/6 md.) Malul olanlarla, ölenlerin aylığa müstahak dul ve yetimlerine bağlanacak aylığın toplam tutarı, bunların görevde olan emsallerinin almakta oldukları aylıklardan; emekli olanların öldürülmeleri halinde ise, dul ve yetimlerine bağlanacak aylığın toplam tutarı ve Kanuna göre kendisine bağlanabilecek emekli aylığından az olamaz. Yaşamak için gereken hareketleri yapamayacak ve başkasının yardım ve desteğine muhtaç olacak derecede malûl olanlar ile ölenlerin dul ve yetimlerine en yüksek devlet memuru aylığı üzerinden, diğerlerine mevcut aylıkları üzerinden, 30 yıl hizmet yapmış gibi emekli ikramiyesi ödenir. Bu bent hükümlerine göre ilgililere fazla olarak yapılan ödemeler, faturası karşılığı ilgili sosyal güvenlik kuruluşlarınca Hazineden tahsil edilir.

b) Yurtiçinde ve yurtdışında kamu konutlarından yararlanmakta iken malul olanların kendileri ölenlerin aylığa müstahak dul ve yetimleri, Kamu Konutları Kanununda gösterilen özel tahsisli konutlarda oturanlar hariç olmak üzere, bir yıl süreyle kamu konutlarından yararlanmaya devam ederler. Bu süre sonunda kamu konutundan çıkacaklar ile kamu konutundan yararlanmayanlar ve özel tahsisli konutlarda oturanların istekleri halinde ikametgah olarak kullanacakları yurtiçindeki taşınmazın kira bedeli on yıl süre ile Devletçe karşılanır. Yurtdışındaki özel tahsisli konutlarda oturanların yurtdışı kira bedelleri de istekleri halinde bir yıl süre ile Devletçe karşılanır.

c) (Değişik bent: 04/07/2012 - 6353 S.K./75. md.) Konut kredisinden istifade bakımından 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun ek 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrasındaki hüküm, bir konut ile sınırlı olmak üzere, malul olanların kendileri, hayatını kaybedenlerin ise dul aylığı bağlanan eşi, dul aylığı bağlanacak eşin olmaması halinde yetim aylığına müstehak çocuklarının tamamının müşterek hakkı olarak bir çocuğu, çocuklarının da olmaması durumunda ana veya babası hakkında da uygulanır.

d) (Değişik bent: 04/07/2012 - 6353 S.K./75 md) Malul olanların kendileri, hayatını kaybedenlerin ve malul olanların eşleri; ana ve babaları ile bakmakla yükümlü olunan çocukları, yurt içinde Devlet Demiryollarında, Denizyolları Şehir Hatlarında ve belediye toptu taşıma araçları ile belediye tarafından kurulan şirketler veya özet firmalar aracılığıyla yaptırılan toplu taşıma işinde kullanılan araçlarda ücretsiz seyahat ederler. İlgii kurumlar ve yerel yönetimler bu hakkın kullanılmasına ilişkin gerekli tedbirleri alır. Bu bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının görüşü alınmak suretiyle Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

e) (Değişik bent: 28/2/1995 - 4082/6 md; Değişik bend: 22/02/2006-5460 SK./1. mad.; Değişik bent: 29/06/2006 - 5532 S.K 15.Mad) Malûl olanlar ile ölenlerin dul ve yetimleri, Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığınca kendilerine verilen tanıtım kartlarını ibraz etmeleri durumunda, kamu kurum ve kuruluşlarına ait bütün hastanelerde muayene ve tedavi edilirler. Bunların her türlü tedavi giderleri; ilgililerin herhangi bir kamu kurumu veya kuruluşunda çalışmaları halinde bu kurum veya kuruluşça, emekli, yaşlılık, malûllük veya dul ve yetim aylığı almaları halinde bağlı bulundukları sosyal güvenlik kurumunca, herhangi bir kuruma tâbi olarak çalışmamaları, 1/7/1976 tarihli ve 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamında aylık alanlar hariç emekli, yaşlılık, malûllük veya dul ve yetim aylığı almamaları durumunda Millî Savunma veya İçişleri Bakanlığınca karşılanır. Malûl olanların eksilen vücut organları, yurt içi veya yurt dışında en son teknik usullere göre yapılması mümkün sunileriyle tamamlatır ve gerekirse tamir ettirilir veya yenisi yaptırılır.

f) (Ek bent: 28/02/1995 - 4062/5 md.) Yurtiçinde tedavileri mümkün olmayanlar, yetkili sağlık kuruluşlarının raporlarına istinaden yurtdışında (...) (Mülga ibare: 31/05/2006-5510 S K/106.mad).

g) (Ek bent: 23/02/1995 - 4082/6 md.) Yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz olanlar ile kimsesizler, kamu kurum ve kuruluşlarına ait, bunlar bulunmadığı takdirde özel rehabilitasyon ve bakım merkezleri, yurtlar ve huzurevlerinde parasız olarak veya masrafları devlet tarafından karşılanmak üzere barındırılır, baktırılır (...) (Mülga ibare: 31/05/2006-5510 S.K./106.mad).

h) (Değişik bent: 04/07/2012 - 6353 S K./75. md.) Erbaş ve erlerden veya geçici veya gönüllü köy korucularından; terörle mücadele görevi ifa ederken yaralanarak veya sakatlanarak ilgili mevzuatına göre malullük aylığı bağlanması koşullarının oluştuğu tespit olunanlar, 2330 sayılı Kanuna göre aylık bağlanması hakkından ve bu fıkranın (c), (d) ve (g) bentlerindeki haklardan, bunların eş, ana ve babaları ile bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına giren çocukları da bu fıkranın (d) bendinde düzenlenen haklardan yararlandırılır. Erbaş ve erlerden veya geçici veya gönüllü köy korucularından; aynı sebeplerle hayatını kaybedenlerin veya bu fıkra kapsamında malul olması sebebiyle aylık almakta iken hayatını kaybedenlerin dul aylığına müstehak eşi, ana ve babaları ile yetim aylığına müstehak çocukları 2330 sayılı Kanun hükümlerine göre aylık bağlanması hakkından ve bu fıkranın (c) ve (d) bendindeki haklardan yararlandırılır. Bu fıkra kapsamında er ve erbaşlar için bağlanacak aylıklar, bitirmiş oldukları okullar neticesinde hak kazandıkları unvanlar üzerinden yürütmüş oldukları kamu görevleri sebebiyle daha yüksek aylık bağlanmasına ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla; en az dört yıllık yüksek öğrenim mezunu olanlar sekizinci derecenin birinci kademesindeki, diğerleri ise eğitim durumlarına bakılmaksızın onuncu derecenin birinci kademesindeki "Memur" unvanlı kadrolarda bulunanların emekli keseneğine esas aylıkları üzerinden hesaplanacak vazife malullüğü aylığı tutarından düşük olamaz ve bunlar için 5434 sayılı Kanunun ek 77 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre yapılacak yükseltmelerde aynı unvan ve derece başlangıç olarak esas alınır ve derece yükselmelerinde kadro şartı aranmaksızın yüksek öğrenim mezunu gibi işlem yapılır.

ı) (Ek bent; 13/11/1995 - 4131/1 md,; Değişik bent; 29/06/2006 - 5532 S.K 15.Mad) Terörle mücadeleden dolayı köyleri boşaltılan üniversite çağındaki öğrencilere ve ölenlerin çocuklarına yüksek öğrenimleri süresince Devletçe karşılıksız burs verilir.

i) (Ek bent 04/07/2012 - 6353 S. K/75. md.) Yedek subay okulu öğrencilerinden, harp okulları ile astsubay meslek yüksekokullarında veya üniversitelerin fakülte ve yüksekokullarında Türk Silahlı Kuvvetleri hesabına öğrenim görenler veya kendi hesabına öğrenim görmekteyken askeri öğrenci olanlar, Polis Akademisi ile Polis Meslek Eğitim Merkezinde veya üniversitelerin fakülte ve yüksekokullarında Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına öğrenim görenler veya kendi hesabına öğrenim görmekteyken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına öğrenim görmeye devam

edenler, Türk Silahlı Kuvvetleri, Emniyet Genel Müdürlüğü veya Milli İstihbarat Teşkilatı hesabına açılan okullarda öğrenim görenler ile Türk Silahlı Kuvvetleri veya Emniyet Genel Müdürlüğü adına öğrenim görmek üzere temel ve intibak eğitimine tabi tutulanlardan; 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı sayılmamış olup da bu öğrenimleri veya eğitimleri nedeniyle bu Kanun kapsamındaki terör eylemlerinde hedef alınarak hayatını kaybedenler ile yaralanan veya sakatlananlardan ilgili mevzuatına göre malullük aylığı bağlanması koşullarının oluştuğu tespit olunanların kendileri, 2330 sayılı Kanuna göre aylık bağlanması hakkından ve bu fıkranın (c), (d) ve (g) bentlerindeki haklardan, bunların eş, ana ve babaları ile bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına giren çocukları da bu fıkranın (d) bendinde düzenlenen haklardan yararlandırılır. Yukarıda sayılanlardan aynı sebeplerle hayatını kaybedenlerin veya bu fıkra kapsamında malul olması sebebiyle aylık almakta iken hayatını kaybedenlerin dul aylığına müstehak eşi, ana ve babaları ile yetim aylığına müstehak çocukları 2330 sayılı Kanun hükümlerine göre aylık bağlanması hakkından ve bu fıkranın (c) ve (d) bendindeki haklardan yararlandırılır.

j) (Ek bent: 04/07/2012 - 6353 S.K/75. md.) Terör eyleminin ortaya çıkarılması, etkilerinin azaltılması veya bertaraf edilmesinin sağlanmasında yardımcı ve faydalı olanlar bu faaliyetlerinden dolayı hayatını kaybettikleri, yaralandıkları veya sakatlandıkları; ilgili valinin teklifi üzerine Nakdi Tazminat Komisyonu tarafından karara bağlanan sivillerden ilgili mevzuatına göre malullük aylığı bağlanması koşullarının oluştuğu tespit olunanların kendileri, 2330 sayılı Kanuna göre aylık bağlanması hakkından ve bu fıkranın (c), (d) ve (g) bentlerindeki haklardan, bunların eş, ana ve babaları île bakmakla yükümlü olunan kişi kapsamına giren çocukları da bu fıkranın (d) bendinde düzenlenen haklardan yararlandırılır. Yukarıda sayılanlardan aynı sebeplerle hayatını kaybedenlerin veya bu fıkra kapsamında malul olması sebebiyle aylık almakta iken hayatını kaybedenlerin dul aylığına müstehak eşi, ana ve babaları ile yetim aylığına müstehak çocukları 2330 sayılı Kanun hükümlerine göre aylık bağlanması hakkından ve bu fıkranın (c) ve (d) bendindeki haklardan yararlandırılır.

(Ek fıkra: 04/07/2012 - 6353 S.K./75. md.) Kamu görevlileri ile birinci fıkranın (h) ve (j) bentleri kapsamına girenlerden terör olaylarını önlemek amacıyla her türlü patlayıcı maddeye bağlı olarak meydana gelen olaylar sonucunda ya da

her ne şekilde olursa olsun terör olaylarının önlenmesi, takibi veya etkisiz hale getirilmesi amacıyla ifa edilen görevler sırasında veya bu görevlere gidiş dönüşler esnasında meydana gelen kazalar sonucunda yaralanan, sakatlanan, hastalanan veya hayatını kaybedenler, birinci fıkranın durumlarına uygun hükümlerinden yararlandırılır.

(Ek fıkra: 04/07/2012 - 6353 S.K./75 md) Birinci fıkranın (h), (i) ve (j) bentlerinde belirtilenlerden bu Kanun kapsamındaki olaylar sebebiyle yaralananlar, tedavileri sonuçlanıncaya veya maluliyetleri kesinleşinceye kadar geçen süre içinde 5510 sayılı Kanuna göre sağlanan sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan, aynı sebeplerle tedavi gören malul kamu görevlilerine ilişkin hükümler çerçevesinde yararlandırılır. Erbaş ve erler için Türk Silahlı Kuvvetlerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarında yapılan tedaviler hariç, bu kapsamda yapılacak giderlerin tamamı; ilgililerin genel sağlık sigortalısı olup olmadığına bakılmaksızın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır. Ancak, bu kişilerden 5510 sayılı Kanuna göre genel sağlık sigortası kapsamında yer almayanlar için, Sosyal Güvenlik Kurumunca yapılmış olan giderler, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından; erbaş ve erler için ilgisine göre Millî Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, diğerleri için Maliye Bakanlığından tahsil olunur.

Kendilerine aylık bağlanan dul ve yetimler; ilgili sosyal güvenlik kurumları mevzuatı gereği aylıklarının kesilmesi halinde, bu madde ile verilen diğer haklardan da yararlanamazlar" hükmünü içermektedir.

04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesi yürürlüğe girmeden önce, Dairemizce, yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri ve zararın tazmin edilmesine ilişkin ilkeler uyarınca, Sosyal Güvenlik Kurumunca bağlanan aylıklardan, prim karşılığı olmayanlar (Zorunlu askerlik hizmetini yapan er ve erbaşlar gibi yükümlülere bağlanan aylıklar) yarar kabul edilmekte, prim karşılığı bağlanan aylıklardan, idarenin sorumluluğunu gerektiren olay olmasa, başka bir olay olsa dahi bağlanacak olan kısmı yarar kabul edilmemekte, sadece idarenin sorumluluğunu gerektiren olay nedeniyle fazladan bağlanan kısmı, örneğin vazife malullüğü aylığı ile adı malulüyet aylığı arasındaki fark yarar olarak kabul edilip zarar ve tazminattan indirilmekte idi.

04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 11.01.2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55/1'inci maddesi ile şu düzenleme getirildi: "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz." Getirilen bu hükme göre sosyal güvenlik ödemelerinden rücu edilebilenler zarar ve tazminattan indirilebilecek, rücu edilemeyenler ise zarar ve tazminattan indirilemeyecektir.

Anayasasının 125'inci maddesinde yer alan, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararları ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin hüküm uyarınca, idarenin eylem ve işlemiyle bir zarar meydana geldiğinde, sorumluluğu gerektiren şartların gerçekleşmesi halinde, zarar ve tazminattan indirim yapılmasını gerektiren nedenler yok ise, zarar görenin zararının tamamının karşılanması zarar verenin verdiği zarardan fazlasıyla ödeme yapmaması, kısacası zarar verenin mükerrer ödeme yapmaması, zarar görenin sebepsiz zenginleşmemesi, idarenin yanında sorumlu başka kişiler var ise, Anayasanın 40, 129, 657 sayılı Kanunun 13, 6098 sayılı Kanunun 61 ve devamındaki ve diğer mevzuat hükümlerindeki sorumluluğa ve rücuya ilişkin hükümler uyarınca, idarenin zararı karşıladıktan sonra ilgili kişiye rücu etmesi gerekmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesindeki hükmün, Anayasadaki bu konudaki ilgili hükümler uyarınca, zarar görenin zararının tam olarak karşılanmasına engel olmaması, zarar verenin mükerrer ödeme yapmasına, zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine, eşitlik ilkesine aykırı sonuçlara, yargılamaların gereksiz yere uzamasına neden olmaması gerekmektedir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesinin konuya ilişkin gerekçesi şu şekildedir: "Borçlar Kanununda, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlar ayrı hükümler hâlinde düzenlenmiştir. Ayrı düzenleme, kodifikasyon tarihi itibariyle bu zararların mahiyetinden, yeni kanunumuz bakımından ise, ek olarak bu zararların insan hakkı niteliklerinden kaynaklanmaktadır.

"İnsan Zararları" olarak da kavramlaştırılabilecek olan bu zararların hesabında Borçlar Kanunu, özellikle yeni 49-52 madde hükümleri, diğer özel yasalar ve sorumluluk hukuku ilkeleri gözetilecektir. Destekten yoksun kalma ve iş

göremezlik tazminatları, bu yönüyle takdir temelinden daha çok, bağımsız bir yapı özelliği kazanmış metrik temele (tazminat metriğine) dayanır (YHGK 21.3.1990 t, 4-586/199-E/K; YHGK. 21.3.1990 t, 10-688/191-E/K. Any. m. 19/son fıkra, "... tazminat hukukunun genel prensipleri.. ." ibaresi).

Bu zararların belirlenmesinde ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı yeni ve özel hükümler öngörülmüştür. Bu hükümlerin şevkinde tazminatın önleyici işlevi, insan hakkı karakteri, zarar vereni ödüllendirme sonucunu doğuracak yöntemlerden kaçınma ve sorumluluk hukukunun diğer ilkeleri esas alınmıştır.

Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bir kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemeyecektir.

İnsan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ve ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur. Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmamaktadır. Tazminata, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile yahut ifa amacı taşımayan diğer ödemelerle karşılanmayan zarar biçiminde bir yaklaşım, ne onun kaynağı ile ve ne de onun işlevi ile bağdaşmaz. Bu yönüyle sorumluluk (tazminat) hukuku ile sosyal güvenlik hukuku arasında bir mahiyet farkı bulunmaktadır. Öte yandan rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı olmadıktan başka, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi de yoktur. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemektedir.

İfa amacı taşımayan ödemeler, tazminattan indirilemeyecektir. Zarar veren yahut üçüncü kişi tarafından ödeme kastı dışında kalan saiklerle yapılan ödemeler (sözgelimi yardımlar ve benzerleri) denkleştirilemeyecektir.

Zarar görenin mamelekine yukarıda belirtilen türden dâhil olan ödemelere, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanınamaz. Tersine bir yaklaşım, sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmaz. Yasa koyucu bu tercihi ile farklı uygulamaları hak ekseninde bütünleştirmiştir..."

Madde gerekçesine göre, insan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ve ifa amacını taşımayan diğer edinimlerle bir bağı ve bağlantısı yoktur. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmamaktadır. Rücu edilemeyen ödemeler nedeniyle zarar görenin mamelekine dâhil olan ödemelere, tazminat hakkını veya destek ilişkisini çökerten bir etki tanınamaz. Tersine bir yaklaşım, sorumluluk hukukunun önleyici (tenkil) karakteri ile de bağdaşmaz Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Rücu edilemeyen ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı olmadıktan başka, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi de yoktur. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemektedir.

6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesi, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerini dikkate almadan, sosyal güvenlik ödemelerini indirim işlevini görebilmesini, rücu edilip edilmemesine bağlaması, Devletin zarardan sorumlu olduğu tam yargı davalarında hukuki sorunlara neden olmaktadır. Öncelikle Sosyal Güvenlik Kurumu ve sosyal güvenlik ödemeleri ile Devlet ve onun sorumluluğu arasında bir ilişki var mıdır? Yok ise, sosyal güvenlik ödemeleri rücu edilip edilmemesine göre neden devletin sorumlu olduğu tam yargı davalarında zarardan, tazminattan indirilmektedir? Bu davalarda rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi yok mudur? Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemekte midir?

Sosyal Güvenlik Kurumu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili kuruluşu olup, Devlet sosyal güvenlik sisteminin finansmanına katkı sağlamaktadır. Yukarıda sağlanan yararlara ilişkin mevzuat hükümlerinde belirtildiği gibi, bazı sosyal güvenlik ödemeleri, zarar görene ödendikten sonra, faturası karşılığı Hazineden tahsil edilmektedir. Bu durumda bu ödemeler Borçlar Kanununun 55'inci maddesi anlamında rücu edilip edilmemesi söz konusu olacak bir ödeme midir? Yoksa Sosyal Güvenlik Kurumunun ödenmesine aracılık yaptığı bir ödeme midir? Bu durumda rücu konusunda 5510 sayılı Kanunun 39'uncu maddesi hükmü mü yoksa rücuya ilişkin Anayasa, Devlet Memurları Kanunu, Borçlar Kanunu ile diğer Mevzuat hükümlerindeki hükümler mi dikkate alınacaktır? 2330 sayılı Kanunun 6'ncı maddesinde belirtilen bu kanun uyarınca bağlanan aylıkların ve ödenen nakdi tazminatın maddi ve manevi zarar karşılığı olduğu şeklindeki hükmün bu sistem içerisinde yeri nedir.

6098 sayılı Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesi yürürlüğe girdikten sonra Dairemizin oyçokluğu ile verdiği kararlarda, Sosyal Güvenlik Kurumunca bağlanan aylıklar sosyal güvenlik ödemesi kabul edilmiş, bu ödemelerden iştirakçi olan rütbeli personelden adi malûl aylığı hakkını kazanmış personelin vazife malullüğü aylığı ile adi malûl aylığı arasındaki fark, diğer durumlarda aylığın tamamı, 2330, 3713 sayılı Kanun kapsamında yapılan ödemelerden yukarıda belirtilen doğrultuda aylıklar yarar olarak kabul edilmiş, Sosyal Güvenlik Kurumunun 39'uncu maddesi çerçevesinde yaptığı değerlendirme sonucu Mahkememize bildirdiği, sosyal güvenlik ödemelerinin rücuya tabi olup olmadığı konusundaki cevabi yazıya itibar edilerek karar verilmiştir Rücu durumunda aylıkların ilk peşin sermaye değerinin yarısı, 2330, 3713 sayılı Kanun kapsamında yapılan aylıktaki %25 oranındaki artışın ve nakdi tazminat ödemesinin tamamı, rücu söz konusu değil ise, yalnızca 2330, 3713 sayılı Kanun kapsamında yapılan aylıktaki %25 oranındaki artışın ve nakdi tazminat ödemesinin tamamı yarar kabul edilip zarardan düşülecektir. Rücu durumunda hukuken rücu edilebilme değil fiilen rücu edilebilme aranacaktır. Sosyal Güvenlik Kurumunca rücuya tabi olduğu belirtilen ödemelerde, özellikle terör olayları sonucu gerçekleşen sosyal güvenlik ödemelerinde fiilen rücu yapılamadığı bildirildiği için, bu ödemeler zarar ve tazminattan indirilmemiştir.

Belirtilen bu açıklamalar çerçevesinde, Devletin kusur ve kusursuz sorumluluğunun mevcut olduğu durumlarda, Anayasaya aykırı görülen hususlar aşağıda örnekler üzerinden belirtilmiştir.

1'inci durumda, A isimli asker şahıs, terör eylemi sonucu, aylık bağlanmayı gerektirecek derecede yaralanıp sakatlanmıştır. A isimli asker şahsa 3713 ve bu Kanunun yaptığı atıf dolayısıyla 2330 sayılı Kanun uyarınca vazife malullüğü aylığı bağlanacaktır. 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanunun 4'üncü maddesinde; bu madde gereğince ilgili sosyal güvenlik kurumlarınca kendi mevzuatlarına göre bağlanan aylıkların, %25 artırılarak ödeneceği, 4/d maddesinde; bu kanun kapsamına girenlerden; herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tabi olmayanların sakat kalmaları halinde, öğrenim durumlarına göre 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36'ncı maddesi hükümlerine göre belirlenecek giriş derece ve kademeleri üzerinden (Öğrenimi bulunmayanların ilkokul mezunu gibi) kendilerine, ölümlerinde dul ve yetimlerine 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre T.C Emekli Sandığınca görev malullüğü aylığı %25 artırılarak bağlanacağı, 6'ncı maddesinde; Bu Kanun hükümlerine göre ödenecek nakdi tazminat ile bağlanacak emekli aylığı uğranılan maddi ve manevi zararların karşılığı olduğu, yargı mercilerinde maddi ve manevi zararlar karşılığı olarak kurumların ödemekle yükümlü tutulacakları tazminatın hesabında bu kanun hükümlerine göre ödenen nakdi tazminat ile bağlanmış bulunan aylıklar göz önünde tutulacağı, 8'inci maddesinde; bu Kanunun 4 ve 5' inci maddeleri gereğince %25 fazlası ile bağlanan aylıklardaki bu fazlalık ile 4 üncü maddenin (d) bendine göre bağlanan aylıkların tamamının ilgili sosyal güvenlik kurumlarınca ödeneceği ve faturası karşılığında hazineden tahsil edileceği belirtilmiştir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun; "Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malul veya vazife malulü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücû edilir." hükmü yer almaktadır. Borçlar Kanununun 55/1 inci maddesinde de, rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinin zarar ve tazminattan indirileceği belirtilmiştir. Bağlanan aylığın tamamının veya artırılmış kısmının ilgili sosyal güvenlik kurumlarınca ödenip ve faturası karşılığında hazineden tahsil edileceği belirtilmesine rağmen bu ödeme sosyal güvenlik ödemesi mi sayılacaktır? Üçüncü kişinin kastının belirlenmesi için kesinleşmiş bir mahkeme kararının gerekli olup olmadığı bir yana, üçüncü kişiye hukuken rücu edebilme mi yoksa fiilen rücu edebilme mi dikkate alınacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, 6098 sayılı Borçlar Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra, Dairemizin oyçokluğu ile verdiği kararlarda, bu ödemeler sosyal güvenlik ödemesi kabul edilmiş, Sosyal Güvenlik kurumunca, zarara neden olan üçüncü kişilerin tespit edilip bugüne kadar rücu edilemediği bildirildiğinden

fiilen rücu edilebilme kabul edilmiş, fiilen rücu söz konusu olmadığından Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesi uyarınca bu ödemeler yarar olarak kabul edilip zarar ve tazminattan indirim yapılmamıştır. Borçlar Kanununun 55/1 inci maddesinde ve gerekçesinde pirim karşılığında olmayan, ödeme yapıldıktan sonra faturası karşılığı hazineden tahsil edilen bu ödemelerle diğer sosyal güvenlik ödemeleri arasında ayrım yapıldığına ilişkin açık bir ibare de yoktur Fiilen rücu durumunda da, zarara neden olan üçüncü kişinin ele geçirilme durumu vardır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 93'üncü maddesinde, bu Kanuna dayanılarak Kurumca açılacak tazminat ve rücû davalarının, on yıllık zamanaşımına tâbi olduğu, zamanaşımı tarihinin; rücû konusu gelir ve aylıklar bakımından Kurum onay tarihinden, masraf ve ödemeler için ise masraf veya ödeme tarihinden itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla fiilen rücu durumunda da, kasıtlı bir eylemden/suçtan ele geçirilebilme/mahkum olabilme ve rücu edilebilme söz konusudur. Bu nedenle rücu edilip edilememe, dolayısıyla rücu edilebilen kısmın zarar ve tazminattan indirilebilmesi için zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre boyunca tam yargı davasının sonuçlandırılmaya beklenmesi gerekmektedir. Bunun ise, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir diyen Anayasa'nın 141/4'üncü maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Bu bekleme durumunda, zarar gören zararının karşılanması için yıllarca bekleyecek, davalı ve sorumlu olan Devlette bu süre içerisinde ödeyeceği tazminat için gecikme faizi ödeyecek, duruma göre belki de tazminattan indirilecek kısımdan daha fazla gecikme faizi ödeyecektir. Bu durumun ise Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğunu belirten Anayasanın 2'nci maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Üçüncü kişinin ele geçirilmesine bağlı olarak rücu edilip edilemeye göre, benzer eylemler nedeniyle aynı anda aynı oranda zarar gören kişilerden, bir kısmı rücu edilen kısım nedeniyle daha az tazminat alacak, tazminatını daha geç alacak, üçüncü kişinin mali durumunun uygun olmaması nedeniyle rücu edilen kısmı üçüncü kişiden tazmin edemeyecektir. Bu durumun ise, herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirten Anayasanın 10'uncu maddesine, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirten Anayasanın 125'inci maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Borçlar Kanununun 55'inci maddesinin gerekçesine göre, sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu

edilebilmesine bağlıdır. Rücu edilemeyen ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar verenin bir katkısı olmadıktan başka, rücu edilen ödemelere nazaran zarar verenin mükerrer ödemesi de yoktur. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da gerçekleşmemektedir. Rücu edilemeyen ödemeler zarar ve tazminattan indirildiğinde, zarar verenlerden birisi olan Devlet ödüllendirilmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu ödemeler faturası karşılığı hazineden tahsil edilmektedir. Devletin ve SGK'nın üçüncü kişiye ilgili mevzuat hükümleri uyarınca rücu edebilmesi söz konusu olduğundan üçüncü kişi de ödüllendirilmemektedir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinin oluşmasında zarar veren üçüncü kişinin bir katkısı olmamakla birlikte sorumlu olanlardan biri olan Devletin katkısı bulunmaktadır. Bu ödemeler faturası karşılığı hazineden tahsil edilmektedir. Bu nedenle rücu edilemeyen sosyal güvenlik hak ve ödemelerinde Devletin mükerrer ödemesi söz konusu olmaktadır. Rücu edilememe durumunda denkleştirmenin kurucu unsuru olarak illiyet bağı koşulu da, prim ödemeyen bir askeri şahıs söz konusu olduğunda, zarar görenlere devletin sorumluluğunu gerektiren olay nedeniyle, herhangi bir prim ödenmeden bu ödemeler yapıldığından gerçekleşmiştir. Zarar gören, zarar verici olay olmasaydı yoksun kaldığı gelirleri tazminat olarak alacak, rücu edilememe nedeniyle aynı zamanda bağlanan aylıkları alacaktır. Bu durumda zarara neden olan olay olmasaydı elde edeceği gelirlerden daha fazlasını alacak. Sebepsiz zenginleşecek, Devlette aynı oranda mükerrer ödeme yapmış olacaktır. Hukuk devleti ilkesi ise, sebepsiz zenginleşmeye ve kişilerin sorumlu olduklarından fazla bir şekilde ödeme yapmasına cevaz vermez. Bu nedenle bu durumun, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk Devleti olduğunu belirten Anayasanın 2'nci maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

2'nci durumda, A isimli asker şahıs 2330 sayılı Kanun kapsamında aylık bağlanmayı gerektirecek derecede yaralanıp sakatlanmıştır. A isimli asker şahsa 2330 sayılı Kanun uyarınca vazife malullüğü aylığı bağlanacaktır. A, üçüncü bir kişinin kasti bir eylemi sonucu yaralanıp sakat kalabileceği gibi, 2330 sayılı Kanun kapsamında üçüncü bir kişinin kastı olmaksızın, görev esnasında yaralanıp sakat kalabilir. Üçüncü bir kişinin kasti bir eylemi sonucu yaralanıp sakat kalması ve vazife malullüğü aylığı bağlanması halinde 1 numaralı durumda belirtilen açıklamalar bu durumda da geçerlidir. 2330 sayılı Kanun kapsamında üçüncü bir kişinin kastı olmaksızın, görev esnasında yaralanıp sakat kalması ve vazife

malullüğü aylığı bağlanması halinde rücu edilebilecek kimse olmadığından, rücu durumu söz konusu olmayacaktır. Rücu durumu söz konusu olmadığından bu kişinin tazminat hesabında sosyal güvenlik ödemeleri dikkate alınmayacak, bu kişi ile üçüncü bir kişinin kasti bir eylemi sonucu yaralanıp sakat kalan kişinin alacağı tazminat arasında fark olacak, bu kişiler arasında eşitlik ilkesine aykırı uygulama yapılmış olacaktır. Bunun da, herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirten Anayasanın 10'uncu maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

3'üncü durumda, A isimli asker şahıs üçüncü bir şahsın kasıtlı veya taksirli bir eylemi sonucu aylık bağlanmayı gerektirecek derecede yaralanıp sakatlanmıştır. A isimli asker şahsa vazife malullüğü aylığı bağlanacaktır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun "Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu" başlıklı 39'uncu maddesinde; "Üçüncü bir kişinin kastı nedeniyle malûl veya vazife malûlü olan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine, bu Kanun uyarınca bağlanacak aylığın başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için Kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücû edilir." hükmü yer almaktadır. Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesinde de, rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinin zarar ve tazminattan indirileceği belirtilmiştir. Üçüncü bir şahsın kasıtlı veya taksirli bir eylemi sonucu yaralanan A isimli asker şahsa bağlanan vazife malullüğü aylığının, 1 ve 2'nci durumlarda bağlanan aylıklarda olduğu gibi, bağlanan bu aylıkların ödeme yapıldıktan sonra faturası karşılığı hazineden tahsil edileceğine, maddi ve manevi zarar karşılığı olduğuna dair mevzuatta bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu büyük bir kısmı da sosyal güvenlik sistemine bağlı olan, mali durumları zayıf olan üçüncü kişilere rücu edilebilme şartları konusunda, kast-taksir ayrımı, rücu edilebilecek miktarın azlığı-çokluğu konusunda, sosyal devlet olmanın gereği olarak, sosyal güvenlik sisteminin özelliklerini de göz önünde bulundurarak düzenlemeler yapabilir. Ancak Anayasa'nın 125'inci maddesinde, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Zarar görenin zararı karşılandıktan sonra, sorumlu olan kişilere rücu edilip edilmemesi, edilecekse, hangi şartlarda ve ne miktarda rücu edilebileceği ise ayrı bir konudur. Borçlar Kanununun 55/1 inci maddesindeki gibi, rücu edilebilme ile tazminatın ikamesi ve denkleştirme arasında doğrudan bir ilişki kurulduğunda, Devletin sorumlu olduğu tam yargı davalarında, aynı görev yerinde kasıtlı bir eylem sonucu yaralanıp sakat kalan kişi ile, aynı görev yerinde taksirli bir eylem sonucu yaralanıp sakat kalan kişinin alacağı tazminat miktarı arasında fark oluşturacaktır. Rücu edilen kısım

uyarınca üçüncü kişinin mali durumunun zayıf olması halinde bu kısma ilişkin zararda, üçüncü kişiye açılabilecek dava sonucunda giderilemeyecektir. Bunun ise, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin Anayasa'nın 125 inci maddesine, herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirten Anayasa'nın 10'uncu maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. 1'inci durumdaki üçüncü kişinin kastının belirlenmesi için kesinleşmiş bir mahkeme kararının gerekli olup olmadığına, üçüncü kişiye hukuken rücu edebilme mi yoksa fiilen rücu edebilmenin mi dikkate alınacağına, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 93'üncü maddesindeki hüküm nedeniyle, fiilen rücu durumunda da, kasıtlı bir eylemden/suçtan ele geçirebilme/mahkum olabilme ve rücu edilebilmeye, rücu edilip edilememe, dolayısıyla rücu edilebilen kısmın zarar ve tazminattan indirilebilmesi için zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre boyunca tam yargı davasının sonuçlandırılmayıp beklenmesi gerektiğine, bunun ise, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir diyen Anayasa'nın 141/4'üncü maddesine aykırı olduğuna, zamanaşımı süresi içerisinde bekleme durumunda, zarar gören zararının karşılanması için yıllarca bekleyeceğine, davalı ve sorumlu olan Devletinde, bu süre içerisinde ödeyeceği tazminat için gecikme faizi ödeyeceğine, duruma göre belki de tazminattan indirilecek kısımdan daha fazla gecikme faizi ödeyeceğine, bu durumun ise Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğunu belirten Anayasanın 27'nci maddesine aykırı olduğuna, üçüncü kişinin ele geçirilmesine bağlı olarak rücu edilip edilememeye göre, benzer eylemler nedeniyle aynı anda aynı oranda zarar gören kişilerden, bir kısmının rücu edilen kısım nedeniyle daha az tazminat alacağına, tazminatını daha geç alacağına, üçüncü kişinin mali durumunun uygun olmaması nedeniyle rücu edilen kısmı üçüncü kişiden tazmin edemeyeceğine, bu durumun ise, herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirten Anayasanın 10'uncu maddesine, idarenin, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunu belirten Anayasanın 125'inci maddesine aykırı olduğuna, zarar görenin, zarar verici olay olmasaydı yoksun kaldığı gelirleri tazminat olarak alacağına, rücu edilememe nedeniyle aynı zamanda bağlanan aylıkları da alacağına, bu durumda zarara neden olan olmasaydı elde edeceği gelirlerden daha fazlasını alacağına, sebepsiz zenginleşeceğine, Devletinde aynı oranda mükerrer ödeme yapmış olacağına, Hukuk Devletinin ise, sebepsiz zenginleşmeye ve kişilerin sorumlu olduklarından fazla bir şekilde ödeme yapmasına

cevaz vermeyeceğine, bu nedenle bu durumun, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk Devleti olduğunu belirten Anayasanın 2'nci maddesine aykırı olduğuna ilişkin açıklamalar bu 3'üncü durumda da geçerlidir.

4'üncü durumda, A isimli asker şahıs kamu görevlisinin kasıtlı veya taksirli bir eylemi sonucu aylık bağlanmayı gerektirecek derecede yaralanıp sakatlanmıştır. A isimli asker şahsa vazife malullüğü aylığı bağlanacaktır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun "Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından Üçüncü Kişinin Sorumluluğu" başlıklı 39'uncu maddesinde; "... Malûllük, vazife malullüğü veya ölüm hali, kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareci tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan aylıklar için Kurumca, kurumuna veya ilgililere rücû edilmez." hükmü düzenlenmiştir. Rücu için kesinleşmiş mahkûmiyet kararı şartı aranmaktadır. Bu çerçevede 3 numaralı durumda belirtilen açıklama ve Anayasaya aykırılık iddiaları 4 numaralı bu durumda da geçerlidir. Ayrıca, Anayasanın 40'ıncı maddesinde; "Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.". 129'uncu maddesinde; "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir." hükümleri yer almaktadır. Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesine göre rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemeleri, zarar ve tazminattan indirildiğinde, indirilen bu kısım için zarar gören kamu görevlilerine karşı dava açmak durumunda kalacaktır. Oysa, Anayasanın 40 ve 129'uncu maddelerinin söz konusu olduğu durumlarda kamu görevlisi aleyhine dava açılamaz. Bu husus Anayasa gereği kurulan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 24'üncü maddesinde; "Kişiler askeri görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, sadece bu mahkemede ilgili kurum aleyhine tazminat davası açabilirler. Kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır" şeklinde ifade edilmiştir. Borçlar Kanununun 55'inci maddesi ile getirilen ve sosyal güvenlik ödemeleri ile ilişkilendirilen rücu hükmünün, üst norm olan ve tazminat davalarında kamu görevlilerine kusurlarından dolayı rücu edilmek kaydıyla şeklinde belirlediği açık ve emredici

hükmün uygulanmasını engellediği, bazı hallerde üst normda öngörülen rücu hakkını ortadan kaldırdığı, tali bir konuda yapılan yasal düzenlemenin, üst norm olan Anayasa hükmünün önüne geçtiği, bu haliyle Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesindeki, "Kısmen ve tamamen rücu edilemeyen..." ibaresinin Anayasanın 40., 129'uncu maddelerine aykırılık oluşturduğu gibi, sosyal güvenlik ödemelerinin yarar kabul edilmesine ilişkin ayrımın zarar görenler üzerinde yarattığı farklı uygulamaların, idari yargıda görülen davalarda, kişiler arasında eşitsizliğe yol açtığı, bununda Anayasanın 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Bu açıdan Borçlar Kanununun 55/1'inci maddesinin Anayasanın 10., 40. ve 129'uncu maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Yine zarar gören Ceza Muhakemesi Kanununun 231'inci maddesi kapsamında kalan bir eylem sonucu yaralanıp sakat kaldığında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde, anılan madde uyarınca verilen hüküm hukuki sonuç doğurmadığından, rücu için gerekli olan mahkumiyet şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Ancak verilen hüküm 5 sene süreyle askıda olup, bu sürenin sonunda maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, mahkumiyete ilişkin hüküm düşecek, şartların gerçekleşmemesi halinde mahkumiyet açıklanacak ve mahkumiyet hükmü kesinleştiğinde, rücu için aranan mahkumiyet şartı gerçekleşmiş olacaktır. Bu süreç içerisinde sosyal güvenlik ödemelerini rücu edip etmeme açısından tam yargı davası sonuçlanmayacak, bu nedenle, yargılama uzayacak, zarar gören kişilerin alacakları tazminatlar arasında, aynı eyleme maruz kaldıkları halde, zarar veren kişilerin bireysel durumları, cezanın kişiselleştirilmesi gibi durumlar nedeniyle farklılıklar olacak, bu kişiler haklı bir neden olmadan farklı muameleye maruz kalacak, bu süreç içerisinde devlette gecikme faizi, duruma göre belki de tazminattan indirilecek kısımdan daha fazla gecikme faizi ödeyecektir. Bunun ise, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir diyen Anayasanın 141/4'üncü maddesine, Türkiye Cumhuriyetinin, hukuk Devleti olduğunu belirten Anayasanın 2'nci maddesine, herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirten Anayasanın 10'uncu maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

5'inci durumda, A isimli asker şahıs kamu görevlisi veya üçüncü kişinin kasıtlı ve taksirli eylemi olmaksızın aylık bağlanmayı gerektirecek derecede yaralanıp sakatlanmıştır. A isimli asker şahsa vazife malullüğü aylığı bağlanacaktır. Rücu edilebilecek kimse olmadığından, rücu durumu söz konusu olmayacaktır. Terör olayı sonucu, 2330 sayılı Kanun kapsamındaki görevler nedeniyle, kamu görevlisi

veya üçüncü kişinin kasıtlı ve taksirli eylemi sonucu yaralanıp sakatlanan kişiler hakkında sosyal güvenlik ödemelerinin rücu durumu olduğu halde, bu kişi için rücu durumu söz konusu olmadığından bu kişinin tazminat hesabında sosyal güvenlik ödemeleri dikkate alınmayacak, belirtilen diğer kişilerin alacağı tazminat arasında fark olacak, bu kişiler arasında eşitlik ilkesine aykırı uygulama yapılmış olacaktır. Bunun da, herkesin kanun önünde eşit olduğu belirtilen Anayasanın 10'uncu maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Zarar gören, zarar verici olay olmasaydı yoksun kaldığı gelirleri tazminat olarak alacak, rücu edilememe nedeniyle aynı zamanda bağlanan aylıkları alacaktır. Bu durumda zarara neden olan olay olmasaydı elde edeceği gelirlerden daha fazlasını alacak, sebepsiz zenginleşecek, Devlette aynı oranda mükerrer ödeme yapmış olacaktır. Hukuk devleti ilkesi ise, sebepsiz zenginleşmeye ve kişilerin sorumlu olduklarından fazla bir şekilde ödeme yapmasına cevaz vermez. Bu nedenle bu durumun, Türkiye Cumhuriyetinin bir Hukuk Devleti olduğunu belirten Anayasanın 2'nci maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle;

1- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55/2'inci maddesindeki; "Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davlarda da uygulanır." hükmünün bu davada uygulanacak hüküm olduğu ve bu hükmün, Anayasanın 2., 10., 40., 125., 129., 141., 155., 157'nci maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından,

2- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55/1'inci maddesindeki; "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz." hükmünde yer alan, "Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile" ibaresinin bu davada uygulanacak hüküm olduğu ve bu ibarenin, Anayasanın 2., 10., 40., 125., 129. ve 141'inci maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından,

belirtilen hüküm ve ibareye ilişkin yasal düzenlemenin iptali için, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40'ıncı maddesinin (1) numaralı fıkrasına uygun olarak dava dosyasından çıkartılacak onaylı belgelerin Anayasanın 152/1 ve 6126 sayılı Kanunun 40/(1) maddeleri uyarınca ANAYASA MAHKEMESİ'NE GÖNDERİLMESİNE, bu sebeple davanın GERİ BIRAKILMASINA,

26 MART 2014 tarihinde OYÇOKLUĞU ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 55. maddesi şöyledir:

"c. Belirlenmesi

Madde 55- *Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır.* ***Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile*** *Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.*

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 40., 125., 129., 141., 155. ve 157. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 14.5.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle on yıllık süre sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlıklı 152. maddesinin son fıkrasında, "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*"; 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Başvuruya engel durumlar*" başlıklı 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise "*Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.*" hükümlerine yer verilmiştir.

Kanun'un 55. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ve itiraz konusu kural olan "*Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…*" ibaresine yönelik iptal başvurusu, Anayasa Mahkemesinin 28.11.2013 günlü, E.2013/74, K.2013/143 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve karar 9.5.2014 günlü, 28995 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, ret kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten önce, 30.4.2014 tarihinde itiraz başvurusunda bulunmuş ise de ilk inceleme aşamasında, Anayasa Mahkemesinin aynı konu hakkında işin esasına girerek verdiği yukarıda belirtilen ret kararının 9.5.2014 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanması nedeniyle bu tarihten itibaren geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin;

A- Birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…*" ibaresinin, Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

B- İkinci fıkrasının ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın; idarenin tazminat sorumluluğunu daralttığı, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini istemiyle açılan davalarda idari yargı mercilerini asliye hukuk mahkemesine dönüştürdüğü, yargılamanın bütünlüğünü bozduğu, eşitsizliğe sebebiyet verdiği, yargılamanın uzamasına neden olduğu, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğranılan zararın Devletçe tazmin edileceğine ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabileceğini öngören anayasal ilkelerle bağdaşmadığı belirtilerek, Anayasa'nın 2., 10., 40., 125., 129., 141., 155. ve 157. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu; son fıkrasında da, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğu hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'da idarenin sorumluluğuna ilişkin temel ilkeler belirlenmesine karşın, sorumluluğun esasları ile zararın ne şekilde tespit edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'da olduğu gibi somut bazı zararlarla sınırlı olarak idarenin sorumluluğunu düzenleyen kanunlar bulunmakta ise de idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararların tazminiyle ilgili esasları düzenleyen genel bir kanun mevcut değildir. Bu nedenle idarenin eylem ve işlemlerinden doğan sorumluluğunun kapsamı ile bu eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararın belirlenmesinde gözetilecek esaslar yargı içtihatlarıyla şekillenmiştir.

İdari yargıda içtihatlarla oluşturulan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleri ile kişilerin idare karşısında korunma kapsamı özel hukuka nazaran daha geniş tutulmuştur. Bu çerçevede, idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk ve fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk hâlleri ise Kanun'da sayılan belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır.

Kanun'un 55. maddesinin birinci fıkrasında, destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararların, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanacağı, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemelerin, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği; zarar veya tazminattan indirilemeyeceği, hesaplanan tazminatın, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamayacağı veya azaltılamayacağı belirtildikten sonra, itiraz konusu ikinci fıkrasında, idari eylem ve işlemlerden veya idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı kural altına alınmıştır.

Maddenin gerekçesinde, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların Anayasa'da teminat altına alınan temel haklarla ilişkisi nedeniyle Kanun'da ayrı hükümler hâlinde düzenlendiği, kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaları yeknesaklaştırıcı hükümler öngörüldüğü, bu çerçevede, vücut bütünlüğünün bozulmasına veya ölüme bağlı zararların idarenin sorumluluk sebeplerinden doğmuş olması hâlinde dahi bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

İtiraz konusu kural, Kanun'un ölüm ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın nasıl hesaplanacağını düzenleyen 55. maddesinde yer almaktadır. Kuralla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların belirlenmesinde yargı kolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığı dikkate alındığında, Borçlar Kanunu'na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kuralın, idarenin sorumluluk esasları yönünden de Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılması söz konusu değildir. Buna göre, idari eylem ve işlemlerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu, itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden önce olduğu gibi yargı içtihatlarıyla oluşturulan kusur ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre belirlenecek, uğranılan zararın miktarı ise itiraz konusu kural uyarınca Borçlar Kanunu

hükümlerine göre hesaplanacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın idarenin sorumluluğunu Borçlar Kanunu'nda sayılan kusur ve kusursuz sorumluluk sebepleriyle sınırladığı söylenemez.

Bu itibarla, ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini istemiyle adli, idari ve askeri yargıda açılacak davalarda zararın hesaplanması hususunda yeknesaklık sağlamak için kamu yararı amacıyla idari eylem ve işlemlerden veya idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan davalarda da zararın Borçlar Kanunu hükümlerine göre belirleneceğinin öngörülmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile idarenin eylem ve işlemlerinden doğan tazminat sorumluluğunu düzenleyen 125. maddesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Ayrıca, idarenin eylem veya işlemleri nedeniyle meydana gelen ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlar ile aynı eylem veya işlem nedeniyle meydana gelen diğer zararların tazmini istemiyle açılan davalar aynı yargı merciinde görüleceği için itiraz konusu kuralla yargılamanın bütünlüğü de bozulmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "*kanun önünde eşitlik*" ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İdari eylem ve işlemlerden veya idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini

istemiyle açılan davalarda, idarenin sorumlu olduğu diğer zararlara göre farklı kurallar öngörülmesi, bu zararların mahiyetinden kaynaklanmaktadır. Ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararlar ile diğer zararların belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak unsurlar farklıdır.

Bu nedenle, kanun koyucunun ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların kendine özgü farklılıklarını gözeterek, idari eylem ve işlemlerden veya idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan ölüme ve vücut sakatlığına bağlı zararların tazmini istemiyle açılan davalar için farklı hukuki düzenlemeler öngörmesinde eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 40., 129., 141., 155. ve 157. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

11.1.2011 günlü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.10.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

Esas Sayısı : 2013/1
Karar Sayısı : 2014/161
Karar Tarihi : 22.10.2014

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri İzzet ÇETİN, Süleyman ÇELEBİ, Musa ÇAM ile birlikte 115 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun;

A- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b), (g), (ğ) ve (ı) bentlerinin,

B- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

C- 5. maddesinin,

D- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

E- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

F- 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinin,

G- 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasının,

Ğ- 25. maddesinin (4) ve (5) numaralı fıkralarının,

H- 29. maddesinin (2), (3) ve (5) numaralı fıkralarının,

I- 33. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının,

İ- 41. maddesinin (1), (2), (3) ve (5) numaralı fıkralarının,

J- 43. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının,

K- 58. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının,

L- 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasının,

M- 61. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarının,

N- 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

O- 63. maddesinin,

Ö- 72. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

P- 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

R- 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

S- Geçici 6. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 49., 51., 52., 53., 54., 55. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un iptali istenilen kuralları içeren maddeleri şöyledir:

"Tanımlar

MADDE 2- *(1) Bu Kanunun uygulanmasında;*

a) Bakanlık: Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığını,

b) Çerçeve sözleşme: Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşmeyi,

c) Görevli makam: İşyeri toplu iş sözleşmesi için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğünün yetki alanına giren işyerlerini kapsayacak grup toplu iş sözleşmesi için ise Bakanlığı,

ç) Grup toplu iş sözleşmesi: İşçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesini,

d) İşletme toplu iş sözleşmesi: Bir gerçek veya tüzel kişiye ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait aynı işkolundaki birden çok işyerini kapsayan sözleşmeyi,

e) İşveren vekili: İşveren adına işletmenin bütününü yönetenleri,

f) Konfederasyon: Değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşu,

g) Kuruluş: Sendika ve konfederasyonları,

ğ) Sendika: İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları,

h) Toplu iş sözleşmesi: İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi,

ı) Üst kuruluş: Konfederasyonları,

i) Yönetici: Kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini,

ifade eder.

(2) İşveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır.

(3) Bu Kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir.

(4) İş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişiler de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılır.

Kuruluş serbestisi

MADDE 3- (1) Kuruluşlar, bu Kanundaki kuruluş usul ve esaslarına uyarak önceden izin almaksızın kurulur. Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur.

(2) Kamu işveren sendikalarının, aynı işkolundaki kamu işverenleri tarafından kurulması ve faaliyette bulunması şartı aranmaz.

İşkolunun tespiti

MADDE 5- (1) Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete'de yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi hâlinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.

(2) Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit

talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.

(3) İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez.

Kuruculuk şartları

MADDE 6- *(1)* ***Fiil ehliyetine sahip ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişiler sendika kurma hakkına sahiptir. Ancak 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama ve kaçakçılık suçlarından birinden mahkûmiyeti bulunanlar sendika kurucusu olamaz.***

(2) İşveren sendikası kurucusunun tüzel kişi olması hâlinde tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişide de birinci fıkrada belirtilen şartlar aranır.

Organlara dair ortak hükümler

MADDE 9- (1) Kuruluşun ve şubelerinin organları; genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kuruludur. Bu organlardan genel kurul dışında kalanların üye sayıları üçten az dokuzdan fazla; konfederasyonların yönetim kurullarının üye sayıları beşten az yirmi ikiden fazla ve şubelerin genel kurul dışındaki kurullarının üye sayıları üçten az beşten fazla olamaz. Genel kurul dışındaki organlara asıl üye sayısı kadar yedek üye seçilir.

(2) Kuruluşlar ihtiyaca göre başka organlar da kurabilir. Ancak genel kurul ile yönetim, denetim ve disiplin kurullarının görev ve yetkileri bu organlara devredilemez.

(3) Kuruluşların genel kurul dışındaki organlarına seçilebilmek için 6 ncı maddede aranan şartlara sahip olmak gerekir. Bu şartlara sahip olmayan birinin

seçildiğini tespit eden valiliğin veya Bakanlığın başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin görevine son verir. Mahkemenin kararı kesindir.

(4) Genel kurul dışındaki organlara seçilen üyelerin ad ve soyadları ile açılan ve kapatılan şubeler, ilgili valiliğe bildirilir ve 7 nci maddenin ikinci fıkrasına göre ilan edilir.

(5) Genel kurul dışındaki organlara seçilenlerin 6 ncı maddede sayılan suçlardan biri ile mahkûm olmaları hâlinde görevleri kendiliğinden sona erer.

(6) Kuruluş ve şube yönetim, denetleme ve disiplin kurulu üyelerinin görevleri, milletvekili veya belediye başkanı seçilmeleri hâlinde kendiliğinden son bulur.

(7) Tüzükte daha yüksek bir yeter sayı öngörülmemişse, genel kurul dışında kalan organlar için; toplantı yeter sayısı kurul üye sayısının salt çoğunluğu, karar yeter sayısı toplantıya katılanların salt çoğunluğudur.

Genel kurulun görev ve yetkileri

MADDE 11- *(1) Genel kurulun görev ve yetkileri şunlardır:*

a) Organların seçimi

b) Tüzük değişikliği

c) Yapılacak ilk genel kurula sunulması ve geçmişe etkili olmaması kaydıyla ilgili makamlar veya mahkemelerce kanuna aykırı görülerek düzeltilmesi istenen konular hakkında yönetim kuruluna yetki verilmesi

ç) Yönetim kurulu ve denetleme kurulu raporları ile yeminli mali müşavir raporlarının görüşülmesi

d) Yönetim kurulu ve denetleme kurulunun ibrası

e) Bütçenin kabulü

f) Yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurulu üyelerine verilecek ücret, tazminat, ödenek ve yolluklar ile sosyal hakların belirlenmesi

g) Taşınmaz satın alınması veya mevcut taşınmazların satılması hususunda yönetim kuruluna yetki verilmesi

ğ) Üst kuruluş kurucusu olma, üst kuruluşlara üye olma veya üyelikten çekilme

h) Şube açma, birleştirme veya kapatma, bu konuda tüzükte belirlenen esaslar doğrultusunda yönetim kuruluna yetki verilmesi

ı) Birleşme veya katılma

i) Uluslararası kuruluşun kurucusu olma, uluslararası kuruluşlara üye olma veya üyelikten çekilme

j) Kuruluşun feshi

k) Mevzuat veya tüzükte genel kurulca yapılması öngörülen diğer işlemleri yerine getirme ve başka bir organa bırakılmamış konuları karara bağlama

2) Şube genel kurulları, sadece birinci fıkranın (a), (ç), (d) ve (k) bentlerinde belirtilen görevleri yerine getirir. Şube genel kurullarının mali ibra yetkisi yoktur.

Genel kurulun toplantı zamanı

MADDE 12- *(1) Kuruluşların ilk genel kurulu tüzel kişiliğin kazanılmasından, şubelerin ilk genel kurulu ise kuruluş tarihinden itibaren altı ay içinde yapılır.*

(2) Olağan genel kurul en geç dört yılda bir toplanır.

(3) İki genel kurul toplantısı arasındaki döneme ait faaliyet ve hesap raporu, yeminli mali müşavir raporu, denetleme kurulu raporu ve

gelecek döneme ait bütçe teklifi toplantı tarihinden on beş gün önce genel kurula katılacaklara gönderilir.

(4) Olağanüstü genel kurul, yönetim kurulu veya denetleme kurulunun gerekli gördüğü hâllerde ya da genel kurul üye veya delegelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine altmış gün içinde yazılı istekteki konuları öncelikle görüşmek üzere toplanır. Talep tarihi itibarıyla olağan genel kurul toplantı tarihine altı aydan az bir süre kalması hâlinde olağanüstü genel kurula gidilemez; ancak, isteğe konu olan hususlar olağan genel kurul gündemine alınır.

(5) Genel kurula çağrı yönetim kurulu tarafından yapılır.

(6) Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket eden kuruluş veya şube yönetim kuruluna; kuruluşun üyelerinden birinin veya durumu tespit eden Bakanlığın başvurusu üzerine, mahkeme kararıyla işten el çektirilir. Mahkeme, ayrıca genel kurulu kanun ve tüzük hükümlerine göre en kısa zamanda toplamak ve yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar kuruluşu yönetmekle görevli olmak üzere 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince bir veya üç kayyım tayin eder.

Sendika özgürlüğünün güvencesi

MADDE 25- *(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.*

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

(8) Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir.

(9) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır.

Kuruluşların denetimi ve şeffaflık

MADDE 29- *(1) Kuruluşların denetimi, kanun ve kuruluşun tüzük hükümlerine göre denetleme kurulları tarafından yapılır. Denetimde, yönetim ve*

işleyişin, gelir, gider ve bilançoların ve bunlarla ilgili işlemlerin kanun, tüzük ve genel kurul kararlarına uygunluğu incelenir.

(2) Kuruluşların gelir ve giderlerine ilişkin mali denetimleri, en geç iki yılda bir 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre denetim yetkisine sahip yeminli mali müşavirlerce yapılır. Bu denetimin yapılmış olması, denetleme kurulunun yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

(3) Kuruluşlar; faaliyet, dış denetim ve denetleme kurulu raporları ile genel kurul kararlarını uygun vasıtalarla derhâl yayınlar.

(4) Kuruluşların ve şubelerin kurucu ve yöneticileri, kendileri, eşleri ve velayetleri altında bulunan çocuklarına ait mal bildirimlerini 19/4/1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu ve ilgili yönetmeliklere göre vermek zorundadır.

(5) İç ve dış denetim esasları, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşleri alınarak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Toplu iş sözleşmesi ve çerçeve sözleşmenin içeriği

MADDE 33- *(1) Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir.*

(2) Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir.

(3) Çerçeve sözleşme, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanır ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir.

(4) Çerçeve sözleşme, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir, en çok üç yıl için yapılır.

(5) Toplu iş sözleşmeleri ve çerçeve sözleşmeler, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez.

Yetki

MADDE 41- (1) Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

(2) İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır.

(3) İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

(4) Bir işveren sendikası, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

(5) Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünün tespitinde Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Yayımlanan istatistik, toplu iş sözleşmesi ve diğer işlemler için yeni istatistik yayımlanıncaya kadar geçerlidir. Yetki belgesi almak üzere başvuran veya yetki belgesi alan işçi sendikasının yetkisini daha sonra yayımlanacak istatistikler etkilemez.

(6) Yayımından itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara İş Mahkemesine başvurulabilir. Mahkeme bu itirazı on beş gün içinde sonuçlandırır.

Mahkemece verilen karar, ilgililerce veya Bakanlıkça temyiz edilebilir. Yargıtay temyiz talebini on beş gün içinde kesin olarak karara bağlar.

(7) Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır.

Yetki itirazı

MADDE 43- *(1) Kendilerine 42 nci madde uyarınca gönderilen tespit yazısını alan işçi veya işveren sendikaları veya sendika üyesi olmayan işveren; taraflardan birinin veya her ikisinin yetki şartlarına sahip olmadığı veya kendisinin bu şartları taşıdığı yolundaki itirazını, nedenlerini de göstererek yazının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde mahkemeye yapabilir.*

(2) İtiraz dilekçesi görevli makama kayıt ettirildikten sonra mahkemeye verilir. Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz.

(3) İtiraz dilekçesinde veya ekinde somut delillerin yer almaması hâlinde itiraz incelenmeksizin reddedilir. İşçi ve üye sayılarının tespitinde maddi hata ve süreye ilişkin itirazları mahkeme altı iş günü içinde duruşma yapmaksızın kesin olarak karara bağlar. Bunların dışındaki itirazlar için mahkeme, duruşma yaparak karar verir ve karar temyiz edildiği takdirde Yargıtay tarafından on beş gün içinde kesin olarak karara bağlanır.

(4) 42 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikası, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilir. Mahkeme açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır.

(5) İtiraz, karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur.

Grevin tanımı

MADDE 58- *(1) İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.*

(2) Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir.

(3) Kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grev kanun dışıdır.

Kanuni grev ve lokavt kararının alınması ve uygulamaya konulması

MADDE 60- *(1) Grev kararı, 50 nci maddenin beşinci fıkrasında belirtilen uyuşmazlık tutanağının tebliği tarihinden itibaren altmış gün içinde alınabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir. Bu süre içerisinde, grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi hâlinde toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer.*

(2) Uyuşmazlığın tarafı olan işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren, grev kararının kendisine tebliğinden itibaren altmış gün içinde lokavt kararı alabilir ve bu süre içerisinde altı iş günü önceden karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya koyabilir.

(3) Grev ve lokavt kararları, kararı alan tarafça işyeri veya işyerlerinde derhâl ilan edilir.

(4) Bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı veya lokavt düşer. Süresi içinde grev kararı uygulamaya konulmamışsa ve alınmış bir lokavt kararı da yoksa veya lokavt da süresi içinde uygulamaya konulmamışsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.

(5) Grev ve lokavt kararlarının uygulanacağı tarih, kararı alan tarafça karşı tarafa tebliğ edilmek üzere notere ve bir örneği de görevli makama tevdi edilir. Uygulama tarihi, kararı alan tarafça ayrıca işyeri veya işyerlerinde derhâl ilan edilir.

(6) Grup toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda grev kararı, uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir.

(7) Kanuni grev kararı alınan bir uyuşmazlıkta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı uyuşmazlığın çözümü için bizzat arabuluculuk yapabileceği gibi bir kişiyi de arabulucu olarak görevlendirebilir.

Grev oylaması

MADDE 61- *(1) Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin ilan tarihinden itibaren altı iş günü içinde işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu üzerine, görevli makamca talebin yapılmasından başlayarak altı iş günü içinde grev oylaması yapılır.*

(2) Oylamaya ilişkin itirazlar, oylama gününden başlayarak üç iş günü içinde mahkemeye yapılır. İtiraz, mahkemece üç iş günü içinde kesin olarak karara bağlanır.

(3) Oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararı uygulanamaz. Bu durumda 60 ıncı maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar anlaşma sağlanamazsa veya 51 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen süre içerisinde işçi sendikası Yüksek Hakem Kuruluna başvurmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.

(4) İşletme toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıkta grev oylaması talebi, işletmenin her bir işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama

yapılır. Grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşıp ulaşmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçları işletme merkezinin bağlı bulunduğu görevli makamda toplanır ve toplu sonuç orada belirlenir.

(5) Grup toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıkta grev oylaması talebi, grubun her bir işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yapılır. Grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşıp ulaşmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçları her işyeri için ayrıca belirlenir.

(6) Grev oylamasının usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Grev ve lokavt yasakları

MADDE 62- (1) Can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; bankacılık hizmetlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamaz.

(2) Bakanlar Kurulu, genel hayatı önemli ölçüde etkileyen doğa olaylarının gerçekleştiği yerlerde bu durumun devamı süresince yürürlükte kalmak kaydıyla gerekli gördüğü işyerlerinde grev ve lokavtı yasaklayabilir. Yasağın kalkmasından itibaren altmış gün içinde altı iş günü önce karşı tarafa bildirilmek kaydıyla grev ve lokavt uygulamasına devam edilir.

(3) Başladığı yolculuğu yurt içindeki varış yerlerinde bitirmemiş deniz, hava, demir ve kara ulaştırma araçlarında grev ve lokavt yapılamaz.

Grev ve lokavtın ertelenmesi

MADDE 63- (1) Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise

Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararın yayımı tarihinde başlar.

(2) Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60 ıncı maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir.

(3) Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer.

Grev hakkının ve lokavtın kötüye kullanılması

MADDE 72- (1) Taraflardan birinin veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başvurusu üzerine mahkemece, grev hakkı veya lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına veya millî servete zarar verecek şekilde kullanıldığının tespit edilmesi hâlinde, uygulanmakta olan grev veya lokavtın durdurulmasına karar verilir.

(2) Kanuni bir lokavtın işyerini temelli olarak kapalı tutmak amacıyla yapıldığı kesinleşmiş mahkeme kararıyla belirlenirse, mahkeme kararının lokavt yapmış işverene veya işveren sendikasına bildirilmesi ile birlikte lokavt durdurulur. Mahkeme kararına rağmen lokavtın uygulanmaya devam edilmesi, işçilere 70 inci madde hükümlerinden yararlanma hakkı verir.

Grev ve lokavt gözcüleri

MADDE 73- (1) İşyerinde grev ilan etmiş olan işçi sendikası, kanuni bir grev kararına uyulmasını sağlamak için güç kullanmaksızın ve tehditte bulunmaksızın kendi üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını denetlemek amacıyla, işyerinin giriş ve çıkış yerlerine, kendi üyeleri arasından en çok dörder grev gözcüsü koyabilir.

(2) Grev gözcüleri, işyerine giriş ve çıkışlara engel olamaz, giren ve çıkanları kontrol amacıyla dahi durduramaz.

(3) İşyerinde lokavt ilan etmiş olan işveren sendikası, kanuni bir lokavt kararına uyulmasını sağlamak için güç kullanmaksızın ve tehditte bulunmaksızın kendi üyelerinin lokavt kararına uyup uymadıklarını denetlemek amacıyla lokavtın kapsamına giren işyerlerine gözcüler gönderebilir.

Grev ve lokavt hâlinde mülkî amirin yetkileri

MADDE 74- (1) Mahallin en büyük mülkî amirleri halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak, işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirleri alır.

(2) Grev ve lokavtın uygulanması sırasında mahallin en büyük mülkî amirinin kamu düzenine ilişkin alacağı tedbirler, kanuni bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamaz.

GEÇİCİ MADDE 6- (1) 41 inci maddenin birinci ve beşinci fıkraları ile 43 üncü maddenin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde üç üye şartı, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara bağlı işçi sendikaları için Ocak 2013 istatistiğinin yayımı tarihinden 1/7/2016 tarihine kadar yüzde bir, 1/7/2018 tarihine kadar yüzde iki olarak uygulanır.

(2) En son yayımlanan 2009 istatistiği sonrasında, 15/9/2012 tarihine kadar kurulmuş ve Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmuş işçi sendikalarının bu Kanunun yürürlük tarihinden Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar yapacakları yetki tespit talepleri, 41 inci maddenin birinci fıkrasında yer alan işyeri veya işletme çoğunluğu şartlarına göre Bakanlıkça sonuçlandırılır.

(3) Ocak 2013 istatistiklerinin yayımlandığı tarihe kadar, Bakanlığa yapılmış olan yetki tespit başvuruları ile taraf oldukları bu Kanunun yürürlüğünden önce imzalanmış toplu iş sözleşmesi Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan sendikaların, bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvuruları mülga 2822 sayılı Kanunun 12 nci maddesine göre Bakanlıkça

yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine ve mülga 2822 sayılı Kanunda belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılır.

(4) Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıkları mülga 2822 sayılı Kanun ve bu Kanuna dayalı tüzük ve yönetmeliklere göre sonuçlandırılır."

II- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 31.1.2013 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 39. maddesi uyarınca dava dilekçesinin Kanun'un 38. maddesinde gösterilen şartları taşıyıp taşımadığı incelenmiştir.

1. 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.*" kuralına yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 45. maddesinin birinci fıkrasının ilgili hükümleri de şu şekildedir:

"(1) İptal davası başvuru dilekçesinde şu hususlar yer alır:

a) İptali istenen kurallar ve bunların her birinin Anayasanın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu,

b) Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi,

c) Yürürlüğü durdurma talebi varsa, yürürlüğün durdurulmaması durumunda doğacak olan telafisi imkânsız zararların açıklanması,

...

d) Dava dosyasında sunulan belgelerin tarih sırasına göre başlıklar hâlinde sıralandığı dizi pusulası."

2. 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile İçtüzüğün 49. maddesinde, dava dilekçesinde eksikliklerin bulunması hâlinde, bu hususun kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlatılması için ilgililere tebliğ olunacağı ve belirtilen süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır.

3. 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı savıyla açılan iptal davasının 31.1.2013 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında,

Dava dilekçesinde, 6356 sayılı Kanun'un;

a- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, bendin tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan bent içerisinde geçen sadece "*Ekonomik ve Sosyal Konsey'de temsil edilen*" ibaresinin,

b- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ğ) bendine ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, bendin tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan bent içerisinde geçen sadece "*bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere*" ibaresinin,

c- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur*" cümlesinin,

d- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*ve fiilen çalışan*" ibaresinin,

e- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*Bu organlardan genel kurul dışında kalanların üye sayıları üçten az dokuzdan fazla; konfederasyonların yönetim kurullarının üye sayıları beşten az yirmi ikiden fazla ve şubelerin genel kurul dışındaki kurullarının üye sayıları üçten az beşten fazla olamaz.*" cümlesinin,

f- 11. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ç) bendine ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, bendin tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan bent içerisinde geçen sadece "*ile yeminli mali müşavir raporlarının*" ibaresinin,

g- 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*yeminli mali müşavir raporu*" ibaresinin,

ğ- 25. maddesinin (4) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*fesih dışında*" ibaresinin,

h- 25. maddesinin (5) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen "*18*" ibaresi ve "*Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez.*" cümlesinin,

ı- 29. maddesinin (3) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*dış denetim*" ibaresinin,

i- 29. maddesinin (5) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*ve dış*" ibaresinin,

j- 33. maddesinin (3) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*ve mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir*" ibaresinin,

k- 33. maddesinin (4) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile*" ibaresinin,

l- 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen "*Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla*" ibaresi, "*çalışan işçilerin yarıdan fazlasının*" ibaresi ve "*ise yüzde kırkının*" ibarelerinin,

m- 41. maddesinin (5) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*yüzde üçünün*" ibaresinin,

n- 43. maddesinin (2) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının

istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*yüzde üçünden*" ibaresinin,

o- 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*en az yüzde üçünü*" ibaresinin,

ö- 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir*" ibaresinin,

p- 61. maddesinin (3) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*oylamaya katılanların*" ibaresinin,

r- 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen "*cenaze işlerinde ve mezarlıklarda*", "*doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; bankacılık hizmetlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde*" ve "*ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde*" ibarelerinin,

s- 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*en çok dörder*" ibaresinin,

ş- 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasına ilişkin olarak dilekçenin sonuç kısmında, fıkranın tamamının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasının istenmesine rağmen, iptal gerekçelerinin anlatıldığı kısımda anılan fıkra içerisinde geçen sadece "*işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak*" ibaresinin,

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptallerinin talep edildiği, dolayısıyla dava dilekçesinin sonuç kısmı ile Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin açıklandığı kısımda farklılık bulunduğu ve dava dosyasında sunulan belgelerin tarih sırasına göre başlıklar hâlinde sıralandığı dizi pusulasının bulunmadığı anlaşılmıştır.

4. Açıklanan nedenlerle, 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzüğün 49. maddesi uyarınca Ankara Milletvekili İzzet ÇETİN, İstanbul Milletvekili Süleyman ÇELEBİ, İzmir Milletvekili Musa ÇAM'a bildirimde bulunulmasına ve yukarıda belirtilen eksikliklerin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak 30 (otuz) gün süre verilmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

5. Söz konusu kararın 13.2.2013 tarihinde muhataplarına tebliği üzerine 13.3.2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine verilen dilekçeyle, belirtilen kuralların tamamına yönelik iptal isteminin sehven yazıldığı belirtilerek iptal talebinin, dava dilekçesinde yer verilen Anayasaya aykırılık gerekçeleri doğrultusunda, kuralların ilgili kısımları ile sınırlı olduğunun kabulü talep edilmiştir.

B) Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 28.3.2013 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında:

18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun;

A- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

1- (b) bendinde yer alan "*...Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen...*" ibaresinin,

2- (g) bendinin,

3- (ğ) bendinde yer alan *"...bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere..."* ibaresinin,

4- (ı) bendinin,

B- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"Sendikalar kuruldukları iş kolunda faaliyette bulunur."* cümlesinin,

C- 5. maddesinin,

D- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...ve fiilen çalışan..."* ibaresinin,

E- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"Bu organlardan genel kurul dışında kalanların üye sayıları üçten az dokuzdan fazla; konfederasyonların yönetim kurullarının üye sayıları beşten az yirmi ikiden fazla ve şubelerin genel kurul dışındaki kurullarının üye sayıları üçten az beşten fazla olamaz."* cümlesinin,

F- 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan *"… ile yeminli mali müşavir raporlarının..."* ibaresinin,

G- 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...yeminli mali müşavir raporu,..."* ibaresinin,

H- 25. maddesinin;

1- (4) numaralı fıkrasında yer alan *"...fesih dışında..."* ibaresinin,

2- (5) numaralı fıkrasında yer alan *"18"* ibaresi ve *"Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez."* cümlesinin,

I- 29. maddesinin;

1- (2) numaralı fıkrasının,

2- (3) numaralı fıkrasında yer alan "*...dış denetim...*" ibaresinin,

3- (5) numaralı fıkrasında yer alan "*...ve dış...*" ibaresinin,

J- 33. maddesinin;

1- (3) numaralı fıkrasında yer alan "*...ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir.*" ibaresinin,

2- (4) numaralı fıkrasında yer alan "*...ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile...*" ibaresinin,

K- 41. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla...*" ibaresi, "*...çalışan işçilerin yarıdan fazlasının...*" ibaresi ve "*...ise yüzde kırkının...*" ibaresinin,

2- (2) numaralı fıkrasının,

3- (3) numaralı fıkrasının,

4- (5) numaralı fıkrasında yer alan "*...yüzde üçünün...*" ibaresinin,

L- 43. maddesinin;

1- (2) numaralı fıkrasında yer alan "*...yüzde üçünden...*" ibaresinin,

2- (4) numaralı fıkrasında yer alan "*...en az yüzde üçünü...*" ibaresinin,

M- 58. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının,

N- 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasında yer alan "*...lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir.*" ibaresinin,

O- 61. maddesinin;

1- (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...oylamaya katılanların..."* ibaresinin,

2- (5) numaralı fıkrasının,

P- 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...cenaze işlerinde ve mezarlıklarda;"* ibaresi, *"...doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; bankacılık hizmetlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde;..."* ibaresi ve *"...ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde..."* ibaresinin,

R- 63. maddesinin,

S- 72. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

T- 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *" ...en çok dörder..."* ibaresinin,

U- 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"... işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak..."* ibaresinin,

V- Geçici 6. maddesinin,

dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine, yürürlüklerinin durdurulması isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

6. Dava dilekçesi ve ek dilekçe, Raportör Ömer DURAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama

belgeleri okunup incelendikten ve Anayasa'nın 149. maddesinin altıncı fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Faruk ÇELİK, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Mahmut BALLI, Çalışma Genel Müdürü Ali Kemal SAYIN, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Yönetim Kurulu Başkanı Yağız EYÜBOĞLU, Genel Sekreter Bülent PİRLER, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu Genel Sekreteri Pevrul KAVLAK, HAK-İŞ Konfederasyonu Genel Başkanı Mahmut ARSLAN, Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu Genel Başkanı Kani BEKO, Sinema Emekçileri Sendikası Genel Başkanı Zafer AYDEN, Gedik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Metin KUTAL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT ve Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ'un 14.10.2014 tarihli sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (ğ) Bendinde Yer Alan "*…bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere…*" İbaresinin, 3. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur.*" Cümlesinin ve 5. Maddesinin İncelenmesi

a- Anlam ve Kapsam

7. Sendikalar, işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır. Sendikalar örgütlenme biçimine göre üçe ayrılmakta olup bunlar meslek sendikaları, işyeri sendikaları ve işkolu esasına göre örgütlenen sendikalardır.

8. İşyeri sendikaları; aynı işyerinde çalışan işçileri bir araya getiren ve faaliyeti o işyeri ile sınırlı olan sendikalardır. İşyeri sendikalarının kurulmasında, işçilerin büyük işletmelerde yoğunlaşması önemli rol oynamıştır.

9. Meslek sendikaları; işkolu ve işyeri ayrımı yapmaksızın aynı meslekte çalışan işçileri bir araya getiren sendikalar olup sendikal hareketin temelini oluşturmaktadır.

10. İşkolu sendikaları; mesleki farklılıklarını dikkate almaksızın bir işkolunda ya da endüstride çalışanların tümünü örgütleyen sendikalardır. Aynı işkolunda çalışanların benzer çalışma koşulları ve ortak çıkarları bulunduğu düşüncesinin ürünü olan bu sendikalar, güçlü bir sendikal hareket oluşturma amacını gütmektedir. İşkolu düzeyinde örgütlenmiş sendikalar faaliyetlerini yerel, bölgesel veya ulusal düzeylerde yürütebilmektedir.

11. Bir örgütlenme modeli olarak sendika, bir meslek grubuna ait işçilerin mesleki menfaatlerini korumayı amaçlayabileceği gibi, bir işkolunda çalışan bütün işçilerin çalışma yaşamındaki ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumayı ve kollamayı da amaçlayabilir. Tarihsel olarak meslek sendikaları şeklinde ortaya çıkan sendikaların, endüstrileşmenin de etkisiyle günümüzde ağırlıklı olarak işkolu esasına göre örgütlendiği görülmektedir.

b- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

12. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kurallar nedeniyle işkolu sendikaları dışında işyeri sendikaları ile meslek sendikalarının kurulması ve faaliyet göstermesine imkan kalmadığı, sendika özgürlüğünün, sendikaya üye olmak, çekilmek, üst kuruluşlar kurmak ve sendikal faaliyetleri kapsayan bir özgürlük olduğu, sendika hakkını sınırlama nedenlerinin genel sınırlama nedenleri yanında Anayasa'nın 51. maddesinde özel olarak düzenlendiği, Türkiye'de yalnızca işkolu sendikacılığını zorunlu kılan söz konusu düzenlemelerin sendika kurma ve örgütlenme hak ve özgürlüklerine yönelik ağır, ölçüsüz, demokratik toplum niteliklerine aykırı bir sınırlama getirdiği, bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 13., 51. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

c- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

13. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ğ) bendinde sendika; işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar şeklinde ifade edilmiş olup "*…bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere…*" ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

14. Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan, sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyette bulunacağına ilişkin kural da dava konusu bir diğer kuraldır.

15. Kanun'un dava konusu 5. maddesinde ise; bir işyerinin girdiği işkolunun tespitinin Bakanlıkça yapılacağı, Bakanlığın bu tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete'de yayımlayacağı, bu tespite karşı ilgililerin kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabileceği, mahkemenin iki ay içinde kararını vereceği, kararın temyiz edilmesi hâlinde Yargıtay'ın uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlayacağı, yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespitinin bir sonraki dönem için geçerli olacağı, işkolu tespit talebi ve buna ilişkin olarak açılan davaların, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacağı ve işkolu değişikliğinin yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemeyeceği düzenlenmektedir.

16. Buna göre dava konusu kurallar; sendikal örgütlenmenin işkolu esasına göre olacağını, bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti konusundaki yetkinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına ait olduğunu, bu tespite karşı başvuru yollarını ve toplu iş sözleşmesi için yetki sürecinin başlamış olması durumunda yapılacak işkolu değişikliklerinin geçerlilik usulünü düzenlemektedir.

17. İşkolu sendikacılığı, işyerindeki temel faaliyetin esas alındığı bir örgütlenme modeli olup, sendika işkolu esasına dayalı olarak kurulur ve mesleklerini dikkate almaksızın o işkolunda çalışan bütün işçilerin örgütlenmesini amaçlar. Bu çerçevede ele alındığında işkolu, örgütlenmenin hedefleri ve faaliyet alanı ile doğrudan ilgilidir. İşkolu düzeyinde örgütlenmiş sendikalar faaliyetlerini yerel, bölgesel veya ulusal farklı düzeylerde yürütebilir.

18. İşkolu sendikacılığı lehine dile getirilen görüşlerin çoğu, haklar mücadelesinde etkili olabilmenin ve sonuç alabilmenin ancak güçlü bir sendika ile mümkün olabileceği, bunun ise daha fazla işçinin aynı sendikada örgütlenmesi ile mümkün olabileceği gerekçesine dayanmaktadır.

19. Çalışanların ve işverenlerin ortak ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurdukları sendikalar, demokratik sosyal hukuk devletinin vazgeçilmez öğelerinden birini oluşturmaktadır.

20. Sendikalar, çalışanların hak ve menfaatlerini korumak amacıyla, yine bunların üretimden gelen güçlerine dayanarak faaliyet gösteren örgütlü yapılardır. Bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanlar, örgütlenmek ve sendikalaşmak suretiyle işveren karşısındaki pazarlık güçlerini artırmakta, gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum elde etmektedirler.

21. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütleri kurabilmeleri sosyal hayat için oldukça önemlidir. Demokrasilerde böyle bir "*örgüt*", devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. Çalışma hayatında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır (B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 31). (Bu konuda AİHM kararı için bkz. *Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika*, B. No: 4464/70, 27/10/1975 § 38).

22. Sendika kurma hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 51. maddesinde;

"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

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

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir…" denilmektedir.

23. Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kollektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestîsini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir.

24. Sendika hakkı, çalışanların ve çalıştıranların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmaları yolunda bir hakla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin garanti altına alınmasını da içermektedir. Üyelerinin ekonomik, sosyal ve kültürel ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının, iş uyuşmazlığı çıkarması, toplu görüşme ve toplu sözleşme yapması, grev ve lokavt kararı vermesi ve uygulaması da sendika hakkı kapsamında yer almaktadır.

25. Sendika kurma hakkı Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanabilir.

26. Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci ve izleyen fıkralarında sendika hakkına yönelik sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 38).

27. Temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Dokunulamayacak "*öz*", her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddî surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

28. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük*" ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük*" ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

29. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek

en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.

30. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılmak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir.

31. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" kavramları, bir bütünün parçaları olup, "*demokratik bir hukuk devleti*"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

32. Anılan ilke, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 51. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerekmektedir.

33. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü Anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığıdır. Buna göre sendikaların işkolu esasına göre kurulacağını öngören ve iptali istenilen kurallar ile yapılan müdahalenin kanuni dayanağının var olduğu anlaşılmaktadır.

34. Anayasa'nın 51. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.*" denilmek suretiyle, kanun koyucunun Anayasa'da yer alan sendikal hakların sınırlandırılması kurallarına bağlı kalmak şartıyla, sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usulleri belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Hiç kuşkusuz bu takdir yetkisi Anayasa'nın öngördüğü sınırlama kriterlerine uygun kullanılmalıdır.

35. 6356 sayılı Kanun'da işkolu esasına göre sendikal örgütlenme esası benimsenmiştir. Kanun'un 3. maddesinde yer alan "*Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur.*" ibaresinin gerekçesinde bu durum "*…maddede sendikaların ülkemiz endüstri ilişkileri sisteminin benimsediği ve uygulandığı biçimde işkolu esasına göre kurulacağı…*" şeklinde açıklanmıştır.

36. Aynı işkolunda çalışanların benzer çalışma koşulları ve ortak çıkarları bulunduğu düşüncesinden hareketle, mesleki farklılıkları dikkate almaksızın bir işkolunda ya da endüstride çalışanların tümünü örgütleyen işkolu sendikalarına eğilim artmış ve bunun sonucunda işkolu sendikaları temel örgüt modeli haline gelmiştir. Haklar mücadelesinde etkili olabilme ve sonuç alabilmenin ancak güçlü bir sendika ile mümkün olabileceği, bunun ise daha fazla işçinin aynı sendikada örgütlenmesine bağlı olduğu düşüncesi, işkolu sendikacılığının gelişmesine yol açmıştır.

37. Bu çerçevede, sendikaların işkolu esasına göre kurulacağını öngören kuralların, kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, daha etkin ve daha güçlü bir sendikacılığı temin etmek için çıkarılmış olduğu anlaşılmaktadır. Zira mevcut sistem içerisinde güçlü yapılar haline gelen sendikalar işkolu esasına göre faaliyette bulunan sendikalardır. Bununla birlikte diğer sendikal örgütlenme biçimlerinin açıkça yasaklanmadığı, nitekim diğer örgütlenme modelleri ile kurulup faaliyette bulunan sendikaların mevcut olduğu ve şartlar sağlandığında toplu iş sözleşmesi imzalayabilme haklarının bulunduğu gerçeği göz önüne alındığında getirilen sınırlamaların meşru temellere dayandığı, hakkın özünü zedelemediği ve ölçüsüz bir müdahale oluşturmadığı görülmektedir.

38. Diğer yandan kural, sendikaların görevlerini yerine getirmeleri ve sendikal hakların kullanılması sırasında bağımsızlığına müdahalede bulunmamakta, işçilerin bir sendikaya üye olma ya da üyelikten ayrılma serbestîsine zarar vermemektedir.

39. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

40. Kanun'un 2. maddesinin (ğ) bendinde yer alan "*…bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere…*" ibaresi ile 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur.*" cümlesi yönünden Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

41. Kanun'un 5. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkraları yönünden Erdal TERCAN bu görüşe katılmamıştır.

42. Kuralların Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (g) ve (ı) Bentlerinin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

43. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenilen kurallar nedeniyle sendikaların üst kuruluş olarak sadece konfederasyon olarak örgütlenebileceği, dolayısıyla federasyon olarak örgütlenmelerinin engellendiği, bu durumun sendika kurma ve örgütlenme hakkına yönelik uluslararası sözleşme ve normlara, demokratik toplum düzenine aykırı, hakkın özünü zedeleyen, aşırı ve ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşıdığı, Anayasa'da üst kuruluşlarla ilgili olarak bir sınırlama yapılmadığı, bunun da Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 13., 51. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

44. Dava konusu kurallar; 6356 sayılı Kanun'da geçen *"kuruluş"* ve *"üst kuruluş"*u tanımlamaktadır. Buna göre *"kuruluş"*, sendika ve konfederasyonları, *"üst kuruluş"* ise konfederasyonları ifade etmektedir.

45. Sendika ve konfederasyon tanımları, 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının (ğ) ve (f) bentlerinde yapılmıştır. Buna göre, sendikalar, işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları; konfederasyon ise değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşu ifade etmektedir. Kanun'a göre konfederasyonlar, en üst sendikal örgütlenme modeli olup farklı işkollarında faaliyet gösteren sendikaların bir araya gelmesiyle kurulmaktadır.

46. Sendikalar, üst birlik kurarak ya da bu tür birliklere katılarak, kendilerini olumlu yönde geliştirme olanağı elde ederler. Birliğe üye sendikaların tecrübe ve bilgilerini diğer sendikalarla paylaşmaları, söz konusu birliklerin kuruluşlarında temel etkendir.

47. Dava konusu kurallar nedeniyle yasaklandığı ileri sürülen federasyonlar, bölgesel ya da ulusal düzeyde aynı meslekte ya da aynı işyerinde faaliyet gösteren sendikaların bir araya gelmesiyle kurulan üst örgütlerdir.

48. Kanun, sendikaların oluşum ve teşkilatlanmasını işkolu esasına göre belirlemiştir. Doktrinde federasyon tipi örgütlenme modelinin, işyeri esaslı örgütlenen sendikalar için daha uygun olan bir üst yapılanma olduğu kabul görmektedir. Bu bakımdan kanun koyucunun işkolu esaslı örgütlenen sendikalar için üst kuruluş modeli olarak konfederasyon tipi örgütlenmeyi tercih ettiği görülmektedir.

49. Sendika hakkının anayasal güvence altında olduğu ve bu hak ile hakkın sınırlandırılmasında uyulacak kurallar 22 ila 33. paragraflarda ifade edilmiştir.

50. Anayasa'nın 51. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.*" denilmek suretiyle, kanun koyucunun Anayasa'da yer alan sendikal hakların sınırlandırılması kurallarına bağlı kalmak şartıyla, sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usulleri belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucunun Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla takdir yetkisi kapsamında getirdiği düzenlemelerin yerinde olup olmadığı hususu ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

51. Kuruluşları, sendika ve konfederasyonlar olarak, üst kuruluşları ise konfederasyonlar olarak tanımlayan kuralların, kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, daha etkin ve daha güçlü bir sendikacılığı temin etmek için çıkarılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte diğer sendikal üst örgütlenme biçimi olan federasyonların açıkça yasaklanmadığı gerçeği göz önüne alındığında getirilen sınırlamaların meşru temellere dayandığı, hakkın özünü zedelemediği ve ölçüsüz bir müdahale oluşturmadığı görülmektedir.

52. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

53. Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

54. Kuralların Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "*…ve fiilen çalışan…*" İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

55. Dava dilekçesinde özetle, çalışanların sendika kurabileceği yönündeki Anayasa hükmünün daraltılarak fiilen çalışma düzeyine indirgendiği, bu durumun geçici olarak işsiz kalanlar, kayıt dışı çalışanlar ya da bağımlı çalışmayan kişiler yönünden örgütlenme hakkına aykırı olduğu,

bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 51. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

56. Kanun'un 6. maddesinde, fiil ehliyetine sahip ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişilerin sendika kurma hakkına sahip oldukları belirtilmiş olup "*fiilen çalışan*" ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

57. Sendikalar, çalışanlar ve işverenlerin hak ve menfaatlerini korumak amacıyla, yine bunların üretimden gelen güçlerine dayanarak faaliyet gösteren örgütlü yapılardır. Bireysel olarak zayıf durumda bulunan çalışanlar, örgütlenmek ve sendikalaşmak suretiyle işveren karşısındaki pazarlık güçlerini artırmakta, gerek hak ve menfaatlerinin korunmasında gerekse sorunlarının çözümünde etkin bir konum elde etmektedirler.

58. Sendika kurma hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında "***Çalışanlar*** *ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*" denilmektedir.

59. 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinde sendikalar "*işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi* ***işçi*** *veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar*" olarak tanımlanmışlardır. Söz konusu tanımda "*işçi*" kavramına yer verilmiş olup bir kişinin işçi olarak kabulü için çalışıyor olması gerekmektedir. Nitekim Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında da bu hak açıkça çalışanlara tanınmış bir hak olarak kabul edilmiştir.

60. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 51. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

61. Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

62. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 9. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

63. Dava dilekçesinde özetle, sendikaların örgütsel yapıları ve organlarını serbestçe düzenleyebilmesinin temel sendikal haklardan biri olduğu, iptali istenilen kuralın sendikaların yapılarını ve iç işleyişlerini özgürce düzenleme haklarına dair uluslararası sözleşme ve normlara, demokratik toplum düzenine aykırı olduğu, ölçüsüz ve aşırı bir sınırlama niteliği taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 13., 51. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

64. Dava konusu kural, sendika ve konfederasyonlar ile şubelerinin organlarının üye sayılarını belirlemektedir. Buna göre genel kurul dışında kalan organların üye sayıları üçten az dokuzdan fazla; konfederasyonların yönetim kurullarının üye sayıları beşten az yirmi ikiden fazla ve şubelerin genel kurul dışındaki kurullarının üye sayıları üçten az beşten fazla olamayacaktır.

65. 6356 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle, sendikaların oluşumu ve teşkilatlanması, yönetim, denetleme ve disiplin kurullarının oluşumu, görev, yetki ve sorumlulukları gibi hususlar da dâhil olmak üzere daha pek çok konunun kuruluş tüzüğü ile belirlenmesi esası getirilmiştir. Kanun koyucu bu sayede anılan konularda belirleme yapmak yerine sendika ve konfederasyonların kuruluş tüzükleri ile organlarını belirleme serbestîsi getirmiştir.

66. Kanun koyucu iptali talep edilen kural ile sadece kurullarda görev alabilecek alt ve üst üye sayısı sınırını belirlemiş olup bunun dışında, organların oluşumu, görev, yetki ve sorumlulukları, çalışma usul ve esasları ile toplantı ve karar yeter sayılarını tamamen kuruluş tüzüklerine bırakmıştır.

67. Anayasa'nın 51. maddesi, Devlet için hem negatif hem de pozitif yükümlülükler getirmektedir. Devletin, bireylerin ve sendikaların örgütlenme özgürlüğüne müdahale etmeme konusundaki negatif yükümlülüğü, maddenin ikinci ve altıncı fıkralarında yer alan nedenlerle esnetilmiştir. Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin belirttiği gibi, her ne kadar sendika hakkının asıl amacı, "*bireyi, korunan hakkın kullanılmasında kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, bundan başka, korunan haklardan etkili bir şekilde yararlanmayı güvence altına almaya yönelik pozitif yükümlülükler de olabilir*" (bkz. *Wilson, Ulusal Gazeteciler Sendikası ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 30668/96, 30671/96 ve 30678/96, 2/10/2002, § 41).

68. Devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında kesin ayrımlar yapmak her zaman mümkün değildir. Buna karşın Devletin her iki yükümlülüğüne ilişkin olarak uygulanacak ölçütlerde bir değişiklik olmamaktadır. Devletin ister pozitif ve isterse negatif yükümlülüğü söz konusu olsun bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (bkz. *Sorensen ve Rasmussen/Danimarka*, B. No: 52562/99 ve 52620/99, 11/1/2006 § 58). Anayasa Mahkemesi bu adil dengenin kurulup kurulmadığına karar verirken, kamu gücünü kullanan organların bu alanda belirli bir takdir marjına sahip olduğunu göz önünde bulunduracaktır.

69. Ölçülülük ilkesi, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır.

70. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır. Buna göre sendika ve konfederasyonlar ile şubelerinin organları olarak belirlenen genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kurullarının üye sayılarının alt ve üst sınırlarını belirleyen ve iptali istenilen kural ile yapılan müdahalenin bir kanuna dayandığı anlaşılmaktadır.

71. Anayasa'nın 51. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.*" denilmiştir. Buna göre kanun koyucu, Anayasa'da yer alan sendikal hakların sınırlandırılması kurallarına bağlı kalmak şartıyla, sendika kurma hakkının kullanılması ile ilgili olarak kuruluş organlarının üye sayısının alt ve üst sınırını düzenleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla takdir yetkisi kapsamında getirdiği düzenlemelerin yerinde olup olmadığı hususu ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

72. Sendika ve konfederasyonlar ile şubelerinin organlarının üye sayılarının alt ve üst sınırlarının; kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, daha etkin, daha güçlü bir sendikacılığı temin etmek ve karar alma süreçleri daha hızlı çalışan bir sendikal yapı oluşturmak için düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Kural ile getirilen sınırlamaların meşru temellere dayandığı, hakkın özünü zedelemediği ve ölçüsüz bir müdahale oluşturmadığı görülmektedir.

73. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

74. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

75. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

E- Kanun'un 11. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (ç) Bendinde Yer Alan "*…ile yeminli mali müşavir raporlarının…*" İbaresinin, 12. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*…yeminli mali müşavir raporu,…*" İbaresinin, 29. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının ve (3) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*…dış denetim…*" İbaresi ile (5) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*…ve dış…*" İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

76. Dava dilekçesinde özetle, sendikaların gerek idari gerek mali yönden iç denetiminin sendikaların denetim kurullarınca gerçekleştirildiği, sendikaların iş ve işlemlerinin açık ve şeffaf olduğu, olağan ve olağanüstü genel kurullarında üyeleri, seçilmiş denetim kurulları ve yargı organları tarafından denetlendiği, sendikaların işlev ve etkilerinin gözardı edilerek kanun ile dıştan yeni bir denetim şeklinin getirilmesinin demokratik meşruiyet sorununun bulunduğu, işçi sendikaları açısından düşünüldüğünde dışarıdan yapılacak bir denetimin ve mali raporların açıklanmasının ekonomik açıdan zayıf olan işçi tarafının temsilcisi olan sendikaları baskı altında tutabileceği, bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle çeliştiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 51. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

77. Kanun'un 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde; yönetim kurulu ve denetleme kurulu raporları ile yeminli mali müşavir raporlarının görüşülmesi, genel kurulun görev ve yetkileri arasında sayılmış olup anılan bentte yer alan "*...ile yeminli mali müşavirlerinin...*" ibaresi dava konusu kuraldır.

78. Kanun'un 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, kuruluşların iki genel kurul toplantısı arasındaki döneme ait faaliyet ve hesap raporu, yeminli mali müşavir raporu, denetleme kurulu raporu ve gelecek döneme ait bütçe teklifinin toplantı tarihinden on beş gün önce genel kurula

katılacaklara gönderileceği düzenlenmiş olup anılan fıkrada yer alan "*... yeminli mali müşaviri raporu...*" ibaresi dava konusu kuraldır.

79. Kanun'un 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kuruluşların gelir ve giderlerine ilişkin mali denetimlerinin, en geç iki yılda bir 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununa göre denetim yetkisine sahip yeminli mali müşavirlerce yapılacağı ve bu denetimin yapılmış olmasının, denetleme kurulunun yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı düzenlenmiştir.

80. Kanun'un 29. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, kuruluşların faaliyet, dış denetim ve denetleme kurulu raporları ile genel kurul kararlarını uygun vasıtalarla derhâl yayınlayacağı düzenlenmiş olup, anılan fıkrada yer alan "*...dış denetim...*" ibaresi dava konusu kuraldır.

81. Kanun'un 29. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise, iç ve dış denetim esaslarının, işçi ve işveren konfederasyonlarının görüşleri alınarak Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmiş olup anılan fıkrada yer alan "*...ve dış...*" ibaresi dava konusu kuraldır.

82. Buna göre dava konusu kurallar, sendikaların kendilerince yapılacak iç denetimin dışında ayrıca dış denetime tabi tutulacağını, bu dış denetimin yeminli mali müşavirler tarafından yerine getirileceğini, hazırlanacak raporların ise gelir ve giderlere ilişkin mali denetimleri içereceğini düzenlemektedir.

83. Sendikalar üzerinde gerçekleştirilecek dış denetim, sendikaya üye olanları bilgilendirme ve şeffaflık ilkeleri üzerinden yürümektedir. Bu noktada önemli olan, sendikalar üzerinde gerçekleştirilecek dış denetimin usul ve esaslarının kimler tarafından belirlenerek uygulanacağı ile sendikaları denetleyecek yeminli mali müşavirlerin kim ya da hangi makam tarafından görevlendirileceğidir.

84. 6356 sayılı Kanun, sendikalar üzerinde yapılacak denetimin kuruluşların gelir ve giderlerine ilişkin mali denetimleri kapsayacağını, bu

denetimler sonucu hazırlanacak raporların tıpkı yönetim kurulu ve denetleme kurulu raporları gibi sendika genel kurulları tarafından görüşülerek karara bağlanacağını, ayrıca hazırlanan diğer raporlar ile birlikte yeminli mali müşavir raporlarının da genel kurul toplantı tarihinden en az on beş gün önce genel kurula katılacaklara gönderileceğini, diğer yandan kuruluşların gelir ve giderlerine ilişkin mali denetimlerinin en geç iki yılda bir yapılacağını, bu denetimin 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'na göre denetim yetkisine sahip yeminli mali müşavirlerce gerçekleştirileceğini ve bu denetimin yapılmış olmasının denetleme kurulunun yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını düzenlemektedir.

85. Öte yandan, sendikaların denetimi konusunda denetimin niteliği de önemlidir. Zira yeminli mali müşavirlerce yapılacak denetim, sendikal faaliyet ve hareketlere veya sendikaların kurulmasına ya da sendikalara üye olabilecekleri belirlemeye yönelik bir denetim değil, yalnızca kuruluşların gelir ve giderlerine ilişkin mali denetimdir. Dolayısıyla iptali talep edilen kurallarda öngörülen denetim, sendikal hareketin denetimi değil, harekete mensup olanlarca finansmanı sağlanan sendikaların gelir ve giderlerinin denetlenmesidir.

86. Ayrıca, denetim faaliyetinin teknik bilgi ve donanım gerektirmesi nedeniyle yetkin denetim elemanlarınca gerçekleştirilecek olan denetimlerin hem sendika üyeleri açısından doğru, zamanlaması uygun ve şeffaf bilgi sahibi olunabilmesini, hem üçüncü şahıslar açısından kamuoyunun aydınlatılmasını ve Devlet veya diğer kamu tüzel kişilerince yürütülmesi gereken idari, mali ve sosyal güvenliğe ilişkin tutarlı ve yerinde bilgi sahibi olmayı sağlayacağı açıktır.

87. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 51. maddesine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

88. Kuralların Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 25. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*… fesih dışında…*" İbaresinin ve (5) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "*…18…*" İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

89. Dava dilekçesinde özetle, sendikal tazminata hak kazanılabilmesinin sadece İş Kanunu'nun belli maddelerindeki koşulları sağlayan işçiler için güvence altına alınmış olduğu, İş Kanunu'na göre iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin sendikal güvence kapsamı dışında tutulduğu, buna göre sendikal nedenle fesih halinde işçilerin hem işe iade davası açma hem de sendikal tazminat talep etme hakkından mahrum bırakıldıkları, işçilerin sendikal nedenle feshe karşı korunmadığı durumlarda sendika üyeliği hakkının güvence altında olduğundan söz edilemeyeceği, bunun sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri ile devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı, temel hak ve hürriyetlere herkesin sahip olduğu, devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek ve çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak zorunda olduğu, sendika kurma ve üye olma hakkının anayasal koruma altında olduğu, bu hakkın zedelenmesinin toplu iş sözleşmesi yapma, grev ve lokavt hakları ile çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini engellediği, bu durumun Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53., 54., 55. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

90. Kanun'un 25. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, işverenin fesih dışında sendika özgürlüğünün güvencesini düzenleyen Kanun'un 25. maddesinin ilk üç fıkrasına aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedileceği düzenlenmektedir.

91. Kanun'un 25. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise, sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun'un

18., 20. ve 21. madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahip olduğu, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verileceği, ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmeyeceği ve işçinin 4857 sayılı Kanun'un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmamasının ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyeceği düzenlenmektedir.

92. Dava konusu kurallar ise işverenin sendikal güvence kurallarına aykırı hareket etmesi hâlinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere ödemesi gereken sendikal tazminatın "*fesih dışında*" olacağına ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "*18.*" madde hükmüne göre dava açma hakkına sahip olduğuna yönelik düzenlemelerdir.

93. Sendikalara üye olma, üyelikte kalma ve üyelikten ayrılmayı iş ilişkisinin başlangıcında, devamında ve sona erdirilmesinde güvence altına alan hükümler, sendika hakkının en esaslı unsurlarındandır. Nitekim bu durum 6356 sayılı Kanun'un "*Sendika özgürlüğünün güvencesi*" başlıklı 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, işçilerin işe alınmalarının, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamayacağı belirtilmiş; (2) numaralı fıkrasında, işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayrım yapamayacağı ifade edilmiş; (3) numaralı fıkrasında ise, işçilerin sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamayacağı veya farklı işleme tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

94. Belirtilen maddede işe girişte, iş ilişkisinin devamı sırasında ve iş ilişkisinin sona ermesi aşamalarında sendika özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Tüm bu aşamalarda sendikal nedenlerle farklı muameleye tabi tutulan işçilere sendikal tazminat ödenmesi kabul edilmiştir.

95. Sendikal tazminat, bireysel sendika özgürlüğüne güvence getiren hükümlere aykırılığın yaptırımı olarak 6356 sayılı Kanun'da da yer almış ve işçinin bir yıllık ücretinden az olmayacak bir tazminat olarak belirlenmiştir.

96. Uygulamada, bireysel sendika özgürlüğünün çiğnendiği iddiası ile açılan davalar "*sendikal tazminat davası*", yaptırımı ise "*sendikal tazminat*" olarak adlandırılmış ve sendikal tazminat kavramı yerleşmiştir.

97. Kanun'a göre sendikal tazminatın ödenmesi için esas olan, fesih dışında sendikal nedenlerle iş akdinin sona ermesidir. Sendikal tazminatın ödenebilmesi için aranan şartta geçen sendikal neden ise, işçilerin, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılması veya farklı bir işleme tâbi tutulması olarak tanımlanmıştır.

98. İş akitleri sona erdirilen işçilerin tümü iptali talep edilen kurallar nedeniyle yukarıda ifade olunan sendikal tazminattan doğrudan doğruya faydalanamamaktadır. Sendikal nedenle iş akitleri feshedilen işçilerin sendikal tazminata hak kazanabilmeleri 25. maddenin (5) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olup anılan fıkraya göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerden sadece iş güvencesine sahip olanlar bu haktan faydalanabileceklerdir.

99. 29. maddenin (5) numaralı fıkrasındaki iptali talep edilen "*18*" ibaresi ile atıf yapılan 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinin ilk fıkrasında "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.*" denilmektedir. Buna göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerin sendikal tazminat davası açarak

tazminat talebinde bulunabilmesi için, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışması, işyerinde en az altı aylık kıdeme sahip olması ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olması gerekmektedir.

100. 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 devlet olarak tanımlanmıştır.

101. Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ile idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları ifade edilmiştir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.

102. Çalışanların sendika kurma, sendikaya üye olma ve üyelikten çekilme hakkının anayasal güvence altında olduğu ve bu hakların sınırlandırılmasında uyulacak kurallar 22 ila 33. paragraflarda ifade edilmiştir.

103. Sendika kurma hakkı Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanabilir.

104. Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci ve izleyen fıkralarında sendika hakkına yönelik sınırlama

sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 38).

105. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

106. Anılan ilke, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin kanun koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır.

107. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. İptali istenilen kurallar ile sendikal tazminatın "*fesih dışında*" olacağını ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun'un 18. madde hükmüne göre dava açma hakkına sahip olduğunu öngören düzenlemelerin sendika hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Dava konusu kurallar ile yapılan düzenlemeler iş güvencesi kapsamında olan işçilerin sendikal tazminat alabilmelerini düzenlediğinden anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır.

108. Ancak sendika hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, kanuni önlemin öngörülen amaç için zorunlu

ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

109. İşyerinde çalışan işçilerin taleplerini işverene kabul ettirebilmeleri için sahip oldukları en önemli örgütlenme modeli olan sendika hakkı, çağdaş hukuk sistemlerinde en geniş biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla demokratik düzenin ayrılmaz bir parçası olan sendikal örgütlenme hakkının anlam kazanması yasak ve sınırlamaların en aza indirilmesi ile mümkündür.

110. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Başka bir ifadeyle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak, kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 94).

111. 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.

112. Sendikal tazminatın "*fesih dışında*" söz konusu olması ve sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun'un 18. madde hükmüne göre dava açma hakkına sahip olması şeklinde sendikal örgütlenmeyi engelleyecek olan yasaklar demokratik toplum düzeninin gerekleriyle örtüşmemektedir.

113. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*"dir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki ölçüt arasında ayrılmaz bir ilişki vardır. Nitekim Anayasa Mahkemesi amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunup bulunmadığını inceler (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 96).

114. Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı ifade etmekte olup, bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar, hakkın özüne dokunmaktadır. Sendika hakkı bağlamında da, bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir.

115. Kurallara göre iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçiler, sendikaya üye oldukları ya da sendikal faaliyetlere katıldıkları için işten çıkarıldıklarında sendikal tazminat almaya hak kazanamayacaklardır. Sendikaya üye olmanın güvenceye kavuşturulmasının temelini, işçilerin sendikal nedenle ayrımcılığa karşı teminat altına alınması ve en önemlisi de feshe karşı korunma tedbirleri oluşturur. Dolayısıyla, iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal nedenle fesih halinde sendikal tazminattan yoksun bırakılması, yalnızca sendika üyeliği hakkının sınırlandırılması ve güvenceden mahrum bırakılmasını değil, aynı zamanda bir bütün olarak sendikal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve teminattan yoksun bırakılması sonucunu doğurmaktadır.

116. Sendikalı olarak çalışmakta olan işçileri sendikal ayrımcılığa karşı korumak için getirilen sendikal tazminatın, iş güvencesine sahip olan ve olmayan işçiler yönünden farklı şekilde düzenlenmesi eşitlik ilkesi ile de bağdaşmaz. Zira iş güvencesine sahip olsun ya da olmasın sendikal tazminat ödenmesini gerektiren husus, sendikalı olarak çalışmaktayken ayrımcılığa tabi tutulmaktır. Bu bakımdan aynı hukuki statüye sahip olarak çalışan işçilere, sendikal tazminata hak kazanılması açısından farklı muamelede bulunulması, Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

117. Öte yandan ölçülülük ilkesiyle Devlet, sendikal örgütlenmeye müdahale edebilecek düzenlemelerin topluma sağlayacağı genel yarar ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İş akitleri sona erdirilen işçilerin tümü iptali talep edilen kurallar nedeniyle yukarıda ifade olunan sendikal tazminattan doğrudan doğruya faydalanamamaktadır. Sendikal nedenle iş akitleri feshedilen işçilerden sadece iş güvencesine sahip olanlar bu haktan faydalanabilecektir. Buna göre sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerin, sendikal tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilmesini, sadece otuz veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinde çalışan, işyerinde en az altı aylık kıdeme sahip olan ve belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere tanıyıp diğer işçileri bu haktan mahrum bırakan kurallar hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Getirilen düzenlemeler Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir.

118. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 51. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

119. Kurallar Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 51. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 5. ve 49. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

120. Kuralların Anayasa'nın 12., 53., 54., 55. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 25. Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının Üçüncü Cümlesinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

121. Dava dilekçesinde özetle, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshi halinde işe iade davası veya bu davayı açmayıp sadece sendikal tazminat davası açma hakkının işe iade davası açma hakkı olanlara tanınmasının sosyal devlet ilkesine aykırı olduğu, sendikal hak ve özgürlüğün kullanılamaz hale geldiği, sendika kurma ve üye olma hakkının anayasal koruma altında olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

122. Kanun'un 25. maddesinin dava konusu kuralın yer aldığı (5) numaralı fıkrasında, sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin, 4857 sayılı Kanun'un 18., 20. ve 21. maddelerine göre dava açma hakkına sahip olduğu, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verileceği, ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmeyeceği, işçinin 4857 sayılı Kanun'un yukarıdaki hükümlerine göre dava açmamasının ayrıca sendikal tazminat talebini engellemeyeceği öngörülmektedir.

123. Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş, Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek ve işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli önlemleri almak ödevi verilmiştir.

124. Sendika özgürlüğü, 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde işe girişte, iş ilişkisinin devamı sırasında ve iş ilişkisinin sona ermesi

aşamalarında güvence altına alınmıştır. Kanun'a göre tüm bu aşamalarda sendikal nedenlerle farklı muameleye tabi tutulan işçilere sendikal tazminat ödenmesi kabul edilmiştir.

125. Kuralda atıfta bulunulan 4857 sayılı İş Kanunu'nun "*Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları*" başlıklı 21. maddesinin ilk fıkrasında "*İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.*" denilmektedir. Buna göre işveren, geçerli bir sebep olmaksızın iş akitleri feshedilen işçilere en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle mükelleftir.

126. Dava konusu kural, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde işçiye ödenen sendikal tazminat dışında aynı fiilden dolayı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ve haksız fesih nedeniyle işveren tarafından işçiye ödenmekte olan iş güvencesi tazminatının ayrıca ödenmeyeceğini düzenlemektedir. Böylece, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespiti hâlinde, işçiye ödenen sendikal tazminat dışında aynı fiilden dolayı haksız fesih nedeniyle iş güvencesi tazminatının ayrıca ödenmesinin önüne geçilmektedir.

127. İşverenin iş akdini sendikal nedenle feshetmesi durumunda, sendikal tazminat, işçinin işyerine başvurması, işe başlatılması veya başlatılmamasına bağlı olmaksızın kendisine ödenecektir. Yine sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçinin 4857 sayılı Kanun hükümlerine göre dava açmaması sendikal tazminat talep edebilmesini engellememekte, bu da işçiye gerçekçi bir seçim imkanı vermektedir.

128. Öte yandan, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Aksi iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılamayacaktır.

Endüstri ilişkileri sistemi sosyal tarafların tümünden oluşmaktadır. Aynı fiile iki ayrı yaptırımın öngörülmemesi, Devletin korumak ve devamını sağlamakla yükümlü olduğu çalışma hayatı ve çalışma barışını temin etme amacına dayanmaktadır. Bu bakımdan işçi lehine zaten sendikal tazminata hükmedilmiş olduğu için aynı nedenle ikinci bir tazminat ödenmesinin önüne geçilmek istenmesi kuralı Anayasa'ya aykırı hale getirmez.

129. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 49. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

H- Kanun'un 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "*…Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen…*" İbaresinin, 33. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*…ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir…*" İbaresinin ve (4) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*...ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile…*" İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

130. Dava dilekçesinde özetle, sendikaların sendikal faaliyette bulunmak için herhangi bir konfederasyona üye olma zorunluluklarının bulunmadığı, buna rağmen çerçeve sözleşme imzalama yetkisinin sadece Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen sendikalara tanındığı, işçiler ve işverenlerin karşılıklı olarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip oldukları ancak karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi şartı ile çerçeve sözleşme yapma yetkisinin işverenin olumsuz cevap vermesi halinde kullanılamayacağı, bu düzenlemenin hem toplu iş sözleşmesi hakkını hem de grev hakkını demokratik toplum düzenine aykırı ve ölçüsüz bir şekilde sınırlandırdığı, toplu iş sözleşmesinin, iş sözleşmesinin yapılmasını, içeriğini ve sona ermesini düzenleyen normatif kurallar içermesi gerektiği ancak kurallar nedeniyle bu içeriğin sınırlandırılmış olduğu ve çalışma koşulları, iş güvencesi, ücret, sosyal ve mali hakların çerçeve sözleşme yoluyla düzenlenebilmesinin engellenmiş olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 10., 13., 51., 53., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

131. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde çerçeve sözleşme, Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşme olarak tanımlanmış olup anılan bentte yer alan "*...Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen…*" ibaresi dava konusudur. Kanun'un 33. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, çerçeve sözleşmelerin, sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikasının üyeleri hakkında uygulanacağı ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebileceği düzenlenmiştir. Anılan fıkrada yer alan "*…ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir.*" ibaresi dava konusudur. Kanun'un 33. maddesinin (4) numaralı fıkrasında ise çerçeve sözleşmenin, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir, en çok üç yıl için yapılacağı düzenlenmiş olup fıkra içerisinde yer alan "*…ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile…*" ibaresi dava konusudur.

132. Buna göre dava konusu kurallar, işkolu düzeyinde yapılacak olan çerçeve sözleşme yapma yetkisini Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları olarak belirlemekte ve çerçeve sözleşmenin meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebileceğini ve anılan sözleşmenin taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir, en çok üç yıl için yapılabileceğini düzenlemektedir.

133. Kanun, çerçeve sözleşmeyi ve çerçeve sözleşme yapma yetkisini toplu iş sözleşmesinden ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinden ayrı olarak düzenlemiştir. Kanun'a göre *"toplu iş sözleşmesi"* iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme olarak ifade edilmişken; *"çerçeve sözleşme"* Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan ve ücrete ilişkin

haklar dışında; mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içeren sözleşme olarak tanımlanmıştır.

134. Ekonomik ve Sosyal Konsey, 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma ve Yöntemleri Hakkında Kanun ile kurulmuş, görev ve yetkileri de Kanun'un 3. maddesinde sayılmıştır. Söz konusu maddenin incelenmesinden Konsey'in, toplumun genelini ilgilendiren bütüncül konularda ve daha ziyade sosyal güvenlik ve sosyal politika ile ekonomik konularda yetkili olduğu ve hazırlanan raporlar ile yapılan çalışmaları Hükümete, Türkiye Büyük Millet Meclisine, Cumhurbaşkanına ve kamuoyuna sunmak, görüş bildirilirken uzlaşılan ve uzlaşılamayan hususları ayrı ayrı belirtmek gibi görev ve yetkilerinin olduğu görülmektedir.

135. Toplu iş sözleşmelerinin içereceği unsurlar ise Kanun'un 33. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"(1) Toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hükümleri içerir.

(2) Toplu iş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve borçları ile sözleşmenin uygulanması ve denetimini ve uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen hükümleri de içerebilir."

136. Buna göre maddede, toplu iş sözleşmesinde yer alması zorunlu (iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin) hükümler ile isteğe bağlı olarak yer alabilecek (tarafların karşılıklı hak ve borçları, sözleşmenin uygulanması ve denetimi, uyuşmazlıkların çözümü için başvurulacak yolları düzenleyen) hükümler belirtilmiştir.

137. Çerçeve sözleşme ile toplu iş sözleşmesi, nitelikleri ve kapsamları farklı, ayrı ayrı sözleşmelerdir. Aynı zaman dilimini kapsayacak şekilde çerçeve sözleşmenin imzalanmasının ayrıca toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisini sınırlandırıcı bir yönü bulunmamaktadır. Bir başka ifadeyle toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisi olan sendika ve konfederasyonların bu yetkilerini kullanabilmeleri, çerçeve sözleşmeler ile sınırlandırılmamaktadır.

Her iki sözleşme türü de kendi kapsamındaki konularla ilgili düzenlemeler içerebilecektir. Böylelikle bir işyerinde aynı dönemde uygulanmak üzere işkolu düzeyinde imzalanacak çerçeve sözleşme ile anılan sözleşmede düzenlenebilecek hususlar karara bağlanabileceği gibi yine toplu iş sözleşmesi akdetmeye yetkili olan sendika ile işveren arasında da toplu iş sözleşmesi imzalanabilecektir.

138. Nitekim bu husus madde gerekçesinde "*Madde ile ayrıca, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir en çok üç yıl için, isteğe bağlı olarak sözleşmenin tarafı olan işçi ve işveren sendikalarının üyeleri arasında yazılı olarak, mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin çerçeve sözleşmelere imkân tanınmıştır.*" şeklinde açıklanmıştır.

139. Öte yandan çerçeve sözleşmede, meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemelerin yer alması, toplu iş sözleşmesi ile başkaca bir düzenleme yapmaya da engel değildir. Toplu iş sözleşmesinin tanımı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendinde "*İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşme*" şeklinde yapılarak toplu iş sözleşmesi ile düzenlenebilecek hususlar belirlenmiştir.

140. Diğer taraftan çerçeve sözleşmeler, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir, en çok üç yıl için yapılabilecektir. Burada önemli olan çerçeve sözleşme yapılmasının ihtiyarî bir durum olmasıdır. İşçi sendikasının, işvereni ya da işverenin işçi sendikasını çerçeve sözleşme yapmak üzere davet etmesi durumunda, karşı tarafın masaya oturmasını kanun marifetiyle mecbur kılmak, taraflardan birini diğerine mahkûm etmek anlamına gelebileceği gibi, pazarlık sürecinde sadece masaya oturmada direnme suretiyle elde edilebilecek kazanımların da yitirilebilecek olmasına neden olabilecektir. Toplu iş sözleşmeleri için olmazsa olmaz olan hususlar, toplu iş sözleşmesinin doğası gereği sahip olunan, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesini düzenleyen hükümler olup bunlar için zaten karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi şartı aranmamakta, bu şart sadece çerçeve sözleşmelerde aranmaktadır.

141. Anayasa'nın 53. maddesinde "*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir…*" hükmüne yer verilmiştir.

142. İş dünyasında var olan toplu iş sözleşmesi yapma hakkına ek bir hak olarak çerçeve sözleşme yapma hakkı getirilmesi, işçilere ilave bir imkân sunulması anlamına gelmektedir. Buna göre, çerçeve sözleşmenin meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilmesi ve anılan sözleşmenin, taraflardan birinin çağrısı ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile en az bir, en çok üç yıl için yapılabilmesi ve işkolu düzeyinde yapılacak olan çerçeve sözleşme yapma yetkisini Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarına üye işçi ve işveren sendikaları olarak belirlemek kanun koyucunun takdirindedir. Kurallar ile toplu iş sözleşmesi yapma hakkının özü zedelenmediği gibi toplu iş sözleşmesi hakkı sınırlanmamakta ve hakka bir müdahalede bulunulmamaktadır.

143. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 13. ve 53. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

144. Kuralların Anayasa'nın 10., 51., 54. ve 90. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 41. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla…*" İbaresinin, "*…çalışan işçilerin yarıdan fazlasının…*" İbaresinin, "*…ise yüzde kırkının…*" İbaresinin, (5) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "*…yüzde üçünün…*" İbaresinin, 43. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan "*…yüzde üçünden…*" İbaresinin ve (4) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan "*…en az yüzde üçünü…*" İbaresinin İncelenmesi

145. Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*yüzde üçünün*" ibaresi, (5) numaralı fıkrasında yer alan "*…yüzde üçünün…*" ibaresi, 43. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan

"*…yüzde üçünden…*" ibaresi ve (4) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "*…en az yüzde üçünü…*" ibaresi 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 20. maddesi ile değiştirildiğinden, bu değişikliklerin yer aldığı dava konusu ibarelere yönelik iptal talebinin konusu kalmadığından söz konusu ibareler yönünden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

146. Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM *"…çalışan işçilerin yarıdan fazlasının…"* ibaresi ve "*…ise yüzde kırkının…*" ibaresi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

İ- Kanun'un 41. Maddesinin (2) ve (3) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

147. Dava dilekçesinde özetle, işyeri ve işletme baraj sistemlerinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bazı sendikalar için ayrıcalıklı bir durum oluşturulduğu, toplu iş sözleşmesi imzalayabilmeyi olumsuz etkilediği, bu durumun sosyal devlet, eşitlik ve devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı, herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ve bu hakların özüne dokunulamayacağı, işyeri ve işletme baraj sistemleri ile sendika kurma hakkının zedelenmesinin toplu iş sözleşmesi yapma, grev ve lokavt hakları ile çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini engellediği, bu durumun Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53., 54., 55. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

148. Kanun'un 41. maddesinin dava konusu (2) numaralı fıkrasında, işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerlerinin bir bütün olarak dikkate alınacağı ve yüzde kırk çoğunluğun buna göre hesaplanacağı, (3) numaralı

fıkrasında ise işletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğu öngörülmüştür.

149. Örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olan sendika hakkının kapsamı (23) ila (25) numaralı paragraflarda ifade edilmiştir.

150. Anayasa, sendika hakkının bir unsuru olan toplu sözleşme hakkını, 53. maddede özel olarak düzenlemiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, "*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.*" denildikten sonra son fıkrasında, "*Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir.

151. Anayasa'nın 53. maddesinin son fıkrasında, toplu sözleşme hakkının kapsamının, istisnalarının, toplu sözleşmeden yararlanacakların, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğünün kanunla düzenleneceği belirtilmekle birlikte bu hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir. Ancak toplu sözleşme hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin toplu sözleşme hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, toplu sözleşme hakkının, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanması mümkündür.

152. Kanun'un 41. maddesinin ilk fıkrasında işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için ülke barajı ve işyeri barajı olarak adlandırılan oranlar düzenlenmiştir. Buna göre işçi sendikasının yetkili olabilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu veya toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerinin girdiği işkolunda başvuru tarihinde çalışan toplam işçilerin en az yüzde birini üye kaydetmiş olması gerekir. Bundan başka sendika,

toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmiş olması hâlinde, bu işyeri veya işyerleri için yapılacak toplu iş sözleşmesinde yetkili olacaktır. Ülke barajını geçemeyen sendikaların o işyeri veya işyerlerindeki üye sayılarına bakılmaksızın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi yoktur. İşletme toplu iş sözleşmesinde ise, yarıdan fazla çoğunluk yerine yüzde kırk çoğunluk getirilmiştir. Yüzde kırkı birden çok sendikanın aşması durumunda en çok üyesi olan sendikanın yetkili olacağı düzenlenmiştir. Yüzde kırkı geçen sendikaların eşit üyeliği halinde ise yetki talebi olumsuz karşılanacaktır. İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınacak ve yüzde kırk veya fazla üyesi olması durumunda en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır.

153. İşletme toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi konusunda işyerinin bir bütün olarak dikkate alınarak yüzde kırk çoğunluğun buna göre hesaplanması ve işletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyeye sahip olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olması toplu sözleşme hakkının norm alanını daralttığı için sendika hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

154. İşletme toplu iş sözleşmesi için belli bir barajın aranması, sözleşme imzalayacak olan sendikanın güçlü bir sendika olması amacına dayanmaktadır. Bağımsız ve güçlü sendikaların işletme toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerinin temin edilmesi, çalışanların işyerlerinde sendikal haklardan daha etkin bir şekilde yararlanmaları sonucunu doğuracağından, bu durumun sendikal hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edeceği açıktır. Dolayısıyla işletme toplu iş sözleşmesi için baraj öngörülmesinde, anayasal açıdan meşru bir amaca dayanıldığı anlaşılmaktadır.

155. Ancak toplu sözleşme yapılabilmesi için işkolu barajı öngörülmek suretiyle sendika hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik

toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

156. Toplu sözleşme hakkı, çalışanlara, üyesi bulundukları sendikalar aracığıyla işverenle karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla görüşme ve anlaşma yapabilme yetkisi tanıyan sendikal bir haktır. Toplu sözleşme hakkı sendika özgürlüğünün önemli bir parçasını oluştursa da sendikal özgürlükler toplu sözleşme hakkından ibaret olmayıp bunun dışında başka araçlar da bulunmaktadır. Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında, sendikaların, çalışanların "*ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek*" amacıyla faaliyet gösterecekleri ifade edilmiş, ancak hangi araçlarla bu amacı gerçekleştirecekleri hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla tüm sendikalara toplu sözleşme hakkı tanınmasının, çalışanların "*ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması*" amacı bakımından zorunluluk olduğu söylenemez. Bu itibarla, en yüksek temsil gücüne sahip sendikalara toplu görüşme yapma yetkisi tanınması, kanun koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte, toplu sözleşme yapma yetkisini haiz bulunmayan diğer sendikaların, üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunmasını temin edecek araçlardan tamamen yoksun bırakılmamaları gerekir. Çoğunluğu sağlayamayan sendikaların, toplu pazarlığa katılamasalar da en azından üyelerinin hak ve çıkarlarını dile getirme imkânından tamamen mahrum bırakılmamaları gerekir. Aksi hâlde sendikal haklara yapılan müdahale ölçülü olmaz.

157. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinin birinci fıkrasında geçen "*çıkarlarını korumak amacıyla*" başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma kavramını, sendikalara "*danışılma/dinlenilme*" hakkını tanıdığı biçiminde yorumlamakta ve toplu görüşmeyi, danışılma hakkının araçlarından biri olarak görmektedir. AİHM, her sendikanın toplu sözleşme yetkisine sahip olmasının bir zorunluluk olmadığını, taraf devletlerin, gerekli gördükleri takdirde temsilci

sendikalara özel statü tanıyacak şekilde düzenleme yapabileceklerini kabul etmektedir (*Demir ve Baykara/Türkiye, B. No: 34503/97, K.T. 12.11.2008, § 154*).

158. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) denetim organları da AİHM içtihatlarına uygun bir şekilde, "*en çok temsil gücüne sahip örgütlere*" mevzuat yoluyla bazı ayrıcalıklar tanınabileceğini kabul etmekte, ancak çoğunluğu sağlayamayan sendikaların da üyelerinin çıkarlarını koruma yönünden işlevsiz kalmaması, toplu pazarlığa katılamasalar da en azından üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirip bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilmeleri gerektiğini ifade etmektedirler.

159. Tüm sendikalara toplu sözleşme hakkı tanınması, çalışanların "*ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması*" amacı bakımından zorunluluk olmadığı gibi en yüksek temsil gücüne sahip sendikalara toplu görüşme yapma yetkisi tanınması da kanun koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte toplu sözleşme yapma yetkisini haiz bulunmayan diğer sendikalar, üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunmasını temin edecek araçlardan yoksun bırakılmamaktadır. Sendikaların, sendikal faaliyetin asgari içeriğini oluşturan, üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirme ve bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilme olanağına sahip oldukları dikkate alındığında, güçlü sendikaların işletme toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmeleri için öngörülen yüzde kırk çoğunluk aranmasında çalışanlara aşırı veya olağanüstü bir yük yüklenmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yüzde kırklık oranın, toplu iş sözleşmesi yapma hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

160. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

161. Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM (2) numaralı fıkra yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

162. Kuralların Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 49., 54., 55. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 58. Maddesinin (2) ve (3) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

163. Dava dilekçesinde özetle, kurallar ile toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde yapılan grevlerin kanuni grev, bunun dışındaki tüm grevlerin ise kanun dışı grev olarak tanımlandığı, genel grev, hak grevi, dayanışma grevi, protesto grevi ve kısa süreli iş bırakma gibi farklı grev türlerinin kanun dışı ilan edildiği, böylelikle grev hakkına yönelik demokratik toplum düzenine aykırı, ölçüsüz, aşırı ve hakkın özünü zedeleyen bir sınırlama getirildiği, bu durumun Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 13., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

164. Kanun'un 58. maddesinin dava konusu (2) numaralı fıkrasında, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denileceği; (3) numaralı fıkrasında ise kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grevin kanun dışı olacağı ifade edilmiştir.

165. Anayasa'nın 54. maddesinde "*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının… usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.*" denilerek, grevin ancak toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde mümkün olacağı ve bu hakkın sadece kanun ile çizilen çerçevede kullanılabileceği hükme bağlanmıştır. 6356 sayılı Kanun'un 58. maddesi de bu düzenleme gereği aynı ilkeyi benimsemiş, ayrıca "*grevin sadece işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak ve geliştirmek amacıyla kanun hükümlerine uygun olarak yapılabileceğini*", bu kurallara uymadan bir grev kararı alınırsa bunun kanuni olmayacağını

kabul etmiştir. Toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip bir sendika, bu koşullara uyması halinde kanuni grev kararı alabilecektir. Bu nedenle grev kararını, sadece grevin uygulanacağı işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapma yetkisine sahip bir sendika alabilecektir.

166. Anayasa'nın grev hakkı ve lokavtı düzenleyen 54. maddesinin ikinci fıkrasında "*Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.*" denilmiş, dördüncü fıkrasında da "*Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir.*" denilerek, bunların kimi yasaklamalar ve sınırlamalara tabi tutulabileceğine işaret olunmuştur. Fıkrada geçen "*haller*" sözcüğü ile anılan hakların geçici ya da sürekli olarak yasaklanabileceği tüm durumlar ifade edilmek istenmiştir.

167. Anayasa'nın 54. maddesinin gerekçesinde ise "*Grev ve lokavt hakları sadece toplu sözleşme yapılırken uyuşmazlık çıkması halinde tanınmış; başka deyişle hak grevi yolu tıkanmıştır. Mahkemelere saygı ve çalışma barışı ilkeleri hak grevinin yasaklanmasına amil olmuştur. Bir toplu iş sözleşmesi döneminde mutlak iş barışı esası kabul edilmiştir.*" denilmiştir.

168. Grev, 6356 sayılı Kanun'un 58. maddesinin (1) numaralı fıkrasında tanımlanmıştır. Buna göre "*İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.*"

169. Bir grevden söz edebilmek için işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işi bırakmaları gerekmektedir. Topluca işi bırakmanın, işyerinde işi veya üretimi ve böylece çalışma barışını önemli ölçüde aksatmış bulunup bulunmaması önem taşımaktadır. Bu anlamda tek bir işçinin işi bırakması grev olamaz, zira grev toplu bir harekettir. Bununla birlikte işçilerin topluca işi bırakmış bulunmaları da yeterli değildir. Topluca işi bırakmak suretiyle, o işyerinde işi durdurma veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatma amacının da bulunması gerekir. Son olarak grev

için işçilerin aralarında anlaşması veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği bir karara uyması gerekmektedir.

170. Kanuni grev; işçilerin, kanunda belirlenen amaç içinde ve yine kanunda öngörülen usul, şekil, yasak ve sürelere uyarak topluca çalışmamak suretiyle bir işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, toplu iş sözleşmesi ehliyet ve yetkisine sahip bir işçi sendikasının topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarıdır.

171. Çalışma hayatını düzenleyen hukuk sistemi içinde toplu iş sözleşmesi özerkliğinin ayrı bir yeri vardır. Bu bağlamda toplu iş sözleşmesi özerkliğinin temel unsurları olan sendika özgürlüğü, grev ve toplu iş sözleşmesi haklarının Anayasa ve kanunlar ile ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Bu gereklilik anılan hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlama bakımından oldukça önemlidir.

172. Anayasa'nın 54. maddesinde, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahip oldukları, bu hakkın kullanılmasının usul ve şartlarının ise kanunla düzenleneceği belirtilmekle birlikte bu hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir.

173. Grev hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin grev hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, grev hakkının, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanması mümkündür.

174. Demokratik bir ülkede işçi ve işveren kuruluşları arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde grev hakkı ve lokavtın tanınması gerekli olmakla beraber, yerine göre başvurulan bu mücadele araçlarının ulusal ekonomi ve kamu düzenine olumsuz yönde etkileri nedeniyle bazı sınırlama ve kısıtlamalara tabi tutulmaları da kaçınılmazdır.

175. İşçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapmaları sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde 6356 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine uygun olarak yapacakları grevin kanuni grev, kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grevin ise kanun dışı grev olarak kabulünün grev hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

176. Öte yandan grev hakkına getirilen söz konusu sınırlama doğrudan doğruya Anayasa'da hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Anayasa'nın 54. maddesinde toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahip oldukları, bu hakkın kullanılmasının usul ve şartlarının ise kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre ülkemizde grev ve lokavt serbestîsi geçerlidir. Ancak 6356 sayılı Kanun'da greve başvurmadan önce arabuluculuk aşamasından geçme zorunluluğu, yani barışçı yolların denenmesine rağmen uyuşmazlığın giderilememiş olması koşulu öngörülmüştür.

177. Ayrıca, 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 54. maddesinin yedinci fıkrasında yer alan siyasî amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grev ve lokavtı, genel grev ve lokavt yasağının yürürlükten kaldırılmış olması maddenin birinci fıkrasında yer alan grev hakkı ile ilgili hükümleri değiştirmemektedir.

178. Kural ile grev hakkına ilişkin olarak getirilen düzenlemeler dayanağını doğrudan doğruya Anayasadan almaktadır. Somut anayasal bir güvence olarak öngörülen bu hak, yine anayasal kriterlere uygun olmak koşuluyla kanun koyucunun düzenleme yetkisine bırakılmaktadır.

179. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 54. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

180. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

181. Kuralın Anayasa'nın 5. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 60. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*…lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir.*" İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

182. Dava dilekçesinde özetle, grev hakkı ile lokavt arasındaki bağımlılık ilişkisinin koparılmış olduğu, grup toplu iş sözleşmelerinde grev kararı alınmamış işyerleri veya işletmeler için de doğrudan lokavt kararı alınabilmesinin mümkün hale geldiği, ekonomik ve sosyal açıdan hem sendika hem de işçilerin özgür toplu pazarlık haklarının engellendiği, tek yanlı yeni bir düzenlemeyle işverene sosyal dengeyi bozacak bir ayrıcalık getirildiği, bu haliyle grevin işçi ve sendika üzerinde yaratacağı ücret kaybı ve diğer mali ve ekonomik kayıpların baskısı nedeniyle uygulanamaz hale geldiği, bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 51., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

183. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

184. Dava konusu kural, grup toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için grev kararı alınmış olsa dahi lokavt kararının uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabileceğini düzenlemektedir.

185. Anayasa'nın 54. maddesinde "*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir. Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz...*" denilmektedir.

186. Anayasa'nın 54. maddesinin gerekçesi ise şu şekildedir: "*Lokavtın anayasal hak olarak tanınması bir denge fikrinin sonucudur. Lokavtın yasaklanması yolunda belirlenen düşüncelerin uygulanması halinde, işverenlerin elinden tek mücadele ve mukabele aracının alınması sonucu doğardı. Varlığı tartışılan lokavt hakkının anayasal güvenceye kavuşturulması bu nedenle gerekmiştir. Sosyal alanda işçi ve işveren mücadele ederlerken eşit araçlar kullanılırsa, ancak o zaman, bu mücadele topluma zarar verici olmaktan çıkar. Aksi halde grevsiz lokavt ve lokavtsız grev ayrı sonuçları verir…Lokavt ancak greve karşı uygulanabilecektir.*"

187. Gerekçeden de görülebileceği gibi, işçiler ve işverenler için eşit araçlar kullanılması esası benimsenmiş ve grevsiz lokavt ile lokavtsız grevin sonuçlarının farklı olduğu vurgulanmış, ayrıca lokavtın ancak greve karşı uygulanabileceği açık bir şekilde ifade edilmiştir.

188. Kanun'da öngörülen toplu sözleşme türleri; işyeri toplu iş sözleşmesi, grup toplu iş sözleşmesi, işletme toplu iş sözleşmesi ve çerçeve sözleşmedir.

189. Grup toplu iş sözleşmesi, Kanun'un 2. maddesinin (ç) bendinde, "*işçi sendikası ile işveren sendikası arasında, birden çok üye işverene ait aynı işkolunda kurulu işyerlerini ve işletmeleri kapsayan toplu iş sözleşmesi*" olarak tanımlanmıştır. Burada çoğunlukla benimsendiği üzere, işveren tarafı bir sendikadır.

190. Lokavt ise Kanun'un "*Lokavtın tanımı*" başlıklı 59. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, işyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına lokavt denmektedir. Lokavtta öne çıkan başlıca iki özellik, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmaları ve bu uzaklaştırmanın işyerindeki faaliyetin büsbütün durmasına sebep olacak tarzda yapılmasıdır.

191. Lokavt, işçilerin grev hakkını kullanması sırasında işveren için getirilmiş bir karşı yaptırımdır. Ancak işverenin bu yola başvurabilmesi anayasal düzlemde ve lokavtın kendine has özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir.

192. Lokavt uygulamasında esas olan, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkabilecek uyuşmazlıklar üzerine işçi sendikasının grev kararı alması halinde işverenlerin bu yola başvurabilecek olmasıdır. Nitekim lokavt kararının alınması, alınmış olan bir grev kararının, uyuşmazlığın diğer tarafı olan "*işveren sendikasına*" veya "*sendika üyesi olmayan işverene*" tebliğ edilmesi şartına bağlanmıştır. Bu yönüyle lokavt uygulaması bağlı bir yetki şeklinde gerçekleşebilecektir. Dolayısıyla ortada alınmış bir grev kararı yoksa ya da işverene ait işyerlerinin herhangi birinde grev kararı alınmış olmasına rağmen grev kararı alınmamış başka bir işyerinde lokavta başvurulması lokavtın özü ile bağdaşamaz.

193. Grup toplu iş sözleşmesine ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için işçi sendikası tarafından grev kararı alınmış olması hâlinde işveren tarafından o işyerinde lokavt uygulamasına başvurulabilmesi mümkündür. Ancak bunun ötesinde işverenin uyuşmazlığın kapsamında olan, fakat grev kararı alınmamış işyerleri için de lokavta başvurabileceğini benimseyen kural Anayasa ile düzenlenen lokavt ile bağdaşmayacağı gibi grev hakkının kullanılabilmesini de engelleyici niteliktedir. Bu hüküm bir işyerinde greve gitme istek ve yetkisine sahip olanları etkileyebilir. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen *"ölçülülük ilkesi"* devrede girecektir. Bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. Anayasa'nın 54. maddesinde koruma altına alınan grev hakkına yönelik sınırlamaların 13. madde kapsamında görülebilmesi, getirilen düzenlemelerin öncelikle ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olması şartına bağlıdır. Diğer işyerlerinde çalışmakta olan işçiler için de lokavt uygulamasının gerçekleşebilecek olması nedeniyle greve karar vermek ya da uygulamak hakkını kullanmaktan imtina edilmesine yol açabilecek bu düzenleme Anayasa koyucunun bu konudaki iradesiyle uyumlu olmayan hukuki sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Bu yönüyle kural, grev hakkına ölçülü ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan bir sınırlama teşkil etmektedir.

194. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 54. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

195. Kural Anayasa'nın 13. ve 54. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

196. Kuralın Anayasa'nın 51. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 61. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "*…oylamaya katılanların…*" İbaresi ve (5) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

197. Dava dilekçesinde özetle, grev hakkına yönelik olarak yapılacak sınırlamaların Anayasa'nın sözüne, ruhuna, ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacağı, Türkiye'deki grev oylaması uygulamasına hemen hemen her zaman işverenin işçilere baskı yaparak dilekçe toplatması neticesinde gidildiği, işverenlerin çoğu zaman işçileri "*Greve Hayır*" oyu kullanmaya zorladığı, işverenlerin grev ilanı tarihi ile grev oylaması tarihi arasında sendikalı işçilerin tümünü ya da bir kısmını işten çıkararak grev oylamasına katılabilecek sendikalı işçi sayısını azaltabileceği, böylece grev oylamasında "*Hayır*" oyunun çoğunlukta olmasını sağlamak için haksız bir avantaj elde edilmiş olacağı ve kendine özgü bir niteliğe sahip olan grup toplu iş sözleşmesinde grev oylaması uygulamasının fiilen imkânsız hale geldiği, bu durumun Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 13., 51., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

198. Kanun'un 61. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, grev oylamasında grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, bu uyuşmazlıkta alınan grev kararının uygulanmayacağı düzenlenmiş olup cümle içerisinde geçen "*…oylamaya katılanların…*" ibaresi dava konusu

kuraldır. Dava konusu bir diğer kural olan 61. maddenin (5) numaralı fıkrasında ise grup toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda grev oylaması talebinin, grubun her bir işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yapılacağı, grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşıp ulaşmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçlarının her işyeri için ayrıca belirleneceği düzenlenmiştir.

199. Anayasa'nın 54. maddesinde, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahip oldukları, bu hakkın kullanılmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnalarının kanunla düzenleneceği belirtilmekle birlikte, bu hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir.

200. Grev hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin grev hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, grev hakkının, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanması mümkündür.

201. Demokratik bir ülkede işçi ve işveren kuruluşları arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde grev hakkı ve lokavtın tanınması rejimin gereği olmakla beraber, yerine göre başvurulan bu mücadele araçlarının ulusal ekonomi ve kamu düzenine olumsuz yönde etkileri nedeniyle bazı sınırlama ve kısıtlamalara tabi tutulmaları da kaçınılmazdır.

202. Kanun'un "*Grev oylaması*" başlıklı 61. maddesinde işçilerin grev oylaması talebi düzenlenmiş, grev oylamasına katılanların salt çoğunluğunun grev yapılmaması yönünde oy kullanması halinde grevin yapılamayacağı hüküm altına alınmış, böylece önceki Kanunda yer alan "*Grev oylamasında, grev ilânının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerin salt çoğunluğu grevin uygulanmamasına karar verirse o işyerinde grev uygulanamaz.*" hükmü değiştirilmiştir. Mülga düzenlemeye göre, grev oylaması talebinde işçilerin tümü dikkate alınarak karar verilirken, dava konusu kuralla grev oylamasında oylamaya katılanların salt çoğunluğu dikkate alınacaktır.

203. Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin ilan tarihinden itibaren altı işgünü içinde işyerinin kayıtlı bulunduğu görevli makama yazılı başvurusu halinde talebin yapılmasından başlayarak altı işgünü içinde grev oylaması yapılacaktır. Düzenleme ile sendikalı ya da sendikasız işçi ayrımı yapılmamaktadır.

204. İşyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun grevin uygulanmamasına karar vermesi durumunda alınan grev kararı uygulanamayacak ve işçi sendikasının Yüksek Hakem Kuruluna başvurmaması halinde yetki belgesinin hükmü kalmayacaktır.

205. Grup toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıklarda ise grev oylaması talebi, grubun her bir işyerinin bağlı bulunduğu görevli makama yapılacak ve grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşıp ulaşmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçları her işyeri için ayrıca belirlenecektir.

206. İşçilerin toplu iş sözleşmesi yapılırken uyuşmazlık çıkması hâlinde Kanun'un ilgili hükümlerine uygun olarak yapacakları grev için öngörülen oylamada, grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun grevin yapılmaması yönünde karar vermeleri halinde grev kararının uygulanamamaması ve grup toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıkta grev oylaması isteyen işçilerin sayısının yeterli orana ulaşıp ulaşmadığının tespiti ile grev oylamasının sonuçlarının her işyeri için ayrıca belirlenmesinin grev hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

207. Grev için öngörülen oylamada, grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun grevin yapılmaması yönünde karar vermeleri halinde grev kararının uygulanmaması, grevin işyerinde çalışmakta olan işçilerin büyük bir çoğunluğu tarafından gerçekten istenilmesi halinde uygulanması amacına dayanmaktadır. Grev ilanı ve grev oylamasının farklı zamanlarda gerçekleştiriliyor olması ise grevin son çare olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır. Grevde asıl olan grev oylaması sırasında çalışmakta olan ve grev yapmak isteğinde olan işçiler tarafından greve karar verilmesidir. Zira grev ilanı tarihi ile grev

oylaması sırasında işyerinde çalışmakta olan işçiler farklı olabileceği gibi arada geçen zaman içerisinde grev yapma isteğinden vazgeçebilecek işçiler de bulunabilecektir. Bu bakımdan grevin yapılabilmesi için grev ilanı tarihi yerine grev oylaması tarihinde çalışmakta olan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun aranmasında meşru bir amaca dayanıldığı anlaşılmaktadır.

208. Ancak belirtilen bu meşru amaca rağmen grev hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

209. Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrasında "*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.*" denilerek, grevin ancak toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde kanuni olacağı ve bu hakkın sadece kanun ile çizilen çerçevede kullanılabileceği hükme bağlanmıştır.

210. Grev hakkı, sendikaların üyelerinin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla kullanabilecekleri önemli bir haktır. Grev hakkı, sendika özgürlüğünün önemli bir parçasını oluşturur ancak sendikal özgürlükler anılan haktan ibaret değildir.

211. Kanun koyucu bir kanun çıkarırken Anayasa kuralları ile bağlı olduğundan anılan kuralların gözardı edilmesi suretiyle yapılacak düzenlemeler Anayasa'ya aykırı olmayacaktır. Kurallar ile getirilen ve yukarıda meşru bir amaca dayandığı vurgulanan sınırlamaları Anayasa'nın 54. maddesinde yer alan "*…Bu hakkın kullanılmasının… usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.*" ifadesi kapsamında değerlendirmek gerekir.

212. Madde ile bir işyerinde grev kararının ilan edilmesinde herhangi bir engel ya da zorlama öngörülmemekte, kararın ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin, sendikalı olsun veya olmasın, en az dörtte birinin işyerinin bağlı bulunduğu makama yazılı olarak başvurması üzerine belirlenecek günde oylama yapılması esası benimsenmekte, oylamada ise grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun grev yapılmaması yönünde karar vermesi halinde alınan grev kararının uygulanamayacağı belirtilmektedir. Burada önemli olan sendika üyesi olsun veya olmasın, grev ilanında bulunsun veya bulunmasın, grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan tüm işçilerin oylamaya katılabilmesinin önünde bir engelin var olup olmadığıdır. Maddede buna dair bir yasak veya engel bulunmamakta; grev yapılması ya da yapılmamasını isteyen işçiler oylamaya katılıp özgürce oylarını kullanabilmektedir. Bu nedenle, grevin yapılabilmesi için grev ilanı tarihi yerine grev oylaması tarihinde çalışmakta olan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun aranmasının, grev hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

213. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 13. ve 54. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

214. Serruh KALELİ *"…oylamaya katılanların…"* ibaresi yönünden, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM ise kuralların tümü yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

215. Kuralın Anayasa'nın 51. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

M- Kanun'un 62. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*…cenaze işlerinde ve mezarlıklarda;…*", "*…doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde;...*" ve "*...Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde;…*" İbarelerinin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

216. Dava dilekçesinde özetle, grev yasaklarının kapsamının uluslararası normlara aykırı bir biçimde belirlenmesinin hem grev hakkına hem de örgütlenme hakkına yönelik ciddi ve ağır bir sınırlama teşkil ettiği, kurallarla örgütlenme, toplu pazarlık ve grev haklarının demokratik toplum düzenine ve ölçülülük ilkesine aykırı biçimde sınırlandırıldığı ve grev hakkının yalnızca devlet adına yetki kullanan kamu görevlileri için sınırlandırılabileceği ya da yasaklanabileceğinin ifade edilmesinin Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 10., 13., 14., 51., 52., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

217. Kanun'un 62. maddesinde, hangi işlerde, hangi hizmetlerde ve hangi işyerlerinde grev ve lokavtın yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Maddenin, cenaze işlerinde ve mezarlıklarda, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde grev ve lokavt yapılamayacağına ilişkin kısımları, dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

218. Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrasında grev hakkı, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması hâlinde kabul edilmiş, ancak grev hakkını sınırlayacak nedenler gösterilmemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise "*Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.*" denilerek grev hakkı kullanılırken göz önüne alınacak hususlar gösterilmiş, dördüncü fıkrasında da "*Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir.*" denilerek, grev hakkının kimi yasaklamalar ve sınırlamalara tabi tutulabileceğine işaret olunmuş ve bu konuda kanun koyucuya yetki tanınmıştır.

219. Grev, işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarıdır. Bu eylemler Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kaldığı sürece, işçiler bu güvenceden yararlanmakta ve herhangi bir yaptırımla karşılaşılmamaktadır.

220. Greve ilişkin yasal sınırlandırmalardan biri, bu yola ancak toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde gidilebilmesi, diğerleri ise grevin kesin olarak yasaklandığı işler ve işyerleri ile geçici olarak yasaklanmasını gerektiren durumlardır. Ayrıca grevin ertelenmesine ilişkin esaslara da Kanun'da yer verilmiştir.

221. Birçok farklılıklara rağmen çoğu ülkede, temel hizmetler olarak kabul edilen işlerde grev hakkını yasaklayan ya da kısıtlayan hükümler bulunmaktadır. Burada önemli olan temel hizmetlerin net çizgilerle tanımlanması ve bu tanımlamanın geniş anlamda yapılmamasıdır. Aksi halde grev hakkı anlam ve içeriğini kaybedecektir. Temel hizmetler olarak kabul edilen işlerin, kesintiye uğraması durumunda halkın geneli veya bir bölümünün yaşamı, güvenliği ya da kişisel sağlığı tehlikeye düşebileceği için grev ve lokavt kısıtlanabilir. Bunun yanında, uygulanan grevin süresi ve kapsamı nedeniyle topluma ciddi zararlar vereceği de değerlendirilebilir. Ayrıca, temel hizmetlerin belirlenmesinde evrensel standartlar kadar, her ülkenin özel koşullarının da dikkate alınması gerekir.

222. İptali istenilen kurallar ile cenaze işlerinde ve mezarlıklarda, doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde ve Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde getirilen yasağın grev ve lokavt hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Söz konusu alanlarda getirilen yasak, ulusal ekonominin, insan sağlığının ve millî güvenliğin korunmasına hizmet ettiğinden anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır.

223. Kurallar ile belirli iş, işyeri ve hizmetler için grev yasağı getirilirken bir bütün olarak memlekete sağladıkları ekonomik yararları, insan sağlığına doğrudan etki eden yönleri, millî savunma ve güvenlik ile ilgili nitelikleri, toplumun tümünü doğrudan etkileyen yönleri ve millî ekonomiye katkılarının dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Öte yandan söz konusu iş, işyeri ve hizmetlerin kamu düzeni ve toplum hayatını doğrudan etkileyen faaliyetler ile ilgili oldukları da açıktır. Bu durum kuralların gerekçesinde de, "*Maddenin ilk fıkrasında grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerler ILO'nun talepleri de dikkate alınarak yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleri ile sınırlandırılmıştır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu yolla grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerlerin yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleri olduğu belirtilmiş ve ILO taleplerinin dikkate alındığı vurgulanmıştır. Kanun koyucu tarafından, söz konusu işyerleri ve sektörlerin toplumun tümünü doğrudan etkileyen hizmetler sunduğundan bahisle faaliyetlerinin sürekliliğini sağlamak ve üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla sundukları hizmetler bakımından grev ve lokavt yasağı getirilmiştir.

224. Söz konusu hak bakımından getirilen yasakların gerekçesini yaşamsal ve stratejik öneme sahip olan kamusal çıkarlar oluşturmaktadır. Böyle bir nedene dayalı olarak kanun koyucunun belirli iş, işyeri ve hizmetler için grev ve lokavt yasağı getirmiş olması demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmez.

225. Yürütülecek iş ya da hizmetin durması, nüfusun tümünün ya da bir kısmının yaşamını, can güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atabilecekse, kısacası zorunlu ve temel hizmet niteliği ağır basıyorsa, grevin yasaklanabilmesi anayasal açıdan mümkündür.

226. Dava konusu kuralların bir bütün olarak memlekete sağladıkları ekonomik yararlar ve millî ekonomiye katkıları, söz konusu iş, işyeri ve hizmetlerin kamu düzeni ve toplum hayatını doğrudan etkileyen faaliyetler olması ile sahip oldukları önem dikkate alındığında, kanun koyucu tarafından kural ile belirlenen alanlarda getirilen yasağın grev hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

227. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 13. ve 54. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

228. Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

229. Kuralların Anayasa'nın 10., 14., 51., 52. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

N- Kanun'un 62. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "... *bankacılık hizmetlerinde;...", "…ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde…"* İbarelerinin İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

230. Dava dilekçesinde özetle, grev yasaklarının kapsamının uluslararası normlara aykırı biçimde belirlenmesinin hem grev hakkına hem de örgütlenme hakkına yönelik ciddi ve ağır bir sınırlama teşkil ettiği, kurallarla örgütlenme, toplu pazarlık ve grev haklarının demokratik toplum düzenine ve ölçülülük ilkesine aykırı biçimde sınırlandırıldığı ve grev hakkının yalnızca devlet adına yetki kullanan kamu görevlileri için sınırlandırılabileceği ya da yasaklanabileceğinin ifade edilmesinin Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 10., 13., 14., 51., 52., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

231. Kanun'un 62. maddesinde, hangi işlerde, hangi hizmetlerde ve hangi işyerlerinde grev ve lokavtın yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Maddenin, bankacılık hizmetlerinde ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde grev ve lokavt yapılamayacağına ilişkin kısımları, dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

232. İptali istenilen kurallar ile bankacılık hizmetlerinde ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde getirilen yasağın grev ve lokavt hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Söz konusu alanlarda getirilen yasak ulusal ekonomi ve kamu yararına yönelik olduğundan anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır.

233. İşyerinde çalışan işçilerin taleplerini işverene kabul ettirebilmeleri için sahip oldukları en önemli silah olan grev hakkı, çağdaş hukuk sistemlerinde en geniş bir biçimde kullanılabilmesine imkân sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla demokratik düzenin ayrılmaz bir parçası olan grev hakkının anlam kazanması grev yasak ve sınırlamalarının en aza indirilmesi ile mümkündür.

234. Temel hizmetlerin kesintiye uğraması durumunda nüfusun tümünün ya da bir kısmının yaşamı, güvenliği ya da kişisel sağlığının tehlikeye düşeceği, kısacası zorunlu ve temel hizmet niteliği ağır basan iş ve hizmetlerde grevin yasaklanabilmesi anayasal çerçevede mümkündür. Temel hizmetler konusunda her ülkenin kendi koşulları dikkate alınır. Bazen uygulanan grevin süresi ve kapsamı nedeniyle topluma ciddi zararlar vereceği de değerlendirilebilir.

235. Grevin yasaklanabileceği işler ve işyerleri geniş toplum kesimlerini ilgilendiren ve yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleridir. Buna göre kesilmesi halinde toplumun ciddi ölçüde zarara uğrayabileceği yaşamsal nitelikteki hizmetler, insan sağlığını, milli savunma ve güvenliği ilgilendiren işler için grev ve lokavt yasaklanabilecektir. İptali istenilen kurallar ile getirilen yasak kamu düzeni ve toplum hayatını doğrudan etkileyen faaliyetler değildir. Kurallar ile grev ve lokavt yasağı kapsamına alınan alanlar; yaşamsal nitelik taşımayan, insan sağlığına doğrudan etki etmeyen, millî savunma ve güvenlik ile ilgili yönleri bulunmayan ve toplumun tümünü doğrudan etkilemeyen hizmetlerdir. Dolayısıyla bu tarz hizmetlerde toplumun tümünü ilgilendiren stratejik öneme sahip olan kamusal çıkarlar bulunmamaktadır.

236. 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.

237. Buna göre kanun koyucunun kurallar ile getirmiş olduğu grev yasağı temel hizmetler kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayan hizmetler içindir ve bu hizmetlere getirilen grev yasakları demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmamaktadır.

238. Kuralların gerekçesinde "*Maddenin ilk fıkrasında grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerler ILO'nun talepleri de dikkate alınarak yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleri ile sınırlandırılmıştır.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu yolla grev ve lokavtın yasak olduğu işler ve yerlerin yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleri olduğu belirtilmiş ve ILO taleplerinin dikkate alındığı vurgulanmış ise de bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetleri söz konusu gerekçe kapsamında bulunmayıp yaşamsal nitelik gösteren temel kamu hizmetleri değillerdir.

239. Ölçülülük ilkesiyle devlet, grev yasaklamanın topluma sağladığı kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İtiraz konusu kurallar, bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde grev hakkını sınırlandırmanın ötesinde, hakkı tamamen ortadan kaldırmakta olduğundan ve kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine aykırıdır. Bu bakımdan, bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde grev yasağının, korunması düşünülen yarar ile çatışan hak ve özgürlükler arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi ve stratejik öneme sahip olmaması nedeniyle Anayasa'nın 54. maddesinde yer alan grev hakkına ölçüsüz bir müdahale olduğu açıktır.

240. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 13. ve 54. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

241. Nuri NECİPOĞLU ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

242. Kuralların Anayasa'nın 10., 14., 51., 52. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

O- Kanun'un 63. Maddesinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

243. Dava dilekçesinde özetle, kuralla grevin ertelenmesi düzenlense de Bakanlar Kurulu tarafından grev ertelemesi kararı verilmesi halinde erteleme süresi sonunda sendikanın grev uygulamasını yaşama geçirme olanağının bulunmadığı, grev hakkının demokratik toplum düzenine ve ölçülülük ilkesine aykırı biçimde sınırlandırıldığı, yürütmeye ancak yargının kullanabileceği bir yetki verildiği, toplu iş sözleşmesi masasının bir tarafında işveren olarak yer alan idarenin aynı zamanda toplu sözleşme görüşmelerinde anlaşmazlık olması halinde grevi erteleyebilme yetkisi bulunduğu sürece güç dengesinin idare lehine bozulduğu, bu durumun Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 13., 14., 51., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

244. Kanun'un dava konusu 63. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavtın genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte olması hâlinde Bakanlar Kurulu'nun uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebileceği, erteleme süresinin kararın yayımı tarihinde başlayacağı; (2) numaralı fıkrasında, erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, belirlenen arabulucunun, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı göstereceği, erteleme süresi içerisinde tarafların aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebileceği; (3) numaralı fıkrasında ise, erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca çözüleceği, aksi takdirde işçi sendikasının yetkisinin düşeceği düzenlenmiştir.

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

246. Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlet "*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*" çalışmakla yükümlü kılınmaktadır.

247. Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrasında grev hakkı ve lokavt güvenceye alınmış, dördüncü fıkrasında ise açıkça, grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerlerinin kanunla düzenleneceği ifade edilerek, bunların kimi yasaklamalar ve sınırlamalara tabi tutulabileceğine işaret olunmuştur.

248. Söz konusu hüküm, Anayasa'da yer alan kurallara bağlı kalmak şartıyla, grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerlerinin belirlenmesinde uygulanacak şekil, şart ve usulleri belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğunu belirlemektedir. Nitekim Anayasa'nın 54. maddesinin yukarıda yer verilen dördüncü fıkrasının gerekçesinde de "*Kanunla grevin ertelenebileceği ve yasaklanabileceği maddede ifade olunmuştur.*" şeklinde grevin ertelenebilmesinin kanuni düzenleme yapılarak Anayasa'da kabul gördüğü açıklanmıştır. Buna göre belli şartlar dahilinde grev ve lokavtın Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenmesine karar verilebilmesi yolunda düzenleme getirilmesi kanun koyucunun takdirindedir.

249. Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavtın Bakanlar Kurulu tarafından ertelenebilmesi grev hakkına ve lokavta bir müdahale niteliğinde olup, bu durum genel sağlığı veya millî güvenliği

bozucu niteliğe sahip uyuşmazlıkların önüne geçilmesi amacını taşımakta olduğundan anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır.

250. Grev hakkı ve lokavt bakımından getirilen ertelemenin gerekçesini genel sağlık ve millî güvenlik sebepleri oluşturmaktadır. Böyle bir nedene dayalı olarak kanun koyucunun grev hakkı ve lokavtı ertelemeye yönelik olarak tedbir alınabilmesine imkân tanıyan düzenleme yapması demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık oluşturmaz.

251. Yürütülecek iş ya da hizmetin durması, nüfusun tümünün ya da bir kısmının yaşamını, can güvenliğini veya sağlığını tehlikeye atabilecek, kısacası zorunlu ve temel hizmet niteliği ağır basan işlerse, grev ve lokavtın yasaklanabilmesi veya ertelenebilmesi anayasal çerçevede korunmaktadır.

252. Dava konusu kural ile Bakanlar Kuruluna verilmiş olan yetki mutlak bir yetki olmayıp grevin ertelenmesi yoluna gidilebilmesi için karar verilmiş veya başlanmış olan bir grevin genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte olması şarttır. Diğer yandan Bakanlar Kurulunca kullanılabilecek olan yetki, grevi yasaklama yetkisi olmadığı gibi süresiz bir yetki de değildir ve altmış gün ile sınırlıdır. Ayrıca Bakanlar Kurulunun söz konusu işlemleri yargı denetimine açık olup, uyuşmazlık yargı organları nezdinde de çözümlenebilme imkânına sahiptir. Buna göre kural ile getirilen düzenlemenin grev hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

253. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 54. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

254. Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

255. Kuralın Anayasa'nın 14., 51. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ö- Kanun'un 72. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

256. Dava dilekçesinde özetle, uzun ve detaylı bir prosedür izlenerek kullanılan ve kullanılmadığı takdirde sendikanın yetkisinin düşmesi yaptırımına bağlanmış olan grev hakkının toplum zararına veya millî servete zarar verecek şekilde kullanılmasının mantığa ve eşyanın tabiatına aykırı olduğu, grev hakkının demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı biçimde sınırlandırıldığı, bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 5., 13., 51., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

257. Dava konusu kural, grev hakkı veya lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına veya millî servete zarar verecek şekilde kullanıldığının taraflardan birinin veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başvurusu üzerine mahkemece tespit edilmesi hâlinde, uygulanmakta olan grev veya lokavtın durdurulmasına karar verileceğini düzenlemektedir.

258. Anayasa'nın 54. maddesinin ikinci fıkrasında grev hakkı ve lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamayacağı açıkça belirtilmiş; dördüncü fıkrasında da grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerlerinin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

259. Söz konusu hükümler, Anayasa'da yer alan kurallara bağlı kalmak şartıyla, grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerlerinin belirlenmesinde uygulanacak şekil, şart ve usulleri belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir.

260. Grev hakkı veya lokavtın durdurulmasına karar verilmesi müdahale niteliğinde olup, bu durum toplum zararına veya millî servete

zarar verilmesinin önüne geçilmesi amacını taşımakta olduğundan anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır.

261. Grev hakkı ve lokavt bakımından getirilen durdurmanın gerekçesini toplum zararına olmasının veya millî servete zarar verilmesinin önüne geçilmesi oluşturmaktadır. Böyle bir nedene dayalı olarak kanun koyucunun grev hakkı ve lokavt için durdurma kararı verilebilmesine imkân tanıyan düzenleme yapması demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmez.

262. Kural ile getirilen durdurma yetkisi, grev hakkı ve lokavtın kötü niyetle yapıldığının tespit edilmesi halinde kullanılacak bir yetki olup bu düzenleme aslında bütün bir toplumun korunması amacını taşımaktadır. Diğer yandan bu şekilde bir durdurma kararının verilebilmesi, grev hakkının veya lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı bir tarzda yürütülmesi yanında toplum zararına veya millî servete zarar verecek şekilde gerçekleşmiş olmasına bağlanmıştır. Bununla birlikte kural ile verilen yetki mutlak bir yetki olmayıp grev veya lokavtın durdurulmasına, taraflardan birinin veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı'nın başvurusu üzerine mahkemece karar verilebilmektedir. Buna göre kural ile getirilen düzenlemenin grev hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

263. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 5., 13. ve 54. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

264. Kuralın Anayasa'nın 51. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

P- Kanun'un 73. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*… en çok dörder…*" İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

265. Dava dilekçesinde özetle, grev gözcülerinin sayısının kanunla belirlenmesinin yanlış, konulan üst sınırın ise yetersiz olduğu, lokavt kararını alan işverence belirlenecek gözcü sayısında herhangi bir sınır

konulmadığı, Anayasa'da kanun önünde eşitlik ilkesinin benimsenmiş olduğu, sosyal bir hukuk devletinde toplumsal taraflardan birisine açıkça çıkar sağlayan bir düzenlemenin hukuk devleti mantığıyla bağdaşmadığı, grev hakkının uygulanabilmesine yönelik olarak devletin tarafsız ve hakkı koruyucu tasarruflarda bulunması gerektiği, bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 53., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

266. Kanun'un 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, grev ilan etmiş olan işçi sendikasının kanuni bir grev kararına uyulmasını sağlamak için kendi üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını denetlemek amacıyla, güç kullanmaksızın ve tehditte bulunmaksızın işyerinin giriş ve çıkış yerlerine, kendi üyeleri arasından en çok dörder grev gözcüsü koyabileceği belirtilmekte olup, grev gözcüsü sayısını en çok dört kişiyle sınırlayan "*en çok dörder*" ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

267. Anayasa'nın 54. maddesinde, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması hâlinde işçilerin grev hakkına sahip oldukları, bu hakkın kullanılmasının usul ve şartlarının ise kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

268. Söz konusu hüküm uyarınca kanun koyucu, Anayasa'da yer alan kurallara bağlı kalmak şartıyla, grev hakkının kullanımının belirlenmesinde uygulanacak usul ve şartları belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

269. Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca Anayasa'da bir konuda emredici ya da yasaklayıcı bir kural konulmamışsa, bu konunun düzenlenmesi anayasal ilkeler içinde kanun koyucunun yetkisindedir. Buna göre grev ilan etmiş olan işçi sendikasının kanuni bir grev kararına uyulmasını sağlamak ve kendi üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını denetlemek amacıyla, güç kullanmaksızın ve tehditte bulunmaksızın işyerinin giriş ve çıkış yerlerine, kendi üyeleri arasından koyabileceği grev gözcüsü sayısını

en çok dört kişi olarak sınırlamak kanun koyucunun takdirindedir. Bu düzenlemenin kanun koyucunun gözettiği amacı yerine getirip getiremeyeceği hususu yerindeliğe ilişkin olup anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

270. Bununla birlikte grev hakkı ve lokavt uygulaması arasında hakkın kullanımı açısından bir eşitliğin olup olmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Lokavt tek başına veya doğrudan başvurulabilecek bir yol değildir. Lokavt uygulamasında esas olan, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkabilecek uyuşmazlıklar üzerine işçi sendikasının grev kararı alması durumunda işverenlerin bu yola başvurabilecek olmasıdır. Nitekim lokavt kararının alınması, alınmış olan bir grev kararının, uyuşmazlığın diğer tarafı olan "*işveren sendikasına*" veya "*sendika üyesi olmayan işverene*" tebliğ edilmesi şartına bağlanmıştır. Bu yönüyle lokavt uygulaması bağlı bir yetki şeklinde gerçekleşmektedir. Grev hakkı anayasal bir hak, lokavt ise bu hakka dayanılarak kullanılabilecek olan karşı bir yaptırımdır.

271. Diğer yandan mevcut bir grev uygulamasında işçilerin greve katılıp katılmama hakları bulunmaktadır. Greve katılmayan veya grev devam ederken greve katılmaktan vazgeçen işçilerin işyerinde çalışmaları hiçbir şekilde engellenemeyecektir. Lokavtta ise, işyerinde faaliyetin tamamen durması söz konusu olup işçilerin topluca işten uzaklaştırılması yoluna gidilmektedir. Lokavt süresince işyerinde üretim söz konusu değildir. Görüleceği üzere nitelikleri itibariyle farklılıklar taşıyan bu iki yöntemi, görevlendirilecek grev gözcülerinin sayısı açısından kıyaslamak mümkün değildir. Buna göre sosyal taraflar olarak işçi ve işveren aynı şartlara sahip olmayıp aralarında grev gözcülerinin sayıları açısından eşitlik incelemesi yapılamaz.

272. Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 54. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

273. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

274. Kuralın Anayasa'nın 5., 53. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

R- Kanun'un 74. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*…işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak…*" İbaresinin İncelenmesi

a- İptal Talebinin Gerekçesi

275. Dava dilekçesinde özetle, mülkî amirlere grev hakkını fiilen engelleme hakkını da veren sınırsız, soyut ve geniş bir yetki tanındığı, sınırları belirsiz bu yetkinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği ve hukuki güvenliğe aykırı olduğu, toplu pazarlık hakkının kullanımında işçinin tek güvencesi olan grev hakkının kullanımını fiilen ortadan kaldırıcı nitelikte olan bu durumun Anayasa'ya ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 8., 13., 49., 53., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

276. Kanun'un 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, mahallin en büyük mülkî amirlerinin halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak, işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirleri alacağı belirtilmekte olup, "*…işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak…*" ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

277. Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. 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.

278. 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 husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde,

yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla yürütme organına bırakabilir.

279. Anayasa'nın 54. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça grev hakkı ve lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, Anayasa'da yer alan kurallara bağlı kalmak şartıyla, grev hakkı ve lokavtta uygulanacak şekil, şart ve usulleri belirleme konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu açıktır.

280. Dava konusu kural uyarınca, grev hakkı veya lokavtın uygulanması sırasında işyerinde faaliyetin devamını sağlayacak tedbirlerin alınması grev hakkı ve lokavta müdahale niteliğinde olup, bu durum halkın günlük yaşamı için zorunlu olan hizmet ve ihtiyaçları karşılama düşüncesiyle olduğundan anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır.

281. Halkın günlük yaşamı için zorunlu olan hizmet ve ihtiyaçları karşılama amacına dayalı olarak kanun koyucunun grev hakkı ve lokavta yönelik tedbir alınabilmesine imkân tanıyan düzenleme yapması takdir yetkisi kapsamındadır.

282. Kural ile getirilen, işyerinde faaliyetin devamını sağlayacak tedbirler alınması yetkisi, halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak olan tedbirler ile sınırlıdır. Burada koruma altına alınan, işyerinde üretilen ya da sunulan mal veya hizmetin kullanıcıları olan toplumun tümüdür. Grevin işverene karşı kullanılabilecek bir hak, lokavtın ise greve karşı geliştirilmiş bir araç olduğu düşünüldüğünde, sosyal taraflar dışında toplumun korunması gerekliliği doğmaktadır.

283. Diğer yandan, 6356 sayılı Kanun'un 74. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, "*Grev ve lokavtın uygulanması sırasında mahallin en büyük mülkî amirinin kamu düzenine ilişkin alacağı tedbirler, kanuni bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamaz.*" hükmü yer almaktadır. Buna göre kural ile mahallin en büyük mülkî amiri tarafından alınacak tedbirler kanuni bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamayacaktır. Bununla birlikte, grev süresince işçilerin greve katılıp katılmama hakları bulunduğundan, greve katılmayan veya grev devam ederken greve katılmaktan vazgeçen işçilerin işyerinde çalışmaları durumunda, "*işyerinde faaliyetin devamlılığı*" söz konusu olduğundan bu devamlılığı sağlayacak önlemlerin alınması da zorunludur.

284. Kanun'un 74. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca mülkî amirlerce alınacak tedbirler kanuni bir grev veya lokavtın uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamayacağından kuralın, grev hakkının özünü zedeleyen bir yönü de bulunmamaktadır. Getirilen düzenlemenin grev hakkı ve lokavta ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği de söylenemez.

285. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7., 13. ve 54. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

286. Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

287. Kuralın Anayasa'nın 8., 49., 53. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

S- Kanun'un Geçici 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

288. Kanun'un geçici 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası, 6552 sayılı Kanun'un 144. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ile yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu fıkraya ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

Ş- Kanun'un Geçici 6. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

289. Kanun'un geçici 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, atıf yapmış olduğu 41. maddenin (1) numaralı fıkrası 6552 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirildiğinden, bu fıkraya ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

T- Kanun'un Geçici 6. Maddesinin (3) ve (4) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

a- İptal Taleplerinin Gerekçeleri

290. Dava dilekçesinde özetle, baraj sisteminin eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bazı sendikalar için ayrıcalıklı bir durum oluşturulduğu, bu durumun sosyal devlet, eşitlik ve Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı, herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ve bu hakların özüne dokunulamayacağı, Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak zorunda olduğu, sendika kurma ve üye olma hakkının anayasal koruma altında olduğu, işkolu, işyeri ve işletme baraj sistemleri ile bu hakkın zedelenmesinin toplu iş sözleşmesi yapma, grev ve lokavt hakları ile çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini engellediği, bu durumun Anayasa ve tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerle çeliştiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 12., 13., 49., 53. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

291. Kanun'un geçici 6. maddesinin dava konusu (3) numaralı fıkrası, 6356 sayılı Kanun'un yürürlüğünden önce imzalanmış olan ancak Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan toplu iş sözleşmelerini imzalayan sendikaların, bir sonraki toplu iş sözleşmesiyle sınırlı olmak üzere yapacakları yetki tespit başvurularının mülga 2822 sayılı Kanun'un 12. maddesine göre Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca

yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine ve mülga 2822 sayılı Kanun'da belirtilen hükümlere göre sonuçlandırılacağını; (4) numaralı fıkrası ise 6356 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıklarının mülga 2822 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatına göre sonuçlandırılacağını düzenlemektedir.

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

293. 6356 sayılı Kanun'da sendikal örgütlenmenin Türkiye'de işkolu esasına göre yapılması esası benimsenmiştir. Kanun'un 3. maddesinde yer alan "*Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur.*" ibaresinin gerekçesinde bu durum "*…maddede sendikaların ülkemiz endüstri ilişkileri sisteminin benimsediği ve uygulandığı biçimde işkolu esasına göre kurulacağı…*" şeklinde açıklanmıştır.

294. İşkolu sendikacılığı, işyerindeki temel faaliyetin esas alındığı bir örgütlenme modeli olup, sendika işkolu esasına dayalı olarak kurulur ve mesleklerini dikkate almaksızın o işkolunda çalışan bütün işçilerin örgütlenmesini amaçlar. Bu çerçevede ele alındığında işkolu, örgütlenmenin hedefleri ve faaliyet alanı ile doğrudan ilgilidir. İşkolu düzeyinde örgütlenmiş sendikalar faaliyetlerini yerel, bölgesel veya ulusal farklı düzeylerde yürütebilir.

295. İşkolu sendikacılığı lehine dile getirilen görüşlerin çoğu, haklar mücadelesinde etkili olabilmenin ve sonuç alabilmenin ancak güçlü bir sendika ile mümkün olabileceği, bunun ise daha fazla işçinin aynı sendikada örgütlenmesi ile mümkün olabileceği gerekçesine dayanmaktadır.

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

297. Hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkelerinden biri belirliliktir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar.

298. Kanun'un 41. maddesinin ilk fıkrasında işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için ülke barajı ve işyeri barajı olarak adlandırılacak oranlar düzenlenmiştir. Buna göre işçi sendikasının yetkili olabilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu veya toplu iş sözleşmesi yapılacak işyerinin girdiği işkolunda başvuru tarihinde çalışan toplam işçilerin en az yüzde birini üye kaydetmiş olması gerekir. Bundan başka sendika, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyeri veya işyerlerinde çalışan işçilerin yarısından fazlasını üye kaydetmiş olması hâlinde, bu işyeri veya işyerleri için yapılacak toplu iş sözleşmesinde yetkili olacaktır. Ülke barajını geçemeyen sendikaların o işyeri veya işyerlerindeki üye sayılarına bakılmaksızın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi yoktur. İşletme toplu iş sözleşmesinde ise, yarıdan fazla çoğunluk yerine yüzde kırk çoğunluk getirilmiştir. Yüzde kırkı birden çok sendikanın aşması durumunda en çok üyesi olan sendikanın yetkili olacağı düzenlenmiştir. Yüzde kırkı geçen sendikaların eşit üyeliği halinde ise yetki talebi olumsuz karşılanacaktır. İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınacak ve yüzde kırk veya fazla üyesi olması durumunda en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır.

299. Dava konusu kurallar ile geçici bir düzenleme yapılmak suretiyle, yukarıda ifade edilen toplu iş sözleşmesi imzalayabilme konusunda yetki tespiti için gerekli olan istatistiklerden, Kanun'un yürürlüğünden önce

imzalanmış, ancak Ocak 2013 istatistiklerinin yayımı tarihinden sonra sona erecek olan toplu iş sözleşmelerini imzalayan sendikaların, yetki tespit başvurularının mülga 2822 sayılı Kanun'a göre Bakanlıkça yayımlanmış Temmuz 2009 istatistiklerine göre sonuçlandırılacağı; 6356 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce başlamış toplu iş sözleşmesi görüşmeleri ve toplu iş uyuşmazlıklarının mülga 2822 sayılı Kanun ve ikincil mevzuatına göre yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle yeni Kanun yürürlüğe girdikten sonraki geçiş döneminde yetki tespiti ve uyuşmazlıkların çözümü konusunda hangi esas ve usullerin belirleneceği konusunda yasal düzenleme yapılarak hukuki belirlilik sağlanmıştır.

300. Anayasa, sendika hakkının bir unsuru olan toplu sözleşme hakkını, 53. maddede özel olarak düzenlemiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, "*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.*" denildikten sonra son fıkrasında, "*Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir.

301. Anayasa'nın 53. maddesinin son fıkrasında, toplu sözleşme hakkının kapsamının, istisnalarının, toplu sözleşmeden yararlanacakların, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğünün kanunla düzenleneceği belirtilmekle birlikte bu hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir. Ancak toplu sözleşme hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin toplu sözleşme hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, toplu sözleşme hakkının, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanması mümkündür.

302. Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonraki geçiş döneminde toplu iş sözleşmesi imzalanması konusunda yetki tespiti ve uyuşmazlıkların çözümü hakkında hangi esas ve usullerin belirleneceği hususunda yasal

düzenleme yapılmasının toplu sözleşme hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

303. İşletme toplu iş sözleşmesi imzalayabilmek için belli bir barajın aranması, sözleşme imzalayacak olan sendikanın güçlü bir sendika olması amacına dayanmaktadır. Bağımsız ve güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerinin temin edilmesi, çalışanların işyerlerinde sendikal haklardan daha etkin bir şekilde yararlanmaları sonucunu doğuracağından, bunun, sendikal hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edeceği açıktır. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesi imzalayabilmek için baraj öngörülmesinde, anayasal açıdan meşru bir amaca dayanıldığı anlaşılmaktadır.

304. Toplu sözleşme hakkı, çalışanlara, üyesi bulundukları sendikalar aracığıyla işverenle karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla görüşme ve anlaşma yapabilme yetkisi tanıyan sendikal bir haktır. Toplu sözleşme hakkı sendika özgürlüğünün önemli bir parçasını oluştursa da sendikal özgürlükler toplu sözleşme hakkından ibaret olmayıp bunun dışında başka araçlar da bulunmaktadır. Buna göre, Kanun'un yürürlüğe gireceği geçiş döneminde toplu iş sözleşmesi imzalanması konusunda yetki tespiti ve uyuşmazlıkların çözümü ile ilgili olarak esas ve usullerin belirlenmesi, kanun koyucunun takdirindedir.

305. Sendikaların, sendikal faaliyetin asgari içeriğini oluşturan, üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirme ve bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilme olanağına sahip oldukları dikkate alındığında, Kanun'un yürürlüğe girdikten sonraki geçiş döneminde toplu iş sözleşmesi imzalanması konusunda yetki tespiti ve uyuşmazlıkların çözümünde esas ve usullerin belirlenmesi ile ilgili olarak yapılan düzenlemelerin toplu iş sözleşmesi hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

306. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 13. ve 53. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

307. Kuralın Anayasa'nın 10., 12., 49. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

308. Dava dilekçesinde özetle, sendikaların kurulması, sendikalara üye olunması, sendikal örgütlenme modeli, sendikal üst kuruluşlar, işkollarının tespiti, sendikaların organlarına dair getirilen düzenlemeler, sendikaların denetimi, sendika özgürlüğünün güvencesi, toplu iş sözleşmesi ile çerçeve sözleşmeler ve bu sözleşmelerin imzalanmasına dair yetki kurallarının, grev hakkı ve lokavtın kullanımı, ertelenmesi, getirilen yasaklar, grev hakkının ve lokavtın kötüye kullanılması halinde uygulanacak yaptırımlar ve grev ve lokavt hâlinde mülkî amirlerin yetkileri konuları başta olmak üzere iptali talep edilen kurallar dolayısıyla; hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkı, çalışma hakkı ve ödevi, toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı, grev hakkı ve lokavt ve ücrette adalet sağlanması haklarının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmayan şekilde ve ölçüsüz olarak sınırlandığı ve anılan hakların kullanılamaz hale geldiği, bu durumun ileride telafisi güç ya da imkânsız maddî ve manevî zarar ve ziyanlarına yol açacağı belirtilerek dava konusu kuralların yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun;

A- 1- 25. maddesinin;

a- (4) numaralı fıkrasında yer alan *"...fesih dışında..."* ibaresine,

b- (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"18"* ibaresine,

2- 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasının *"...lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir."* bölümüne,

3- 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…bankacılık hizmetlerinde;…"* ve *"...ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde..."* ibarelerine,

yönelik yürürlüğün durdurulması taleplerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- (b) bendinde yer alan *"...Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen..."* ibaresine,

b- (g) bendine,

c- (ğ) bendinde yer alan *"...bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere..."* ibaresine,

d- (ı) bendine,

2- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

3- 5. maddesine,

4- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...ve fiilen çalışan..."* ibaresine,

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

6- 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan *"… ile yeminli mali müşavir raporlarının..."* ibaresine,

7- 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...yeminli mali müşavir raporu,..."* ibaresine,

8- 25. maddesinin (5) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesine,

9- 29. maddesinin;

a- (2) numaralı fıkrasına,

b- (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...dış denetim..."* ibaresine,

c- (5) numaralı fıkrasında yer alan *"...ve dış..."* ibaresine,

10- 33. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir..."* ibaresine,

b- (4) numaralı fıkrasında yer alan *"...ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile..."* ibaresine,

11- 41. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarına,

12- 58. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarına,

13- 61. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...oylamaya katılanların..."* ibaresine,

b- (5) numaralı fıkrasına,

14- 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...cenaze işlerinde ve mezarlıklarda;..."*, *"...doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde;"* ve *"Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde;..."* ibarelerine,

15- 63. maddesine,

16- 72. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

17- 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...en çok dörder..."* ibaresine,

18- 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak..."* ibaresine,

19- Geçici 6. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarına,

yönelik iptal istemleri, 22.10.2014 tarihli ve E.2013/1, K.2014/161 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bentlere, cümlelere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

C- 1- 41. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla..."*, *"...çalışan işçilerin yarıdan fazlasının..."* ve *"...ise yüzde kırkının..."* ibareleri,

b- (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...yüzde üçünün..."* ibaresi,

2- 43. maddesinin;

a- (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...yüzde üçünden..."* ibaresi,

b- (4) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"en az yüzde üçünü"* ibaresi,

3- Geçici 6. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları,

hakkında, 22.10.2014 tarihli ve E.2013/1, K.2014/161 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu fıkralara ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

22.10.2014 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

309. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, kanunun belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

310. 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasında yer alan "*…lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir.*" bölümünün iptali nedeniyle aynı fıkra içerisinde yer alan ve uygulanma olanağı kalmayan "*Grup toplu iş sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda grev kararı, uyuşmazlığın kapsamındaki işyerlerinin bir kısmı için alınmış olsa dahi*" ibaresinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

VI- HÜKÜM

18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun;

A- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

1- (b) bendinde yer alan *"...Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (g) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (ğ) bendinde yer alan *"...bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4- (ı) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *"Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur."* biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 5. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (2) ve (3) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Erdal TERCAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...ve fiilen çalışan..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *"Bu organlardan genel kurul dışında kalanların üye sayıları üçten az dokuzdan fazla; konfederasyonların yönetim kurullarının üye sayıları beşten az yirmi ikiden fazla ve şubelerin genel kurul dışındaki kurullarının üye sayıları üçten az beşten fazla olamaz."* biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan *"…ile yeminli mali müşavir raporlarının..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...yeminli mali müşavir raporu,..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 25. maddesinin;

1- (4) numaralı fıkrasında yer alan *"...fesih dışında..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (5) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan *"18"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- *"Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez."* biçimindeki üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 29. maddesinin;

1- (2) numaralı fıkrasının,

2- (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...dış denetim..."* ibaresinin,

3- (5) numaralı fıkrasında yer alan *"...ve dış..."* ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 33. maddesinin;

1- (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...ve meslekî eğitim, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeleri içerebilir..."* ibaresinin,

2- (4) numaralı fıkrasında yer alan *"...ve karşı tarafın çağrıya olumlu cevap vermesi ile..."* ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

K- 41. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"yüzde üçünün"* ibaresi, 10.9.2014 günlü, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 20. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan;

a- *"Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla..."* ibaresine ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- *"...çalışan işçilerin yarıdan fazlasının..."* ve *"...ise yüzde kırkının..."* ibarelerine ilişkin iptal istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...yüzde üçünün..."* ibaresi, 6552 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu ibareye ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

L- 43. maddesinin;

1- (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...yüzde üçünden..."* ibaresi, 6552 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu ibareye ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

2- (4) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"yüzde üçünü"* ibaresi, 6552 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan *"...en az yüzde üçünü..."* ibaresine ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

M- 58. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

N- 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasının;

1- *"...lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir."* bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Kalan bölümünün, 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

O- 61. maddesinin;

1- (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...oylamaya katılanların..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

P- 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan;

1- *"…bankacılık hizmetlerinde;…"* ve *"...ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde..."* ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, Nuri NECİPOĞLU ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- *"...cenaze işlerinde ve mezarlıklarda;..."*, *"...doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde;"* ve *"Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde;..."* ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

R- 63. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

S- 72. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

T- 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...en çok dörder..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

U- 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

V- Geçici 6. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrası, 6552 sayılı Kanun'un 144. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ile yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan bu fıkraya ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

2- (2) numaralı fıkrasının, atıf yapmış olduğu 41. maddenin (1) numaralı fıkrası 6552 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirildiğinden, bu fıkraya ilişkin iptal istemi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE

3- (3) ve (4) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

22.10.2014 tarihinde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

KARŞIOY

6356 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde yer alan "Kuruluş: Sendika ve Konfederasyonları" (ı) bendinde yer alan "üst kuruluş konfederasyonları" (ğ) bendinde yer alan "bir iş kolunda faaliyette bulunmak üzere" ve 3. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Sendikalar kuruldukları iş kolunda faaliyette bulunur" ibarelerinin Mahkememizce yapılan Anayasal denetiminde Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde oluşan çoğunluk görüşüne aşağıdaki açıklamalar nedeniyle katılınmamış, ibarelerin iptali gerektiği düşünülmüştür.

Yasa'nın 2. maddesinin (g) ve (ı) bendleri ile kuruluş ve üst kuruluş tanımlanmaktadır. Sendika, işçi ve işverenin çalışma ilişkilerinde ortak hak ve çıkarlarını korumak, geliştirmek adına en az yedi işçi ve işverenin bir araya gelerek bir iş kolunda faaliyette bulunmak üzere oluşan tüzel kişi nitelikli, konfederasyonlar ise; en az beş sendikanın bir araya gelerek hükümet, siyasi parti, işveren örgütleri ile ilişkileri yürüten, en üst sendikal örgütlenme modeli olarak statülenmiş demokratik düzenle bütünleşmiş Anayasal kuruluşlardır.

İptal davasını açan; sendikaların, sadece üst kuruluş olarak önceki yasal düzenlemelerde var olan federasyonlar olmaksızın sadece konfederasyon olarak örgütlenmesinin uluslararası normlara, örgütlenme özgürlüğüne ilişkin Anayasal normlara aykırı ve hakkın özünü zedeleyen ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşıdığını iddiası yanında,

Sendikal oluşumların üst birlik kurma hakkının, 1961 ve 1982 Anayasa'larında açıkca güvence altına alındığı ve üst birliğe üye olma konusunda, Anayasa Mahkemesinin de kararları da kamu düzeni ya da yararı söz konusu olmadıkça bir örgütü uluslararası işbirliğinin yararlarından yoksun bırakmamak gerektiği şeklinde özgürlükçü ve koruyucu yorumlar yapmış olduğu görülmektedir.

Ancak iptali istenen ibarelerin yer aldığı 6356 sayılı Yasa, işyeri sendikalarının üst kuruluşu olan federasyon tipi yapılanmaya yer

vermemiştir. Anayasal denetimde bulunan mahkememiz çoğunluk görüşü, gönüllülük esası ile demokratik zemini oluşan sendikaya üye olma hakkının yine Anayasa'nın 51. maddesinde belirtilen sendika kurma hakkının kullanılmasındaki esasları belirlemede yasa koyucunun takdir hakkı kapsamında kaldığı nedenleri ile düzenlemenin sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmayan bir yönünün bulunmadığı gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı olmadığını düşünmektedir.

Sendikal hak ve hürriyetlerin gelişim tarihçesi ve mevzuat, hakkın niteliğini, koruma alanını ve kapsamını yeterli derecede anlamaya katkıda bulunacak yoğunluktadır. Anayasamızın 90. maddesi uyarınca gelen yükümlülük, bu hakka yönelik iç hukukta üstün tutulan uluslararası güvence kurallarını hatırlamayı gerektirmektedir.

Günümüzde, sosyal bir hak olarak nitelenmiş sendika özgürlüğü ülkemizcede onaylanmış 26/6/1945 tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın insan hakları ve temel özgürlükler başlığı ifadesiyle getirdiği güvenceler kapsamında olup, bu haklara saygıyı geliştirme ve yüreklendirme niteliğinde bir teminat vermektedir.

10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, sınırlama yapmaksızın herkesin çıkarlarını gözetecek bu sendikalara üye olma hakkını yasal sınırlarını çizerek tanımlamaktadır.

İkinci bir sosyal hak bildirgesi 30/1/1976 yürürlük tarihli Ekonomik ve Sosyal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'dir. Ülkemizcede kabul ve onaylı bu sözleşmeye göre taraf devletlerin toplumda milli güvenlik ya da kamu düzeni ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması açısından gerekli yasal sınırlama dışında sendika kurmaya bir sınır getirilemeyeceğini ve FEDERASYON ya da KONFEDERASYON kurma ve üye olma hakkını (M.8/1-b) üstleneceğini ifade etmektedir.

Sözleşme, bireye sendika kurma hakkı yanında tüzel kişi sendikaların üst kuruluşlar seviyesinde örgütlenme hakkını da düzenlemiş, sendikaların serbest çalışma hakkını kabul etmiştir.

23/3/1976 tarihli ve ülkemizcede 2003'de onaylanan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin de aynı şekilde herkesin çıkarlarını korumak üzere serbestçe insan haklarını garanti altına alan bir belge olarak sendika hakkını herkese tanıdığı görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin sendika kurma ve katılma hakkını tanımasının yanında, Avrupa Konseyi hukukunda sendikal hak ve hürriyetlerin ikinci ve en önemli dayanağı Avrupa Sosyal Şartı'dır. 14/10/1989'da ülkemizce onay ve yayın ile iç hukukta bağlayıcılık kazanan sosyal şart çalışan ve çalıştıranların ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel veya ulusal ya da uluslararası örgütler kurma ve bunlara üye olma özgürlüğünü teminat altına almaktadır. 1919'da sendika hürriyetinin Anayasal ve kurucu ilke olarak anıldığı Versay Barış Antlaşması uyarınca kurulu Birleşmiş Milletler uzmanlık örgütü olan İLO (Uluslararası Çalışma Örgütü) çalışma, örgütlenme, fırsat eşitliği, emek yönetimi ve haklar konusunda asgari standartlar koyarak ve teknik yardım sağlayarak işçi ve işveren örgütlerinin gelişimini teşvik etmekte, Sosyal Devlet kavramını esas alarak şartların, koşulların iyileşmesi, çalışma hayatını ilgilendiren konularda sözleşme, tavsiye kararlar yoluyla gerekli tedbirlerin alınması için öncü bir güç teşkil etmektedir.

Türkiye halen aralarında temel çalışma haklarına ilişkin sekiz sözleşmeninde bulunduğu ve halen elliikisi yürürlükte, ellialtı sözleşmeyi imzalayıp mevzuatına katmış bulunmaktadır.

Bu kapsamda 87, 98, ve 151 sayılı sözleşmeler, sendikal hürriyetlerin uluslararası çerçevesini belirleme amacı ile oluşan belgelerdendir. Bunlar çalışan ve çalıştıranların bireysel ve kollektif yönleriyle haklarını tanımlayıp korumaya almakta, istenildiği gibi özgürce örgütlenip üye olunabilmeyi hak tanım ve kapsamına almaktadır. Çalışanların sendika hakkını engelleyici ya da zedeleyici her türlü eyleme karşı korunmalarının yanında bu hürriyeti tanımadaki her türlü ayrımcılığında reddedildiğini hükümleri arasına aldıkları görülmektedir.

Tüm bu mevzuatın yanında, Anaya'nın 51. maddesinde de önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkı tanınmış ve güvence altına alınmış, buna uygun olarak da bu özgürlüğün şekillenmesinde rol alacak üst kuruluşların biçimini tarif eden bir sınırlamaya da yer verilmemiştir. Anayasa'nın 90. maddesi kapsamında gözetilmesi gereken Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Toplumsal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 8. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi, sendikaların ulusal federasyon ya da konfederasyon kurma bunlara katılma hakkından, 87 No'lu uluslararası çalışma örgütü sözleşmesinin 5. maddesi, çalışanların ve işveren örgütlerinin federasyon yada konfederasyon kurma üye olma hakkından, açıkca bahsetmektedir.

İptali istenen maddenin (g) ve (ı) bentlerinde işçi ve işveren sendikalarının çalışma ve örgütlenmesine ilişkin esaslar kapsamında örgütlenmeye "kuruluş" denmiş, kuruluşda yer alan sendikanın üst kuruluşuda yanlızca konfederasyon olarak belirlenip, federasyon tipi örgütlenmelerin kuruluş kapsamında yer almadığı anlaşılmaktadır. Kapsam dışı tutulan federasyon tipi örgütlenmeler, bölgesel ya da ulusal düzeyde aynı meslek ya da aynı iş kolunda faaliyet gösteren sendikal kuruluşların biraraya gelmesiyle kurulmuş üst örgüt kuruluşları olarak bilinmektedir. Konfederasyonlar ise farklı iş kolunda faaliyet gösteren sendikaların bir araya gelmesiyle kurdukları üst kuruluş kapsamındadır.

6356 sayılı Yasa, sendikaların oluşumu ve teşkilatlanmasını işyeri esaslı örgütlenen sendikalar için daha uygun bir üst yapı kabul edilen federasyon tipi örgütlenme yerine İŞKOLU esaslı bir yapı unsuru olan konfederasyon yapılanmasını sendikaların üst kuruluşunu tek ve yegane modeli olarak kabul etmiştir.

Mahkememiz iptali istenen düzenlemede yer almayan, federasyon tipi örgütlenme biçiminin bulunmadığı ve işçi ve işveren kuruluşunu, sadece sendika ve üst kuruluşunun konfederasyon olduğunun kabulüne yönelik maddelerinin denetiminde;

Anayasa'nın 51. maddesinin sendika kurma hakkının kullanımında uygulanacak şekil, şart ve usûller kanunda gösterilir hükmüne atıfta bulunarak, yasa koyucunun belirlediği yeni şeklin takdir kapsamında sınırlanabilir bir hak olduğu şeklindeki tek gerekçesi ile Anayasa'ya aykırı değildir derken, sınırlama sebebinin normatif varlığı YETERLİ görülmüş, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında sınırlama ilkeleri ve güvenceleri yönünden, Anayasa'nın 90. maddesini de gözettiği bir testten geçirmemiştir.

Kanun koyucunun takdirinin yerindeliği sorgulaması yapılamasada, yasa hükmünün genelliği, objektifliği ve getirdiği varsayılan kamu yararındaki keyfiyet, Anayasal denetim ilkeleri yönünden gözden uzak tutulamaz.

Kararın 52 inci paragrafına bakıldığında, tanım kuralının çıkarılış gerekçesini, yerindelik denetimiyle (daha güçlü sendikacılık temin etmek) amaçsal değerlendirmeye almış, yerinde gördüğü amacı Anayasaya uygunluk nedeni kabul etmiştir. Bu aşamada Anayasa Mahkemesi'nin görevi kuralın amaçsallığı yönünden ziyade, kuralın Anayasal ilkelere uygunluğu yönünden denetlemek olmalıdır. Kaldı ki, Anayasa'nın açıkca yasaklamadığı bir örgütlenme biçiminin seçilmiş olmasını, meşru bir temel görmüş ve bu temelin fonksiyonel eksikliklerini görmezden gelerek hakkın özünü zedelemediği sonucuna ulaşmış ve kabul ettiği bu müdahaleyide ölçülü kabul etmiş ama ne yönden bu kritere oturduğunu, kapsamında kaldığını nitelememiştir.

Kamu düzenini sağlamak, etkin sendikacılık temin etmek ifadeleri yargısal denetimde ölçü birimi değildir. Aynı anlayış ve kararda kullanılan gerekçe ile sendikaların işkolu esasında örgütlü yapısını ifade eden federasyonlarıda kural kapsamında yasaklayan bir hüküm açıkça Anayasa'da bulunmadığına göre, doktrinde de kabul gören örgütlenmede etkin sendikacılık için gözetilmesi gereken bu modelin yasada yer almamasıda Anayasal eksiklik olarak nitelenebilir ve kuruluşun sadece sendika ve konfederasyon olarak tanımı ile sınırlandırması hakkın özünü zedeleyici demokratik toplum düzeninde gereksiz bir müdahale denilebilirdi.

Sendika-işçi-işveren örgütlenme tarihi ve mevzuatı değerlendirmeleri dar yorumlar dışına çıkmak için hiçbir temel hak ve özgürlük alanında bulunmadığı kadar geniş kapsamlı, derin, gelişime açık ve teminatlıdır.

Sendikalar demokrasilerin ayrılmaz parçalarıdırlar. İşçinin işverenle yani güçle mücadelesini, hak ve menfaatini korumayı amaçlayarak gelişen örgütlenme mücadeleleri tüm dünyada yüksek koruma görmüş ve teminatlandırılmıştır. Bugün Cumhuriyetin ve demokratik esaslara göre kurulan ve faaliyette bulunan bağımsız özel hukuk tüzel kişisi gibide tanımlanan sendikaların örgütlenme modeline iptali istenen kural ile getirilen sınırlama, önce Anayasa'nın 51. maddesinde bahse konu, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma sebepleri engellenme kapsamında tutulmadıklarına göre Anayasa'nın 13. maddesindeki, sınırlamanın sınırlaması nedenlerinden demokratik toplum düzenini ve Cumhuriyetin gereklerinin nesine aykırılık taşıdığı ve ölçülülük nedenleri ifade edilmeden Anayasal denetim taşıdığı söylenemez.

Sendikaların var oluş nedenleri, kendilerini diğer kuruluşlardan ayırt eden özellikleri vardır. Sendikaların sosyal hak ve menfaat koruma ve geliştirme idealleri onları, ticari kazanç ortaklıklarından ayırır, Anayasa'nın 51. maddesinde özellikle vurgulandığı üzere önceden izin almaksızın sendika ve ÜST KURULUŞ kurma hakkı, üyelikten serbestçe ayrılma hakkı ile onlar, izin mecburiyetli odalar, barolar, birlik örgütlenmelerinden, valiliğe bir dilekçe vermek suretiyle kurulma özgürlüğü ile ayrılırlar. Bağımsızdırlar, hiç kimseden emir almadan demokratik esaslara uygun sınırda hareket yetenekleri vardır. Sosyal anlamda toplumda denge unsurudurlar. Hal böyle iken serbestçe örgütlenme özgürlüğünü sürdürülmesine getirilerek sınırlamanın basit usul ötesi yüksek koruyucu bir nitelemesi ve toplumun her kesimini tatmin edici sosyal gerekçesi olmalıdır.

Çoğunluk görüşünü oluşturan gerekçe kuralın reddi sonucunu getiren bir niteleme taşımamaktadır. Anayasa'da var olan hak sınırlandırmasına yönelik denetim ilkeleri, yasa koyucunun takdir hakkına getirilen önceleme ile ihmal edilmemelidir.

Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda,

"Sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzeyine eriştirme amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir. Bunların yerine getirilmesinde gözönünde tutulacak başlıca temel ilkeler Anayasa'nın 10., 11. ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yararına olan özgür girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tekel biçiminde değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur." demektedir.

Anılan nitelemeler ve Mahkememizin sendika özgürlüğü konusundaki içtihadı gözetilmeden düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı yönde oluşan çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

2. maddenin 1numaralı fıkrasını (ğ) bendinde ve 3. maddenin (1) numaralı fıkrasında yer alan iptali istenen ibareler yönünden dava açanın, işkolu sendikası dışında işyeri sendikalarının faaliyet gösterme imkanının kalmadığını bunun sendika kurma ve örgütlenme özgürlüğüne yönelik ağır ölçüsüz bir sınırlama olduğunu ifade etmektedir.

Bu bölümde de Mahkememiz gerekçesinde,

Örgütlenme özgürlüğünün demokrasilerde saygı gösterilmesi ve korunması gerekli bir temel hak olduğu kabul edilmiş ise de sınırlanabilir bu hakka yapılan müdahalenin meşru bir tabanın olduğu, aslolanın sendikaya üye olma iradesi olup, işkolu (konfederasyon) faaliyet gösteren sendikal harekete katılabiliyor ve ayrılabiliyor olmayı özgürlüğün engellenmediği şekilde görmek lazım geldiğini söylemektedir.

Bu denetleme gerekçesi, kendi dar sınırı içinde uygun olsada işyeri sendikacılığının neden öngörülmediğine, bu tip örgütlenmenin engellenmesinde haklılığı, meşruluğu, ölçülülüğü, gerekliliği, araştıran sorulara, denetim ölçülerine yanıt vermektedir.

Kaldı ki, kararın 26. paragrafında yer alan, daha güçlü sendikacılığı temin etmek amacı ile çıkarıldığının anlaşıldığı yönündeki gerekçeye esas alınmış yerindelik değerlendirmesinin Anayasal bir gerekçe olarak kabulü mümkün değildir.

Sendikaların örgütlenme özgürlükleri ülkelerin siyasi ve ekonomik yapılarına göre değişebilmekle birlikte genelde sendikalar, meslek, işyeri ve işkolu esasına göre örgütlenip kordinasyon, işbirliği ve merkezileşme için üst birlikler oluşturmaktadırlar.

İşyeri ve işkolu sendikacılığı farklı niteliklere sahipliği açık olan ancak birbirlerini tamamlayan örgütlenmeler olarak değerlendirilmekte, doktrinde uygulamadaki tek tip bir sendikacılığın, oligarşik yapılar ya da çokluğunun harekete dağınıklık getireceği şekilde belirlendiği görülmektedir. Kimisi Toplu İş Sözleşmesi ehliyetli ama yetkisiz ya da yığışmalı özgürlüksüzler sistemi olarak da nitelenen bu yapılar neticede, çalışanın ekonomik sosyal hak ve menfaatini korumayı hedeflemiş, her türlü yasal güvenceye sahip özgürlük alanlarıdır.

Tüm mevzuatlardan anlaşıldığı üzere tek tip sendikacılık yerine sendika serbestisi ve çokluğu ilkeleri mevzuatta benimsenen evrensel bir ilkedir. Tekrar edecek olursak İLO'nun 87 numaralı Sözleşmesi'nin 2. maddesi "Çalışanlar ve işverenler her hangi bir ayrım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurma hakkına sahip olduğunu söylerken, 6356 sayılı Yasa ile bu hakkın temsil edildiği kuruluşun üstelik hiç bir Anayasal sınırlama nedeni ve ölçüsü yok iken sadece konfederasyon ile kuruluş tanımı ve sendikaların kurulduğu işkolunun dışında örgütlenemeyeceğini söyleyen kural ne kadar Anayasa'nın koruduğu örgütlenme özgürlüğü hak ve kapsamına uygundur.

1996/279 sayılı bir İLO kararı, işçilerin temel düzeyde işyeri ya da işkolu veya meslek sendikası gibi ana örgütlenmelerin karar vermekte özgür olmaları gerektiğini söylemektedir.

Yine 1996/289 sayılı İLO kararı, sendikal çeşitliliğin önlenmesi işçilerin avantajına olabilsede devlet müdahalesi yolu ile sendikal hareketlerin birleştirilmesi taraf olduğumuz sözleşmenin 2. ve 11. maddeleri kapsamındaki ilkeye ters düşmektedir demektedir. İşçi çıkarlarının maddi ve manevi ölçüsü bu yorumla özgürlük alanına kavuşturulmuş ise de iptali istenen düzenlemenin bu kararları görmezden geldiği düşünülmektedir.

1947 yılında 5018 sayılı Yasa ile sendikalar hakkındaki ilk esaslı yasal düzenleme kapsamında aynı işkolunda çalışan işçiler işyeri sendikaları ve Ereğli Kömür Havzası Maden İşçileri Sendikası gibi bir işkolunda çalışan işçiler biraraya gelebilmişler işyeri ya da işletmenin ildeki şubesinde kurulan sendikalar zaman içinde birlik ve konfederasyonlaşabilmişlerdir. 5018 sayılı yasayı kaldıran 274 sayılı Yasa aynı işyeri veya aynı işkolu sendikacılığını ve örgütlenme modellerine olanak vermiş iken, 12 Eylül döneminin 2821-2822 numaralı ve1983 tarihli yasaları-meslek ve işyeri esaslı sendikacılığı yasaklamış- işkolu esasını getirmiştir. Türkiye'nin taraf ve uymakla yükümlü olduğu İLO Sözleşme kurallarına aykırı bu tutum yeni yasa ile de sürdürülmektedir.

Ülkedeki sendikalı işçi sayısının, sendika çokluğu ilkesinin yaşandığı 1970'li yıllara oranla bugün nüfusun iki kat artmış olmasına rağmen o yıllardaki sayısından yarıdan fazla azalmış olması tespiti Mahkememiz gerekçesine konu edilmiş güçlü sendikacılığın temini ifadesinin haklılığını sorgulatmaktadır.

Sendikaların kuruluş biçimleri, evrensel ilkelerde gözetildiğinde güçlü sendikal hareket yaratılması sorumluluğu yasa koyucudan ziyade sendika serbestisi ve çokluğu ilkesinin benimsendiği koşullarda sendikalara bırakılmalıdır. Bu konuya müdahale sorunludur. Anayasa'nın 51. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan, hakkın kullanımının yasa koyucuya bırakılmış olması keyfiyetinin Anayasal ifadesinin kuralın

denetimine gerekçe olmasından ziyade devlete bu alanı düzenlemede getirilmiş bir edim olarak anlaşılması gerekmektedir. Kanunun uluslararası genel kabul görmüş ilke ve prensipleri yok sayması beklenememeli ve Anayasal düzenlemede ki normatif keyfiyet hak ve özgürlükleri koruyan gelişmelere engel görülmemeli dar bir yoruma uğramamalıdır.

Dünya ölçeğinde, istihdam, üretim ve endüstriyel ilişkilerde yaşanan dönüşüm sonuçları gözetilmeden sendikal faaliyet alanını daraltma, alana müdahale, demokratik toplum düzeni gereklerine uygunluk içermemektedir. Hak yönünden getirilen bu sınırlamanın zorunlu ve istisnai niteliği yoktur ve başvurulacak son önlem, çare olmayıp hakkın gelişiminin önünde engel, hakkın kullanımının özünü zedeleyen bir sınırlamadır.

1980'li yıllara göre bile değişen çalışma koşulları, yaratılmış yeni mesleki alanlar ve meslekler arası ilişkiler, teknolojik zorunluluk, üretim, süreç ve stratejileri, nitelikli ancak yığışmalı çoğunluk olmayan çalışma gruplarının kendi özgün ihtiyaçlarına cevap vermeyen sınıflar içinde sendikacılık yapmalarını zorunlu hale getirmiştir. Sendikal pratiğin yaşanmadığı işkolu içinde örgütlenme özgürlüklerini engelleyen "kurulduğu işkolunda faaliyette bulunma fiili durumunun" adil bir sendikal bir özgürlük düzeni ile bağdaşır yönü bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası öncesinde verdiği bir kararda, sendikal özgürlük konusunu şu şekilde değerlendirmiştir: "Sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzeyine eriştirme amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir. Bunların yerine getirilmesinde göz önünde tutulacak başlıca temel ilkeler Anayasa'nın 10., 11. ve 12. maddelerinde gösterilmiştir demiştir.

Bir diğer kararında, "Anayasada, bu hakkın sadece düzenlenmesi görevinin yasa koyucuya verilmiş olduğu, yapılacak düzenlemede, kamu hizmeti gereklerinin zorunlu kıldığı sınırlamalar dışında, hakkın gereği kullanılmasına olanak sağlayacak ortamın ve koşulların belirtilmesi gerektiği, düzenleme yetkisinin, demokratik bir düzen içinde sendikalardan beklenen amaç ve yararların yok olmasını sonuçlandıracak nitelikli sınırlama ve

kayıtlamalara bağlı tutulamayacağı, hakkın tümünü ortadan kaldırmaya veya engellemeye kadar varabilecek sınırlamaların sendikaları sadece göstermelik birer kuruluş hüviyetine indirebileceği üzerinde durulmuştur. Mahkemeye göre, bu kuruluşlara, demokratik bir düzendeki "sendika" ve "sendikacılık" kavramına giren çalışma alanı ve metotları, kamu hizmeti ile bağdaştırılacak bir ölçüde tanınmazsa, bunlara ne ad verilirse verilsin, Anayasa'nın 46. maddesinde yer alan sendika kurma hakkının bu maddeye uygun biçimde düzenlenmiş olduğu öne sürülemez." şeklindeki içtihadı denetlemede gözden ırak tutulamaz.

Tüm bu açıklamalar dışında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları ile de sendika kurma ve birlik oluşturma özgürlüğü, sözleşmenin 11. maddesinde yer alan dernek kurma özgürlüğü içinde kabul edilmiş ve madde herkesin örgüt kurma ve katılma hakkına sahip olduğunu ifade ettiği görülmektedir.

Konu ile ilgili Anayasa Mahkememiz gerekçesine konu edilen Anayasa'nın 51. maddesinin ilgili fıkrası sendikaların nasıl bir yapı bünyesinde kurulması gerektiğine dair bir sınırlama da getirmemekte, sadece normun genel sınırlama nedenleri sıralanmaktadır. Sendikaların çalışma alanıyla ilgili olarak daha kuruluş aşamalarında bazı sınırlamaların öngörülmesi, sendikaların kuruluşunu yakından ve derinden etkilemesi nedeniyle hakkın özünü zedelemektedir. Hakkın özüne dokunulmasını bir temel hak ve özgürlüğün kullanılmasını açıkça yasaklamasının yanında kısmen kullanılmaz duruma getirilmesi ya da amacına uygun kullanılmasını güçleştirme olarak değerlendirdiğimizde söz konusu yasal düzenlemenin hakkın özüne dokunma yasağını ihlal ettiğini söylememiz mümkündür.

İptali istenen düzenleme, sendika kurma hakkının yukarıda da izah edilen açıklamalar dahilinde fonksiyonelliğini ve hakkın kullanılmasını ölçüsüz bir şekilde sınırladığından Anayasa'nın 51. ve 13. maddelerine aykırıdır. Anılan nedenler ile çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

18.10.2012 tarihli, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun iptali istenen çok sayıdaki hükümlerinden önemli bir bölümü hakkındaki iptal istemleri Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca reddedilmiş ise de aşağıda belirtilen iptal istemleri yönünden çoğunluk görüşüne katılmamaktayım. Bu konuda hem genel mahiyette bazı hususların hem de özel iptal nedenlerinin belirtilmesinde yarar olduğu düşüncesindeyim.

Genel gerekçeler bağlamında öncelikle, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri, daha açık bir ifadeyle insan haklarına dayalı, demokratik ve sosyal bir hukuk devleti oluşu anayasal denetimde temel bir ölçüt olarak alınmalı; ayrıca, çalışma hayatına ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmelerin gerekleri, Türk sendikacılık hareketinin önceki anayasalar döneminden gelen müktesebatı ve çağdaş demokratik bir düzende emeğe saygının demokratik temsil yanında ulusal refah ve kalkınma açısından taşıdığı önem göz önünde tutulmalıdır. Unutulmamalıdır ki çağdaş demokratik ve refah toplumları emeğe en yüksek saygıyı göstererek bugünkü noktalara gelmişlerdir. Emeğe saygının olmadığı, çalışanın modern köle durumunda olduğu toplumlarda ise işsizlik, suç, kanunsuzluk ve bunların sonucu olarak da despotluk, tiranlık, terör, iç savaş, çatışma ve her türlü insan hakları ihlalleri adeta ahvali-i adiyeden sayılan, gündelik hayattan ayrılmayan olgular haline gelebilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti kuruluş felsefesi ve Anayasası böyle bir durumu kesinlikle reddeder. Anayasa, bu tür olumsuzlukların Türk Milletine musallat olmasını önlemek görevini Devlet organlarına vermiş ve herkesin temel hak ve hürriyetlerden en geniş şekilde faydalanmasını sağlayacak önlemlerin alınmasını öngörmüştür. Bu nedenle, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve görevlerinin, sendikal özgürlükleri ve grev hakkını kısıtlayan yasalar çıkarma konusunda yasa koyucuya geniş bir takdir alanı bıraktığının kabulü mümkün değildir.

Her biri hakkında pek çok eser yazılmış ve yüzlerce sayfalık bir külliyatı oluşturan uluslararası mevzuat, belge ve kararın konusu olan sendikal haklar, grev hakkı ve bunun sınırları gibi konularda, hukuki

bir çekincenin karar metnine eklenmesinden ibaret olan bu karşı oyda akademik nitelikte ayrıntıya girilemeyecektir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, iptali istenen kurallar topluca ve sistematik olarak, kalkınma, refah ve insan mutluluğunun başlıca kaynağı olan emeğe ve emeğin karşılığının alınması için gerekli olan örgütlenme özgürlüğüne, daha somut olarak grev ve toplu iş sözleşmesi hakkına gösterilmesi gereken saygıdan uzaktır. Anayasa'nın sendikal faaliyet, grev ve lokavtı düzenleyen 51., 52., 53. ve 54. maddelerinin, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan ve değişmez nitelikte olan sosyal devlet ilkesiyle, 5. maddesinde vurgulanan devletin temel amaç ve görevleriyle ve 33. maddesindeki örgütlenme özgürlüğüyle birlikte değerlendirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kabul ettiği standartların gözetilmesi halinde, Mahkememiz çoğunluğunca iptal edilenlerin yanı sıra, aşağıdaki kuralların da iptali gerekeceği düşüncesindeyim.

1. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde *"kuruluş"* tanımı altında sendika ve konfederasyonlar, (ı) bendinde de *"üst kuruluş"* olarak konfederasyonlar belirtilmiş, (ğ) bendinde sendikaların bir iş kolunda faaliyette bulunmak üzere kurulacakları, yine 3. maddenin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde sendikaların kuruldukları işkolunda faaliyette bulunacakları öngörülmüştür. Kanun'un bu düzenlemelerine göre işyeri ve meslek sendikaları kurulamamakta, kurulsa da yasal olarak faaliyet gösterememektedir.

Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendika kurma hakkının sınırlanabileceği haller madde metninde belirtilmiş olup, sendika ve konfederasyonların işyeri veya meslek esasına göre kurulmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır. Ancak iptali istenen kurallarla, anayasada mevcut olmayan yeni bir sınırlama getirilmiştir. Bu tür bir sınırlamanın, Anayasa'nın ilgili maddelerinde dayanağı olmadığı gibi, hak ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanan makul bir sınırlanma nedeni de ortaya konamamıştır. Bu nedenle 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının (g), (ğ) ve (ı) bentleri ile 3. maddenin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi Anayasa'nın 51. ve 33. maddelerine aykırıdır.

2. Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *"Bu organlardan genel kurul dışında kalanların üye sayıları üçten az dokuzdan fazla; konfederasyonların yönetim kurullarının üye sayıları beşten az yirmi ikiden fazla ve şubelerin genel kurul dışındaki kurullarının üye sayıları üçten az beşten fazla olamaz"* biçimindeki ikinci cümlesinde yer alan düzenlemelerin asgari üye sayısı bakımından bir sorun yaratmasa da üye sayısına getirilen üst sınır nedeniyle örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Üye sayısının ihtiyaca göre ilgili kuruluş tarafından belirlenmesine yasa ile yapılan müdahalenin bir zorunluluktan kaynaklandığını ve ölçülü olduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle kuralın, Anayasa'nın 33. ve 51. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3. Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…çalışan işçilerin yarıdan fazlasının…"* ve *"…ise yüzde kırkının…"* ibareleri hakkında, fıkrada 6552 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak fıkrada geçen *"kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması"* şartı daha sonraki yasa ile yüzde bir olarak değiştirildiğinden, karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş ise de, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının ve işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması şartı geçerliliğini korumaktadır. Bu oranların çok yüksek olması ve başvuru tarihinde çalışanlarla sınırlanıp işten çıkarılmış ve yargıda hakkını aramakta olan işçileri de kapsamaması nedeniyle, toplu sözleşme özgürlüğüne yapılmış ölçüsüz bir müdahale olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 51. maddesine aykırıdır.

4. Kanun'un 41. maddesinin (2) numaralı fıkrasında işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerlerinin bir bütün olarak dikkate alınacağı ve yüzde kırk çoğunluğun buna göre hesaplanacağı öngörülmüştür. Toplu iş sözleşmesine demokratik bir toplumda zorunlu olmayan, Anayasa'da belirtilen sınırlama nedenlerine dayanmayan ve ölçüsüz olan müdahalenin toplu iş sözleşmesi hakkının kullanılmasını önemli ölçüde güçleştirdiği ve bu nedenle iptal edilmesi gerektiği açıktır.

5. Kanun'un 58. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkraları *"kanuni"* grev ve *"kanun dışı"* grev tanımlarını yapmaktadır. Bu tanımlara göre

grev ancak toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, aynı Kanun hükümlerine uygun olarak yapılabilecek; bunun dışındaki hallerde kanun dışı sayılacaktır. Daha açık bir ifadeyle, "dayanışma grevi" olarak bilinen ve çalışanların ifade özgürlüğünün en tabii bir icabı olmasının yanı sıra emeğin pazarlık gücünü artırmak için demokratik toplumlarda meşru bir araç olduğunda tereddüt bulunmayan bir grev türü, kanun dışı hale getirilmiştir.

Dayanışma grevi 1982 Anayasası'nın 54. maddesinin yedinci fıkrasında yasaklanmış iken, bu fıkra 12 Eylül 2010 tarihli referandumla kabul edilen 5982 sayılı Kanunla ilga edilmiştir. Bu değişiklik demokratikleşme ve özgürlüklerin geliştirilmesi adına yapılmıştır. Dolayısıyla Anayasa değişikliğini yapan tali kurucu iktidar iradesi, dayanışma grevinin meşruluğunu kabul etmiştir. Bu grev türünün yasaklanması için yasa koyucunun takdir yetkisinin devam ettiği söylenemez. Bu nedenle iptali istenen fıkralar, Anayasa'nın 54. maddesine aykırıdır.

6. Kanun'un 61. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, grev oylamasında, grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu grevin yapılmaması yönünde karar verirse, alınan grev kararının uygulanamayacağı belirtilmektedir. İptal istemi, *"oylamaya katılanların"* ibaresine ilişkindir. Bu ibareye göre, bir grev kararının iptali için o kararı alanların salt çoğunluğu değil, iptal için yapılacak oylamaya katılanların salt çoğunluğu yeterli olacaktır. Buna göre, daha çok sayıda işçinin aldığı bir grev kararı daha az sayıda işçinin kararıyla iptal edilebilecektir.

Demokratik ilkelere ve örgütlenme özgürlüğüne aykırı olan, grev hakkının kullanılmasını pratikte güçleştirmek suretiyle bu hakkın özünü zedeleyen düzenleme Anayasa'nın 2., 33. ve 54. maddelerine aykırıdır.

Aynı maddenin (5) numaralı fıkrasında grup toplu iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin uyuşmazlıkta grev oylaması düzenlenmektedir. Kuralla, grev oylaması talebinin yapılacağı makam, grev oylaması isteyen

işçilerin sayısı ve oylama sonuçlarının her işyeri için ayrı belirlenmesi öngörülmektedir. Dolayısıyla, grup toplu iş sözleşmesinde grev oylaması yapılması, sürecin küçük parçalara bölünmesi suretiyle fiilen kullanılamaz hale getirilmiştir. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 54. maddesine aykırıdır.

7. Kanun'un 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *"…cenaze işlerinde ve mezarlıklarda…"*, *"doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde;"* ve *"Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde…"* grev yapılamayacağı belirtilmiştir.

Cenaze işleri ve mezarlıklar özelliği dolayısıyla sendikal faaliyete çok müsait olmayan, toplumun ahlaki değerleri, kültür ve inançları nedeniyle esasen terk edilmesi, uzun süre yerine getirilmemesi söz konusu olmayan yerlerdendir. Yine de cenaze defni dışındaki işlerde toplu sözleşme yapılması ve grev hakkının kullanılması gerekebilir. Bu konuda zorunlu bir neden olmaksızın ve grev yasağını sadece defin işleriyle sınırlamak mümkün iken bu yapılmayarak, yan faaliyetleriyle birlikte tüm cenaze ve mezarlık işlerini grev yasağı kapsamına almak, grev hakkına demokratik bir toplumda zorunlu olmayan ve ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir. Kural bu nedenle Anayasa'nın 54. maddesine aykırıdır.

Fıkrada yer alan diğer ibareler milli ekonomi için önemli görülen veya güvenlik ve kamu düzeni ile ilişkili değerlendirilen alanlardır. Bu nedenle bu alanlarda grev hakkına kanunla yapılan müdahalenin haklı bir nedene dayandığı söylenebilir. Ancak yasa koyucu grev hakkına müdahalede bulunurken çalışanların hakları ile toplumun genelinin ihtiyaçları arasında adil bir denge kurmak zorundadır. Milli ekonomiyi, kamu düzenini veya ulusal güvenliği tehlikeye düşürmeyen yerlerde ve boyutlarda da olsa kuralda sayılan işyerlerinde grevin tamamen yasaklanması ölçüsüzdür. Kaldı ki ciddi bir sakınca doğması halinde yürürlükteki kurallar çerçevesinde grevin ertelenmesi her zaman mümkündür. Bu nedenle ibarelerin, Anayasa'nın 54. maddesine aykırı oldukları düşünülmektedir.

8. Kanun'un 63. maddesinde, karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grevin ertelenmesi düzenlenmektedir.

Düzenlemeler bütünlük içinde değerlendirildiğinde, adı her ne kadar erteleme olsa da gerçekte madde ile öngörülenin, grevin Bakanlar Kurulu kararıyla bir süre sürüncemede bırakıldıktan sonra, 60 günlük bir sürenin sonunda Yüksek Hakem kuruluna gidilmesi ve uyuşmazlık çözülemediği takdirde sendikanın yetkisinin düşmesi, yani grev sürecinin tamamen iptal edilmesi olduğu görülmektedir. Bu düzenleme pratikte grevin gerçekleşmesini son derece güçleştirmekte, grev hakkının özünü zedelemektedir. Anayasa'nın 54. maddesine aykırı olan düzenlemenin iptali gerekir.

9. Kanun'un 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, işyerinde grev ilan etmiş olan işçi sendikasının, kendi üyelerinin grev kararına uyup uymadıklarını denetlemek için işyerinin giriş ve çıkış yerlerine en çok dörder grev gözcüsü koyabileceği belirtilmektedir. İptal istemi *"en çok dörder"* ibaresine ilişkindir.

Grev hakkının kullanılmasının usul ve şartlarının kanunla düzenlenecek olması, yasa koyucunun makul bir nedeni olmayan, zorunluluktan kaynaklanmayan ve amacı belli olmayan düzenlemeler yapabileceği anlamına gelmez. Grev gözcülerinin işyerinde giriş ve çıkışlara engel olamayacakları, güç kullanamayacakları ve tehditte bulunamayacakları da aynı maddede belirtildiğinden bu gözcülerin sayısına ayrıca sınırlama getirilmesinin zorunlu veya ölçülü olduğundan söz edilemez. Grev gözcülüğünün bir amacı da bir iş yerinde grev yapılmakta olduğunun çevreden geçen herkesçe görülmesini, o iş yerindeki uyuşmazlığa ait toplumda bir farkındalık yaratılmasını, toplumda çalışanlar lehine empati kazanılmasını sağlamaktır. Grev gözcülerinin asgari bir sayı ile sınırlandırılmasının, grevin görünürlüğünü engellemeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu da grev hakkının kullanılmasıyla ulaşılmak istenen amaca aykırıdır. Yasa koyucunun böyle bir takdir yetkisi olduğundan söz edilemez. Kural bu nedenle Anayasa'nın 54. maddesine aykırıdır.

10. Kanun'un 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasında grev halinde mahallin en büyük mülki amirinin halkın günlük yaşamı için zorunlu olan ve aksaması muhtemel hizmet ve ihtiyaçları karşılayacak, *"işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak tedbirleri"* alması öngörülmüştür.

Her grevin mahiyeti icabı halkın günlük yaşamı üzerinde olumsuz etkiler yaratabileceği kuşkusuzdur. Dolayısıyla mülki amirlerin bu konuda gerekli tedbirleri almaları esasen görevleridir. Ne var ki bu tedbirlerin işyerinde faaliyetin devamını sağlayacak tarzda alınması bizatihi grevin amacına ters düşer; uygulamada devlete verilmiş bir grev kırıcılığı görevi anlamına gelir. Bu durum, grevin etkisini yitirmesine yol açabileceğinden grev hakkının özünü zedeleyici niteliktedir. Öte yandan, devletin işçi ile işveren arasındaki bir uyuşmazlığa bu şekilde müdahalesi, bir hukuk devletinde vazgeçilmez olan idarenin tarafsızlığı ilkesiyle de bağdaşmaz.

Kural, bu nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 54. maddelerine aykırıdır.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Emek Bir Meta Değildir
ILO Philadelphia Bildirgesi

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun çeşitli maddeleriyle ilgili açılan iptal davasını görüşen Anayasa Mahkemesinin ulaştığı sonuçlardan aşağıda belirtilenlerine katılmak, ne yazık ki, mümkün olmamıştır. Karşıoy yazımızda, düzenlemenin çeşitli maddeleri ilgilendirmesi ve bunlar arasında ilişkiler olması nedeniyle bağlantılı maddeler ve fıkralar bir bütün olarak değerlendirilmiştir.

A. 6536 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (g) Bendi, (ğ) Bendinde Yer Alan "*…bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere…*" İbaresi, (ı) Bendi ve 3. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesi ile İlgili Karşıoy Gerekçesi

6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Tanımlar" başlığı altında yer alan (g) bendinde "*Kuruluş: Sendika ve Konfederasyonları*",

ğ) bendinde "*…bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere…*" (ı) bendinde "*Üst Kuruluş: Konfederasyonları*" ve 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde de "*Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur*" hükümleri yer almaktadır. Bu düzenlemelerle sendikaların sadece işkolu düzeyinde kurulması ve faaliyette bulunması söz konusu olmakta, işkolu sendikaları dışında yer alan işyeri, meslek, vs. esasına dayanan sendikaların kurulmasına hukuken imkân tanınmamakta ve sendikaların üst kuruluş olarak sadece konfederasyon kurabilecekleri hükme bağlanmaktadır.

Demokratik toplumun temellerinden birini meydana getiren örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olan sendika kurma hakkı, ekonomik, siyasi ve toplumsal olarak sermaye karşısında zayıf konumda olan emek kesiminin bireysel ve ortak çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla bir araya gelmelerine imkân tanımaktadır. Kapitalist sanayileşme sürecinde emek ile sermaye arasındaki çıkar farklılıklarının bir sonucu olarak tarih sahnesine çıkan sendikalar, sadece üyelerinin ve alt toplumsal sınıfların maddi çıkarlarını koruyan ve geliştiren dar anlamlı çıkar örgütlenmesinin çok ötesine geçerek demokrasinin toplumsal temelde kökleşmesine önemli katkılar sağlayan sosyal hareketlere dönüşmüştür. Emeğin serbest piyasa sisteminde bir meta olarak değerlendirilmesi sosyal insan haklarını bünyesinde barındıran demokratik bir toplumsal sisteme aykırı olacaktır. Tarihsel olarak sendikal hareket, emeğin bir meta olarak görülmesinin önündeki en büyük engellerden birini oluşturarak demokratik toplum düzeninin vazgeçilmez unsurlarından biri haline gelmiştir.

Anayasa'nın 51. maddesi "*Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz*" şeklinde sendika kurma hakkını düzenlenmiştir. Maddeye göre sendika özgürlüğü, sendikaya üye olmak, çekilmek, üst kuruluşlar kurmak ve sendikal faaliyetleri gerçekleştirmeyi içeren bir özgürlük olarak tanımlanmıştır. Aynı maddede sendika kurma hakkına yönelik sınırlama nedenleri arasında millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sayılmıştır. Başka bir ifadeyle sendika hakkına

yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için bu müdahalenin yukarıda belirtilen sınırlamalar nedeniyle yapılmış olması gerekir. Açıktır ki, bu sınırlamaların hiçbirinde sendikaların sadece işkolu düzeyinde kurulması ve faaliyet yürütmesini zorunlu kılan bir neden bulunmamaktadır. Anayasa'da iptali istenen kurallarla ilgili herhangi bir yasak olmamasına rağmen yasa ile getirilen bu hüküm, Anayasa ve taraf olunan uluslararası sözleşmelere aykırı olarak sendika kurma hakkını demokratik toplum düzeni için gerekli olmayacak bir şekilde sınırlandıran, bu toplum düzeniyle uyuşmayan ölçüsüz bir müdahale anlamına gelmektedir.

Çoğunluk görüşünde, sendikaların işkolu esasına göre kurulacağını öngören kuralların, "kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, daha etkin ve daha güçlü bir sendikacılığı temin etmek için çıkarılmış olduğu" belirtilmektedir. Bu görüşün devamında da "mevcut sistem içerisinde güçlü yapılar haline gelen" sendikaların işkolu esasına göre faaliyette bulunan sendikalar olduğu vurgulanmakta ve diğer sendikal örgütlenme biçimlerinin açıkça yasaklanmadığı da ileri sürülerek, bu şekilde kurulan sendikaların şartları sağlamak koşuluyla toplu sözleşme imzalama hakkına sahip olduklarına işaret edilmektedir. Bütün bu gerekçelerden hareketle Çoğunluk, iptali istenen kurallarla getirilen sınırlamaların meşru temellere dayandığını, hakkın özünü zedelemediğini ve ölçüsüz bir müdahale oluşturmadığını savunmaktadır.

Her şeyden önce sendikaların işkolu düzeyinde kurulmasıyla kamu düzeninin sağlanması ve sürdürülmesi arasında nasıl bir ilişki olduğu veya olabileceği açık değildir. Bu yaklaşımın kaçınılmaz bir sonucu meslek veya işyeri esasına göre kurulan sendikaların kamu düzenine tehdit oluşturduğunun varsayılmasıdır. Elbette, bu varsayım son derece hatalıdır. Neden ve nasıl işkolu sendikaları kamu düzeninin sağlanması ve sürdürülmesi için gerekli oluyor da, diğer sendikal örgütlenme biçimleri kamu düzenine aykırılık teşkil edebiliyor? Çoğunluk görüşünde bu soruya bir cevap verilmemiştir. Her halükarda, sendikaların örgütlenme düzeyiyle kamu düzeni arasında doğrudan bir ilişki kurmak çok zordur. Kurulabilecek dolaylı ilişki ise zayıf bir nitelik taşımakta olup, sendika özgürlüğü gibi temel bir hakkın daha ilk adımında, yani kuruluş aşamasında, sınırlandırılmasına gerekçe olmamalıdır.

Daha etkin ve güçlü bir sendikacılık için iptali istenen kuralların getirildiği iddiasına gelince. İşkolu sendikalarının diğer örgütlenme biçimlerine göre daha güçlü sendikalar oluşturacağı düşüncesi genel olarak kabul görmekle beraber bunun güçlü ve etkili bir sendikacılığa neden olacağı sonucuna hemen varılmamalıdır. Nitekim zorunlu işkolu esaslı bir sendikal yapılanmanın, güçlü bir sendikal hareket meydana getirmediğinin en somut örneklerinden biri Türkiye'deki durumdur. Neredeyse, otuz yıldan fazla bir süredir uygulanan işkolu modeli ülkemizde güçlü bir sendikacılık oluşturmak bir yana, üyeleriyle bağı kopuk, merkeziyetçi, hiyerarşik, bürokratik, hatta bazı örneklerde oligarşik ve endüstri ilişkileri sistemi içinde etkin ol(a)mayan sendikal yapılar türemesine neden olmuştur. İşkolu esasına dayanan sendikaların mevcut sistem içerisinde "güçlü yapılar" olduğunu savunmak Türk endüstri ilişkileri sisteminin saha gerçekleriyle uyuşmamaktadır.[1]

İşkolu dışındaki diğer sendikal biçimlerin açıkça yasaklanmaması meslek veya işyeri sendikacılığına evrensel olarak bu kavramlardan anlaşıldığı şekilde izin verildiği anlamına gelmez. Örneğin, fiilen meslek esasına göre bir sendika kurulsa bile hukuken tek bir işkolu içinde faaliyet göstermek zorundadır ve bu anlamda o sendika bir işkolu sendikasıdır.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 22. maddesinin birinci fıkrası, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 8. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesi[2] ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 87 Sayılı Sözleşmesi'nin 2. ve 3. maddeleri sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı güvence altına almıştır. Değişik sendika türlerinin, farklı seviyelerde kurulması ve faaliyet göstermesi yukarıda değinilen maddelerin doğal bir yansımasıdır. 87 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesinde "*Çalışanlar ve işverenler, herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşuluyla bunlara üye olmak hakkına sahiptirler*" hükmü yer almaktadır. Burada, çalışanların "istedikleri kuruluşları" kurma

1 Yorgun, S., 2013, "Sosyal Politika Açısından 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu", *Çalışma ve Toplum* , sayı 39, s. 366.

2 Türkiye bu maddeye çekince koymuştur.

hakları olduğuna vurgu yapılmaktadır. Dolayısıyla, çalışanlar ister işyeri, ister işkolu, isterse meslek esasına göre sendika kurabilmelidirler. Bu, onların kendi hür iradeleriyle verecekleri bir karardır. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de çalışanların hangi düzeyde (işyeri, işkolu, bölgesel gibi) ve hangi şekilde (meslek gibi) örgütlenmeleri konusunda karar vermekte özgür olmaları gerektiğini vurgulamıştır.[3] Benzer şekilde, Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 8. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ile ILO 87 sayılı Sözleşmesi'nin 5. maddesinde sendikaların federasyon kurma hakkına sahip oldukları da belirtilmiştir. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de sendikaların federasyonlar şeklinde üst kuruluş kurabileceklerini ifade etmiştir.[4]

Anayasa'nın 90. maddesinde "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*" hükmü yer almaktadır. İptali konusu kurallar yukarıda belirtilen Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla uyumlu olmadığından Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Sendika kurma hakkına yönelik bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı, bu müdahalenin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanıp, kaynaklanmadığı ve takip edilen amaç bakımından orantılı olup, olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Gereklilik, zorlayıcı bir toplumsal nedene veya acil bir toplumsal ihtiyaca işaret etmektedir.[5] O halde sendika hakkına yapılan müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Sendika örgütlenme biçimlerine daha kuruluş aşamasında faaliyet alanlarıyla ilgili sınırlamalar

---

3 *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* Fifth (revised) edition, 2006, para. 309, 310, 333 ve 334; *http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---d_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf*, erişim tarihi 1 Eylül 2015.

4 *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* Fifth (revised) edition, 2006, para. 710, 711 ve 713; *http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---d_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf*, erişim tarihi 1 Eylül 2015.

5 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Handyside/Birleşik Krallık,* Başvuru No: 5493/72, Karar Tarihi: 7/12/1976, § 48.

getirilmesi demokratik toplum düzeni için gerekli acil bir toplumsal ihtiyacı karşılayan bir düzenleme olmadığından Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Yasanın, işkolu sendikaları ile konfederasyonlar dışında başka hiçbir sendikal örgütlenmeye olanak tanımamış olması, Anayasa'nın "temel hak" olarak güvenceye aldığı sendika kurma hakkının özüne dokunan bir sınırlamadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilmesi ve bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamasını öngörmektedir. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder. Burada kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir orantı aranmaktadır.

Yukarıda değinilen ölçülülük testinin alt unsurlarından olan elverişlilik bakımından konuya yaklaştığımızda yasanın genel gerekçesinden hareketle yasa koyucunun amacının güçlü bir sendikacılık oluşturmak olduğu, bu hedefe ulaşmak için de işkolu sendikacılığını en uygun araç olarak gördüğü söylenebilir. İkinci aşama olan gereklilik testinde sınırlayıcı aracın sınırlama amacını gerçekleştirme açısından zorunlu olup, olmadığı aranmaktadır. İptali istenen kurallarla belli bir örgütsel yapının dayatılması yasa koyucunun amacını gerçekleştirmeye dönük zorunlu bir tedbir değildir. Üçüncü aşama olan orantılılık testinde ise gerçekleştirilmesi istenen amaç ile kullanılan araç arasında ölçüsüz bir oran olup, olmadığına bakılmaktadır. Burada da amaç ile araç arasında sendika kurma hakkını en az sınırlayacak makul bir orantıdan söz etmek mümkün değildir.

Anayasal demokrasilerde özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna olduğunu düşünürsek, sendikaların hangi biçimde kurulacağı ve faaliyet göstereceği konularında karar verme hakkının öncelikle sendikalara ve onları meydana getiren üyelerine ait olduğunu kabul etmemiz gerekmektedir.

Yasa koyucu istikrarlı veya öngörülebilir bir endüstri ilişkileri sistemi oluşturmak amacıyla işkolu sendikacılığını teşvik edebilir. Burada sorun, çalışanların hem birey hem de kollektivite olarak özgür iradelerinin ve tercihlerinin dikkate alınmadan belli bir şekilde örgütlenmelerinin zorunlu tutulmasıdır. Özgür bir toplumda devletin temel görevi mümkün olduğunca yasaklamadan, zor kullanmadan bireylerin tercihlerine saygı göstermektir. Çalışanlar hak ve çıkarlarını koruyup geliştirecek sendikal örgütlenmenin biçimini ve düzeyini seçmede özgür olmalıdırlar. Hangi tip yapının hak ve çıkarlarını koruma ve geliştirmede en iyi sonuçlar yaratacağına, çalışanlar hür iradeleriyle kendileri karar vermelidir. Sosyal hukuk devleti ilkesini kabul etmiş demokratik bir siyasi ve toplumsal düzene yakışan da budur. Çalışanları tek bir düzeyde örgütlenmeye zorlamak birey özerkliğini, özgürlüğünü ve irade serbestîsini esas alan demokratik toplum düzeniyle bağdaşmamaktadır.

Belirtilen nedenlerle, ilgili kuralların Anayasa'nın 13., 51. ve 90. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

B. 6536 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki *"…ve fiilen çalışan…"* İbaresiyle İlgili Karşıoy Gerekçesi

Bu fıkrada sendika kurucularında ve bağlantılı olarak sendika yöneticilerinde aranacak şartlardan birisi olarak fiilen çalışma şartı getirilmiştir. Anayasa'nın 51. maddesine göre sendika kurma hakkı çalışanlara tanınmışken, iptali istenen kuralla çalışan kavramı daraltılarak sadece fiilen çalışanlara sendika kurma hakkı tanınmıştır. Bu düzenlemeyle çeşitli nedenlerle fiilen çalış(a)mayan, mesela geçici olarak işsiz kalan çalışanların sendika kurma hakları ihlal edilmektedir. Fiilen çalışma şartı çalışanların hepsini kapsamadığından Anayasa'nın 51. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 22. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinde örgütlenme özgürlüğü ve sendika hakkı herkese tanınmıştır. 87 ve 98 sayılı

ILO Sözleşmelerinde de çalışan kavramı geniş anlamda kabul edilerek sadece fiilen çalışanlarla sınırlandırılmamıştır. Örneğin, işsizler, mevsimlik çalışanlar ve emeklilerde örgütlenme hakkı kapsamında hak öznesi olarak görülebilmektedir.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'ne (ASHK) göre çalışanlar kavramı aktif olarak çalışma hayatı içinde olanlarla sınırlı tutulmamalıdır. Polonya ile ilgili bir şikâyette emeklilerin ve işsizlerin sendika kurmasının yasaklanmasının Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesine aykırı olduğunu Komite tespit etmiştir.[6] ASHK için çalışanlar kavramı çalışmaya dayalı hakları kullanan kişileri de kapsamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, ilgili kuralların Anayasa'nın 51. ve 90. maddelerini ihlal ettiği kanaatine varılmıştır.

C. 6536 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 41. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki *"…çalışan işçilerin yarıdan fazlasının…"* ve *"…ise yüzde kırkının…"* İbareleriyle (2) Numaralı Fıkrasının Tümüyle İlgili Karşıoy Gerekçesi

41. maddenin (1) numaralı fıkrasında toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikanın aşması gereken barajlar tanımlanmıştır. Kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde üç üyeye sahip bir sendika, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması halinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olacaktır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerlerinin bir bütün olarak dikkate alınıp, yüzde kırk çoğunluğun buna göre hesaplanacağı belirtilmiştir.

Kuralla, Anayasa'nın 53. maddesiyle güvence altına alınan toplu pazarlık hakkına işyeri ve işletme düzeyinde demokratik toplum düzeniyle bağdaşmayan ve ölçülü olmayan bir sınırlama getirilmektedir. Yasa koyucu

6 *http://hudoc.esc.coe.int/eng#{"fulltext":["poland pensioner"],"ESCDcIdentifier":["XV-1/def/POL/5//EN"]}*, erişim tarihi 29 Eylül 2015.

takdir yetkisi kapsamında işkolu, işyeri ve işletme düzeyleri için sendikalara toplu sözleşme yapma yetkisi konusunda baraj getirebilir ancak, barajın toplu pazarlık hakkına zarar verecek seviyelerde olması gerekmektedir.

Sendikalar işkolu barajını aşsalar bile işyeri ve işletme barajlarını geçemedikleri takdirde üyeleri adına toplu iş sözleşmesi yapamamaktadırlar. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi herhangi bir sendikanın işyeri ya da işletme ölçeğinde çoğunluğu sağlayamadığı durumlarda işyerinde üyesi bulunan sendikaya en azından kendi üyeleri adına toplu sözleşme yapma yetkisinin verilmesinin 98 Sayılı ILO sözleşmesinin bir gereği olduğunadikkat çekmiştir.[7]

İşyeri ve işkolu barajlarını üst üste bir ya da birkaç dönem aşamayan bir sendika, üyelerinin hak ve çıkarlarını koruma ve geliştirmede en yaygın ve etkin yol olan toplu sözleşme yapma yetkisine sahip olamayacağından, bu hak ve çıkarları koruma ve geliştirme işlevini yerine getirmede yetersiz kalabilecek ve üyelerinin toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili başka bir sendikaya geçmesi olasılığıyla karşı karşıya kalabilecektir. Bu durum da çalışanların sendika seçme özgürlüğüne zarar verecektir.

Açıklanan nedenlerle, ilgili kuralların Anayasa'nın 13., 53. ve 90. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

D. 6536 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 61. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasındaki "*...oylamaya katılanların...*" İbaresiyle ve (5) Numaralı Fıkrasının Tümüyle İlgili Karşıoy Gerekçesi

61. maddenin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*oylamaya katılanlar*" ibaresiyle işyerinde çalışan işçilerin tümü değil, yalnızca grev oylamasına katılan işçilerin salt çoğunluğunun "hayır" oyu kullanması halinde greve gidilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

7 *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* Fifth (revised) edition, 2006, para. 977 ve 978; *http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---d_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf*, erişim tarihi 1 Eylül 2015.

Sendika özgürlüğünün en önemli unsurlarından biri olan grev hakkına ilişkin sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmemesi gerekir. Grev oylaması grevin toplu eylem olarak uygulanmasını zorlaştıracak bir şekilde olmamalıdır. Sosyal taraflar arasındaki güç eşitsizliklerini dikkate aldığımızda oylamaya katılan işçilerin işveren veya yönetim tarafından çeşitli şekillerde baskı altında tutulma olasılığını göz ardı etmemek gerekmektedir. İlgili düzenlemeye göre oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğu esas alınacağından işverenler grev ilanı tarihi ile grev oylaması tarihi arasında sendikalı işçi sayısını çeşitli yollarla azaltarak greve oylamasında "hayır" sonucunun çıkmasını sağlayabileceklerdir.

ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi'nin de grev oylamasıyla ilgili böyle düzenlemelerin 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı olacağı yönünde kararları mevcuttur.[8]

Açıklanan nedenlerle, ilgili kuralların Anayasa'nın 13., 54. ve 90. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

E. 6536 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 62. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki *"…cenaze işlerinde ve mezarlıklarda…", "…doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde", "Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde…"* ve 63. Maddesinin Tümüyle İlgili Karşıoy Gerekçesi

Sendikal hak ve özgürlükler bakımından grev yasakları hayati bir öneme sahip olup, ILO normlarına aykırı şekilde grev yasaklarının kapsamının belirlenmesi hem grev hakkına hem de örgütlenme hakkına yönelik ciddi bir müdahale ve sınırlama anlamına gelmektedir. ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi kabul edilebilir grev yasaklarının çerçevesini değişik kararlarıyla

8 *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO,* Fifth (revised) edition, 2006, para. 556, 557 ve 558; *http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---d_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf*, erişim tarihi 1 Eylül 2015.

çizmiştir.[9] "Kesilmesi halinde toplumun ciddi ölçüde zarara uğrayabileceği yaşamsal nitelikteki hizmetler" Komite'nin kararlarında temel ölçüt olarak göze çarpmaktadır. Bu çerçevede Komite, grev yasağının olabileceği zorunlu hizmetler olarak hastane, elektrik, su, telefon, polis ve silahlı kuvvetler, itfaiye, ceza infaz kurumları, okul çağındaki çocuklara yemek temini ve okulların temizliği ve hava trafik kontrolü gibi alan ve hizmetleri saymıştır. İptali istenen fıkrada belirtilen grev yasaklarından bankacılık ve kamu kuruluşlarınca yürütülen şehir içi toplu taşıma hizmetleriyle ilgili yasaklar Mahkememiz tarafından oy çokluğuyla iptal edilirken, kuralda belirtilen diğer alanlardaki grev yasakları Çoğunluk tarafından Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Söz konusu sektörlerdeki grev yasaklarıyla anayasal bir hak olan grev hakkının sınırlanması değil, doğrudan yasaklanması, yani grev hakkının özünün zedelenmek bir yana tamamen yok edilmesi söz konusudur.

Temel ekonomik ve sosyal haklardan biri olan ve demokratik toplum düzeninin olmazsa olmaz gerekleri içinde yer alan grev hakkının tanınması ve korunmasının kural, yasaklanması ve sınırlandırılmasının ise istisna teşkil etmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 54. maddesinde grev hakkı kural olarak işçilere tanınmış ancak bu hakkın kullanımının kanunla yasaklanabileceği ve ertelenebileceği de hükme bağlamıştır.

Çalışanların ekonomik, siyasi ve toplumsal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla üretimden ve hizmet sunumundan kaynaklanan güçlerini toplu bir şekilde kullanmaları anlamına gelen grev hakkının yasaklanması ve sınırlandırılması milli güvenlik ve genel sağlık gibi kamu yararı içeren meşru amaçlar içerse bile, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine aykırılık taşımamalıdır. Söz konusu grev yasakları demokratik toplum düzeni için zorunlu olmayan ve ölçüsüz bir müdahale oluşturmaktadır.

İptali talep edilen 63. maddeye göre Bakanlar Kurulu tarafından grev ertelemesi kararı verilmesi halinde erteleme süresi sonunda sendikanın grev

9 *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Fifth (revised) edition, 2006, para. 581, 582 ve 585; *http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---d_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf*, erişim tarihi 1 Eylül 2015.

uygulaması imkânı bulunmamaktadır. Taraflar arasında grev ertelemesi süresinde anlaşma sağlanamaması durumunda sendikanın Yüksek Hakem Kurulu'na zorunlu olarak başvurması gerekeceğinden grev ertelenmesi grevin tamamen durdurulmasına yol açmaktadır. Bu nedenle grev hakkının fiilen kullanılması demokratik toplum düzeniyle bağdaşmayacak şekilde ölçüsüz olarak ve hakkın özünü yok edecek şekilde engellenmektedir. Nitekim bir araştırmaya göre 1983-2007 yılları arasında "milli güvenlik" gerekçesiyle 500'den fazla işyeri ve işletmede grevler ertelenmiş ve bunun sonucunda 300 bin civarında işçinin grev hakkı ihlal edilmiştir.[10]

Belirtilen nedenlerle, ilgili kuralların Anayasa'nın 13., 54. ve 90. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

F. 6536 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 74. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki "*…işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak…*" İbaresi ile İlgili Karşıoy Gerekçesi

Yukarıda belirtilen ibareyle mülki amirlere sınırsız ve grev hakkını fiilen engelleyebilecek soyut ve geniş bir yetki tanınmıştır. Amirlerin hangi şartlarda grevi fiilen durduracakları veya devamına karar verecekleri belli değildir. Bu haliyle, söz konusu yetki grev hakkının kullanımını engelleyebilecek bir nitelik taşımaktadır ve ILO'nun 87 ve 98 Sayılı Sözleşmelerine de aykırıdır. Burada toplu pazarlık hakkına yürütme organı eliyle müdahale edilmektedir.

Sonuç olarak, yukarıdaki kuralın Anayasa'nın 7., 8., 13., 49., 53., 54. ve 90. maddelerini ihlal ettiği kanaatine varılmıştır.

Üye
Engin YILDIRIM

10 Çelik, A. 2008, "Milli Güvenlik Gerekçeli Grev Ertelemeleri", *Çalışma ve Toplum*, sayı 18, s.109.

KARŞIOY GEREKÇESİ

6356 sayılı Kanunun 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "... bankacılık hizmetlerinde; ..." ve "... ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde ..." ibarelerinin Anayasanın 13. ve 54. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Kanunun "Grev ve lokavt yasakları" başlıklı 62. maddesinin birinci fıkrasında, can ve mal kurtarma işlerinde; cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; şehir şebeke suyu, elektrik, doğalgaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; bankacılık hizmetlerinde; Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; kamu kuruluşlarınca yürütülen itfaiye ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde ve hastanelerde grev ve lokavt yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde, söz konusu grev yasaklarının grev ve örgütlenme haklarına yönelik ciddî ve ağır bir sınırlama teşkil ettiği, bu hakların demokratik toplum düzenine ve ölçülülük ilkesine aykırı biçimde sınırlandırıldığı iddia edilerek anılan iş, hizmet ve işyerleri için öngörülen yasaklardan bir bölümünün iptali talep edilmiş; Mahkememizce bunlardan bankacılık ve şehir içi toplu taşıma hizmetleri bakımından iptal kararı verilirken diğerleri yönünden Anayasaya aykırılık iddiası yerinde görülmemiştir.

Kararın gerekçesinde, temel hizmetlerde, yani kesintiye uğraması durumunda halkın geneli veya bir bölümünün yaşamı, güvenliği veya kişisel sağlığının tehlikeye düşeceği hizmetlerde grev hakkının kısıtlanabileceği ve temel hizmetlerin belirlenmesinde her ülkenin kendi şartlarının dikkate alınacağı, fıkrada yer alan ve iptali talep edilen "... cenaze işlerinde ve mezarlıklarda; ...", "... doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde; ..." ve "... Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde; ..." ibareleriyle getirilen yasağın "ulusal ekonominin, insan sağlığının ve millî güvenliğin korunmasına"

hizmet ettiği için anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı, yaşamsal ve stratejik öneme sahip olan kamusal çıkarlar nedeniyle mezkûr iş, işyeri ve hizmetler için grev ve lokavt yasağı getirilmesinin demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmediği, dava konusu kuralların memlekete sağladığı ekonomik yararlar ve millî ekonomiye katkıları, söz konusu iş, işyeri ve hizmetlerin kamu düzeni ve toplum hayatını doğrudan etkileyen faaliyetler olması ve sahip olduğu önem dikkate alındığında bu alanlarda getirilen yasağın grev hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmediği belirtilirken, aynı fıkradaki "... bankacılık hizmetlerinde; ..." ve "… ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde; …" ibareleri ile getirilen yasağın, anılan hizmetlerin temel hizmetler kapsamında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı, bankacılık ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinin stratejik öneme sahip olmaması ve bu hizmetlerde grev yasağı getirilmesinin korunacak yarar ile çatışan hak ve özgürlükler arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi sebebiyle grev hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu ifade edilmiştir.

Oysa, anılan fıkradaki dava konusu ibareler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, iptal edilmeyen ibareler için yer verilen "memlekete sağladıkları ekonomik yararları, insan sağlığına doğrudan etki eden yönleri, millî savunma ve güvenlik ile ilgili nitelikleri, toplumun tümünü doğrudan etkileyen yönleri ve millî ekonomiye katkılarının dikkate alındığı" şeklindeki gerekçenin, iptaline karar verilen ibareler yönünden de geçerli olduğu görülmektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca kurulup faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmiş diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile Merkezî Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi tarafından yürütülen hizmetlerde öngörülen grev yasağını da Anayasaya aykırı bulmamıştır (14/11/2013 tarihli ve E.2013/24, K. 2013/133 sayılı Karar). Anılan Kararda yer verilen gerekçelerin bankacılık hizmetleri için de geçerli olduğunda şüphe bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, kamu kuruluşlarınca yürütülen şehir içi toplu taşıma hizmetlerinin de ülkemizin şartları dikkate alındığında ekonomik yararlar ve millî ekonomiye katkıları ile kamu düzeni ve toplum hayatı üzerindeki doğrudan etkileri ve kesintiye uğraması durumundan halkın geneli veya bir bölümünün yaşamını, güvenliğini ve sağlığını tehlikeye düşürebilecek, böylece topluma ciddî zararlar verebilecek nitelikte olması sebebiyle temel hizmetler arasında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu sebeplerle, anılan ibarelerin de iptal edilmemesi gerektiği düşüncesiyle, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Nuri NECİPOĞLU	M. Emin KUZ

KARŞI GÖRÜŞ

18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir.

İptali talep edilen ve çoğunluk kararına katılmadığım karşı görüşün konusunu oluşturan hükümler ve gerekçelerine aşağıda ayrı ayrı değinilmiştir.

1- 6356 sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (ğ) Bendinde ve 3. Maddesinin 1. Fıkrasında Yer Alan İbareler

İptali istenen ibarelerinde yer aldığı kurallar şu şekildedir:

6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (ğ) bendi:

"Sendika: İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin

bir araya gelerek ***bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere*** *oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşları… ifade eder."* hükümdeki *"…bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere…"* ibarelerinin iptali istenmiştir.

6356 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrası:

"Kuruluşlar, bu Kanundaki kuruluş usul ve esaslarına uyarak önceden izin almaksızın kurulur. ***Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur****."* hükmün son cümlesinin iptali istenmiştir.

İptali istenen ibarelerin de yer aldığı kurallar, tanıma ilişkin olup, 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (ğ) bendi sendikayı tanımlamakta, 3. maddesinin birinci fıkrası da kuruluşu tanımlamakta ve sendikaların kuruldukları iş kolunda faaliyette bulunacağını belirtmektedir. Görüldüğü gibi, her iki hüküm de sendikaların bir iş kolunda kurulabileceklerini ve kuruldukları ilgili iş kolunda faaliyette bulunabileceklerini kabul etmektedir.

Mahkememiz çoğunluğu, söz konusu ibarelerin Anayasa'ya uygun olduğunu kabul etmiş ve iptal talebini reddetmiştir. Aşağıdaki gerekçelerle, hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyim.

Öncelikle tespit etmek gerekir ki, iptali talep edilen ibarelerin yer aldığı kurallara ve 6356 sayılı Kanun'a bakıldığında, gerçekten, işkolu sendikacılığının esas alındığı, ancak bu alanda sendika kurulup faaliyette bulunulabileceği görülmektedir. Meslek yahut işyeri sendikası kurmayı yasaklayan açık bir hüküm olmamakla birlikte, bir an için bu alanlarda sendikaların kurulabileceği kabul edilse bile, faaliyette bulunmaları mümkün olmayacaktır. Zira, sendikaların, iptali istenen 3. madde gereğince sadece kuruldukları işkolunda faaliyette bulunmaları kabul edilmiş, işyeri veya meslek alanında faaliyette bulunmaları kapsam dışı bırakılmıştır. O nedenle, iptali istenen ibarelerin bulunduğu hükümlerle, sendika kurma konusunda bir sınırlama getirildiği, sadece işkolunda sendika kurulmasına izin verildiği, meslek veya işyeri sendikasının yasaklandığını kabul etmek gerekmektedir.

Anayasa'nın "sendika kurma hakkı" başlığını taşıyan 51. maddesi şöyledir: "*Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*

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

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz".

Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında sendika kurma, üye olma ve faaliyette bulunma özgürlüğü düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında sendika kurma hakkına bir takım sınırlamalar getirilmiştir; ancak bunlar arasında kurulacak sendikanın türü açısından herhangi bir sınırlandırmaya yer verilmemiştir. Anayasa'da kurulacak sendikaların hangi esas üzerine kurulacağı konusunda bir sınırlama yahut belirleme bulunmamaktadır. 6356 sayılı Kanunla ise işkolu sendikacılığı esas alınmış, işyeri ve meslek sendikacılığı kural olarak yasaklanmıştır.

Sendika özgürlüğü, çalışanlar ve işverenlerin, önceden izin almaksızın örgütlerini serbestçe kurabilme, kurulan bir sendikaya üye olabilme, iç işleyişe ilişkin kuralları belirleyebilme, temsilcileri serbestçe seçebilme, faaliyetlerini serbestçe düzenleyebilme hakkını ifade etmektedir. Sendika hakkı, niteliği gereği Devlete karşı da belirli bir serbestliği kapsamaktadır.

Sendika kurma hakkı mutlak bir hak olmayıp Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanabilir. Ayrıca altıncı fıkrada da "*Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz*" denilmiştir. Anılan maddenin beşinci fıkrasında, "*İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir*." hükmüne yer verilerek, ikinci fıkradaki genel sınırlama sebepleri dışında da bazı kamu görevlileri yönünden bu hakkın kapsamının daraltılması veya sınırlandırılması ya da hakkın kullanımının yasaklanması mümkün kılınmışsa da, inceleme konumuzun dışında olduğundan bu sınırlamalar üzerinde durmaya gerek yoktur.

İşkolu sendikacılığının, daha güçlü sendikalar oluşturmak amacıyla kabul edildiği, o nedenle kamu yararı amacıyla kanun koyucunun böyle bir tercihte bulunduğu söylenebilir. Ancak, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında getirilen "*millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk*" sınırlama nedenleri arasında kamu yararı da bulunmamaktadır. Mevcut sınırlama hallerinin birisine de bu durumu dahil etmek uygun görünmemektedir.

Anayasa'nın 51. maddesinde sendika kurma hakkına getirilen sınırlandırmaların, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de uygun olması gerekir. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesine ilişkin olarak; "*Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir*" (AYM, 18.6.2009, E.2006/121, K.2009/90) demektedir.

Sendika kurma hakkına iptali istenen ibarelerle getirilen sınırlandırmalar bu açıdan değerlendirildiğinde, bunların kanunla getirildiğini, daha güçlü bir sendikacılık oluşturmak amacıyla kabul edildiğini ve o nedenle kamu yararını amaçladığını söylemek mümkündür. Ancak demokratik toplum düzeni açısından zorunlu bir sınırlandırma olup olmadığı, keza ölçülülük ilkesi açısından ölçülü bir sınırlandırma olup olmadığı değerlendirildiğinde, demokratik toplum düzeni açısından gerekli bir sınırlandırma olduğu da söylenemez. Gerçekten, sendika kurmak isteyen kişiler, kendileri için hangi tür sendikanın uygun olduğunu takdir edip, ona göre sendika kurabilmelidirler. Anayasa'da bu yönde bir sınırlandırma olmamasına rağmen, Kanun koyucunun müdahale edip, işyeri ve meslek sendikacılığının uygun olmadığını, o nedenle işkolu sendikası kurulması gerektiğini belirtmesi sendika kurma özgürlüğüne ve demokratik toplumun gereklerine uygun düşmemektedir. Keza, ölçülülük ilkesi açısından değerlendirildiğinde, getirilen sınırlandırmanın ölçülü olduğunu da söylemek mümkün değildir.

Sendika kurma özgürlüğünü, sendikaların yetkilerini kullanırken, görevlerini yerine getirirken özgür olmaları ve bireyler açısından da sendikaya üye olma ve ayrılma konusunda özgür olmalarıyla sınırlı tutmamak gerekir. Sendika kurma özgürlüğü, kurulacak sendikanın hangi alanda kurulacağını da kapsamalıdır.

Anayasa'nın 51. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir*" hükmü nedeniyle, kanun koyucunun sendikaların hangi alanda kurulabileceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu, bu kapsamda işkolu sendikacılığını esas aldığı söylenebilirse de, Anayasada yer almayan, bir sınırlandırma sebebini kanunla getirmek mümkün olmamalıdır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (ğ) bendindeki ibarelerle, 3. maddesinin birinci fıkrasında iptali istenen ibarelerin Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

2- 6356 sayılı Kanun'un 5. Maddesi

İptali istenen 5. madde şu şekildedir: "*(1) Bir işyerinin girdiği işkolunun tespiti Bakanlıkça yapılır. Bakanlık, tespit ile ilgili kararını Resmî Gazete'de yayımlar. Bu tespite karşı ilgililer, kararın yayımından itibaren on beş gün içinde dava açabilir. Mahkeme iki ay içinde kararını verir. Kararın temyiz edilmesi hâlinde Yargıtay uyuşmazlığı iki ay içinde kesin olarak karara bağlar.*

(2) Yeni bir toplu iş sözleşmesi için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olur. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz.

(3) İşkolu değişikliği yürürlükteki toplu iş sözleşmesini etkilemez."

Hüküm, yukarıda incelenen işkolu esasına dayalı sendikacılığa paralel olarak, işkolunun tespitini, bu konuda uyuşmazlık çıkarsa ne şekilde hareket edileceğini düzenlemektedir.

Hükmün gerekçesi şu şekildedir: "*Maddede işkolunun tespiti düzenlenmiştir. Birinci fıkrada, bir işyerinin girdiği işkolunun tespitinin Bakanlık tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu tespite karşı ilgililer iş davalarına bakmakla görevli mahkemede kararın yayımından itibaren onbeş gün içinde dava açabilirler.*

İkinci fıkraya göre, işyeri veya işletme için yeni dönem yetki sürecinin başlamış olması halinde, yetki başvurusundan sonraki işkolu değişikliğine ilişkin Bakanlık tespiti veya mahkeme kararı mevcut veya yapılacak toplu iş sözleşmesini etkilemeyecek, işkolu değişikliği bir sonraki dönem için geçerli olacaktır. Yeni bir toplu sözleşme için yetki süreci başlamış ise işkolu değişikliği tespiti bir sonraki dönem için geçerli olacak, işkolu tespiti talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacak, işkolu değişiklikleri yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinin uygulamasını etkilemeyecektir. İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmayacaktır. Bu hüküm ile işkolu itirazlarının

toplu sözleşme yapma sürecini gereksiz şekilde uzatması ve zaman zaman bu itirazların toplu sözleşme sürecini kilitlemek için kötüye kullanılması önlenmek istenmiştir."

Görüldüğü gibi, hüküm, toplu iş sözleşmesinin (TİS) imzalanmasını hızlandırmak, gecikmesini engellemek için kabul edilmiştir. Birinci fıkrada, Bakanlığın iş kolu tespitine ilişkin kararının yayınlanmasında itibaren onbeş gün içinde dava açılabileceği, mahkemenin iki ay içinde davayı karara bağlaması gerektiği, kararın temyizi halinde de Yargıtay'ın temyiz talebini iki ay içinde karara bağlaması gerektiği öngörülmüştür. İkinci fıkrada yeni bir TİS için yetki süreci başlamışsa iş kolu değişikliği tespitine ilişkin gerek bakanlığın kararı, gerekse bu kapsamda mahkemece karar verilmiş olsa dahi, karar o dönem için geçerli olmayacak, bir sonraki dönem için geçerli olacaktır. Keza, iş kolu tespitine ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve dava açılmışsa açılan bu davalarda bekletici neden sayılamayacaktır. Üçüncü fıkraya göre ise, iş kolu değişikliği ortaya çıkmışsa, bundan yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin etkilenmeyeceği kabul edilmiştir.

Hükmün gerekçesinde belirtildiği üzere, TİS sürecini kilitlemek için, uygulamada özellikle bazı işverenler tarafından kötü niyetli olarak iş koluna itiraz edildiği, bunun bekletici mesele yapıldığı bunun da TİS imzalanmasını geciktirdiği, bu durumu engellemek amacıyla hükmün kabul edildiği anlaşılmaktadır. Hükmün, takip ettiği amaç gözetildiğinde kamu yararı amacıyla kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Dava dilekçesinde, iş koluyla bağlantılı olarak maddenin tümünün iptali istendiği görülmektedir. Mahkememiz çoğunluğu tarafından hüküm, Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

Hükmün birinci fıkrasında kanaatimce de Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır. Ancak, ikinci ve üçüncü fıkraların, mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesi açısından Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatindeyim.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hükmün gerekçesinden iş kolu tespitine itiraz eden ve dava açan kimseler önceden kötü niyetli olarak kabul edilmekte ve buna göre tedbir alınmakta bu duruma bağlı olarak, dava açılıp mahkemeden karar alınsa dahi, bu kararın o dönem için değil, bir sonraki dönem için uygulanması kabul edilmektedir. İş kolu tespitine, işveren itiraz edebileceği gibi, kanunda öngörülen şartları taşıyan bir diğer sendika da itiraz edebilir, dava açabilir. İşverenin iyi niyetli itiraz etmesi mümkün olduğu gibi, üçüncü kişi konumundaki sendikanın da daha baştan kötü niyetli kabul edilmesi uygun değildir. Bunların tümünün önceden kötü niyetli olarak kabul edilmesi ve ona göre düzenleme yapılması hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Hükmün ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre, TİS yetki süreci başlamış ise iş kolu değişikliğine ilişkin mahkemeden karar alınsa dahi, bu karar ilişkin olduğu o dönem için uygulanamayacak bir sonraki dönem uygulanabilecektir. Oysa, iş kolu tespitine ilişkin açılan dava sonunda verilen karar da, mahkeme kararı olması nedeniyle hemen uygulanmalıdır. Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez"* denilmektedir. Görüldüğü gibi yargı kararının gereğinin yerine getirilmesi Anayasa'da herhangi bir kayıt veya şarta bağlanmamış; geciktirilmeksizin uygulanması emredilmiştir. Burada ise, alınan kararın bir sonraki dönem uygulanması öngörülerek, kararın yerine getirilmesi en azından geciktirilmektedir. Bu durum, yargı bağımsızlığına aykırı olduğu gibi, hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesine de aykırıdır. Bu bağlamda ayrıca belirtmek gerekir ki, bir sonraki dönem TİS için özellikle şartların da değişmesi halinde tekrar iş kolu tespitine itiraz edilebilir ve dava açılabilir, böyle bir durumda da daha önceki dönem için mahkemeden alınan karar hiçbir zaman uygulanamaz. Oysa o karar, bir sonraki dönem için uygulanmak üzere değil, ilişkin olduğu o dönem için uygulanmak üzere alınmıştı.

Anayasa m. 125,1 gereğince idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Bu hüküm gereğince idarenin eylem ve işlemlerine

karşı dava açılması ve alınan kararın da öngörüldüğü şekilde icra edilmesi gerekir. Söz konusu hüküm gereğince, Bakanlık iş kolu tespiti kararı verdikten sonra, bu karara karşı dava açılabilse de, alınan kararın icrası, bu arada TİS yetki süreci başlamışsa artık o dönem mümkün olamayacaktır. Bu durumda da Bakanlığın belirlemiş olduğu işkolundaki sendika TİS imzalayabilecektir. Oysa yargı kararı ile o işyerinin bir diğer işkoluna girdiği tespit edilmişse, bakanlığın belirlemiş olduğu işkolundaki sendikanın TİS imzalaması mümkün olmamalıdır. Bu açıdan hüküm 125. maddeye de aykırılık teşkil etmektedir.

Kanun'un yetki itirazını düzenleyen 41. maddesinin beşinci fıkrasında *"itiraz karar kesinleşinceye kadar yetki işlemlerini durdurur"* denilmiş, TİS imzalamak için sendikanın yetkili olup olmaması konusunun açıklığa kavuşturulması istenmiştir. İş kolu tespiti ve bu duruma bağlı olarak hangi sendikanın TİS imzalayabileceği konusu, yetki sürecinden öncelikli ve en az o süreç kadar önemlidir. Bu açıdan, TİS imzalamak için yetki sürecinin beklenmesi kabul edilirken, iş kolu tespitinin beklenmemesi ve alınan kararın bir sonraki dönem uygulanmasının kabul edilmesi kendi içinde çelişki de oluşturmaktadır.

Kanun koyucu TİS imzalanmasının gecikmesini ve işçilerin mağdur olmasını engellemek için şüphesiz tedbir alabilir, düzenleme yapabilir. Bu amaçla kabul edilen düzenlemeler bir sınırlama getiriyorsa, bu düzenlemelerin ayrıca demokratik hukuk devletinin gerekleriyle bağdaşması ve ölçülü olması da gereklidir. Söz konusu hüküm değerlendirildiğinde, mahkeme kararlarının yerine getirilmesi açısından bir sınırlama getirdiği, bu durumun yukarıda belirtildiği üzere hak arama hürriyetine bir müdahale oluşturduğu açıktır. Bu açıdan getirilen düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir. Hukukumuzda pek çok yerde kötü niyetli kişilerin itirazını bertaraf etmek için hüküm konulduğunu görüyoruz (Örneğin HMK m. 41; 182), benzer şekilde mahkeme kararının uygulanmasını tümüyle bertaraf etmek yerine, daha hafif tedbir öngören hükümlerle kötü niyetli kişilerin itirazını bertaraf etmek ve TİS görüşmelerinin gecikmesini engellemek mümkün olabilirdi. Bu açıdan getirilen hüküm Anayasa m. 2 gereğince ölçülük ilkesine de aykırıdır.

Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde ise, *"İşkolu tespit talebi ve buna ilişkin açılan davalar, yetki işlemlerinde ve yetki tespit davalarında bekletici neden sayılmaz"* denilerek, yetki işlemlerine bakan bir mahkemenin iş kolu tespitine ilişkin açılan bir davayı bekletici sorun yapamayacağı kabul edilmiştir. Anayasa m. 138, 2'ye göre *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz".* Bu hükümle mahkemelerin yargı yetkisinin kullanılmasında bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Bu açıdan sendikanın yetki işlemlerine bakan bir mahkemenin, iş kolu tespitine ilişkin davayı ciddi görmesi, kendi önündeki davayı etkileyeceğini de düşünmesi halinde bekletici sorun yapabilmesi gerekir. Kanun koyucunun bu şekilde müdahale ederek mahkemenin takdir yetkisini kaldırması, yargı yetkisinin kullanılmasına müdahale niteliği taşımaktadır. O nedenle Anayasa'nın 138. maddesinin ikinci fıkrasına aykırıdır.

İptali talep edilen beşinci maddenin üçüncü fıkrası ise, iş kolu değişikliğinin yürürlükteki TİS sözleşmesini etkilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu hüküm gereğince de, iş kolu değişikliği yargı kararı ile gerçekleşse dahi uygulanmayacak, TİS imzalanmışsa artık geçerli olacaktır. Yukarıda ikinci fıkranın birinci cümlesi açısından yargı kararının gereğinin yerine getirilmemesi konusunda belirtilen gerekçelere dayanarak bu hükmün de Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyim.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 6356 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

3- 6356 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (g) ve (ı) Bentleri

İptali istenen hükümler şu şekildedir:

"(g) *Kuruluş: Sendika ve konfederasyonları*,

(ı) *"Üst kuruluş: Konfederasyonları**...ifade eder."***

Görüldüğü gibi iptali istenen kurallar tanımlara ilişkindir. Maddenin, (g) bendi 'kuruluş'u, (ı) bendi 'üst kuruluş'u tanımlamaktadır. Buna göre kuruluş; sendika ve konfederasyonları, üst kuruluş ise konfederasyonları ifade etmektedir.

Kanun'a göre Konfederasyon, değişik işkollarında en az beş sendikanın bir araya gelerek oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşu belirtmektedir. Konfederasyonlar, en üst sendikal örgütlenme modelidir. Farklı işkollarında faaliyet gösteren sendikaların bir araya gelmesiyle kurulmaktadırlar.

İptali istenen kurallarda, üst kuruluş olarak sadece konfederasyonlara yer verildiği, federasyonlara yer verilmediği görülmektedir.

Mahkememiz çoğunluğu, sendikaların üst kuruluşları arasında federasyonların da mutlaka bulunmasının zorunlu olmadığı, bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunduğu gerekçesiyle kuralları Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Yukarıda (1 numaralı başlıkta) incelendiği üzere, Anayasa'nın 51. maddesinde düzenlenen sendika kurma hakkı, sendikaları ve bunların üst kuruluşlarını kurmayı ve bunlara üye olmayı, o şekilde örgütlenebilmeyi de kapsamaktadır. Anayasa'nın 51. maddesinde sendikaların üst kuruluşlar kurma hakkından söz edilmiş, üst kuruluşların neler olduğu belirtilmemiştir.

Bilindiği gibi, sendikaların kurabilecekleri üst kuruluşlar olarak federasyonlar ve konfederasyonlar olmak üzere iki tür üst kuruluş bulunmaktadır. İptali istenen kurallarla, konfederasyonların kurulmasına izin verilirken, federasyonlar kapsam dışı bırakılmış, dolayısıyla kurulmalarına izin verilmemiştir.

Federasyonlar; bölgesel ya da ulusal düzeyde aynı meslekte ya da aynı işyerinde faaliyet gösteren sendikaların bir araya gelmesiyle kurulan üst kuruluşlardır. O nedenle, federasyonlar özellikle meslek veya işyeri sendikacılığında önem kazanmaktadır.

6356 sayılı Kanun'un, sendikaların kurulmasında ve faaliyette bulunmasında işkolunu esas aldığı; federasyon tipi örgütlenme modelinin ise işyeri esaslı örgütlenen sendikalar için daha uygun olan bir üst yapılanma olduğu, bu bakımdan kanun koyucunun, işkolu esaslı örgütlenen sendikalar için daha uygun olduğu düşünülen üst kuruluş modeli olan konfederasyon tipi örgütlenmeyi benimsediği, işyeri sendikacılığının Kanun'da kabul edilmediği, kabul edilmeyen bir sendikacılık düzeni olan işyeri sendikalarının üst kuruluşu olan federasyonlara da yer verilmediği söylenebilir.

Ancak, yukarıda (1 numaralı başlıkta) incelendiği üzere, Anayasa'da herhangi bir sınırlama olmamasına rağmen, Kanun koyucunun işkolu sendikacılığını kabul edip, işyeri ve meslek sendikacılığını yasaklaması, demokratik hukuk devleti açısından gerekli olmayan, ayrıca ölçüsüz bir sınırlama olarak kabul edildiğinden, meslek veya işyeri esasına dayanan sendika kurulmak istenmesi halinde, bu sendikalar için gerekli olan üst kuruluş olarak federasyonların kapsam dışı bırakılarak kurulmalarına izin verilmemesi, demokratik toplum açısından gerekli olmayan bir sınırlamadır, ayrıca ölçülülük ilkesine de uygun değildir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 6356 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (g) ve (ı) bentleri Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2014/58
Karar Sayısı : 2014/163
Karar Günü : 30.10.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Bursa 3. İcra Ceza Mahkemesi (E. 2014/58, E.2014/79)

İTİRAZLARIN KONUSU : 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

1- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının son cümlelerinin,

2- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Takip borçlusu anne hakkında çocuk teslimi emrine muhalefetten dolayı açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- E.2014/58 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir :

"UYUŞMAZLIĞIN SEYRİ: İtiraz eden Müşteki ... ile sanık ... evli iken Bursa 4. Aile Mahkemesinin 05/07/2011, tarih 2010/579 esas. 2011/838

karar sayılı ilamı ile boşanmalarına hükmedilmiş ve aynı hükümde davamıza konu hususla ilgili olarak velayeti anneye verilen ... ile "davacı baba arasında her ayın 1. ve 2. hafta sonu Cumartesi günü ... kişisel ilişki kurulmasına" da hükmedilmiştir. Davacı alacaklı bu hüküm sebebiyle davaya konu Bursa 8. İcra Müd.nün 2013/5416 esas sayılı dosyası üzerinden çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin icra takibinde bulunmuş, icra emri 29/07/2013 tarihinde sanık borçluya tebliğ edilmiş, bundan sonra suça konu 16/10/2013 tarihinde şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün icra edilebilmesi için alacaklı baba tarafından borçlu annenin adresine gidildiğinde küçük ...'nın baba tarafından anneden teslim edilmediği görülmektedir. Bunun üzerine müşteki takip alacaklısı baba, Bursa 2. İcra Ceza Mahkemesine 22/10/2013 tarihinde şikayette bulunmuş, Mahkemece 12/12/2013 tarihinde verilen kararla, suç tarihinden sonra 02/11/2013, 16/11/2013 ve 07/12/2013 tarihlerinde küçük çocuğun baba ile şahsi münasebet tesisi sağlandığından borçlu sanık için beraat kararı verilmiştir. Dosya müşteki takip alacaklısı baba tarafından bu beraat kararına İİK 353. mad. gereğince yapılan itiraz üzerine mahkememize gelmiştir.

İcra dosyası incelendiğinde gerçekten davalı borçlu sanık tarafından 2. İcra Ceza Mahkemesinin belirttiği tarihlerde küçük ...'nın babaya teslim edildiği görülmektedir.

Mahkemenin beraat gerekçesi İİK'nun 341. maddesinin 2. cümlesine dayanmaktadır. Bu hükme göre; "hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse kişi tahliye edilir." Hükmün ilk cümlesinde ise 6 aya kadar tazyik hapsine hükmedildiği görülmektedir.

Buna göre iptali istenen hüküm;

ÇOCUK TESLİMİ EMRİNE MUHALEFETİN CEZASI:

Madde 341- Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir.

Şeklindedir. Bu hüküm Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. mad. deki eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki etkili bir hak arama hürriyetine, 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükmünün özellikle devletin çocukları her türlü istismara karşı korunması gerektiğine ilişkin fıkrasına aykırıdır. Zira hükümle adeta, yapana yaptığını yanına kar bırakır şekilde somut olayımızda olduğu gibi takip borçlusu anne, bir kez çocuğu babaya göstermedikten sonra şikayet üzerine yapılan yargılama süresinde çocuğu babaya göstermekle kendisine ceza verilememektedir. Bir başka ifade ile, müştekiler bu tür durumlarda mahkemeye müracaatla sanıkların cezalandırılmasını istemekte fakat bu bir yargılama sürecini getirmektedir. İşte bu süreçte çocuğu göstermek suretiyle yani şahsi münasebeti sağlamak suretiyle başlangıçtaki ihlal bu hükümle cezalandırılamaz hale gelmektedir.

Aslında yasa koyucu sanki şahsi münasebet tesisinin ihlaline ilişkin hükmü ödeme şartının ihlaline ilişkin İİK 340 ve nafakaya ilişkin kararın ihlali ile ilgili 344. md.si gibi parasal bir sonuçla ilgili görmüştür. Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ihlali bilahare telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumudur.

Baba ile çocuk arasındaki ilişki boşanma sonrasında kanunumuz gereği şahsi münasebet tesisine ilişkin hükümlerle sağlanmaktadır. Bu ilişkinin varlığı ve korunmasında çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi açısından üstün yararının olduğu kuşkusuzdur. Ancak iptalini istediğimiz bu hüküm genelde velayet kendisine verildiği için annelerin yetkilerini kötüye kullanabilmelerinin önünü açmakta hatta meşrulaştırmaktadır.

Aslında temelde bu hüküm, yasa koyucunun aileden, kadın temelli bir ilişkiyi anladığını göstermektedir. Bir tarafta anne yok ise orada aile mevhumuna yasa koyucu yabancıdır. Gerçekte ise, baba ile çocuk arasındaki ilişki de aile müessesesi içinde değerlendirilmesi gereken bir ilişkidir. Maalesef yaşadığımız dönem, kadın lehine adalet körlüklerin geçerli ve meşru sayıldığı bir dönemdir. Aslında eşitlik ilkesi böylece zedelendiğinde çok nadiren de olsa çocuk baba velayetine verildiği durumlarda da annesi ile ilişkisi kurunun yanında yanan yaş gibi ihmal edilebilir görülmektedir.

Öte yandan, özellikle ülkemizde kadına karşı şiddetin önlenmesi için hukuk ihlalleri meydana getirecek şekilde (6834 sk. gibi) mevzuat oluşturulduğu halde, bunun çözümlerinden birinin çocuğunun velayetini alamayan genelde de babaların boşandıktan sonra da çocukları ile bağlarının korunabilmesi için etkili bir hak arama hürriyetlerinin teminat altına alınması olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Sanırım bir insanın hayatta sevdiği şeylerin en başında belki de evladı gelir. Genelde bir çok baba evladını kendisine yabancılaştıracak her tutum, davranış ve eylem karşısında birçok şiddet olayında olduğu gibi çoğu kez makul, mantıklı davranamamaktadır. Bir babanın çocuğu ile şahsi münasebetinin engellenmesine zemin hazırlayan hatta meşrulaştıran bir hükmün varlığı makul ve mantıklı bir seviyede boşanmanın tesis edilmesini de engeller niteliktedir. Çünkü bizim gibi ülkelerde boşanma yalnız karı koca arasındaki evlilik ilişkisini sona erdirmemekte; boşanma sonunda genelde velayetin anneye veriliyor olması sebebiyle bu tür hükümler, bir babayı istikbalinden de koparmaktadır. Özellikle yaşlandığında çocuklarının ilgi ve desteklerine muhtaç olma durumuna ilişkin kaygısını arttırmaktadır. Bu türden hükümler boşanma sonrasında velayetin genelde anneye verildiği ülkelerde erkeklerin kendisini değersiz görmesine sebep olmaktadır.

Tüm bu sebeplerle bu hükmün iptali gerektiği kanaatindeyim.

Her ne kadar iptalini talep ettiğimiz yasa hükmü Anayasanın 38. maddesi kapsamında sanık lehine ise de; hak arama hürriyetinin bu hükümle ihlal edilmiş olması karşısında iptal edilmesi gerektiği, en azından bundan sonra daha makul, mantıklı, çocuğu para gibi görmeyen bir hükümle konunun düzenlenmesi halinde daha sonraki uyuşmazlıklara da adaletli bir çözüm tesis edilebilecektir.

SONUÇ : Yukarıda belirtilen gerekçelerle İİK 341. maddesinin iptalini saygıyla talep ederim."

B- E.2014/79 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir :

"AÇIKLAMA: Mahkememizce 03/01/2014 tarihinde İİK 341 mad. sinin iptali isteme ile mahkemenize müracaat edilmiş, bu müracaatımız üzerine ilk incelemesi sonucunda Mahkemenizin 13/03/2014 tarih ve 2014/58 sayılı karar ile esasın incelenmesine karar verilmiştir. (internet üzerinden yapılan incelemede)

Yine Bursa 3. İcra Hukuk Mahkemesinin (yani hakimliğimizin) İİK 25/a maddesindeki "mani olunmaması" ibaresinin iptali talebine ilişkin itirazımızın 27/03/2014 tarihli mahkemeniz kararı ile Anayasaya aykırı bulunmayarak reddine karar verildiği görülmüştür.

Bu durumda 03/01/2014 tarihli talebimizdeki iptal istememizin eksik olacağı anlaşıldığından mahkemenizin 2014/58 esasındaki itirazımızla birleştirilebilmesi için iş bu itirazın yapılması gerekmiştir.

Çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin icra emrine aykırı davranılması halinde 03/01/2014 icra emrine aykırı davrananın İİK 25/a maddesinin son cümlesi delaleti ile çocuk teslimine muhalefet suçunun cezasına ilişkin İİK 341 mad. Gereğince borçlunun cezalandırılması yoluna gidilebilmektedir.

Daha önce iptali istenen Madde 341 de suçun maddi unsuru; Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmemek veya yerine getirilmesini engellemektir.

Bu suçun koruduğu hukuki değer; çocuğun kendisine teslimine ilişkin lehine hüküm verilenin çocuğunu teslim almaktaki hukuki yararıdır.

Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin ilamın gereğinin yapılmamasında suçun maddi unsuru, çocukla şahsi münasebete mani olunmasıdır. Korunan hukuki değer ise; çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi ile lehine hüküm verilenin, çocuğu ile ilişkisinin geliştirilmesi ve korunmasındaki hukuki yarardır. Bu sebeple farklı şekilde cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

Buna göre İİK 25/a mad. delaleti ile sanığa verilecek disiplin hapsini düzenleyen İİK 341 inci maddesi 03/01/2014 tarihli talebimizde belirttiğimiz üzere; "Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. mad. deki eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki etkili bir hak arama hürriyetine, 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükmünün özellikle devletin çocukları her türlü istismara karşı korunması gerektiğine ilişkin fıkrasına aykırıdır. Zira hükümle adeta, yapana yaptığını yanına kar bırakır şekilde somut olayımızda olduğu gibi takip borçlusu anne, bir kez çocuğu babaya göstermedikten sonra şikayet üzerine yapılan yargılama süresinde çocuğu babaya göstermekle kendisine ceza

verilememektedir. Bir başka ifade ile, müştekiler bu tür durumlarda mahkemeye müracaatla sanıkların cezalandırılmasını istemekte fakat bu bir yargılama sürecini getirmektedir. İşte bu süreçte çocuğu göstermek suretiyle yani şahsi münasebeti sağlamak suretiyle başlangıçtaki ihlal bu hükümle cezalandırılamaz hale gelmektedir.

Aslında yasa koyucu sanki şahsi münasebet tesisinin ihlaline ilişkin hükmü ödeme şartının ihlaline ilişkin İİK 340 ve nafakaya ilişkin kararın ihlali ile ilgili 344 md.si gibi parasal bir sonuçla ilgili görmüştür. Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ihlali bilahare telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumudur.

Baba ile çocuk arasındaki ilişki boşanma sonrasında kanunumuz gereği şahsi münasebet tesisine ilişkin hükümlerle sağlanmaktadır. Bu ilişkinin varlığı ve korunmasında çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi açısından üstün yararının olduğu kuşkusuzdur. Ancak iptalini istediğimiz bu hüküm genelde velayet kendisine verildiği için annelerin yetkilerini kötüye kullanabilmelerinin önünü açmakta hatta meşrulaştırmaktadır.

Aslında temelde bu hüküm, yasa koyucunun aileden, kadın temelli bir ilişkiyi anladığını göstermektedir. Bir tarafta anne yok ise orada aile mevhumuna yasa koyucu yabancıdır. Gerçekte ise, baba ile çocuk arasındaki ilişki de aile müessesesi içinde değerlendirilmesi gereken bir ilişkidir. Maalesef yaşadığımız dönem, kadın lehine adalet körlüklerin geçerli ve meşru sayıldığı bir dönemdir. Aslında eşitlik ilkesi böylece zedelendiğinde çok nadiren de olsa çocuk baba velayetine verildiği durumlarda da annesi ile ilişkisi kurunun yanında yanan yaş gibi ihmal edilebilir görülmektedir.

Öte yandan, özellikle ülkemizde kadına karşı şiddetin önlenmesi için hukuk ihlalleri meydana getirecek şekilde (6834 sk. gibi) mevzuat oluşturulduğu halde, bunun çözümlerinden birinin çocuğunun velayetini alamayan genelde de babaların boşandıktan sonra da çocukları ile bağlarının korunabilmesi için etkili bir hak arama hürriyetlerinin teminat altına alınması olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Sanırım bir insanın hayatta sevdiği şeylerin en başında belki de evlatları gelir. Genelde bir çok baba evladını kendisine yabancılaştıracak her tutum, davranış ve eylem karşısında birçok şiddet olayında olduğu gibi çoğu kez makul, mantıklı davranamamaktadır. Bir babanın çocuğu ile şahsi münasebetinin

engellenmesine zemin hazırlayan hatta meşrulaştıran bir hükmün varlığı makul ve mantıklı bir seviyede boşanmanın tesis edilmesini de engeller niteliktedir. Çünkü bizim gibi ülkelerde boşanma yalnız karı koca arasındaki evlilik ilişkisini sona erdirmemekte; boşanma sonunda genelde velayetin anneye veriliyor olması sebebiyle bu tür hükümler, bir babayı istikbalinden de koparmaktadır. Özellikle yaşlandığında çocuklarının ilgi ve desteklerine muhtaç olma durumuna ilişkin kaygısını arttırmaktadır. Bu türden hükümler boşanma sonrasında velayetin genelde anneye verildiği ülkelerde erkeklerin kendisini değersiz görmesine sebep olmaktadır.

Her ne kadar iptalini talep ettiğimiz yasa hükmü Anayasanın 38. maddesi kapsamında sanık lehine ise de; hak arama hürriyetinin bu hükümle ihlal edilmiş olması karşısında iptal edilmesi gerektiği, en azından bundan sonra daha makul, mantıklı, çocuğu para gibi görmeyen bir hükümle konunun düzenlenmesi halinde daha sonraki uyumazlıklara da adaletli bir çözüm tesis edilebilecektir." gerekçesi ile iptali istenmiştir.

İİK 341 inci madde İİK 25. maddesinin ihlalinin bir müeyyidesi olarak ta aslında koruduğu hukuki yarar itibarıyla yukarıdaki eleştirileri de hak etmektedir.

Mahkememiz bu eksik talebini tamamlamak adına ve iş bu talep ile mahkemenizin 2014/58 esasında kayıtlı itirazımız ile birleştirilmesinin takdirini mahkemenize bırakarak iş bu itirazı yapmıştır. Ek talebimizle iptalini istediğimiz hükümlerin iptali halinde suçun maddi unsuru ve korunan hukuki yarar gözetilerek yasa koyucu aslında yeni bir hüküm oluşturmak zorunda kalabilecektir.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen gerekçelerle İİK 25/a maddesindeki yukarıda belirtilen ifadelerin de iptalini talep ederiz."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- Kanun'a, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen ve itiraz konusu kuralları da içeren 25/a maddesi şöyledir:

*"**Çocukla şahsi münasebet tesisine dair ilamın icrası:***

***Madde 25/a-** (Ek: 18/2/1965 - 538/15 md.)*

Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürü, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. ***Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341 inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır.***

Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. ***Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341 inci maddeye göre cezalandırılır."***

2- Kanun'un, 5358 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kural olan 341. maddesi şöyledir:

"Çocuk teslimi emrine muhalefetin cezası:

Madde 341- (Değişik: 31/5/2005 - 5358/12 md.)

Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- E.2014/58 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 13.3.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2014/79 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 14.5.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na, 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ile ikinci fıkrasının son cümlesinin iptallerine karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2014/58 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, E.2014/79 sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2014/58 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 14.5.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ihlalinin sonradan telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumu

olduğu, Kanun'un 341. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsurunun, çocuk teslimi hakkındaki ilâmın ya da ara kararının gereğini yerine getirmemek veya getirilmesini engellemek, bu suçun koruduğu hukuki değerin ise lehine hüküm verilenlerin çocuğu teslim almaktaki hukuki yararı olduğu, oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin ilâmın gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde, suçun maddi unsurunun, çocukla şahsi münasebete mani olunması, korunan hukuki değerin ise çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi ile lehine hüküm verilenin çocuk ile ilişkisinin geliştirilmesi ve korunması olduğu, bu nedenle bu suçun farklı şekilde cezalandırılması gerektiği; çocuk teslimi konusunda borçlu eşin bu borcunu yerine getirmemesi durumunda, alacaklı tarafın şikâyeti üzerine hapsen tazyikine karar verilse dahi daha sonra çocukla kişisel ilişki kurulması hakkındaki ilamın gereğini yerine getirmesi hâlinde, Kanun'un 341. maddesi gereğince kendisine ceza verilemediği ve başlangıçtaki ihlâlin cezalandırılamaz duruma geldiği, bu durumun da alacaklının hakkını etkili bir şekilde aramasına engel olduğu; boşanma davaları sonucunda çocuğun velayetinin genelde anneye bırakıldığı hususu dikkate alındığında, Kanun'un 341. maddesinin daha çok annelerin, çocuklarının babaları ile kişisel ilişki kurmalarına engel olmak için yetkilerini kötüye kullanmalarının önünü açtığı, hatta bunu meşrulaştırdığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 25/a maddesinde, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürünün, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi hâlde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ edeceği, bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341. maddedeki cezayı müstelzim olduğunun da yazılacağı, borçlunun bu emri tutmazsa ilam hükmünün zorla yerine getirileceği, borçlunun alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341. maddeye göre cezalandırılacağı; Kanun'un itiraz konusu 341. maddesinde ise çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar

verileceği, hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişinin tahliye edileceği hükme bağlanmıştır.

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, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Kanun koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak şartıyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "*kanun önünde eşitlik ilkesi*" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Anayasa'nın 36. maddesinde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*" denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde

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

Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlıklı 41. maddesinin birinci fıkrasında, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı; ikinci fıkrasında, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilâtı kuracağı; üçüncü fıkrasında ise her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 25/a maddesi, sahip oldukları ilâm hükmü gereğince çocukla şahsi münasebet kurmaya hakkı olan anne, baba veya üçüncü kişilerin, ilâm hükmünün yerine getirilmemesi hâlinde haklarını icra yolu ile elde etmelerine imkân tanıyan bir düzenlemedir. Bu düzenleme sayesinde çocuğun da Anayasa ile güvence altına alınan ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı korunmakta ve somut olarak hayata geçirilmektedir. Ayrıca, alacaklının hakkını icra yoluyla alabileceğine ilişkin düzenlemeyle yetinilmemiş, maddenin son fıkrasında, çocukla kişisel ilişki kurulmasını engelleyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine Kanun'un 341. maddesine göre cezalandırılacağı belirtilerek, hakkın etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır.

Kanun'un itiraz konusu 341. maddesinde düzenlenen tazyik hapsi, suç karşılığı uygulanan bir ceza değildir. Tazyik hapsinde kişi yasal yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanmak amacıyla belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılmakta, ancak, yükümlülüğünü yerine getirmesi ya da sürenin dolması hâlinde bu yaptırımın uygulanmasına derhal son verilmektedir. Bu bakımdan, tazyik hapsinin amacı, kişinin

işlediği bir eylem nedeniyle cezalandırılması değil, belli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanmasıdır.

İtiraz konusu kuralların amacının, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uymayan borçlunun eylemini suç sayarak cezalandırmak değil, borçluyu ilam hükmünün gereğini yerine getirmeye zorlamak ve lehine hüküm verilen tarafın yargı yerlerine başvurarak bu konudaki hakkını etkin bir şekilde koruyabilmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olan kuralların, hukuk devleti ilkesine, hak arama hürriyetine, ailenin korunması ve çocuk haklarına aykırı bir yönü yoktur.

Öte yandan itiraz konusu kurallar, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uymayan ve bu konuda lehine hüküm verilmiş herkes için geçerli olup kuralların eşlerden birine ya da diğer kimselere ayrıcalık tanıyarak eşitsizlik yaratan bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VII- SONUÇ

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun;

A- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının son cümlelerinin,

B- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 30.10.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

Esas Sayısı : 2014/133
Karar Sayısı : 2014/165
Karar Günü : 30.10.2014

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Muharrem İNCE ile birlikte 123 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 30.4.2014 günlü, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen;

1- 8/A maddesinin beşinci cümlesinde yer alan *"… Bakanlığın izni ile…"* ibaresinin,

2- 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının,

Anayasa'nın 7., 13., 35. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

III. ANAYASAYA ESAS BAKIMINDAN AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇELERİ

a) 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/A maddesinde yer alan "...Bakanlığın izni ile..." ibaresinin Anayasaya Aykırılığı:

6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere 8/A maddesi eklenmiştir.

'Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü' başlığı taşıyan madde ile

"MADDE 8/A- İl ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenmiştir. Tarımsal araziler bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, bölünemez. Tarımsal arazilerin bu niteliği şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlığın izni ile satılabilir. Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre bu Kanuna ekli (1) sayılı listede Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile değişiklik yapılabilir." hükmü getirilmiştir.

Söz konusu madde ile il ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak 1 sayılı listede belirlenmiştir. Tarımsal araziler "1" sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemeyecek, bölünemeyecektir. Tarımsal arazilerin bu niteliği şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilecek, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri

birlikte değerlendirilecektir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları ise Bakanlığın izni ile satılabilecektir. Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre "1" sayılı listede Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile değişiklik yapılabilmesi de madde ile düzenlenmiştir. Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü ise, bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin "1 sayılı listede" belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini ifade etmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu kanunun amacı toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin sınıflandırılması, asgari tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin belirlenmesi ve bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlayacak usul ve esasların belirlenmesi olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kanunun 8/A maddesinin beşinci cümlesinde yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının Bakanlığın izni ile satılabileceği yönünde hüküm getirmiş olması kanunu amacından saptırmıştır.

Bununla birlikte bu düzenleme, Anayasanın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına da aykırıdır. Anayasanın 7. maddesine göre yasama yetkisini 'Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi kullanır' ve 'bu yetki devredilemez'. Oysa kanunun 8/A maddesinin beşinci cümlesinde yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının Bakanlığın izni ile satılabileceği hükmü, mülkiyet hakkı gibi, temel hak ve özgürlükleri doğrudan sınırlayıcı sonuçlar doğurabilecek bir konuda T.C. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na hukuksuz, çerçevesi belli olmayan sınırsız yetki vermek anlamına gelmektedir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş içtihatlarına göre, "yasada temel kurallar konmadan, ölçüsü ve sınırları belirlenmeden yürütme organına yetki verilmesi Anayasanın 7. maddesine aykırı düşer." Kanunun ilgili hükmü ile yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının satışına karar verilmesi ile ilgili hiç bir sınırlamaya gidilmemiş bu konuda takdir tamamen Bakanlığa bırakılmıştır. Gerçekten de T.C. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının

satışına istediği şartlarda karar verebilecektir. Bu arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının satışının hangi koşullarda yerine getirileceği, hangi durumlarda Bakanlığın takdir hakkını kullanacağı ve satıştan maliklerin ne ölçüde faydalandırılacağı belirlenmediği için 8/A maddesinin beşinci cümlesi ile yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının Bakanlığın izni ile satılabileceği hükmünde yer alan 'Bakanlığın izni ile' ibaresi, yasama yetkisinin devri niteliğindedir ve Anayasanın 7. maddesine aykırıdır. İptal edilmelidir.

Bununla birlikte, Anayasanın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmiş, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği, toplum yararına aykırı kullanılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olmayıp, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlama yapılabilecektir. Ancak bu sınırlamalar Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasanın 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. Hukuk devletinin bir gereği olan "ölçülülük" ilkesi yasa koyucu için bağlayıcıdır. Bu ilke, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı gibi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" ilkelerini içerir. "Elverişlilik", getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise, getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade eder.

Mülkiyet hakkı, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan, T.C. Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının satışına istediği şartlarda karar verebilecek olması, bu arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının satışının hangi koşullarda yerine getirileceği, hangi durumlarda Bakanlığın takdir hakkını kullanacağı ve satıştan maliklerin ne ölçüde faydalandırılacağı kanunda belirlenmediği için, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamalar hukuka aykırı olacaktır. Özellikle kamu otoriteleri, kamu yararı amacı ile dahi olsa, ekonomik ve sosyal politikaları yerine getirirken yetkilerini ölçüsüz, sınırsız ve hukuka aykırı bir biçimde kullanamaz. Aksi halde mülkiyet hakkı

ihlal edilir ve Mülkiyet hakkının korunması ve kamu yararı arasında gözetilmesi gereken adil denge zarar görür. Bu niteliği ile itiraz konusu kural, kişisel yarar ile kamu yararı arasındaki dengeyi bozarak, mülkiyet hakkının ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına, hakkın özüne dokunarak kullanılamaz hale gelmesine yol açacak niteliktedir. Açıklanan bu nedenlerle, kanunun 8/A maddesinin beşinci cümlesinde yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının Bakanlığın izni ile satılabileceği hükmünde yer alan 'Bakanlığın izni ile' ibaresi, Anayasanın 13. maddesini ve 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkını ihlal etmiştir. Bu nedenle iptal edilmelidir.

b) 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere 8/İ maddesi eklenmiştir.

'Önalım hakkı' başlığı taşıyan madde ile

"MADDE 8/İ- 8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir.

Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.

Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır." hükmü getirilmiştir.

Kanunun 8/İ maddesinin birinci fıkrası ile mirasçılar arsında aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulması halinde tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin bölünmesini önlemek amacıyla diğer ortaklara önalım hakkı tanınmaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca Türk Medeni Kanununa göre önalım hakkına sahip ortakların bu haklarını kullanmaması halinde sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınmıştır. Buna müteakip tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamayacak ve önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması halinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verecektir. İkinci fıkradaki bu düzenlemeler Türk Medeni Kanunu'nun 732. ve 736. maddeleri arasında düzenlenmiş olan önalım hakkının düzenleme amacıyla tamamen çelişir niteliktedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, önalım hakkı; müşterek mülkiyete tabi taşınmazdaki bir hissenin üçüncü bir kişiye satılması halinde, hissesi bulunan hissedarların veya sözleşme ile bu hak kendisine tanınan kişilerin, satışa konu taşınmazı, belirli bir süre içerisinde diğer alıcılara nazaran öncelikli satın alma hakkıdır ve ayni ve yenilik doğurucu bir haktır. Müşterek mülkiyette karşımıza çıkan bu düzenlemenin amacı ise, paydaşlar arasına yabancı bir kişinin girmesine genel olarak engel olmaktır. Kanunun 8/İ maddesinin birinci fıkrası ile mirasçılar arasında aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulması halinde tarımsal işletmeye ait tarım arazilerinin bölünmesini önlemek amacıyla diğer ortaklara önalım hakkı getirilmiş olması Türk Medeni Kanunu'nun öngördüğü önalım hakkı ile tamamen uyumlu bir düzenleme olmakla birlikte, iptalini istediğimiz 8/İ maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkının tanınmış olması, önalım hakkının düzenlenme amacına tamamen aykırıdır.

Paylı mülkiyet konusu taşınmazın paydaşlarından birinin, payını üçüncü şahsa satması durumunda, diğer paydaşlara, satılan bu payı aynı şartlarla, tek taraflı varması gerekli bir irade açıklamasıyla satın alabilme yetkisi veren yenilik doğurucu hak olan yasal önalım hakkının hukukî kaynağı kanundur. Yasal önalım hakkı sadece taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyette söz konusu olup, paylı taşınmaz mülkiyetinde, her paydaşın aslında hem önalım hakkı sahibi, hem de önalım hakkı yükümlüsüdürler. Paydaşlardan biri; payını veya payından bir

bölümünü üçüncü bir kişiye satması halinde önalım hakkı yükümlüsü, diğer paydaşlardan birinin payını satması halinde önalım hakkı sahibi olmaktadır. Yasal önalım hakkı, üçüncü kişilere karşı tapu siciline herhangi bir şerhe gerek kalmadan etkili olur. Kanun koyucunun buradaki amacı; paydaşlar arasına istenmeyen kişilerin girmesini önlemek, payları mümkün olduğu ölçüde bir veya birkaç paydaş elinde toplayarak, ekonomik olmayan ve paydaşlar arasında anlaşmazlıklara neden olan paylı mülkiyet ilişkisini sona erdirmektir. Oysa 8/İ maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkının tanınmış olması, paydaşlar arasındaki ihtilafları çözüp paydaşlardan birinde tarım arazisinin toplanmasını öngörmekten ziyade, ehil paydaşın veya mülk sahibinin malik olmasını engelleyecektir. Çünkü anılan hüküm gereğince paylı mülkiyet sona erdikten ve satım gerçekleştikten sonra dahi sınırdaş tarımsal arazi malikinin ön alım hakkının bulunması mülkiyet hakkının yine ihlali anlamına gelmekte olup, bu sefer alıcı ve mülk sahibi aleyhine yeni hukuka aykırı durumlar ortaya çıkması olasıdır.

Anayasanın 35. maddesinde herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmiş, bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği, toplum yararına aykırı kullanılamayacağı belirtilmiştir. Buna göre mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olmayıp, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlama yapılabilecektir. Mülkiyet hakkı başkasının hakkına zarar vermeden ve getirilen hukuki sınırlamalara uyarak, hak sahibine, mülkiyet konusu eşyayı dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf imkânı veren ayni bir haktır.

Anayasanın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" denilmiştir.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmü yer almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesi Mülkiyet hakkını garanti altına almaktadır. Mülkiyet hakkına getirilen korumada önce genel kural konularak hak belirlenmiş, ardından genel kurala getirilen kısıtlamalar ve bu kısıtlamaların hangi koşullarda hukukça meşru sayılacağı ortaya konmuştur. Buna göre; "her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır." denilerek çerçeve çizilmiştir. "Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir" ifadesiyle de, korunması ve saygı gösterilmesi gereken mülkiyet hakkının, istisnai olarak ne koşullarda ve hangi yöntem izlenerek kısıtlanabileceği belirtilmiştir.

1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi, özel ve tüzel kişilere ait mal ve mülke Devlet tarafından yapılabilecek herhangi bir keyfi müdahaleye karşı korumaktadır. Öte yandan bu madde devlete özel ve tüzel kişilere ait olan mülkiyetleri yasalarda belirtilen koşullar altında kullanma ve hatta bu kişileri bunlardan mahrum etme hakkını da tanımaktadır. Sözleşme kurumlarının mülkiyet hakkına yapılacak olan herhangi bir müdahalenin genel veya kamu yararı sağlamak amacıyla yapılıp yapılmadığından emin olmaları gerekmektedir. Özellikle, kamu otoriteleri mülkiyetin kullanımını vergilerin veya diğer harçların veya ceza ödemelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla kontrol edebilir. Kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki orantılılık ilkesini gözetmek üzere müdahalenin keyfi olmaması ve hukuka uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir.

1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi gerçek kişiler arasındaki sözleşme temelindeki doğal ilişkiyi de dikkate almaktadır. Bu nedenle, bir mahkeme bireyin mülkünü başka birisine teslim etmesine hükmedebilir. Örneğin, sözleşmeler hukuku (uygulama sırasında mülke el konulması ve mülkün satılması), haksız fiil veya aile hukuku (miraslı malların, evlilik yoluyla elde edilmiş mülkün bölüşülmesi) ilgili uygulanabilecek yasalar genel olarak 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak, bireyler arasındaki mülkiyete ilişkin hukukî ilişkilerin etkisi belirlenirken sözleşme organlarının kanunun bir kişinin keyfi ve haksız olarak mülkünden mahrum bırakılarak bu mülkün başkasına devredilmesi şeklinde bir eşitsizlik yaratmadığı hususunda emin olması gerekmektedir. Bununla birlikte, belirli durumlarda, Devlet gerçek kişilerin hareketlerini düzenlemek için müdahalede bulunma yükümlülüğü altında olabilir. Neticede, 1 No'lu Ek

Protokolün 1. maddesi genel olarak Devletlerin kendilerinin mülkiyet hakkına yapmış olduğu müdahalelerde veya üçüncü bir tarafın bunu yapmasına izin verdiği hallerde uygulanmaktadır.

Mülkiyetin korunması hakkı mutlak bir hak değildir. Bu hak 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinde açıkça öngörülmüş kısıtlamalara tabidir. Mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahaleye şu durumlarda izin verilmektedir:

1- Kanun tarafından öngörülmüş olmalı,

2- Kamu yararını amaçlamalı

3- Demokratik bir toplumda gerekli olmalı,

Bu şartların hepsinin birlikte yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Zira bu şartlardan birinin dahi yerine getirilmemiş olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Devlet mülkiyet hakkını sınırlandırırken bu şartlar çerçevesinde hareket ettiğini kanıtlamak mecburiyetindedir aksi halde müdahale haksız sayılır.

Mülkiyet hakkına müdahale öncelikle kanunilik ilkesine uygun olmalıdır. Mülkiyet hakkına yapılacak bir müdahale hukuk tarafından öngörülmüş olmalıdır. Müdahale, ister mülkiyet hakkından yoksun bırakma ister kullanımın kontrolü şeklinde olsun hukukilik ilkesi mutlaka aranmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amaçladığı hukuka uygunluğun sağlanması, yalnızca ulusal mevzuata uygunluk anlamına gelmemekte aynı zamanda, uluslararası hukuk kuralları ve (evrensel) hukuk devleti ilkesi de gözetilmelidir. Bununla birlikte mülkiyet hakkına yapılacak olan herhangi bir müdahalenin genel veya kamu yararı sağlamak amacı taşıması gerekir. Son olarak, Mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahale eden bir tedbirin meşru bir amacın gerçekleştirilmesi hedefiyle demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Bu tedbirin toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge gözetmesi şarttır. Böylesi adil bir denge bireysel mülk sahibinin "bireysel ve aşırı bir yük" altına sokulduğu durumlarda gerçekleşmiş olmayacaktır.

6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrası sınırdaş tarımsal arazi maliklerine de önalım hakkı getirerek mülkiyet hakkını ihlal etmiştir. Bu düzenleme, ekonomik bakımdan güçsüz bulunan, diğer paydaşların paylarını karşılama kabiliyeti bulunmayan ve bu nedenle önalım hakkını kullanamayacak durumda bulunan mülk sahipleri aleyhine bir düzenlemedir. Burada ekonomik bakımdan zor durumda bulunan tarımsal arazi malikleri paylarını teker teker sınırdaş tarımsal arazi maliklerine devretmek zorunda kalacaklardır. Anılan kanun hükmü gereğince, aynı hukuka aykırılıklar sadece müşterek mülkiyette değil, münferit mülkiyet açısından da yaratılmıştır. Bu durum, mülkiyet hakkının kısıtlanmasında, hukuki olma, kamu yararını amaçlama ve demokratik bir toplumda gerekli olma koşullarına aykırıdır. Bu şekilde mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahale niteliği taşıyan bu düzenlemenin meşru bir amacın gerçekleştirilmesi hedefiyle demokratik bir toplumda gerekli olması lazım gelir. Bu tedbirin toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge gözetmesi şarttır. Böylesi adil bir denge mülk sahiplerinin bireysel ve aşırı yük altına sokulduğu durumlarda gerçekleşmiş olmayacaktır. Bu düzenleme ile tarımsal arazi malikleri önalım hakkını kullanmamaları durumunda sınırdaş arazi maliklerine mülklerinin devretmeye adeta mecbur bırakılmaktadır. Bu durumun toprağın korunması tarım arazilerinin bölünmesinin önlenmesi gibi bir genel kamu yararı bakımından getirildiğini iddia etmek güçtür, çünkü yasanın anılan hükmünün uygulanması halinde bundan mağdur olacak olan taraf yine küçük çiftçi aileleri ve tarımsal arazi malikleri olacaktır. Anayasanın "Toprak Mülkiyeti" başlıklı 44. maddesinde Devletin, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek amacıyla gerekli tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Anayasanın 35 inci maddesinde yer alan mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hüküm nedeniyle de 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8 inci maddesinde değişiklik yapıldığı ileri sürülmüştür. Hâlbuki kanunun 8/İ maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümlerle çiftçinin toprağını verimli şekilde işletmesi ve toprağın ve tarım arazilerinin korunması bütünüyle imkânsız hale gelmiştir. O kadar ki Mülkiyet hakkına getirilen bu sınırlama kamu yararından sayılamaz ve amaca uygun değildir. Öte yandan, Anayasanın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini,

... bu sınırlamaların, … Ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını" hükme bağlamıştır. Hukuk devletinin bir gereği olan "ölçülülük" ilkesi yasa koyucu için bağlayıcıdır. Bu ilke, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı gibi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" ilkelerini içerir. "Elverişlilik", getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise, getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade eder. (Anayasa Mahkemesinin 27.10.2011 tarihli 2010/71 esas, 2011/143 karar sayılı kararı.) Ölçülülük ilkesi nedeniyle Devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İtiraz konusu kural mülkiyet hakkını ölçüsüz şekilde sınırlandırdığı için Anayasanın 13. maddesine de aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları bakımından da, "kamu yararı" geniş bir kavram olarak ele alınır. Ekonomik ve sosyal politikalarını uygulamak zorunda olan Devlete, bu konuda geniş bir takdir yetkisi bırakılmış olması, doğal ve anlaşılır olmakla beraber, kamu makamlarından beklenen; bu yetkinin, ölçülü, makul ve amacına uygun şekilde kullanılmasıdır. Örneğin Mahkeme, 22.09.1994 tarihli kararında Fransız makamlarının kamu yararı kavramını amacından saptırarak, bu yetkilerini kötüye kullandıklarını tespit etmiştir. Hentrich- Fransa'ya karşı davasında başvurucu bir miktar arsa satın almış ve bunun akabinde devlet makamları bu arazi üzerindeki şufa haklarını kullanmak istemişlerdir. Devlet tarafı söz konusu davadaki kamu yararının vergi kaçakçılığının önlenmesi olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ilk olarak devlet tarafından şufa hakkının keyfî bir şekilde ve seçerek uygulanmasının yanı sıra öngörülebilirlikten uzak olduğu sonucuna varmıştır. Değerlendirmenin ardından Mahkeme başvurucunun seçilmiş bir mağdur olarak bireysel ve aşırı bir yük ile sıkıntıya sokulduğu sonucuna varmış ve bu tedbirlerin eğer başvurucuya aleyhinde alınan tedbirlere karşı etkili bir itiraz hakkı tanınmış olsaydı ki başvurucuya tanınmamıştır, meşru kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Mülkiyet hakkının korunması ve kamu yararı arasında gözetilmesi gereken adil denge bu nedenle zarar görmüştür. AİHM 'ne göre, kamu yararı çok geniş bir kavram olarak akit devletlerin takdirine bırakılmış olmakla beraber, somut olayda önalım hakkının şikâyetçiye karşı beklenmedik bir şekilde ve gelişigüzel kullanılmasının ayırımcılık olduğuna işaretle yapılan işlemin Sözleşmeye aykırı olduğunu belirtmiştir.

İkinci olarak 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde "Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz." biçiminde yasaklayıcı hüküm getirmek suretiyle de tek bir sınırdaş malik lehine kanuni düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenleme de toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir dengeyi gözetmemektedir. Burada adil denge diğer sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin bireysel ve aşırı yük altına sokulması nedeniyle bozulmuştur. Bu durum, mülkiyet hakkının kısıtlanmasında, hukuki olma, kamu yararını amaçlama ve demokratik bir toplumda gerekli olma koşullarına aykırıdır. Anılan fıkranın ikinci cümlesi yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan gerekçelerle Anayasanın 13. ve 35. maddesi ile 90. maddesinin son fıkrasına aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

Son olarak, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir." hükmüyle mülk sahibi veya diğer sınırdaş tarımsal arazi malikleri aleyhine bile sonuç doğuracak nitelikte bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenleme de toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir dengeyi gözetmemektedir. Burada da adil denge diğer sınırdaş tarımsal arazi maliklerinin bireysel ve aşırı yük altına sokulması nedeniyle bozulmuştur. Bu durum, mülkiyet hakkının kısıtlanmasında, hukuki olma, kamu yararını amaçlama ve demokratik bir toplumda gerekli olma koşullarına aykırıdır. Ayrıca bu düzenleme tarımsal bütünlük arz eden birden fazla sınırdaş arazi maliki bulunması halinde sorunun nasıl çözüleceği konusunda belirsizlik yaratmıştır. Buradan yıllarca sürecek hukuki ihtilafların varlığına yenilerinin ekleneceğini öngörmek mümkündür. Bu da yargı organlarının ağır iş yükü altında kalmalarına neden olacaktır. Anılan fıkranın son cümlesi yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan gerekçelerle Anayasanın 13. ve 35. maddesi ile 90. maddesinin son fıkrasına aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ve yasaklamalar, mülkiyet hakkını ihlal etmiş, mülk sahiplerini bireysel ve aşırı yük altına sokmuş ve toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge kurulması noktasında mülk sahipleri aleyhine sonuç doğurmuş ve bu denge, mülk sahipleri aleyhine bozulmuştur. Bu düzenlemeyle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar kamu yararı amacına uygun olmayıp orantısızdır.

6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 13. maddesine, 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek Protokolün 1. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkının korunması ilkesine aykırıdır. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası gereğince de, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." hükmü nedeniyle, mevcut yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolün l. maddesi mülkiyet hakkını güvence altına alan hükmüne aykırı olmamalı, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki orantılılık ilkesi gözetmeli, müdahale keyfi olmamalı ve hukuka uygun bir şekilde yapılmalıdır. Açıklanan bu nedenlerle, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 8/İ maddesinin ikinci fıkrası iptal edilmelidir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve

Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere 8/A maddesi eklenmiştir.

'Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü' başlığı taşıyan madde ile

"MADDE 8/A- İl ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenmiştir. Tarımsal araziler bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, bölünemez. Tarımsal arazilerin bu niteliği şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlığın izni ile satılabilir. Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre bu Kanuna ekli (1) sayılı listede Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile değişiklik yapılabilir." hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na Anayasanın öngörmediği düzlemde olağanüstü yetkiler getirerek, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini, hukuk güvenliklerini ortadan kaldırmıştır. Bu düzenleme bireylerin mülkiyet hakkı gibi, temel insan hak ve özgürlüklerini yok edip, telafisi güç ve imkânsız zararların ortaya çıkmasına neden olacak niteliktedir.

Yine 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere 8/İ maddesi eklenmiştir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca "Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir." hükmü getirilmiştir. Bu düzenleme ve yasaklamalar, mülkiyet hakkını ihlal etmiş, mülk sahiplerini bireysel ve aşırı yük altına sokmuş ve toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge kurulması noktasında mülk sahipleri aleyhine sonuç doğurmuş ve bu denge

mülk sahipleri aleyhine bozulmuştur. Bu düzenlemeyle mülkiyet hakkına getirilen sınırlamalar kamu yararı amacına uygun olmayıp orantısızdır. Bu hükmün uygulanması halinde yalnızca mülk sahipleri değil, sınırdaş arazi malikleri de zarara uğratılabilecek ve ellerindeki tarım arazilerini kaybedeceklerdir. Bunun sonucunda toprağın korunması, geliştirilmesi, tarım arazilerinin bölünmelerinin önlenmesi, tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerin çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak planlı kullanımını sağlanması imkânı ortadan kalkacaktır.

Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde sübjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

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

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 15.05.2014 tarihli ve 29001 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 30.04.2014 tarihli ve 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesi ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen

a) 8/A maddesinde yer alan "...Bakanlığın izni ile..." ibaresinin, Anayasanın 7. maddesinde yer alan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine, 13.maddesine ve 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkına;

b) 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 13. maddesine, 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek Protokolün 1. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkının korunması ilkesine ve dolayısıyla da Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına,

Aykırı olduklarından esas bakımından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, işbu dava sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

5403 sayılı Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 8/A ve 8/İ maddeleri şöyledir:

*"**Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü***

***MADDE 8/A-** İl ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenmiştir. Tarımsal araziler bu Kanuna ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında ifraz edilemez, bölünemez. Tarımsal arazilerin bu niteliği şerh konulmak üzere Bakanlık tarafından ilgili tapu müdürlüğüne bildirilir. Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları **Bakanlığın izni ile** satılabilir. Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre bu Kanuna ekli (1) sayılı listede Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile değişiklik yapılabilir.*

Önalım hakkı

***MADDE 8/İ-** 8/C maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığı kurulduğu takdirde, ortaklardan birinin payını üçüncü bir kişiye satması hâlinde, diğer ortaklar önalım hakkına sahiptir.*

Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir.

Önalım hakkının kullanılmasında Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 7., 13., 35. ve 90. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 44. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri gereğince Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Cemal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 16.7.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ 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 5. Maddesiyle 5403 Sayılı Kanun'a Eklenen 8/A Maddesinin Beşinci Cümlesinde Yer Alan *"…Bakanlığın izni ile…"* İbaresinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Tarım arazilerinin parçalanmasını önlenmeye ve ekonomik bir şekilde işletilebilmesini sağlamaya yönelik olarak 5403 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Bu çerçevede 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına (Bakanlık), anılan Kanun'da belirtilen ölçülerden aşağı olmamak üzere bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek asgari tarımsal arazi büyüklüğü belirleme yetkisi verilmiştir. Maddeyle, tarım arazilerinin Bakanlıkça belirlenen büyüklüklerin altında ifraz edilmesi ve hisselendirilmesi yasaklanmıştır.

Tarımsal üretimi artırabilmek için parsellerin belli bir büyüklüğün altında olmamasının yanında tarımsal işletmelerin de yeterli büyüklükte bulunması gerekir.

Kanunla yapılan değişikliklerden önce Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) tarımsal işletmelerin parçalanmasını engellemeye yönelik çeşitli hükümlere yer verilmiş, bu bağlamda, tarımsal işletmeler yönünden mirasın paylaşımında geçerli olan aynen taksim ve eşitlik prensibinden sapılmış ve tarım işletmesinin sadece mirasçılardan birine tahsisi öngörülmüştür. Ancak bu hükümlerin emredici nitelikte olmaması ve rızai taksime karşı herhangi bir önlem öngörülmemesi nedeniyle istenen sonuç elde edilememiştir. Bu nedenle 5403 sayılı Kanunla TMK'nın miras hukukuna ilişkin hükümlerinde değişiklikler yapılması ihtiyacı doğmuştur.

Bu kapsamda, yeter gelirli tarımsal işletmelerin bir mirasçıya tahsis sisteminden vazgeçilerek tek bir mirasçıya devri sistemine geçilmesi benimsenmiş, bu suretle, tarımsal işletmelerin parçalanmasının önlenmesinin yanında bir çiftçinin geçimini idame edecek büyüklükte olması da temin edilmeye çalışılmıştır.

5403 sayılı Kanun'un dava konusu kuralı da içeren 8/A maddesinde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri düzenlenmektedir. Anılan Kanun'un tanımlar başlıklı 3. maddesinde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü, "*bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri*" biçiminde tanımlanmaktadır. Kuralda her ne kadar "*tarımsal arazi*" kavramı kullanılmış ise de bundan kastedilenin tarımsal işletme olduğu anlaşılmaktadır.

İl ve ilçelerin yeter gelirli tarımsal arazi büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak 5403 sayılı Kanun'a ekli (1) sayılı listede gösterilmektedir. Kanun'un 8. maddesinin ikinci cümlesiyle, tarımsal arazilerin (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi (işletme) büyüklüklerinin altında ifraz edilmesi ve bölünmesi yasaklanmaktadır. Maddenin dördüncü cümlesiyle, bu Kanun'a ekli (1) sayılı listede belirtilen büyüklüklerden daha küçük olmamak kaydıyla, yeter gelirli tarımsal arazi (işletme) büyüklüklerini tespit etme yetkisi Bakanlığa verilmekte, Bakanlığın, yeter gelirli tarımsal arazi (işletme) büyüklüklerini hesaplarken, aynı kişiye ait ve aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazilerini (parsellerini) birlikte değerlendirmesi öngörülmektedir.

5403 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin dava konusu ibareyi de içeren beşinci cümlesiyle, yeter gelirli tarımsal arazilerin (işletmelerin) bölünemeyeceği ve ifraz edilemeyeceği kuralına bir istisna getirilerek, yeter gelirli tarımsal arazilerin (işletmelerin) ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının satışı mümkün hâle getirilmiştir. Ancak dava konusu ibareyle bunların satışı, Bakanlığın iznine bağlı kılınmıştır.

Tarımsal işletmenin ekonomik bütünlüğe sahip olması, işletmeyi oluşturan taşınır ve taşınmaz mallar arasında fonksiyonel bir birlik ve bağlılığın bulunmasını gerektirmektedir. Ekonomik bütünlük, tarım parselleri arasında fiziki bütünlük bulunmasını zorunlu kılmamaktadır. Bu itibarla bir işletmenin birbirinden kopuk birden fazla araziden oluşması da mümkündür. İşletmeyi oluşturan arazi, bina ve diğer yapılar ile alet ve makineler aynı kişi tarafından ortak bir merkezden yönetilebildiği takdirde bu malların ekonomik bütünlük arz ettiği kabul edilir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, Bakanlığa tanınan, yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlük arz etmeyen kısımlarının satışına izin verme yetkisinin sınırlarının Kanun'da belirlenmediği, Bakanlığın bu yetkisini hangi koşullarda kullanacağının genel çerçevesinin kanunla belirlenmemesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, sınırları belli olmayan takdir yetkisiyle taşınmaz satışının izne bağlanmasının mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale niteliği taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 7., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 44. maddesi yönünden de incelenmiştir.

a- Anayasa'nın 7. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. 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.

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 devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

Yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun

genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Zira aksi takdirde, Anayasa'da, bazı hususların kanunla düzenleneceğinin açıkça zikredilmiş olmasının bir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlemesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Tarım arazilerinin satışının Bakanlık iznine bağlanmasının mülkiyet hakkına ilişkin olduğu açıktır. Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen kişi haklarındandır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin (sınırlamaların) kanunla yapılması gerektiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtildiği gibi 35. maddesinde de mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla yukarıda yapılan anlatımlar uyarınca, mülkiyet hakkına ilişkin olarak idareye yetki tanınması durumunda, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak, sadece genel hatlarıyla idarenin yetkili olduğundan söz edilmesi yeterli olmayıp, idarenin yetkisinin sınırlarının ve genel çerçevesinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Yeter gelirli tarımsal arazinin neyi ifade ettiği, 5403 sayılı Kanun'un 3. maddesinde tanımlanmak suretiyle açıklanmış ve bunların büyüklükleri bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçeler bazında bu Kanun'a ekli (1) sayılı listede açıkça gösterilmiştir. 8/A maddesinin dördüncü cümlesiyle de Kanun'a ekli (1) sayılı listede belirtilen büyüklüklerden daha küçük olmamak kaydıyla, yeter gelirli tarımsal arazi (işletme) büyüklüklerini tespit etme yetkisi Bakanlığa verilmiş, Bakanlığın, yeter gelirli tarımsal arazi (işletme) büyüklüklerini hesaplarken, aynı kişiye ait ve aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazilerini (parsellerini) birlikte değerlendirmesi öngörülmüştür.

Bakanlığın yeter gelirli tarımsal arazi (işletme) büyüklüğünü ne şekilde tespit edeceğinin genel çerçevesi kanunla belirlendiği açıktır. Bu tespit yapılırken gözönünde tutulacak unsurlardan biri de tarımsal araziler (parseller) arasında ekonomik bütünlük bulunup bulunmadığıdır. Dava konusu kuralda da, bu şekilde tarımsal işletmeyle ekonomik bütünlük oluşturmayan arazilerin Bakanlık izniyle satılmasına imkân tanınmaktadır. Tarımsal araziler arasında ekonomik bütünlük bulunup bulunmadığı tamamen tarım tekniğine ilişkin bir husus olup her somut olayın koşullarına göre gerekli önlemleri alabilmesi için idareye takdir yetkisi tanınması yasama yetkisinin devri olarak görülemez.

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

b- Anayasa'nın 13., 35. ve 44. Maddeleri Yönünden İnceleme

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. 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 sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı da belirtilmiştir.

Anayasa'nın 44. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek … amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir."* denilmektedir. Anayasa'nın bu hükmüyle Devlete, tarım topraklarının korunması ve geliştirilmesi ödevi yüklenmiş ve bu amaçla, tarım arazilerini gruplandırma ve bunların büyüklüğünü belirleme yetkisi tanınmıştır. Anayasa'nın 44. maddesiyle

Devlete yüklenen ödev kapsamında, tarım topraklarının iyileştirilmesi ve korunması amacıyla mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması mümkündür.

Kanun koyucu, tarım arazilerinin korunması ve geliştirilmesini sağlamak amacıyla 5403 sayılı Kanun'u kabul etmiştir. Anılan Kanun'da ve TMK'da yer alan hükümlerin tarım topraklarının miras ve satış yoluyla parçalanmasını engellemede yetersiz kalması nedeniyle 6537 sayılı Kanun'la gerek TMK'da gerekse 5403 sayılı Kanun'da çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda, tarımsal işletmelerin yeter gelirli olması öngörülerek bunların bir çiftçinin geçimini idame edecek büyüklükte olması temin edilmeye çalışılmıştır. Yeter gelirli tarımsal arazi (işletme) büyüklüğünü belirleme yetkisi, 5403 sayılı Kanun'a ekli (1) sayılı listede belirtilen ölçülerden aşağı olmamak üzere Bakanlığa verilmiş ve bunların bölünmesi ya da ifrazı yasaklanmıştır.

5403 sayılı Kanun'un 8/A maddesinin dava konusu ibareyi de içeren beşinci cümlesiyle, yeter gelirli tarımsal arazilerin (işletmelerin) bölünemeyeceği ve ifraz edilemeyeceği kuralına bir istisna getirilerek, yeter gelirli tarımsal arazilerin (işletmelerin) ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımlarının (parsellerinin) satışı mümkün hale getirilmiş, ancak bunların satışı, itiraz konusu ibareyle Bakanlığın iznine bağlı kılınmıştır.

Tarım arazileri için asgari büyüklükler belirlenmesinin ve tarım arazilerinin belirlenen asgari büyüklükler altında ifrazının ve bölünmesinin yasaklanmasının mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Bu müdahalenin, Anayasa'nın 44. maddesiyle Devlete yüklenen tarım arazilerinin korunması ve geliştirilmesi amacına dayandığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte Anayasa'nın 44. maddesiyle Devlete yüklenen ödevin yerine getirilmesi amacıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahaleler (sınırlamalar), Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda

yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Kanun koyucu, tarım arazilerinin bölünmesini engellemek amacıyla çiftçinin taşınmaz mülkiyetinden doğan tasarruf hakkı arasında denge gözeterek, tarım arazilerinin (işletmelerinin) ekonomik bütünlük oluşturmayan kısımlarının satışını mümkün kılmıştır. Bu durum, kamu yararıyla bireysel yarar arasında denge kurma çabasının bir sonucudur.

Kuralda, tarım arazilerinin (işletmelerinin) satılmak istenen kısımlarının ekonomik bütünlük oluşturup oluşturmadığının tespiti amacıyla, bunların satışı Bakanlık iznine bağlı kılınmıştır. Bakanlığın yetkisi, satılmak istenen kısımların tarımsal işletmeyle ekonomik bütünlük oluşturup oluşturmadığını tespit etmekle sınırlı olup Bakanlık, ekonomik bütünlük oluşturmayan arazi parçalarının satışına izin vermekle yükümlüdür. Bakanlığın izin işlemine karşı yargı yolu açık olup keyfi bir biçimde yetkisini kötüye kullanması durumunda işlemin idari yargı yerlerince iptal edilebileceği tabiidir. Bu nedenle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13., 35. ve 44. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

B- Kanun'un 5. Maddesiyle 5403 Sayılı Kanun'a Eklenen 8/İ Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, TMK'da yer alan önalım hakkının araya yabancıların girmesini engellemek amacıyla sadece müşterek maliklere tanınmış olduğu, dava konusu kuralda ise sınırdaş arazi maliklerine de önalım hakkı tanınarak paydaş sayısının azaltılması yerine artırılmasına imkan tanındığı, bu durumun önalım hakkının varlık amacıyla bağdaşmadığı, ayrıca kuralın, küçük çiftçileri, mülklerini büyük çiftçilere devretmek mecburiyetinde bıraktığı, bu durumun mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale niteliği taşıdığı, tarımsal arazinin sınırdaş maliklerden birine satılması durumunda

diğer sınırdaş maliklerin önalım hakkından mahrum bırakılmasının kamu yararı amacıyla bağdaşmadığı gibi demokratik toplum gereklerine de uygun düşmediği, önalım hakkının birden fazla sınırdaş malik tarafından kullanılması durumunda arazi mülkiyetinin dava konusu kural uyarınca hakim tarafından tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş malike devredilmesi imkanının tanınmasının mülk sahibi ile diğer sınırdaş malikler aleyhine sonuç doğuracağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 13., 35. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5403 sayılı Kanun'un 8/İ maddesinin dava konusu ikinci fıkrasıyla tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi maliklerine önalım hakkı tanınmaktadır. Kuralda, tarımsal arazinin satılmasından söz edilmiş olup hissenin satılması ifadesine yer verilmediğinden, önalım hakkının sadece arazinin (parselin) bütünüyle satılması hâlinde mevcut olduğu, tarım parselinin hissesinin bir bölümünün satılması durumunda geçerli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Önalım hakkı, malikin malını bir üçüncü kişiye satması halinde hak sahibine, tek taraflı bir beyanla o malın alıcısı olma yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır. TMK hükümlerine göre, müşterek mülkiyette, paydaşlardan birinin hissesini diğer paydaşlar dışındaki üçüncü bir kişiye satması durumunda, diğer paydaşların, kanunda öngörülen sürede dava açmak ve hâkimin belirlediği süre içinde satış bedeli ile alıcıya düşen tapu giderini ödemek suretiyle satılan hisseyi devralma hakları bulunmaktadır.

Müşterek maliklere önalım hakkı tanınmasının amacı, paylı mülkiyet beraberliğine yabancıların girmesini engellemek, paydaşlar arasında işletme bakımından devamlı anlaşmazlık yaratması nedeniyle kullanışlı olmayan paylı mülkiyet ilişkisinin belirli bir müddet sonra ortadan kalkmasını sağlamak ve arazinin küçülmesini önlemektir.

Önalım hakkının, müşterek malikin hissesini dilediği kişiye satmasını engellemesi nedeniyle bir mülkiyet kısıtlaması niteliğinde olduğu açıktır. Ancak yukarıda belirtilen ve kamu yararına dönük olduğu açık olan amaçlarla, birçok ülkede müşterek maliklere önalım hakkı tanınmaktadır.

Dava konusu kuralda, müşterek malik konumunda bulunmayan sınırdaş tarımsal arazi malikine de önalım hakkı tanınmaktadır. Maddenin gerekçesinden, amacın, tarımsal arazilerin (işletmelerin) büyümesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'da önalım hakkını müşterek mülkiyete münhasır kılan herhangi bir hüküm bulunmadığından kanun koyucu, meşru bir amaç gözetmek ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uymak kaydıyla, başka hukuksal ilişki biçimlerinde de taraflara önalım hakkı tanıyabilir.

Anayasa'nın 44. maddesiyle Devlete, tarım topraklarının korunması ve geliştirilmesi ödevi yüklenmiş ve bu amaçla, tarımsal arazileri gruplandırma ve bunların büyüklüğünü belirleme yetkisi tanınmıştır.

Tarımsal açıdan gelişmiş ülkelerde yıllara göre tarımsal işletmelerin sayısı azalıp büyüklükleri artarken, ülkemizdeki süreç bunun tam tersi bir şekilde işlemekte, tarımsal işletme sayısı artarken büyüklükleri azalmaktadır. Modern ülkelerde olduğu üzere tarımsal işletmelerin büyümesinin sağlanması yolunda düzenleme yapılmasının kamu yararına aykırı bir yönü olmadığı gibi Anayasa'nın 44. maddesiyle Devlete yüklenen ödevle de uyumludur. Bu itibarla, tarımsal arazilerin satışında, sınırdaş tarımsal arazi malikleri lehine önalım hakkı getirilmek suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

Öte yandan dava konusu kuralı içeren 8/A maddesinin son fıkrasıyla atıf yapılan TMK hükümleri uyarınca, önalım hakkını kullanan sınırdaş parsel maliki, satışın tarafları arasında akdedilen sözleşmede (resmi satış senedinde) gösterilen bedeli satıcıya ödemek zorundadır. Dolayısıyla taşınmaz, malikin amaçladığı kişinin dışındaki birine satılmakta ise de malikin maddi yönden herhangi bir kaybı söz konusu olmadığından menfaatinin gözetilmediği ve dolayısıyla mülkiyet hakkına ölçüsüz bir şekilde müdahalede bulunulduğu söylenemez.

Malikin, mülkünü dilediği kişiye satabilmesi, Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkının bir gereğidir. Dava

konusu kural, tarım arazilerinin büyütülmesini sağlamak amacıyla malikin bu serbestîsini, sınırdaş parsel maliklerine önalım hakkı tanımak suretiyle sınırlamıştır. Buna karşılık, kanun koyucu, taşınmazın sınırdaş maliklerden birine satılması durumunda, satış yapılacak sınırdaşı seçmesi hususunda maliki tamamen serbest bırakmak suretiyle kamu yararı ile malikin kişisel yararı arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır. Kanun koyucu bir yandan, malikin mülkünü dilediği kişiye satma yetkisini sınırlarken diğer taraftan bu kısıtlamayı, taşınmazın sınırdaş malikler dışındakilere satılması durumuna münhasır kılarak orantı kurmuştur.

Kanun koyucu, önalım hakkının birden fazla sınırdaş malik tarafından kullanılması durumunda arazinin mülkiyetinin kime devredileceğini belirleme yetkisini hâkime bırakmakla birlikte, bu konuda hâkimi tamamen serbest bırakmamış, taşınmazın tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş taşınmaz malikine devrine karar vermekle yükümlü kılmıştır. Dolayısıyla bu davada hâkimin yapacağı inceleme, taşınmazın hangi sınırdaş araziyle ekonomik bütünlük oluşturduğunun tespitinden ibarettir. Hâkimin, taşınmazı, ekonomik bütünlük oluşturan sınırdaş taşınmaz malikine devrine karar vermesinin mülk sahibi aleyhine sonuç doğuracağı söylenemez.

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

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

30.4.2014 günlü, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen;

A- 8/A maddesinin beşinci cümlesinde yer alan *"...Bakanlığın izni ile..."* ibaresine,

B- 8/İ maddesinin ikinci fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 30.10.2014 günlü, E.2014/133, K.2014/165 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, 30.10.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

30.4.2014 günlü, 6537 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen;

A- 8/A maddesinin beşinci cümlesinde yer alan *"...Bakanlığın izni ile..."* ibaresinin,

B- 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, 30.10.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

Esas Sayısı : 2014/61
Karar Sayısı : 2014/6 (Yürürlüğü Durdurma)
Karar Günü : 9.4.2014

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY ve Aytuğ ATICI ile birlikte 130 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU :

2.1.2014 günlü, 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin,

2- 6. maddesiyle, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin,

3- 7. maddesiyle, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin,

4- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin,

5- 11. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların,

6- 12. maddesiyle, 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si…"* ibaresinin,

7- 14. maddesiyle, 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin,

8- 17. maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin,

9- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının,

10- 19. maddesiyle, 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddesinin,

11- 20. maddesiyle, 11.4.1982 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin,

12- 21. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin;

a- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin,

b- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlesinin,

13- 24. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin,

14- 29. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin,

15- 37. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkraların,

16- 39. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"… harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin,

17- 46. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin,

18- 50. maddesiyle, 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddesinin,

19- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüklerinin durdurulması istemini de içeren iptali istenilen kuralların yer aldığı dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan yürürlüğü durdurma ve ilk inceleme raporu, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

2.1.2014 günlü, 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1- 14. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen geçici 64. maddenin,

2- 19. maddesiyle, 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'na eklenen geçici 11. maddenin,

Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunması ve uygulanmalarından doğacak, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, Hicabi DURSUN, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- Dava konusu diğer hükümlerine ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE,

9.4.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2014/61
Karar Sayısı : 2014/17 (Yürürlüğü Durdurma)
Karar Günü : 7.11.2014

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY ve Aytuğ ATICI ile birlikte 130 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU : 2.1.2014 günlü, 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin,

2- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin,

3- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin,

4- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin,

5- 11. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların,

6- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si …"* ibaresinin,

7- 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin,

8- 17. maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin,

9- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının,

10- 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin,

11- 20. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin,

12- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin;

a- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin,

b- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlenin,

13- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin,

14- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin,

15- 37. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkraların,

16- 39. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"… harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin,

17- 46. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin,

18- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin,

19- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüklerinin durdurulması istemini de içeren iptali istenilen kuralların yer aldığı dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

2.1.2014 günlü, 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1- 14. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen geçici 64. madde,

2- 19. maddesiyle, 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'na eklenen geçici 11. madde,

7.11.2014 günlü, E.2014/61, K.2014/166 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu maddelerin, uygulanmalarından doğacak, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararlarının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, Hicabi DURSUN, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 1- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümleye,

2- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesine,

3- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresine,

4- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine,

5- 11. maddesiyle, 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin;

a- Yeniden düzenlenen altıncı fıkrasına,

b- Eklenen yedinci ve sekizinci fıkralarına,

6- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si …"* ibaresine,

7- 17. maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesine,

8- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen 2955 sayılı Kanun'un 32. maddesinin altıncı fıkrasına,

9- 20. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresine,

10- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin;

a- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"… ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümleye,

11- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerine,

12- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresine,

13- 37. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralara,

14- 39. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"… harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresine,

15- 46. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesine,

16- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddeye,

17- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine,

yönelik iptal istemleri, 7.11.2014 günlü, E.2014/61, K.2014/166 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bentlere, cümlelere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7.11.2014 gününde karar verildi.

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

Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2014/61
Karar Sayısı : 2014/166
Karar Tarihi : 7.11.2014

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY ve Aytuğ ATICI ile birlikte 130 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 2.1.2014 tarihli ve 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin,

B- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin,

C- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin,

D- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin,

E- 11. maddesiyle, 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkralarının,

F- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si …"* ibaresinin,

G- 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin,

H- 17. maddesiyle, 27.7.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin,

I- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 tarihli ve 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının,

J- 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin,

K- 20. maddesiyle, 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin,

L- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin;

1- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlesinin,

M- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin,

N- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin,

O- 37. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralarının,

P- 39. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"… harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin,

R- 46. maddesiyle, 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin,

S- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin,

T- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

II. ANAYASAYA AYKIRILIK GEREKÇELERİ

1) 6514 Sayılı Kanunun 3. Maddesi ile 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 32. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasına Dördüncü Cümleden Sonra Eklenen Cümlenin Anayasaya Aykırılığı

6514 Sayılı Kanunun 3. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümleden sonra,

"Yükseköğretim kurumlarının öğretim üyesi kadrosunda bulunanlardan sözleşmeli statüde istihdam edilenlerin sözleşmeli olarak çalıştıkları süreler, akademik unvanların kazanılması, yükseköğretim kurumları dışında kullanılması ve diğer özlük işlemlerinde değerlendirilmesi bakımından yükseköğretim kurumlarında geçmiş sayılır." cümlesi eklenmiştir.

Yapılan düzenleme yükseköğretim kurumlarının öğretim üyesi kadrosunda bulunanlardan, Sağlık Bakanlığı Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu'na bağlı Kamu Hastaneleri Birlikleri'nde sözleşmeli statüde çalışanlarla ilgilidir.

663 sayılı KHK'nin 32. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Birliklerde ekli (II) sayılı cetvelde belirtilen pozisyonlarda sözleşmeli statüde personel istihdam edileceği kurallaştırılmıştır.

Ekli (II) Sayılı Cetvel ile (III) Sayılı Cetvel incelendiğinde, Genel Sekreter, Başkan (Tıbbi Hizmetler Başkanı, İdari Hizmetler Başkanı, Mali Hizmetler Başkanı), Hastane Yöneticisi ve Başhekim unvanlarında profesör, doçent ve eğitim görevlileri ile sözleşme yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda, iptali istenen düzenleme, yükseköğretim kurumları dışında görevlendirme yoluyla görev yapan tüm öğretim üyeleri ile öğretim görevlilerini değil, sadece 663 sayılı KHK'nin 32. maddesinde belirtilen Kamu Hastane Birliklerinin Genel Sekreter, Başkan (Tıbbi Hizmetler Başkanı, İdari Hizmetler Başkanı, Mali Hizmetler Başkanı), Hastane Yöneticisi ve Başhekim unvanlarında sözleşme ile istihdam edilecek profesör, doçent ve öğretim görevlilerinden sadece yükseköğretim kurumlarının öğretim üyesi (profesör, doçent ve yardımcı doçent) kadrosunda bulunanlardan yine sadece profesör ve doçentleri kapsamaktadır.

2547 sayılı Kanunun "Profesörlüğe yükselme ve atama" başlıklı 26. maddesinin (a) fıkrasının (1) numaralı bendinde, profesörlüğe yükseltilerek atamada; doçentlik unvanını aldıktan sonra en az beş yıl süreyle, açık bulunan profesörlük kadrosu ile ilgili bilim alanında çalışmış olmak şartı getirilirken; "Unvanların korunması" başlıklı 29. maddesinin ikinci fıkrasında ise, başka bir işe geçmek, emekli olmak veya çekilmek ya da çekilmiş sayılmak yoluyla öğretim görevinden ayrılanların akademik unvanlarını taşıyabilecekleri; ancak profesörlük, doçentlik veya yardımcı doçentlik

unvanlarını kazananların her unvan dönemi içinde yükseköğretim kurumlarında fiilen iki yıl görev yapmadıkları takdirde yükseköğretim kurumları dışındaki çalışmalarında bu unvanları kullanamayacakları kurallaştırılmıştır.

Bu kurallara göre akademisyenlerin akademik kariyer elde etmeleri ve bunları kullanmaları, üniversitede ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde öğrenci ve öğretim üyesi yetiştirip, akademik-bilimsel araştırma yapmalarından geçmektedir.

İptali istenen düzenlemeyle, yükseköğretim kurumlarının öğretim üyesi kadrolarında bulunup da Kamu Hastane Birliklerinin Genel Sekreter, Başkan, Hastane Yöneticisi ve Başhekim unvanlarında sözleşme ile istihdam edilecek profesör, doçent ve öğretim üyelerinden, profesör ve doçentler; 2547 sayılı Kanunun 26. maddesindeki "profesörlük kadrosuna atanabilmek için aranan doçentlik unvanını aldıktan sonra en az beş yıl süreyle, açık bulunan profesörlük kadrosu ile ilgili bilim alanında çalışmış olma" ile 29. maddesindeki, "akademik unvanlarını yükseköğretim kurumları dışında kullanabilmeleri için yükseköğretim kurumlarında fiilen iki yıl görev yapma" koşullarından istisna tutulmakta veya aynı anlama gelmek üzere sözleşme süreleri bu görevlerde geçmiş sayılmakta ve ayrıca 38. maddesindeki, yükseköğretim kurumları dışındaki kamu kurumlarında geçici görevlendirilen öğretim üyelerine sağlanan mali hakları aşan mali haklardan yararlanmalarına yönelik ayrıcalığa sahip kılınmaktadırlar.

663 sayılı KHK'nin 32. maddesine göre Kamu Hastane Birliklerinin Genel Sekreter, Başkan (Tıbbi Hizmetler Başkanı, İdari Hizmetler Başkanı, Mali Hizmetler Başkanı), Hastane Yöneticisi ve Başhekim unvanları için tabip/diş tabibi kökenli profesör, doçent ve öğretim görevlileri ile sözleşme yapılabileceği gibi Tıbbi Hizmetler Başkanı ile Başhekimlik unvanları dışındaki unvanlar için en az dört yıllık eğitim veren yükseköğretim kurumlarından veya bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulunca kabul edilmiş yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından mezun olan ve bu bağlamda hukuk, sosyoloji, psikoloji, ilahiyat, kamu yönetimi, işletme, iktisat, maliye, mimarlık, mühendislik, fizik, kimya, tarih, coğrafya, dil, edebiyat vb. alanlardaki öğretim görevlisi, doçent ve profesörlerle de sözleşme imzalanabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış kararlarına göre, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan

haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasaya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesini de gerektirir. Bu bağlamda, yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Tabip veya diş tabibi profesör ve doçentlerin mesleki formasyon ve kariyerleri ile ilgisi bulunmayan genel sekreterlik, mali hizmetler başkanlığı, idari hizmetler başkanlığı, hastane yöneticiliği gibi yönetsel görevlerde geçirecekleri sürelerin; tabip/diş tabibi doçentler açısından, "doçentlik unvanını aldıktan sonra en az beş yıl süreyle, açık bulunan profesörlük kadrosu ile ilgili bilim alanında çalışmış olma", tabip/diş tabibi doçent ve profesörler açısından ise "akademik unvanlarını yükseköğretim kurumları dışında kullanabilmeleri için yükseköğretim kurumlarında fiilen iki yıl görev yapma" koşulu bağlamında mesleki kıdem ve kariyerlerinden sayılacak olması, tabip/diş tabibi doçent ve profesörlerin yükseköğretim kurumlarında yürüttükleri yüksek eğitim, bilimsel araştırma ve tedavi hizmetlerinin nitelikleriyle bağdaşmadığı gibi hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle de uyuşmadığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, Anayasanın 10. maddesinde yasa önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş ve ayrımcılık yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik ilkesi, durum ve konumları aynı olanlara aynı kuralların uygulanması ve böylece ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasının engellenmesini gerektirir.

Yükseköğretim kurumları dışında görevlendirilen öğretim üyelerinden, sadece 663 sayılı KHK'nin 32. maddesinde belirtilen Kamu Hastane Birliklerinin Genel Sekreter, Başkan (Tıbbi Hizmetler Başkanı, İdari Hizmetler Başkanı, Mali Hizmetler Başkanı), Hastane Yöneticisi ve Başhekim unvanlarında sözleşme ile istihdam edilecek profesör ve doçentleri kapsayıp, diğer görevlendirmeleri kapsamayan iptali istenen

düzenlemeler, yasa karşısında eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından, Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 3. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümleden sonra eklenen cümle, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6514 Sayılı Kanunun 6. Maddesi ile Değiştirilen 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 55 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı KHK'nin 55. maddesi, "Bakanlık, kamu ve özel bütün sağlık kuruluşlarında çalışmakta olan sağlık personeli için görevli olduğu kuruluşun bulunduğu yerleşim yeri sınırları içinde ikamet etme mecburiyeti getirebilir. Bu mecburiyetin usûl ve esasları Bakanlıkça belirlenir." kuralını içermekteydi.

Anayasa Mahkemesi anılan düzenlemeyi 14.02.2013 günlü ve E.2011/150 K.2013/30 sayılı kararında, "Sağlık personeline çalıştığı yerde ikamet mecburiyeti getirilmesi hususu, Anayasanın 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan 'yerleşme ve seyahat hürriyeti' ile yakından ilgilidir. Bu madde, Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde düzenlenmiştir. Anayasanın 91. maddesi gereğince bu bölümde yer alan hak ve hürriyetlerin KHK'lerle düzenlenmesi mümkün değildir." gerekçesiyle iptal etmiştir.

6514 sayılı Kanunun 6. maddesi ile 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin iptal edilen 55. maddesi aynı amaca ulaşılacak ve aynı sonucu doğuracak şekilde, "Sağlık personelinin mesai saatleri haricinde de hizmetine ihtiyaç duyulduğunda ilgili sağlık kuruluşuna ulaşabilmeleri için alınacak tedbirler ve ilgililerin uyacağı kurallar Bakanlıkça belirlenir." şeklinde yeniden düzenlenmektedir.

24 saat devamlılık gösteren sağlık hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanmasına ilişkin hükümler öteden beri mevzuatımızda yer almaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Günün 24 saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışma saat ve usulünün tespiti" başlıklı 101. maddesinin ilk cümlesinde, "Günün

yirmi dört saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışan Devlet memurlarının çalışma saat ve şekilleri kurumlarınca düzenlenir." hükmü bulunmaktadır.

10.09.1982 tarih ve 8/5319 numaralı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan "Yataklı Tedavi Kurumları Hizmetleri İşletme Yönetmeliği"nde ise, sağlık hizmetlerinin 24 saat esasına göre sunulmasının sağlanması amacıyla sağlık personelinin çalışma düzeni ile çalışma saat ve şekilleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Anılan Yönetmeliğin 37. maddesi, "Yataklı tedavi kurumlarında çalışmalar günün 24 saatinde kesintisiz devam eder. Normal mesai saatleri dışındaki hizmetler, acil vak'aların muayene ve tedavisini, acil ameliyat ve müdahalelerin yapılmasını ve yatmakta olan hastaların bakımlarının devamını kapsar." şeklinde iken; 38. maddesinde, yataklı tedavi kurumlarında tüm personelin mesai başlama ve bitiş saatlerinin, hizmetin ve mahallin özelliği ve kurumun personel kadrosu göz önüne alınarak ilgili kanunlara göre valilikçe belirleneceği; hastane baştabiplerinin, sağlık hizmetlerinin sürekliliği ve kesintiye uğramaması amacıyla personel sayısını da dikkate alarak vardiya ve nöbet gibi hizmetlerde farklı çalışma saatleri belirleyebileceği kurallaştırılmış; 41. maddesinde normal çalışma saatleri dışında ve resmi tatil günlerinde dışarıdan gelecek hastalar ile kurum içindeki hastaların acil durumlarında tıbbi ve bununla ilgili idari ve teknik yardımları zamanında sağlayabilmek, olması muhtemel idari ve teknik olay ve kazalara zamanında müdahale edebilmek amacıyla yataklı tedavi kurumlarındaki nöbet esaslarına yer verilmiş ve 42. maddesinde ise, tüm nöbet türlerini kapsayan icapçı nöbeti (evde nöbet), normal nöbet, acil nöbeti ve branş nöbetinin tutulmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Öte yandan, aynı Yönetmeliğin 44. maddesinde diştabibi nöbeti, 45. maddesinde eczacı nöbeti, 46. maddesinde uzmanlık eğitimi görenlerin nöbeti, 47. maddesinde başhemşire yardımcılarının nöbeti, 48. maddesinde hemşire ve ebelerin nöbeti, 49. maddesinde tıbbi teknisyenlerin nöbeti, 50. maddesinde yardımcı hizmetler sınıfı personelin nöbeti, 51. maddesinde genel idare hizmetleri sınıfındaki personelin nöbeti ve 52. maddesinde teknik personelin nöbeti düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, süreklilik taşıyan sağlık hizmetlerinin 24 saat esasına göre kesintisiz sürdürülmesini sağlamak üzere mesai saatleri haricinde hizmetine ihtiyaç

duyulan sağlık personelinin ilgili sağlık kuruluşuna ulaşabilmelerine ilişkin olarak yürürlükteki hukuki düzenlemelerde herhangi bir eksiklik ve bu eksikliğe dayalı düzenleme ihtiyacı bulunmamaktadır.

Bu hukuki gerçekliğe rağmen, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği hükmün yerine getirilen iptali istenen kuralla, Sağlık Bakanlığına sağlık personelinin mesai saatleri haricinde de hizmetine ihtiyaç duyulduğunda, "ilgili sağlık kuruluşuna ulaşabilmeleri için alınacak tedbirleri" ve "ilgililerin uyacağı kuralları" belirleme gibi amacı, kapsamı ve içeriği belirsiz olan sınırsız bir düzenleme yetkisi verilmektedir.

6514 sayılı Kanunun gerek genel gerekçesinde gerekse madde gerekçesinde maddenin özeti yapılmakla yetinilmiş; düzenlemeyle neyin amaçlandığı ve yürürlükteki mevzuata göre karşılanamayan hangi ihtiyacın nasıl karşılanacağına yönelik herhangi bir açıklamaya da yer verilmemiştir.

İptali istenilen düzenlemenin yürütme organına verdiği temel hak ve özgürlükleri sınırlandırabilecek yetkinin belirsiz kapsamının, kamu düzeninin zorunlu kıldığı hangi toplumsal gereksinimden doğduğu anlaşılmamaktadır. Madde; anlam ve kapsamını tespit etmeye elverişli hiçbir ölçüt içermemektedir. Sağlık Bakanlığı'na, sağlık personelinin seyahat özgürlüğü, yerleşme, dinlenme ve çalışma hakkı gibi pek çok temel haklarına yönelik düzenleme yapma yetkisi verilmekle birlikte; bu yetkinin kapsamı, sınırları, ölçütleri yasada yer almamaktadır. Yetkinin kullanımı sonucu temel haklara yönelik yapılacak sınırlamaların sınırı çizilmemiştir.

Sonuç olarak, Sağlık Bakanlığı'na, sağlık personelinin Anayasal haklarını sınırlandırma konusunda amacı, kapsamı ve içeriği belirsiz olan sınırsız bir düzenleme yetkisi verilerek hukuk güvenlikleri ortadan kaldırılmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuki belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem idare yönünden herhangi bir duraksamaya veya kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, anlaşılır, net ve uygulanabilir olması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini gerektirir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi temel bir zorunluluktur.

İptali istenen kural, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımadığı için yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığından Anayasanın 2. ve 87. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan, Anayasa ile güvence altına alınmış temel hakların, Anayasanın öngörmediği şekilde ortadan kaldırılamayacağında duraksama yoktur. Kaldıki, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasanın 13. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır.

Anayasanın 13. maddesinde; temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların, özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek, sınırlandırmanın ölçüsü de ortaya konmuştur.

Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin zorunluluk taşımasını da içerir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 04.07.2013 tarihli ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararı).

Ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt bileşenden oluşmaktadır. Elverişlilik, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını; gereklilik, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmasını; orantılılık ise, başvurulan önlem ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade eder.

Yürütme organına kapsamı belirsiz, çerçevesi çizilmemiş bir şekilde sağlık çalışanlarının yerleşme ve seyahat özgürlüğünü, çalışma hakkını, dinlenme hakkını sınırlandırma yetkisi veren düzenleme, demokratik toplum düzenin gereklerine aykırıdır. Sağlık hizmetinin sürekliliğinin sağlanması için elverişli olmadığı gibi gerekli de değildir. Sağlık hizmetlerinin devamlılığının sağlanması amacının gerçekleştirilmesi için sağlık çalışanlarının temel haklarını sınırlandırma yetkisi verilmesi orantılılık ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Bu bağlamda iptali istenen düzenleme, Anayasanın 2., 13. ve 23. maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve devredilemeyeceği belirtilirken; 123. maddesinde idarenin kanuniliği ilkesine yer verilmiş ve 128. maddesinde ise, memurların görev ve yetkileriyle haklarının ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği kurallaştırılmıştır.

Yürütme organına verilen düzenleme yetkisi inşai değil türev bir yetkidir. Bu nedenle yürütme organı tarafından kullanılacak yetkinin kapsamı ve çerçevesinin yasa ile belirlenmesi zorunludur. Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasını gerektirir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir. Aksine düzenleme, Anayasanın 7. maddesi ile 123 ve 128. maddelerine aykırılık oluşturur.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunu'nun 6. maddesi ile değiştirilen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 55. maddesi, Anayasanın 2., 7., 13., 23., 87., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 6514 Sayılı Kanunun 7. Maddesi ile 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 57. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen "kayıt, bildirim" İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı

6514 sayılı Kanunun 7. maddesi ile 663 sayılı KHK'nin 57. maddesine "kayıt, bildirim" ibarelerinin eklenmesinden sonra madde metni aşağıdaki gibi olmuştur:

"Ruhsatlandırma ve lisans bedeli

MADDE 57- (1) Bakanlık ve bağlı kuruluşlarınca düzenlenecek veya onaylanacak her türlü ruhsatlandırma, ürün üretim ve satış izin belgesi ve mesul müdürlük belgesi ile permi, kayıt, bildirim ve sertifikalar üzerinden yüzellibin Türk Lirası'nı geçmemek üzere Bakanlıkça belirlenecek tarifelere göre ücret alınır. Ancak Bakanlıkça alınması teşvik edilen belgelerden ücret alınmayabilir. Bu tarifeler her yıl güncellenir ve ücretler 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na göre belirlenen yeniden değerleme oranında artırılır."

İptali istenilen ibarelerin, madde gerekçesinde yalnızca kayıt ve bildirimlerden ücret alınacağı belirtilmiş; buna karşın Sağlık Bakanlığı'na yapılacak ne tür kayıt ve bildirimlerden ücret alınacağını belirten bir ölçüt, ne düzenlemede ne de gerekçesinde yer verilmemiştir. Maddedeki "kayıt, bildirim" sözcükleri ile ne tür kayıtların ve ne tür bildirimlerin kastedildiği belirsizdir. Bu nedenle Bakanlığa halen mevcut olan ve ileride getirilebilecek olan her türlü kayıt ve bildirim yükümlülüğünün yükümlüsü olanlardan ücret alma yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır.

Sağlık alanında kayıt denildiğinde birincil olarak kişilerin sağlık kayıtları anlaşılmaktadır. Aynı şekilde 663 sayılı KHK'nin 47. maddesinde düzenlenen hekim ve sağlık kuruluşlarının sağlık hizmeti verdikleri kişilerin kişisel sağlık bilgilerinin bildirimine yönelik düzenlemeler nedeniyle bildirim sözcüğünden de kişisel sağlık bilgilerinin bildirimi anlaşılmaktadır. Yalnız başına kişisel sağlık bilgilerinin kayıt ve bildirimi kastedilmemiş olsa bile, bunların kapsam dışında bırakmadığı aksine içerdiği kesinlikle söylenebilir.

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları, görevlerini yerine getirebilmek için zorunlu olan genel nitelikteki bilgiler ile kişi ve toplum hayatını tehdit eden ve bu

nedenle bilinmesinde üstün kamu yararı bulunan bazı hastalıklara ilişkin bilgilere ihtiyaç duyabilir. Ancak bu ihtiyacın "sağlık hizmeti alanların ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgiler ile bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgiler" ayrıntısına ulaşmaması, hekimlerin ve sağlık kuruluşlarının işlediği sağlık verilerini kişilerin rızası olmaksızın üçüncü kişiler veya kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşma boyutuna taşınmaması gerekir. Aksine düzenlemelerin, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının görevlerini yerine getirmesi bağlamında elverişliliği, gerekliliği ve ölçülülüğünden söz edilemez.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasanın 20. maddesinde, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesi ile kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı olduğu ve özel hayat ile aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı kurallaştırılmıştır.

Sağlık hizmeti alanların hastalıklarına ilişkin kişisel kayıtlarının önemli bir bölümü, özel hayata ve aile mahremiyetine ilişkin olabilmektedir. Özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, hastalar dahil herkes için tanınmış temel bir insan hakkıdır.

Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanacağı belirtilmiştir ki, Anayasanın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında, kişisel veriler işlenmesi kişinin açık rızasına bağlanmıştır.

Kaldıki, Sağlık Bakanlığı'nın kendi görevlerini yerine getirmek için hekimlerden ve sağlık kuruluşlarından isteyeceği kayıt ve bildirimlerin yapılmasından ücret alması, öncelikle Anayasanın 73. maddesindeki mali yükümlülüklerin adil ve dengeli olması ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Bu itibarla, kişilerin ve toplumun hayatını tehdit eden ve bu nedenle bilinmesinde üstün kamu yararı bulunan kimi hastalıklar dışında kalan sağlıkla ilgili özel hayatı ve aile mahremiyetini de kapsayan kişisel bilgilerin her türünün her durumda istenmesine, işlenmesine ve paylaşımını da içerecek bir biçimde zorunlu görülen kayıt ve bildirim sisteminden Sağlık Bakanlığı'nın ücret almasına olanak tanıyan iptali istenen kurallar, Anayasanın 2., 13. ve 20. maddeleri ile 73. maddesindeki kurallarla bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, iptali istenilen ibarelerle verilen ücret alma yetkisinin kullanımı, somut ölçütlere bağlanmadığı, ilkeleri konulmadığı ve çerçevesi çizilmediği için Anayasanın 7. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 7. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin birinci fıkrasına eklenen "kayıt, bildirim" ibareleri, Anayasanın 2., 7., 13., 20. ve 73. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 6514 Sayılı Kanunun 9. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesi ile 11. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 36. Maddesinin Yedinci Fıkrasının İlk Tümcesi ve 17. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun Ek 27. Maddesi ile 18. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2955 Sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun 32. Maddesinin Altıncı Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

A) Düzenlemelerin Geçmişi, Anlamı ve Kapsamı

21.01.2010 tarihli ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile tabip, diş tabibi, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman sayılanların ve öğretim elemanlarının mevcut çalışma biçiminin değiştirilerek tam gün çalışma esasının getirildiği düzenlemeler yapılmıştı.

5947 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Kanunun 36. maddesinde;

"Öğretim elemanları, üniversitede devamlı statüde görev yapar. Öğretim elemanları, bu Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler. Öğretim elemanının görevi ile bağlantılı olarak verdiği hizmetin karşılığında telif ücreti adıyla bir bedel tahsil etmesi halinde 58 inci madde hükümleri uygulanır."

şeklinde yer alan hükümlerin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi 16.07.2010 günlü ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararıyla maddedeki, "Öğretim elemanları, … yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremezler, ek görev alamazlar, serbest meslek icra edemezler" kuralını Anayasaya aykırı bularak;

"Anayasanın 130. maddesinde çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile kurulan üniversitelerin kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduğu, öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri belirtilmiş, madde gerekçesinde de, yasaya bırakılan konuların 'bilimsel özerklik' ilkesi göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasada üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konumları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir.

Yasa koyucu, yükseköğretimin Anayasada belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici

nitelikte olamaz. İptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayrım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasanın 130. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır."

Gerekçeleriyle iptal etmiştir.

Yine aynı Kanunun 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki,

"Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir:

a) Kamu kurum ve kuruluşları.

b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.

c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrası."

Hükümlerinden, "... bentlerden yalnızca birindeki …" ibaresini, Anayasa Mahkemesi aynı kararında;

"Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri

tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir.

Ayrıca bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabilir. Hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konumları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici nitelik taşımaktadır.

İptal konusu ibarede, tabiplerin, diş tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebilecekleri belirtilerek, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenleme yapılmasının, Anayasada güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır."

Gerekçesiyle Anayasanın 17. ve 56. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra çıkarılan 08.08.2011 tarihli ve 650 sayılı KHK'nin 40. maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 36. maddesine bir fıkra eklenmiş ve eklenen fıkrada, öğretim elemanlarının 657 sayılı Kanunun 28. maddesine tabi oldukları hükmüne yer verilerek öğretim elemanları açısından ikinci görev yasağı öngörülmüş ve ikinci görev yasağına bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre, öğretim elemanları yükseköğretim kurumlarından başka bir yerde mesleklerini icra etmeleri halinde yükseköğretim kurumlarında eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunurken, döner sermaye geliri elde edilen faaliyetlerde bulunamayacaklardır.

Anayasa Mahkemesi ise söz konusu düzenlemeyi, 18.07.2012 günlü ve E.2011/113, K.2012/108 sayılı kararı ile 6223 sayılı Yetki Kanununun kapsamında olmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir.

Bu defa 6514 sayılı Kanunun 9. maddesiyle 657 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi, "Memurlar,

mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz." şeklinde yeniden düzenlenir ve 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 36. maddesine eklenen fıkrada, "Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen haller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesine tabidir." kuralı getirilirken; 17. maddesiyle 926 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesince iptal edilen ek 27. maddesi, "Bu Kanun kapsamına girenler, kanunlarda belirtilen istisnalar dışında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz." şeklinde değiştirilmekte ve 18. maddesiyle 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde ise, "Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanları 926 sayılı Kanunun ek 27 nci maddesi hükmüne tabidir." denilmektedir.

Böylece, kamu kurum ve kuruluşları ile yükseköğretim kurumlarında memur statüsünde istihdam edilen askeri ve sivil tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman öğretim elemanlarının, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacakları; kanunlarda belirtilen istisnalar dışında gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacakları kurallaştırılmaktadır.

Kanunlarda belirtilen istisnaya ise yine 6514 sayılı Kanunun 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 36. maddesine eklenen yedi ve sekizinci fıkralar ile 37. maddesiyle 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 3. maddesine eklenen fıkralarda yer verilmiştir.

2547 sayılı Kanunun 36. maddesine eklenen yedinci fıkra ile tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan profesör ve doçent kadrosunda bulunanların, her bir ana bilim dalındaki profesör ve doçent sayısının % 50'sini

geçmemek, ilgilisinin onayıyla bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermaye hesabına yatırılmak kaydıyla mesai saatleri dışında özel hastaneler veya vakıf hastanelerinde kurumsal sözleşme ile çalışmaları öngörülür iken; 209 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen fıkralarla ise eğitim ve araştırma hastanelerinde ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi kapsamında üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan profesör ve doçent unvanını haiz bulunanların, öğretim görevlilerinin her bir branştaki profesör, doçent ve öğretim görevlisi sayılarının % 50'sini geçmemek, ilgilisinin onayıyla bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermaye hesabına yatırılmak kaydıyla mesai saatleri dışında özel hastaneler veya vakıf hastanelerinde sözleşme ile görevlendirilmelerine yönelik düzenlemeler yapılmaktadır.

Böylece, kamu kurum ve kuruluşları ile yükseköğretim kurumlarında memur statüsünde istihdam edilen askeri ve sivil tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının bir yandan tam zamanlı olarak çalışmalarını sağlamak amacıyla, mesai saatleri dışında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacakları; kanunlarda belirtilen istisnalar dışında gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacakları kurallaştırılırken; diğer yandan, profesör ve doçentlerin mesleklerini mesai saatleri dışında yapabilmeleri özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde yıllık kurumsal sözleşme ile görevlendirilme ve gelirini üniversite döner sermaye hesabına kaydettirme şartına bağlanarak tam zamanlı çalışmayı sağlama amacıyla bağdaşmayan düzenlemeler yapılmaktadır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde, "Fakülte", yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma ve yayın yapan yükseköğretim kurumu; "Uygulama ve Araştırma Merkezi" ise 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 yükseköğretim kurumu şeklinde tanımlanmıştır.

Tıp ve diş hekimliği fakültelerinin eğitim - öğretim programları ile anabilim dallarının nitelikleri, araştırma faaliyetleri ile uygulama alanları ve bina, araç, gereç ve teçhizatı, yürütülen lisans ve tıpta uzmanlık eğitiminin niteliği gereği diğerlerinden farklılık göstermektedir.

Üniversitelerin tıp ve diş hekimliği fakülteleri, hekim ve diş hekimi lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimlerinin verildiği ve öğretim üyelerinin yetiştirildiği yükseköğretim kurumlarıdır. Bu eğitim teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile bilimsel araştırmalara dayanmakta, uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetlerinin yapılabilmesi için de fakülteler bünyesinde "uygulama ve araştırma merkezi hastaneleri" kurulmaktadır.

Üniversite uygulama ve araştırma merkezi hastaneleri, tıp ve diş hekimliği fakültelerinde lisans/hekim ve tıpta uzmanlık eğitimlerinin ve öğretim üyesi yetiştirilmesinin gerektirdiği uygulamalı eğitim ile bilimsel araştırmaların yapıldığı kamu hizmeti birimleridir. Bu bağlamda, buralar öncelikle ve özellikle tedavi kurumu veya sağlık hizmeti sunucusu değil; sağlık hizmetlerinin hekim, diş hekimi ve tıpta uzmanlık eğitimi ile öğretim üyesi yetiştirilmesi ve bilimsel araştırma yapılması amacıyla sunulduğu yerlerdir.

Kaldı ki, 2547 sayılı Kanunun 22. maddesinde öğretim üyelerinin görevleri, yükseköğretim kurumlarında ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim-öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıkları ve seminerleri yönetmek, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak şeklinde sıralanmıştır.

Bu bağlamda, tıp ve diş hekimliği fakültelerinde görevli öğretim üyelerinin tedavi hizmeti sunmaları başlı başına bir amaç değil, hekim ve diş hekimi ile uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirme görevlerinin uzantısı ve doğal bir sonucudur.

Öte yandan, yaşama ve sağlık hakkı sadece Anayasal temel haklar arasında değil, evrensel insan hakları arasında sayılmaktadır. Kişilerin yaşam ve sağlık hakkı ile sağlıklarına ulaşmak için hekime ulaşma hakları, öncelikle ve özellikle asli görevleri sağlık hizmeti sunmak olan hekim ve diş hekimleri ile uzman hekimlerin tıp ve diş hekimliği fakültelerinde çağın ve tıp eğitim ve etiğinin gerektirdiği bilimsel ölçütler ve temel zorunluluklar çerçevesinde yetiştirilmelerinden geçmektedir.

Bilimsel ölçüt ve zorunlulukların başında tıp ve diş hekimliği fakültelerinde görevli öğretim üyelerinin tam zamanlı çalışmaları ve böylece uzmanlık bilgi, beceri ve deneyimleri ile çalışma zamanlarını hekim, uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirmeye ve yetişmelerini sağlayacak uygulama ve girişimsel faaliyetlere hasretmeleri gelmektedir.

Siyasi İktidar ise diş hekimliği ve tıp fakültelerinin uygulama ve araştırma merkezi hastanelerinin asli görevi eğitim-öğretim faaliyetlerinin gerektirdiği uygulamalı eğitim ve girişimsel faaliyetler değil de salt tedavi hizmeti sunuculuğu; öğretim üyelerinin asli görevi hekim, uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirmenin gerektirdiği uygulama ve girişimsel faaliyetler değil de bunlardan bağımsız olarak hekimlik yapmakmış gibi yasal düzenlemeler yapmakta; diş hekimliği ile tıp fakültesi öğretim üyelerini özel hastane ve vakıf üniversitesi hastanelerinin hekim ihtiyacını yarı zamanlı ucuz işgücü istihdamıyla karşılamalarının bileşeni haline getiren düzenlemelere gitmektedir.

Tıp fakültesi lisans eğitimi süresinin altı yıl, ortalama uzmanlık eğitimi süresinin dört yıl olduğu ve hekimlik mesleğinin hayat boyu eğitim ve öğretimi gerektirdiği ile mesleğin insan yaşamı ve sağlık hakkı ile ilgili olduğu hususları gözetildiğinde, hekimlerin mesleğin gerektirdiği ekonomik, mali ve sosyal haklara kavuşturulmaları gerekeceğinde hiçbir kuşku yoktur. Öğretim üyesi hekimlerin ise bunlara ek olarak teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile bilimsel araştırma ve yayına ayıracakları değerli zaman ve emeklerinin özel muayenehane, özel hastane, para, makbuz, vergi, maliye, SGK gibi konulara hapsedilerek, mesleğin bilimsel gelişmelerinden koparılmaması ve özellikle ameliyat ve girişimsel faaliyetlerin özel hastaneler üzerinden eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetlerinin dışına taşınarak özellikle cerrahi ve girişimsel alanlarda uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirilmesinin riske atılmaması gerekeceği açıktır.

Oysa, 2014 Ocak ayı itibariyle uzman hekim maaşı (1/4) yaklaşık 3.690 TL (2.300 TL'si maaş, 1.390 TL'si standart döner sermaye payı) ve profesör maaşı yaklaşık 5.050 TL iken; uzman hekim (30 yıl hizmet) emekli aylığı yaklaşık 1.950 TL ve profesör (30 yıl hizmet) emekli aylığı ise yaklaşık 4.000 TL'dir.

Siyasi İktidar, diş hekimi, hekim ve öğretim üyelerine görevlerinin gerektirdiği düzeyde emekliliğe yansıyan aylık maaş vererek mesleğin uluslararası standartlara, hasta haklarına ve mesleki etik ilkelere göre tam zamanlı yapılmasını sağlamak yerine, tedavi kurumlarını ticari işletmeye dönüştürüp, sağlık hizmetlerini metalaştırmayı seçerek hekim, diş hekimi ve öğretim üyelerine görevlerinin gerektirdiği mali haklarını, maaşlarının (ek ödeme matrahlarının) % 1600'lerine varan ve muayene edilen, ameliyat edilen, tahlile gönderilen hasta sayısı vb. niceliksel performans göstergeleri üzerinden ödemeye bağlayıp, mesleki standartlar ile niteliği dışlayan ve mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmalarını yasaklayan; profesör ve doçentler mali haklarının yetersizliği nedeniyle mesai saatleri dışında çalışmak zorunda kalacaklar ise, ya kadronun bulunduğu fakültenin sağlık ve uygulama merkezinde ya da kuralları ile mali boyutunu tek yanlı olarak idarenin belirlediği ucuz akademik işgücü pazarlama stratejisi temelinde özel hastane veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışma koşuluna bağlayan ve hekim emeği üzerinden rant sağlamayı amaçlayan, üniversitelerin uygulama ve araştırma hastanelerindeki muayene, teşhis, tetkik ve tedavi hizmetlerinin bütün yükünü asistanların üzerine yıkan yasal düzenlemeler yapmaktadır.

B) Anayasaya Aykırılık Sorunu

Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı kuralına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında belirtildiği üzere, bir yasa kuralının Anayasanın 153. maddesine aykırılığından söz edebilmek için, iptal edilen önceki kural ile iptali istenen kuralın teknik, içerik ve kapsam bakımından "aynı" veya "benzer" nitelikte olması; bunların saptanabilmesi için de aralarında "özdeşlik" yani amaç, kapsam ve anlam yönlerinden benzerlik olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13.06.1995 günlü E.1995/2, K.1995/12 sayılı ve 11.06.2009 günlü E.2007/115, K.2009/80 sayılı kararları).

Yukarıda açıklandığı üzere, 5947 sayılı Kanunun 3. maddesi ile değiştirilen 2547 sayılı Kanunun 36. maddesindeki öğretim elemanlarının yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka bir iş

göremeyeceklerine, ek görev alamayacaklarına ve serbest meslek icra edemeyeceklerine ilişkin kural ile aynı Kanunun 7. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, üç bent ile oluşturulan üç öbekten yalnızca birinde çalışacaklarına ve serbest meslek icrasında bulunamayacaklarına ilişkin kuralları, Anayasa Mahkemesi 16.07.2010 günlü ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararıyla iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bu kurallar ile; 6514 sayılı Kanunun 9. maddesiyle 657 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesindeki, "Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz." ve 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 36. maddesine eklenen fıkradaki, "Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen haller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesine tabidir." kuralları arasında, "özdeşlik" bulunmaktadır. İptal edilen kural ile yerine getirilen kurallar arasında amaç, kapsam, içerik ve anlam bakımlarından benzerliği aşan bir aynılık ve "amaç" birliği vardır. Her ikisi de nihayetinde, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim üyesi profesör ve doçentlerin mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmalarını yasaklamaktadır. Yine 6514 sayılı Kanunun 17. maddesiyle 926 sayılı Kanunun Anayasa Mahkemesince iptal edilen ek 27. maddesindeki, "Bu Kanun kapsamına girenler, kanunlarda belirtilen istisnalar dışında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz." kuralı ve 18. maddesiyle 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki, "Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanları 926 sayılı Kanunun ek 27 nci maddesi hükmüne tabidir." kuralı ile Anayasa Mahkemesinin iptal etmiş olduğu kural arasında "özdeşlik" bulunmakta ve amaç, anlam, kapsam ve içerik bakımlarından aynılığa varan benzerlik bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş kuralın yeniden yasalaştırılması, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararlarının yasama organını bağlamadığı anlamına geleceği ve Anayasal kural da tam aksini belirttiği için iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 153. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı" başlıklı 28. maddesinin ilk fıkrasında, memurların "Türk Ticaret Kanunu'na göre Tacir veya Esnaf sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunmaları, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev almaları" yasaklanmıştır. Maddenin yürürlüğe konulduğu tarihteki ikinci fıkrasında, "Yukarıdaki fıkrada gösterilenler dışında kalan kazanç getirici faaliyetlerden hangilerinin Devlet memurları tarafından yapılamayacağı, sınıfının tüzüğünde belirtilir" düzenlemesi ile genel bir yasak yerine, memurların hizmet sınıfına göre farklı düzenlemeler yapılması öngörülmüştür.

657 sayılı Kanunun 28. maddesinde 30.05.1974 tarihli ve 12 sayılı KHK'nin 12. ve 15.05.1975 tarihli ve 1897 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değişiklik yapılmakla birlikte, memurların tacir ve esnaf sayılacak görevlerde bulunamama yasağı korunurken; memurların görevli oldukları kurumların iştiraklerinde yönetim ve denetim kurulu üyesi olarak görev almalarının yolu açılarak yasağı genişletici bir düzenlemeye gidilmiştir.

657 sayılı Kanun, ekonominin katı planlamaya bağlandığı, korumacı ve ithal ikameci sanayileşme stratejisinin uygulandığı ve kamu hizmetlerinin kamu görevlileri eliyle kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu personeli eliyle yürütülmesinin esas alındığı ekonomik-politik paradigmanın geçerli olduğu bir tarihsel dönemin ürünüdür.

Ancak, 1980'lerle birlikte paradigma değişmiş ve tüm dünyada olduğu gibi Türkiye'de de liberal ekonomi, kamu-özel işbirliği, esnek istihdam ve ücretlilik ilişkileri egemen olmaya ve kamu tekelinde olan hizmet alanları özel sektöre açılmaya başlanmıştır.

Bunun içindir ki, 21.01.2010 tarihli ve 5947 sayılı Kanun ile 2547 ve 1219 sayılı kanunlarda ve sonrasında ise 08.08.2011 tarihli ve 650 sayılı KHK ile 657

sayılı Kanunun 28. maddesinde yapılan değişikliklere kadar hekim ve diş hekimleri ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların ve öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında hekimlik faaliyetinde bulunmalarına ilişkin herhangi bir yasaklama getirilmemiştir. Getirilen yasaklar da yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

İptali istenen 6514 sayılı Kanun ile getirilen yasaklamayla ise, Devlet Memurları Kanunu kapsamında "memur" olarak çalışanlar arasında herhangi bir fark gözetilmeden, hekimlik, avukatlık, öğretim üyeliği gibi mesleklerin yürüttüğü hizmetlerin niteliği ve toplumsal yaşamdaki önem ve önceliği ile öteden beri süregelen çalışma biçimleri dikkate alınmadan, öğretim üyeleri bağlamında ise hukukçu, mimar-mühendis, işletmeci, ekonomist vb. meslekleri kapsamayıp sadece hekimleri kapsayan mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yasağı düzenlemesi getirilmiştir.

657 sayılı Kanunun "İstihdam şekilleri" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği kurallaştırılmış; 36. maddesinde ise hizmet sınıfları düzenlenmiştir.

6514 sayılı Kanunla memurlara mesleki faaliyette bulunma yasağı getirilirken, memurlar ile aynı statüde bulunan "sözleşmeli personel" ise yasak kapsamı dışında tutulmuştur.

Diğer yandan, "Avukatlık Hizmeti Sınıfı" 657 sayılı Kanunun 36 maddesinde düzenlenmiştir ve 19.03.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun "Avukatlıkla birleşebilen işler" başlıklı 12. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, milletvekilliği, il genel meclisi üyeliği, belediye meclisi üyeliği; (b) bendinde, hukuk alanında profesörlük ve doçentlik; (e) bendinde İktisadi Devlet Teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ve iktisadi Devlet Teşekkülleri ile Kamu İktisadi kuruluşları dışında kalıp sermayesi Devlete ve diğer kamu tüzelkişilerine ait bulunan kuruluşların yönetim kurulu başkanlığı, üyeliği, denetçiliği gibi kamusal görevlerde bulunanların avukatlık mesleğini serbestçe icra edilebilecekleri belirtilmiştir.

17.06.1938 tarihli ve 3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrasında, devlet daire ve müesseseleri ile belediye hizmetlerinde bulunan yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis, mimar ve fen memurlarının çalışma saatleri dışında olsa bile ücretli veya ücretsiz hususi surette sanatlarını icra etmeleri yasaklanırken; ikinci fıkrasında, profesörlük, öğretmenlik ve doçentlik yasaklama kuralından istisna tutulmuştur.

Anayasanın 10. maddesinde, yasa önünde eşitlik ilkesi düzenlenerek, ayrımcılık yasaklanmış ve devlet organları ile idari makamlara bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uyma zorunluluğu getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin istikrar kazanmış görüşüne göre, yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Anayasa ile eylemli değil "hukuki eşitlik" amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir. Ancak, durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunlulukların kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasanın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

Memurlar ile sözleşmeli personelin ve kamu görevinden sayılan görevlerde bulunanların hukuki statülerinde farklı kurallara tabi olmalarını gerektirecek meşru bir gerekçenin varlığı ileri sürülemez.

Memurlara mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunma yasağı getirilirken; sözleşmeli personel ile kamu görevinden sayılan görevlerde bulunanların yasak kapsamı dışında tutulması; gördükleri hizmetin niteliği ve toplumsal yaşamdaki öneminden dolayı 657 sayılı Kanundan farklı olarak 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tabi tutulan ve hukuki statüleri ile personel rejimleri aynı olan öğretim üyelerinden hukuk profesörü ve doçentler ile mimar-mühendis profesör, doçent ve öğretmenlere çalışma saatleri içinde dahi serbest meslek faaliyetinde

bulunma olanağı sağlanırken; tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre öğretim elemanı profesör ve doçentlerin mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yasağı kapsamına alınması, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilirken; 56. maddesinde devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir.

Anayasa Mahkeme'sinin yukarıda yer verilen 16.07.2010 günlü E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararında, "Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir." şeklinde ortaya konulduğu üzere, "hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan (mesleki) konumları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının" mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yasağı kapsamına alınarak mesai saatleri dışında hekime ulaşılmasının engellenmesi, "Anayasada güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık" oluşturduğundan, iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 17. ve 56. maddelerindeki ilkelerle bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2010 günlü, E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararında "Anayasanın 130. maddesinde çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile kurulan üniversitelerin kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduğu, öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri belirtilmiş, madde gerekçesinde de, yasaya bırakılan konuların 'bilimsel özerklik' ilkesi göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır." şeklinde ortaya konulduğu üzere, üniversitelerin tıp fakültelerindeki profesör ve doçentler ile Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanlarının, mesai sonrası serbest meslek faaliyetinde bulunmalarını engelleyen düzenlemelerle, "üniversitelerin bilim verilerini yaymak,

ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği" için, 6514 sayılı Kanunun 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 36. maddesine eklenen fıkra ile 18. maddesiyle 2955 sayılı Kanunun 32. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 130. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 9. maddesiyle yeniden düzenlenen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ile 11. maddesiyle yeniden düzenlenen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yedinci fıkrasının ilk tümcesi ve 17. maddesiyle yeniden düzenlenen 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun ek 27. maddesi ile 18. maddesiyle yeniden düzenlenen 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 10., 17., 56., 130. ve 153. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6514 Sayılı Kanunun 11. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2547 Sayılı Kanunun 36. Maddesinin Altıncı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6514 sayılı Kanunun 11. maddesiyle yeniden düzenlenen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36. maddesinin altıncı fıkrasıyla; vakıflara ait olanlar da dahil yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentlerin, tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak üzere, kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın, devamlı statüde çalışan profesör ve doçentler için 2914 sayılı Kanunda öngörülen ek ders ücretlerinin on katını, özellikli işlerde ise on beş katını geçmemek üzere ödenecek saat başına sözleşme ücreti üzerinden, ayda seksen saati geçmemek üzere iki aya kadar üniversite yönetim kurulunun kararıyla, iki aydan uzun süreli olanların üniversite yönetim kurulunun kararı ve Yükseköğretim Kurulunun izniyle bir yıla kadar sözleşmeli öğretim üyesi şeklinde istihdam edilebileceği; sözleşmeli profesör ve doçentlere ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarının, ilgili üniversitenin özel bütçesinde ilgili yılda personel giderleri için öngörülen başlangıç ödeneğinin toplam tutarının yüzde birini geçmeyeceği; ancak, ilgili üniversitenin teklifi ve Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca bu oranın bir katına kadar artırılabileceği ve artırılan tutarın üniversitenin döner

sermaye bütçesinden ödeneceği; sözleşmeli profesör ve doçent sayısının ilgili tıp ve diş hekimliği fakültelerinde devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısının yüzde beşinden fazla olamayacağı; 01.03.2006 tarihinden sonra kurulan üniversitelerde bu oranlara tabi olmaksızın beş kişiye kadar sözleşmeli öğretim üyesi istihdam edilebileceği; bu kişilerin idari görevler alamayacağı, akademik birim yöneticiliği ve rektörlük seçimlerinde oy kullanamayacağı ve diğer hususların Maliye Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken belirleneceği kuralları getirilmektedir.

2547 sayılı Kanunun 22. maddesinde yükseköğretim kurumlarında ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim-öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıkları ve seminerleri yönetmek, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak öğretim üyelerinin görevleri arasında sayılmıştır.

Dolayısıyla tıp ve diş hekimliği fakültelerinde daimi statüde görev yapan öğretim üyelerinin asli görevi, ön lisans, lisans ve tıpta uzmanlık eğitimleri ile öğretim üyesi yetiştirilmesinin gerektirdiği teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim faaliyetleri ile bilimsel araştırma ve yayımlarda bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği diğer işleri yapmaktır.

Fıkrada, sözleşmeli profesör ve doçentlerin de "tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri" yapmaları öngörülmüş; bununla birlikte en az sözleşme süreleri belirlenmeyerek, günlük, haftalık, aylık ve hatta saatlik istihdamlarının önü açılmıştır.

Ancak, tıp ve diş hekimliği fakülteleri, örgün ve planlı eğitim yapan kurumlardır. Bu bağlamda, 2547 sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca tıp ve diş hekimliği fakültelerindeki öğretim üyelerinin görevleri, niteliği gereği planlı, düzenli ve sürekli hizmetlerdir. Özellikle teorik dersler ve dolayısıyla teorik eğitim-öğretim en az bir yarıyılı gerektiren planlı bir sürekliliğe sahipken; tıp alanındaki araştırma faaliyetleri ise araştırma konusu ve sorusunu bulma, hipotez kurma, kavramsallaştırma, verileri toplama, ölçme, analiz etme, değerlendirme, yorumlama ve raporlama gibi klinik ve deneysel araştırma süreçlerini gerektirdiğinden araştırmanın konusu, niteliği ve içeriğine göre yıllara yaygın ve hatta olağan durumlarda bile yıllarca devam edebilen bir süreci kapsamaktadır.

Uygulama faaliyetleri ise kısaca eğitim-öğretim amaçlı yapılan hasta muayene, tetkik, teşhis, tedavi, ameliyat ve girişimsel faaliyetler olarak nitelenebilir ve iptali istenen kurallar bağlamında ameliyat ile girişimsel faaliyetlere indirgenebilir. Bu bağlamda, ameliyat ve girişimsel faaliyetler, türü ve niteliklerine göre bir saat veya bir ya da birkaç gün sürebilen değişkenlik gösterir. Ancak, tıp ve diş hekimliği fakültelerinde yapılan uygulama faaliyetleri, hekim, uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirilmesi amacıyla yapılmakta ve bu eğitimin niteliği bir ya da birkaç defalık uygulamalara değil, eğitim-öğretim programlarının gerektirdiği planlı sürekliliğe dayanmaktadır.

Bu bağlamda, ileri düzeyde bilgi ve beceri gerektiren pek çok tanı ve tedavi hizmetinin tamamlanması dahi sözleşme üst sınırından daha uzun süreyi alabilmektedir. Tıp ve diş hekimliği fakültelerinde verilen ileri düzeydeki sağlık hizmetlerinin, öğretim üyelerinin asli görevi olmayıp, uygulamalı eğitim-öğretim hizmetleri ve bilimsel araştırmalar kapsamında verildiği göz önüne alındığında; iptali istenen istihdam yönteminin öğretim üyelerinin tanımlanan görevlerini yerine getirmesine uygun olmadığı inkar edilemeyecek bir gerçektir.

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

İptali istenen maddenin gerekçesinde, "… istisnai olarak üniversitelerde belli şartlarda ve sınırlı olarak sözleşmeli öğretim üyesi çalıştırılması öngörülmekte …" ifadesiyle yetinilerek, madde ile hangi tür kamu yararının amaçlandığı ve buna nasıl ulaşılacağına yönelik hiçbir açıklamaya yer verilmemiştir.

Yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentlerin, istisnai olarak tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan

alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak üzere (ödeme ek ders ücretine bağlandığından) bir saatten bir yıla kadar sözleşmeli istihdamını öngören düzenleme, yukarıda açıklandığı üzere tıp ve diş hekimliği fakültelerinin teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetlerinin nitelik ve özellikleriyle bağdaşmamaktadır. Tıp ve diş hekimliği fakültelerinin teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetlerinin planlı, düzenli ve sürekli oluşuna dayalı nitelik ve özellikleriyle bağdaşmayan, ne türden bir kamu yararının amaçlandığı anlaşılamayan bir saatten bir yıla varan sözleşmeli profesör ve doçent istihdamını öngören düzenlemelerde kamu yararı olduğu ve kamu yararı dışında gizli amaçlar güdülmediği ileri sürülemez.

Nitekim, iptali istenen kurallarda, doçent ve profesör istihdamından önce ihtiyacın bulunup bulunmadığı konusunda tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ilgili akademik kurulları ile dekanlarının görüşlerinin aranmasına ilişkin bir kurala yer verilmediği gibi istihdam edilecek oran ve sayı, ilgili bilim ve ana bilim dalıyla da ilişkilendirilmeden ilgili tıp ve diş hekimliği fakültesinde devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısına bağlanmış; sözleşmeli istihdam edilecek profesör ve doçentlerde ne tür özelliklerin aranacağı, sözleşmeli olarak istihdam edilmek üzere ihtiyaç duyulan aynı alanlara ihtiyaçtan fazla başvuru olur ise seçim veya tercihin hangi kriterler temelinde yapılacağı ve sözleşmenin hangi hallerde sonlandırılacağı konuları belirsiz bırakılmıştır.

Bu hukuksal belirsizliğin, idareye çok geniş ve öngörülemeyen takdir yetkisi tanıdığı ve bu takdir yetkisi kapsamında yapılacak eylem ve işlemlerin tıp ve diş hekimliği fakültelerindeki çalışma barışını bozacağı açıktır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksama ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup normların öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasanın 7. maddesinde ise, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasını gerektirir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme veya idarenin takdirine bırakılabilir.

İptali istenen kurallarda kamu yararı bulunmadığı ve hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığı için Anayasanın 2. maddesine, yasayla düzenlenmesi gereken hususları yürütme organı ile idareye bıraktığı için de Anayasanın 7. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, ödenecek ücretin üst sınırı belirtilirken, alt sınırının belirlenmemiş olması da hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve yasama yetkisinin devri anlamına geldiği için, iptali istenen fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri, bu açılardan da Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

İptali istenen kurallar da, sözleşmeli profesör ve doçentlere ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarı, bir yandan ilgili tıp veya diş hekimliği fakültesi bütçesinde doçent ve profesörlere ödenecek ödeneğin toplam tutarına bağlanmak yerine, ilgili üniversitenin özel bütçesinde ilgili yılda personel giderleri için başlangıç ödeneğinin toplam tutarının yüzde birinden fazla olamayacağı kuralına bağlanır ve böylece üniversitenin tüm fakültelerindeki öğretim elemanları yanında idari personel de kapsama alınırken; diğer yandan, yüzde biri aşan tutarın döner sermaye bütçesinden ödeneceği belirtilmektedir.

İlgili tıp veya diş hekimliği fakültesinin, üniversite özel bütçesinin yüzde birine ve kadrolu öğretim üyesi (doçent, profesör, yardımcı doçent) sayısının yüzde beşine varan bir sayıda doçent ve profesöre ihtiyacı var ise, doçentlerin 2547 sayılı Kanunun 25. maddesi, profesörlerin ise 26. maddesindeki kurallara göre atanması gerekeceği tabiidir. Çünkü, daha önce de belirtildiği üzere tıp ve diş hekimliği fakültelerindeki eğitim-öğretim, araştırma ve uygulama faaliyetleri planlı, düzenli ve süreklidir ve öğretim üyesi açığının da söz konusu planlı, düzenli ve sürekliliğin gerektirdiği şekilde giderilmesi gerekir.

Bu bağlamda, iptali istenilen fıkrada yer alan hükümler, özelde tıp ve diş hekimliği fakülteleri, genelde üniversitelerin eğitim-öğretime ilişkin işlevi, bilimsel özerkliği, öğretim üyelerinin akademik ve mesleki güvenceleriyle de ilgilidir.

Anayasanın 130. maddesinde üniversiteler, Anayasal kuruluş olarak kabul edilmiş, "kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe" sahip olmaları öngörülmüştür. Aynı maddede üniversite öğretim üyelerine belirli haklar ve yetkiler tanınmıştır. Bilimsel özgürlük, serbestçe araştırma ve yayın yapabilme, eğitim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkileri bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Gerek 1961 Anayasasında, gerekse 1982 Anayasasında üniversitelerin eğitim ve öğretim işlevi, bilimsel özerkliği ve bunların gereği olarak akademik personelin mesleki güvenceye sahip olmalarına ilişkin konular, kimi farklılıklar dışında, hemen hemen aynı doğrultuda düzenlenmiş; Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtilen konulara ilişkin içtihat bir tutarlılık içinde sürdürülmüştür.

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin üniversitelerin hukuki niteliği, bilimsel özerklik ve akademik personelin mesleki güvencesi konularını incelediği kararlarında üniversitelere bilimsel özerklik tanındığı vurgulanarak, üniversite öğretim üyelerinin bilimsel çalışma ve araştırmaları, eğitim ve öğretimi özgürce yapabilmeleri için mesleki güvenceye sahip olmalarının gerekli olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, öğretim üyeleri ile üniversite arasındaki istihdam ilişkisinin irdeleyen 25.05.1976 günlü ve E.1976/1, K.1976/28 sayılı kararında; "üniversite öğretim üyelerinin; bilimsel çalışma ve araştırmaları, öğrenim ve eğitimi, yan tutmadan, hiç bir endişeye kapılmadan özgürce yapabilmeleri için her şeyden önce kendilerinin mesleki güvenceye sahip kılınmaları şarttır. Mesleğini kaybetme kuşkusu içinde olan ve kendini güvencede görmeyen bir öğretim üyesinden bilimin gerekleri beklenemez." saptamasını yapmıştır. Üniversite Yönetim Kurulu kararı ile en fazla iki aya kadar, iki aydan bir yıla kadar olanları da üniversite yönetim kurulunun kararı ve Yükseköğretim Kurulunun izniyle yapılan ve devamında yenilenme koşulları belirlenmeyen, her an sona erdirilebilecek sözleşmelilik ilişkisi ile istihdam edilen öğretim üyelerinin Anayasanın öngördüğü şekilde kendilerini güvence içinde görmeleri, endişeye kapılmadan, özgürce yan tutmadan uygulamalı ya da teorik eğitim vermeleri, bilimsel çalışma yapmaları mümkün olamaz.

Sözleşmeli olarak sınırlı süre ile istihdam edilen öğretim üyeleri, istihdam yöntemi, seçme, seçilme, akademik kurullara katılma ve temsil hakkı, ücretlendirme gibi pek çok unsur açısından daimi statüdeki öğretim üyelerinden farklı, ayrımcı kurallara tabi kılınmıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen kararının devamında; Anayasa koyucunun öğretim üyelerinin tümüne tanıdığı bilimsel özgürlük, serbestçe araştırmada ve yayında bulunabilme, öğrenim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkilerini öteki öğretim üyeleri geniş bir biçimde kullanırken, bazı öğretim üyelerinin bunlardan yoksun duruma düşürülmesini kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşen tipik bir örnek olarak değerlendirmiştir.

Kendilerini, bilimsel özgürlük içinde, görev ve meslek güvencesine sahip görmeyen ve devamlı tedirginlik ve kuşku içinde hisseden bir öğretim üyesinin Anayasada gösterilen hak ve yetkilerden yararlandığının öne sürülemeyeceği, aynı kamu hizmetini görenlerin üniversite ile olan ilişkilerinde farklı kanun hükümlerine tâbi tutulmasını başlı başına bir eşitsizlik olarak değerlendirmiş, eşit durumda bulunan ve Devletin başta gelen öğrenim ve eğitim gereksinmesini sağlamak üzere görevlendirilmiş olan kişilerin değişik hukuk kurallarına bağlanmalarında hiç bir haklı neden yoktur ve gösterilemez demiştir.

Kuşkusuz Anayasa koyucunun, tıp ve diş hekimliği fakültelerinde aynı görevleri yerine getirecek öğretim üyelerinden bir kısmının diğerlerinden farklı kurallara bağlanması, mesleki güvenceden yoksun kılınması gibi bir amacının bulunduğu kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, 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.

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.

Üniversite öğretim üyelerinin bilimsel özgürlük, serbest araştırma ve yayın yapabilme, eğitim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme, üniversite öz yönetimine katılabilme hak ve yetkileri yönünden farklı düzenlemelere tabi kılan iptali istenen kurallar, Anayasanın 130. maddesine; aynı durumda bulunan ve aynı görevleri yapacak öğretim üyelerini farklı kurallara tabi kılması nedeniyle ise Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Fıkrada sözleşmeli profesör ve doçentlerin "tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri" yapmak üzere istihdam edileceği öngörülmüştür. Tıp ve diş hekimliği fakültelerinde döner sermaye geliri ise "uygulamalı eğitim" faaliyeti kapsamında elde edilmektedir. Döner sermaye geliri elde edilmeyen teorik eğitim ile araştırma faaliyetlerinin bedellerinin de öğretim üyelerinin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden karşılanacak olması "adalet ilkesi" ile bağdamamakta ve Anayasanın 2. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 11. maddesiyle yeniden düzenlenen 2547 sayılı Kanunun 36. maddesinin altıncı fıkrası, Anayasanın 2., 7., 10. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 6514 Sayılı Kanunun 11. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2547 Sayılı Kanunun 36. Maddesinin Yedinci Fıkrasının İlk Cümlesinden Sonraki Cümleleri ve Sekizinci Fıkrası İle 12. Maddesiyle 2547 Sayılı Kanunun 58. Maddesine Eklenen (ı) Bendinin İkinci Cümlesindeki "… yüzde 50'si …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Yedinci fıkranın ilk cümlesinde, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim üyeleri 657 sayılı Kanunun 28. maddesindeki yasak kapsamına alındıktan sonra, fıkranın devamında tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık

mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarından profesör ve doçent kadrosunda bulunanların, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartları ve ilgilinin muvafakati ile mesai saatleri dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastaneleri tarafından "çalıştırılabilir" denilmiştir.

Özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastaneleri tarafından "çalıştırılabilmek" için, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunun belirleyeceği yüzde 50'si uygulama ve yüzde 50'si akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre belirlenen her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'si arasında yer alabilmek gerekecek; "çalıştırılabilir" profesör ve doçent kapsamında yer alanlar, aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamayacak; aylık sözleşme ücretleri, mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından (2014 yılının ilk yarısı itibari ile belirlenen en az sözleşme ücreti kıdemli profesör için 19.637,92 TL, kıdemsiz profesör için 17.211,36 TL, doçentler için 14.569,76 TL) az olamayacak; bunlar rektör, dekan, enstitü, yüksekokul, uygulama ve araştırma merkezi müdürü, senato, yönetim kurulu ve kurul üyesi, bölüm başkanı, anabilim ve bilim dalı başkanı ve başhekim olamayacak, bunların yardımcılıklarında bulunamayacak ve benzeri idari görevler alamayacak; 5510 sayılı Kanunun 73. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ilave ücret alınmak suretiyle hizmet veremeyecek; ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları halinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrürü halinde beş yıl süreyle "sözleşmeli" olarak çalıştırılamayacak; 12 maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 58. maddesine eklenen (ı) bendine göre ise üniversite döner sermaye hesabına kaydedilen sözleşme ücretinin % 50'si sözleşmeli çalıştırılan profesör ve doçente verilirken, % 50'sinin % 95'i ilgili tıp ve diş hekimliği fakültesinin mal ve hizmet alımları, her türlü bakım, onarım, kiralama ve inşaat işleri ile diğer ihtiyaçları ve yönetici payları, % 5'i ise araştırma projeleri için kullanılacaktır.

Yasa koyucu bu düzenlemelerle, ülkenin sağlık politikasına yaklaşımını; tıp ve diş hekimliği fakülteleri ile bunlara bağlı uygulama hastanelerinde verilen teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerini bilimsel ve hukuksal gereklerinden kopararak nasıl değerlendirdiğini ve buralarda istihdam edilen öğretim üyelerine ne tür işlevler yüklediğini ortaya koymuştur.

Sağlık ve yükseköğretim politikalarının Anayasal ilke ve kurallar çerçevesinde belirlenmesi gerekeceğinde kuşku yoktur.

Sağlık politikası, kişilere tanınan temel haklar bağlamında Anayasanın 17 nci maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." ilkesi ile sosyal haklar bağlamında 56. maddesinin üçüncü fıkrasında devlete verilen, "herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" yükümlüğü; yükseköğretim politikası ise, 130. maddesindeki, "milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirme" amacı ve "ülkeye ve insanlığa hizmet etmek" ülküsü; vakıf üniversiteleri açısından ise bunlara ek olarak "kazanç amacına yönelik olmamak" şartı çerçevesinde oluşturulmak durumundadır.

Yinelemek gerekirse, 2547 sayılı Kanunun 3. maddesinde, "Fakülte", yüksek düzeyde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma ve yayın yapan yükseköğretim kurumu; "Uygulama ve Araştırma Merkezi" ise 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 yükseköğretim kurumu şeklinde tanımlanmış; 22. maddesinde öğretim üyelerinin görevleri ise yükseköğretim kurumlarında ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim-öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıkları ve seminerleri yönetmek, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak şeklinde sıralanmıştır.

Üniversitelerin tıp ve diş hekimliği fakülteleri, hekim ve diş hekimi lisans eğitimi ile tıpta uzmanlık eğitimlerinin verildiği ve öğretim üyelerinin yetiştirildiği yükseköğretim kurumlarıdır. Bu eğitim teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile bilimsel araştırmalara dayanmakta, uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetlerinin yapılabilmesi için de fakülteler bünyesinde "uygulama ve araştırma merkezi hastaneleri" kurulmaktadır.

Üniversite uygulama ve araştırma merkezi hastaneleri, tıp ve diş hekimliği fakültelerinde hekim ve tıpta uzmanlık eğitimlerinin ve öğretim üyesi yetiştirilmesinin gerektirdiği uygulamalı eğitim-öğretim ile bilimsel araştırmaların yapıldığı kamu hizmeti birimleridir. Bu bağlamda, buralar öncelikle ve özellikle tedavi kurumu veya sağlık hizmeti sunucusu değil; sağlık hizmetlerinin hekim, diş hekimi ve tıpta

uzmanlık eğitimi ile öğretim üyesi yetiştirilmesi ve bilimsel araştırma yapılması amacıyla sunulduğu yerlerdir.

Dolayısıyla, tıp ve diş hekimliği fakültelerinde görevli öğretim üyelerinin tedavi hizmeti sunmaları başlı başına bir amaç değil, hekim ve diş hekimi ile uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirme görevlerinin uzantısı ve doğal bir sonucudur.

Öte yandan, kişilerin yaşam ve sağlık hakkı ile sağlıklarına ulaşmak için hekime ulaşma hakları, öncelikle ve özellikle asli görevleri sağlık hizmeti sunmak olan hekim ve diş hekimleri ile uzman hekimlerin, tıp ve diş hekimliği fakültelerinde çağın ve tıp eğitim ve etiğinin gerektirdiği bilimsel ölçütler ve temel zorunluluklar çerçevesinde yetiştirilmelerini gerektirmektedir.

Nitekim, Anayasanın 17 nci maddesinin birinci fıkrasındaki, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." ilkesinin hayata geçirilmesi ile 56. maddesinin üçüncü fıkrasında devlete verilen, "herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" yükümlüğünün yerine getirebilmesi, 130. maddesindeki, "milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı" doğrultusunda hekim, diş hekimi ve uzman hekim ile öğretim üyesi yetiştirilmesinden geçmektedir.

Oysa iptali istenen düzenlemelerde Anayasal ilke ve kurallar tam tersine çevrilmektedir.

Bu bağlamda;

6514 sayılı Kanunun 11. maddesiyle yeniden düzenlenen 2547 sayılı Kanunun 36. maddesinin yedinci fıkrasında, "Ancak" ile başlayan ve devamında, profesör ve doçent kadrosunda olanların, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartları ve ilgilinin muvafakatiyle mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabileceğine; çalıştırılacak öğretim üyelerinin, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunca belirlenecek yüzde 50'si uygulama, yüzde 50'si de akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre

belirleneceğine; bu kapsamda çalıştırılan öğretim üyelerinin, aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamayacağına; aylık sözleşme ücretlerinin, mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından az olamayacağına; bunların idari görevlerde bulunamayacağına; 5510 sayılı Kanunun 73. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ilave ücret alınmak suretiyle hizmet veremeyeceğine; ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrüründe beş yıl süreyle bu kapsamda çalıştırılamayacaklarına ilişkin kurallar ile sekizinci fıkrasındaki, özel hastaneler ve vakıf üniversitesi hastanelerinin, tabip ve diş tabibi kadro sayıları için ayrı ayrı hesaplanmak şartıyla ve bu sayıların yüzde 20'sini geçmemek üzere yedinci fıkra kapsamında üniversite ile sözleşme yapabileceğine; vakıf üniversiteleri ile iş birliği yapan özel hastanelerde yüzde 20 oranının hesabında, üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabiplerinin dikkate alınmayacağına; bunlardan ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davrananların, sözleşmesinin sona erdirilip, bir yıl süreyle yeni sözleşme yapamayacaklarına ve aykırı davranışın üç yıl içinde tekerrüründe ise beş yıl süreyle yeni sözleşme yapma yasağı uygulanacağına ilişkin düzenlemelerle ve ayrıca 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 58. maddesine eklenen (ı) bendiyle;

- Asli görevleri sağlık hizmeti sunmak olan hekim, diş hekimi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmaları ve sağlık hizmeti sunucusu olan özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışmaları yasaklanarak kişilerin hekime ulaşma hakları engellenirken; sağlık hizmetlerini hekim, diş hekimi ve tıpta uzmanlık eğitimi ile öğretim üyesi yetiştirilmesi ve bilimsel araştırma yapılması amacıyla sunan öğretim elemanlarından sadece profesör ve doçentlerin, sağlık hizmeti sunucusu olan özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde (eğitim-öğretim ve araştırma amaçlı da değil) mesai saatleri dışında kurumsal sözleşme ile çalıştırılmaları öngörülmekte;

- Mesai saatleri ve uygulamalı eğitim-öğretim faaliyetleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmaları yasaklanan öğretim üyelerinden mesai saatleri dışında özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde özne olarak çalışma ilişkisinin tarafı da değil konusu haline dönüştürülerek "çalıştırılması" öngörülen profesör ve doçentler, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'si ile sınırlanmakta;

- "Çalıştırılabilir" yüzde 50 içinde yer almanın koşulu, yüzde 50'si uygulama ve yüzde 50'si akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine bağlanarak; kriterler içinde yer alamayanların mesai saatleri dışında ilgili tıp ve diş hekimliği fakültesinde uygulamalı eğitim-öğretimin gerektirdiği faaliyetlerde çalışması öngörülürken; kriterler içinde yer alanların, mesai saatleri ve uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetleri dışında özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılması sağlanarak, uzun dönem tıp ve uzmanlık eğitimi ile öğretim üyesi yetiştirilmesi ve dolayısıyla kişilerin hekime ulaşma hakları; "en başarılıları" pazarlama stratejisi yoluyla özel hastane tacirleri ile tacirleşmesi öngörülen (planlı, düzenli ve sürekliliğe dayalı tıp eğitiminin gerektirdiği kadroları tam zamanlı çalıştırma ve dolayısıyla vergi, SGK, büro, yardımcı hizmetler vb. sabit giderlere katlanma yerine, yüzde yirmisini devlet üniversitelerinin "en başarılı" veya "en popüler" profesör ve doçentlerinden karşılayıp, karlılığı sağlamak amaçlı ticari "reklam"ın kurumsal alt yapısını da oluşturarak ticari hastane hizmetlerini yarı zamanlı profesör ve doçentler eliyle 'parça başına' ücretlendirme üzerinden giderme yoluyla) vakıf üniversitesi hastaneleri ile özel hastanelerin karlılığını sağlama amacına feda edilmekte;

- Serbest meslek faaliyetinden men edilerek sağlık hizmeti sunucusu tacirlerle parça başına ücretlilik ilişkisine mahkum edilen profesör ve doçentlere, sözleşmelilik ilişkilerindeki muhtemel kayıp ve kaçakları önlemek için tek yanlı olarak belirlenen asgari kurumsal sözleşme tutarı dayatılarak profesör ve doçent emeği sömürüsü olağanlaştırılırken, sadece tek bir tacire bağlı çalışma ve özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastaneleri 5510 sayılı Kanunun 73. maddesinin ikinci fıkrasına göre hastalardan fark ücreti alırken, sözleşmeli profesör ve doçentlerin alamayacağı kurallaştırılarak ve ayrıca döner sermaye hesabına yatırılan kurumsal sözleşme ücretinin yüzde ellisine idare tarafından el konularak profesör ve doçent emeği üzerinden sağlık hizmeti rantı elde edilmekte;

Olduğundan iptali istenen düzenlemeler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, ifadesini Anayasanın 17., 56. ve 130. maddelerinde bulan, kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme ve bunları gerçekleştirebilmek için hekime ulaşma hakları yanında devlete yüklenen "milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü" ve bu anlamda hekim, diş hekimi, uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirme amaçları ve "ülkeye ve insanlığa hizmet etmek" ülküsü ile bağdaşmadığı; aksine özel hastaneler

ile vakıf üniversitesi hastanelerinin ticari karlılığını güvence altına almayı ve vakıf üniversitelerini "kazanç amacına yönelik" çalışmaya teşvik etmeyi ve ayrıca profesör ve doçent emeği üzerinden rant elde etmeyi amaçladığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Kaldı ki, tıp ve diş hekimliği fakültelerinin doçent ve profesör kadrosunda bulunan tabip ve diş hekimi öğretim üyeleri ile Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde eğitim görevlisi, doçent ve profesör unvanına sahip hekim ve diş hekimlerini çalıştırılabilecek özel hastaneler ile vakıf üniversiteleri hastaneleri, ülkemizdeki insanlara ya da genel sağlık sigortası sigortalısı vatandaşlarımıza yalnızca sigortalı olunması karşılığında ücretsiz sağlık hizmeti sunan, hasta ile sağlık kuruluşu arasında para ilişkisi bulunmayan kurumlar da değildir. Söz konusu kuruluşlar, 5510 sayılı Kanunun 73. maddesi uyarınca genel sağlık sigortalısı olan hastalardan belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, bu bedellerin iki katına kadar ilave ücret, otelcilik hizmetleri ile Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen ve giderek kapsamı genişleyen istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden belirlenen hizmet fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilâve ücret almaktadır. Durum böyle iken, sağlık hizmetlerini uygulamalı eğitim-öğretim ile bilimsel araştırma amaçlı sunması gereken profesör ve doçentlerin yüzde 50'si uygulama ve yüzde 50'si akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre belirlenecek yüzde ellisinin bilimsel birikim ve emeğinin "ülkeye ve insanlığa hizmet etmek" üzere "milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun" hekim, uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirme amacından koparılarak, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinin ticari karlarına tahsis edilmesinde ve yedinci fıkrasıyla özel hastane ve vakıf üniversitesi hastanelerinin kadrolarının yüzde 20'sini maliyet düşürücü bu yolla karşılayacak olmalarında kamu yararı olmadığı ek açıklamaya ihtiyaç göstermeyecek derecede açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 18.03.1976 günlü E.1975/198, K.1976/18 tarihli kararında, hukuk devletinde korunması gereken en büyük değerin insanın canı ve sağlığı olduğunu, hukuk kurallarının konuluşunda ve yorumlanmasında, insan canı ve sağlığının en yüksek ve en önemli değer olduğu yolundaki temel ilkenin sürekli olarak göz önünde tutulmasının zorunlu olduğunu vurgulamış; sosyal hukuk devleti ilkesinin de bunu gerektirdiği belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme, 13.03.2006 günlü ve E.2006/21, K.2006/38 sayılı kararında da "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." vurgusu yapmıştır.

Bu itibarla iptali istenen düzenlemeler, bir bütün olarak Anayasanın 2., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrası daha önce 5947 sayılı Kanunun 7. maddesi ile yine kısıtlayıcı biçimde düzenlenmiş; "Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir" biçimindeki bu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 gün ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Karar gerekçesi şöyledir:

"İptal konusu ibarede, tabiplerin, diş tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebilecekleri belirtilerek, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenleme yapılmasının, Anayasada güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi Anayasanın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır."

Karardan anlaşıldığı üzere Yüksek Mahkeme, hekimlerin çalışma alanlarının kısıtlanması yönündeki düzenlemelerin "Anayasada güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine" aykırılık oluşturduğu görüşündedir.

Hekimlik bilgisi ve yeteneğinin topluma sunulmasında kolaylaştırıcı ve kapsayıcı bir anlayıştan uzak olarak hekimlerin çalışabileceği alanları, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinin karlılığını sağlamak amacıyla sınırlandırmak, sağlık

hizmetine ihtiyaç duyanların hizmete serbestçe ulaşmalarını zorlaştırmakta, kimi özel bilgi ve deneyim isteyen branşlar yönündense neredeyse imkânsızlaştırmaktadır.

Sağlık hizmetine ihtiyaç duyanların bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetine ulaşmalarını zorlaştırıcı ya da engelleyici nitelikte olan iptali istenen düzenlemeler, yaşam ve sağlık hakkı, kamu yararı ve demokratik toplum gerekleri ile bağdaşmadığından, Anayasanın 2., 17. ve 56. maddelerine bu açıdan da aykırılık oluşturmaktadır.

Üniversitelerin tıp ve diş hekimliği fakültesi kadrolarında bulunan profesör ve doçentlerden mesai saatleri dışında ilgili fakültenin araştırma ve uygulama merkezi hastanelerinde çalışanlar, rektör, dekan, enstitü, yüksekokul, uygulama ve araştırma merkezi müdürü, senato, yönetim kurulu ve kurul üyesi, bölüm başkanı, anabilim dalı başkanı ve başhekim ve bunların yardımcıları olabilir ve benzeri idari görev alabilirken; önceki yıldaki uygulamalı ve akademik çalışmaları nedeniyle özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde "çalıştırılabilir" olmalarından dolayı çalıştırılan profesör ve doçentlerin bu görevlerde bulunamayacak olmaları, "demokratik devlet" ile "kanun önünde eşitlik" ilkeleriyle bağdaşmadığından, yedinci fıkranın (c) bendi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır.

Tıp ve diş hekimliği fakültelerinin, teorik ve uygulamalı niteliğinden dolayı sağlık hizmetlerini hekim, diş hekimi ve tıpta uzmanlık eğitimi ile öğretim üyesi yetiştirmek ve bilimsel araştırma yapmak amacıyla sunan öğretim elemanlarından sadece profesör ve doçent olanların yüzde 50'si, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde "çalıştırılabilir" iken; asli görevleri sağlık hizmeti sunmak olan hekim, diş hekimi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların ve ayrıca öğretim üyelerinden yardımcı doçentler ile doçentlik unvanını elde etmiş ve fakat kadro yokluğu vb. nedenlerle doçentlik kadrosuna atanamamış bulunanların ve ayrıca yüzde 50 içinde yer alamayan profesör ve doçentlerin, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yapamayacak olmaları yanında, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde de çalıştırılamayacak olmaları, Anayasanın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından, yüzde 50 içinde yer alan profesör ve doçentlere ayrıcalık tanıyan iptali istenen yedinci fıkra, Anayasanın 10. maddesine bu açılardan da aykırıdır.

Yukarıda gerekçelerine yer verilen kurallar iptal edildiğinde, yedinci fıkrasının ilk cümlesinden sonraki cümleleri ve sekizinci fıkrasının geri kalan ibarelerinin uygulama olanağı kalmayacağından, uygulama olanağı kalmayan hükümlerin, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 11. maddesiyle yeniden düzenlenen 2547 sayılı Kanunun 36. maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesinden sonraki cümleleri ve sekizinci fıkrası ile 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanunun 58. maddesine eklenen (ı) bendinin ikinci cümlesindeki "… yüzde 50'si …" ibaresi, Anayasanın 2., 10, 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6514 Sayılı Kanunun 14. Maddesiyle 2547 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 64. Madde ile 19. Maddesiyle 2955 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 11. Maddenin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen maddelerde, maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyelerinin, maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirecekleri; bu süre içinde sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişkilerinin kesileceği veya istifa etmiş sayılacakları kuralı getirilmektedir.

Maddelerde, "öğretim üyeleri" gibi genel ve kapsayıcı bir ifadeden söz edilmekle birlikte yasa kuralının hedef kitlesi, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim üyelerinin (Gülhane Askeri Tıp Akademisinde çalışanlar dahil), mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmaları ile özel kuruluşlarda çalışmaları, maddenin yayımından itibaren üç ay içinde son bulacak; serbest meslek faaliyetini yürüttükleri büro, ofis, muayenehane gibi işyerleri kapatılacaktır.

Daha önce de söz edildiği üzere, mesleklerinin niteliği ve toplumsal yaşamdaki önem ve önceliği nedeniyle üniversite öğretim üyelerinden, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesine göre hukuk alanında profesör ve doçent olanların,

3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanunun 9. maddesine göre ise yükseköğretim kurumlarındaki profesör veya doçent olan mimar ve mühendisler ile teknik öğretmenlerin, mesai saatleri içinde dahi serbest meslek faaliyetinde bulunmaları yasal güvence altına alınmışken; iptali istenen maddelerle yaşam hakkı ve insan sağlığı gibi temel insan haklarını ilgilendiren bir alanda faaliyet sürdüren tıp ve diş hekimi profesör ve doçentlere mesai saatleri sonrasında serbest meslek faaliyetinde bulunma yasağı getirilmektedir.

Anayasanın 10. maddesinde, yasa önünde eşitlik ilkesine yer verilerek, ayrımcılık yasaklanmış ve devlet organları ile idari makamlara bütün işlemlerinde yasa önünde eşitlik ilkesine uyma zorunluluğu getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin istikrar kazanmış görüşüne göre, yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Anayasa ile eylemli değil "hukuki eşitlik" amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir.

Gördükleri hizmetin niteliği ve toplumsal yaşamdaki öneminden dolayı 657 sayılı Kanundan farklı olarak 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tabi tutulan ve hukuki statüleri ile personel rejimleri aynı olan öğretim üyelerinden hukuk profesörü ve doçentler ile mimar-mühendis profesör, doçent ve öğretmenlere çalışma saatleri içinde dahi serbest meslek faaliyetinde bulunma olanağı sağlanırken; tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim üyesi profesör ve doçentlerin mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yasağı kapsamına alınması, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilirken; 56. maddesinde devlete, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama görevi verilmiştir.

Anayasa Mahkeme'sinin daha önce de yer verilen 16.07.2010 günlü E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararında, "Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığının gözetilmesi gerekir." şeklinde ortaya konulduğu üzere, "hekimlerin insan sağlığının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan (mesleki) konumları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının" mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yasağı kapsamına alınarak mesai saatleri dışında hekime ulaşılmasının engellenmesi, "Anayasada güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık" oluşturduğundan, iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 17. ve 56. maddelerindeki ilkelerle bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 16.07.2010 günlü, E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararında "Anayasanın 130. maddesinde çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile kurulan üniversitelerin kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduğu, öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri belirtilmiş, madde gerekçesinde de, yasaya bırakılan konuların 'bilimsel özerklik' ilkesi göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır." şeklinde ortaya konulduğu üzere, üniversitelerin tıp fakültelerindeki profesör ve doçentler ile Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanlarının, mesai sonrası serbest meslek faaliyetinde bulunmalarını engelleyen düzenlemelerle, "üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği" için, iptali istenen kurallar Anayasanın 130. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yürüten öğretim üyelerinin üç ay içinde serbest meslek faaliyetine son vermeleri, aksi halde üniversiteyle ilişiklerinin kesileceği veya istifa etmiş sayılacakları yönündeki düzenleme ağır ve açık bir hukuk ihlalidir.

İptali istenen düzenlemeyle kişiler, hukuka uygun biçimde kurulmuş hâlihazırdaki durumlarını, kendi iradeleriyle -üniversiteden ilişik kesme veya istifa etmiş sayılma tehdidi ile- değiştirmeye zorlanmaktadırlar. Kişilerin, kuruldukları andaki hukuksal duruma uygun olan statülerinden kendi iradeleri ile vazgeçmeye zorlanmaları, hukuk devleti ilkesine, hukuksal güvenlik ilkesine, öngörülebilirlik ilkesine ve hukukun evrensel kurallarına ağır ve açık biçimde aykırıdır.

Böylesi bir "tehdit", Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama hürriyeti"ni de zedelemektedir. Yasa düzenlemesine göre kişilerin yargısal yöntemler kullanabilmesi için ancak "ilişiğinin kesilmiş" olması veya "istifa etmesi" gerekmektedir. Çünkü üniversiteden ilişiğinin kesilmesini istemeyen ve bu nedenle serbest çalışmalarını sonlandıran hekimler, Yasa gereğince "kendi istemleri" ile davranmış sayılacaktır ve ortada bir "çekişme" olmadığı için de yargısal başvuru için gereken "dava ehliyeti / menfaat" bulunmadığı gerekçesiyle davaları yargı yerlerince –esasa girilmeksizin- reddedilecektir.

Burada, hekimlerin serbest çalışmaktan vazgeçme yönündeki iradeleri, sağlıklı olmayıp Yasa zoruyla sakatlanmış bir iradedir.

Öte yandan, Yasa uyarınca üniversiteden "ilişiği kesilecek" veya "istifa etmiş sayılacak" öğretim üyelerinin "geçmiş çalışmalarına" ilişkin herhangi bir düzenlemeye de gidilmemiştir. Kişinin yeni bir yasanın gereği olarak statüsünün değişmesi karşısında geçmiş çalışmalarının korunmuyor olması hukuka aykırıdır.

İstikrar ilkesi gereğince, istikrar kazanmış kamu hukuku statüsünden kaynaklanan hakların, bir çırpıda ve herhangi bir "geçiş prosedürü" (yasanın statüye yeni girecek olanlara uygulanması ya da varolan statüden kaynaklanan haklar korunarak yeni statüye geçiş gibi) öngörülmeksizin ortadan kaldırılması çağdaş hukuk devletleri için olanaklı değildir.

Mesai dışında mevzuata uygun serbest meslek faaliyeti olarak muayenehane açmış olan hekimlerin, muayenehanelerinde bulunan tıbbi cihazlar ile çalıştırdıkları personel yönünden de sorunlar yaşanacaktır. Hekimlerin muayenehane kurması ve bu yönde çok yüksek miktarda sermaye harcaması, devlete güven ilkesine dayanmakta ve hekimlerin varolan hukuksal düzene inanıp güvenmesinden kaynaklanmaktadır.

Serbest çalışmaktan vazgeçen hekimler, personel tazminatları, vergi ve amortisman işlemleri, kredi ve leasing ödemeleri gibi öngörülmeyen zararların muhatabı olacaktır. Özellikle vergi ve amortisman konusunda vergi mevzuatının daha uzun indirim süreleri öngörmesi karşısında 6514 sayılı Yasanın hekimlere tanıdığı 3 aylık sürelerin yetersizliği ortadadır.

Hiç kimse hekimlerden "basiretli tacir" gibi davranmasını bekleyemez; çünkü hekimlerin muayenehaneleri ve buralarda yürüttükleri faaliyet ticari değil kamusal niteliktedir. Kamusal nitelikte bir hizmeti kurmak için yapılan kişisel harcamaların, bir yasa değişikliği ile bir çırpıda kişisel zarar haline gelmesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Daha önce 5947 sayılı Kanun ile yapılan tamgün düzenlemesinde, kısmi statüde çalışan öğretim üyelerinin tam zamanlı statüye geçmeleri için bir yıllık bir süre öngörülerek kendi isteğiyle statüsünü değiştirmeyen öğretim üyelerinin istifa etmiş sayılacağı düzenlenmiş; ancak bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 günlü ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Karar gerekçesi şöyledir:

Kuralın "yayımlandığı tarihte kısmi statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içinde talepte bulunanların devamlı statüye geçirileceği, bu süre içinde talepte bulunmayanların ise istifa etmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. Öte yandan "hukuk devleti" ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller.

(…)

Değişiklikten önceki düzenlemede, kısmi statüde çalışan öğretim üyelerinin kendi talepleri hariç, öngörülen iki yıllık süre dolmadan bu statünün sona erdirilemeyeceği konusunda yasal bir güvenceye sahip oldukları anlaşılmaktadır. Dava konusu tümce ile üniversitelerde öğretim üyesi olarak kısmi statüde görev yapan profesör ve doçentlere devamlı statüye geçmemesi halinde kanunla tanınan süreli çalışmanın, kanunla tanınan süre dolmadan istifa etmiş sayılmaları hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz.

Diğer taraftan kısmi statüde çalışanların, bu durumlarının en az iki yıllık bir dönemi kapsadığı düşüncesiyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladıkları, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşuları öngörmek suretiyle belirledikleri açıktır. Yasayla elde edilen bu statünün çalışanlar için kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi olanaklı olmasa da yasada öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereğince korunmasının kabulü gerekir."

6514 sayılı Kanunun aynı yöndeki düzenlemesinin üç ay gibi çok daha kısa bir süreyle formüle edilmiş olmasının çok daha ağır bir Anayasaya aykırılık oluşturduğu ve Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanuna eklenen geçici 64. maddesi ile 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanuna eklenen geçici 11. maddesi, Anayasanın 2., 10., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 6514 Sayılı Kanunun 18. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2955 Sayılı Kanunun 32. Maddesinin Altıncı Fıkrasının İlk Cümlesinden Sonra Gelen Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

6514 sayılı Kanunun 18. maddesiyle yeniden düzenlenen 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun 36. maddesinin altıncı fıkrasıyla; vakıflara ait olanlar da dahil yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan

profesör ve doçentlerin, ihtiyaç duyulan alanlarda teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak üzere, kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın, devamlı statüde çalışan profesör ve doçentler için 2914 sayılı Kanunda öngörülen ek ders ücretlerinin on katını, özellikli işlerde ise on beş katını geçmemek üzere ödenecek saat başına sözleşme ücreti üzerinden, ayda seksen saati geçmemek üzere Gülhane Askeri Tıp Akademisi Akademi Kurulunun teklifi ve Genelkurmay Başkanlığının onayı ile bir yıla kadar sözleşmeli öğretim üyesi şeklinde istihdam edilebileceği; sözleşmeli profesör ve doçentlere ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarının, Gülhane Askeri Tıp Fakültesinde görevli öğretim üyelerine bir önceki yılda personel gideri olarak ödenen toplam tutarın yüzde birini geçmeyeceği; ancak, Milli Savunma Bakanlığının teklifi üzerine Maliye Bakanlığınca bu oranın bir katına kadar artırılabileceği ve artırılan tutarın Akademi döner sermaye bütçesinden ödeneceği; sözleşmeli öğretim üyesi sayısının Gülhane Askeri Tıp Akademisinde devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısının yüzde beşinden fazla olamayacağı; bu kişilerin idari görevler alamayacağı, akademik birim yöneticiliği ve rektörlük seçimlerinde oy kullanamayacağı ve diğer hususların Maliye Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı tarafından müştereken belirleneceği kuralları getirilmektedir.

17.11.1983 tarihli ve 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde Gülhane Askeri Tıp Akademisi; "… bilimsel özerkliğe sahip, (…) lisans ve lisansüstü düzeyde eğitim ve öğretim, bilimsel araştırma ve yayım yapan, Türk Silahlı Kuvvetlerine muvazzaf askeri tabip ve gerektiğinde diğer sağlık bilimleri alanında askeri personel yetiştiren; (…) Genelkurmay Başkanlığının gerek gördüğü sağlıkla ilgili eğitim ve öğretimi de yaptıran bir yükseköğretim kurumudur." şeklinde tanımlanırken;

Akademinin görevleri 7. maddesinde; (a)'dan (m)'ye onüç bent halinde düzenlenirken; askeri tabip yetiştirmek; Silahlı Kuvvetlerin ihtiyaç duyduğu tabip, diş tabibi, eczacı ve veteriner hekimlerin uzmanlık ve lisansüstü eğitim ve öğretimini yapmak, Tababet Uzmanlık Tüzüğünde öngörülen diğer branşlarda uzman yetiştirmek; Askeri ve genel tababet alanlarında bilimsel araştırmalar yapmak, yayımda bulunmak, memleketin epidemiyolojik durumunu incelemek; eğitim ve öğretim ile ilgili klinik ve laboratuvar çalışmaları yapmak, Askeri Tıp Fakültesi öğrencilerinin uygulamalı eğitimi ile yüksek lisans, doktora veya tıpta uzmanlık öğrenimi gören elemanların ve diğer sağlık personelinin eğitimini ve her yönden tekamüllerini sağlamak; diğer

askeri hastanelerin uzmanlık dallarındaki tabip ihtiyaçlarını gidermek maksadıyla, geçici görev veya rotasyon usulü ile öğretim üyesi görevlendirmek bunlar arasında sıralanmış;

18. maddesinde de ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim, öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak; proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek; bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak; gerektiğinde hastaları muayene ve tedavi etmek öğretim üyelerinin görevleri arasında sayılmıştır.

Bu bağlamda, üniversitelerin tıp ve diş hekimliği fakülteleri ile Gülhane Askeri Tıp Akademisinin ve tıp ve diş hekimliği öğretim üyeleri ile Gülhane Askeri Tıp Akademisi öğretim üyelerinin görevleri arasında benzerliği aşan bir aynılık vardır.

Maddede, sözleşmeli profesör ve doçentlerin de Gülhane Askeri Tıp Akademisinde "ihtiyaç duyulan alanlarda teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri" yapmaları öngörülmüş; bununla birlikte en az sözleşme süreleri belirlenmeyerek, günlük, haftalık, aylık ve hatta saatlik istihdamlarının önü açılmıştır.

Ancak, Gülhane Askeri Tıp Akademisi de tıp ve diş hekimliği fakülteleri gibi, örgün ve planlı eğitim yapan kurumlardır. Bu bağlamda, 2955 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca Akademideki öğretim üyelerinin görevleri, niteliği gereği planlı, düzenli ve sürekli hizmetlerdir. Özellikle teorik dersler ve dolayısıyla teorik eğitim-öğretim en az bir yarıyılı gerektiren planlı bir sürekliliğe sahipken; tıp alanındaki araştırma faaliyetleri ise araştırma konusu ve sorusunu bulma, hipotez kurma, kavramsallaştırma, verileri toplama, ölçme, analiz etme, değerlendirme, yorumlama ve raporlama gibi klinik ve deneysel araştırma süreçlerini gerektirdiğinden araştırmanın konusu, niteliği ve içeriğine göre yıllara yaygın ve hatta olağan durumlarda bile yıllarca devam edebilen bir süreci kapsamaktadır.

Uygulama faaliyetleri ise kısaca eğitim-öğretim amaçlı yapılan hasta muayene, tetkik, teşhis, tedavi, ameliyat ve girişimsel faaliyetler olarak nitelenebilir ve iptali istenen kurallar bağlamında ameliyat ile girişimsel faaliyetlere indirgenebilir. Bu bağlamda, ameliyat ve girişimsel faaliyetler, türü ve niteliklerine göre bir saat veya

bir ya da birkaç gün sürebilen değişkenlik gösterir. Ancak, Akademide yapılan uygulama faaliyetleri, hekim, uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirilmesi amacıyla yapılmakta ve bu eğitimin niteliği bir ya da birkaç defalık uygulamalara değil, eğitim-öğretim programlarının gerektirdiği planlı sürekliliğe dayanmaktadır.

Bu bağlamda, ileri düzeyde bilgi ve beceri gerektiren pek çok tanı ve tedavi hizmetinin tamamlanması dahi sözleşme üst sınırından daha uzun süreyi alabilmektedir. Akademide verilen ileri düzeydeki sağlık hizmetlerinin, öğretim üyelerinin asli görevi olmayıp, uygulamalı eğitim-öğretim hizmetleri ve bilimsel araştırmalar kapsamında verildiği ve eğitim-öğretim faaliyetlerine bağımlılığı göz önüne alındığında; iptali istenen istihdam yönteminin öğretim üyelerinin tanımlanan görevlerini yerine getirmesine uygun olmadığı inkar edilemeyecek bir gerçektir.

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

Akademinin kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentlerin, istisnai olarak Akademinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak üzere (ödeme ek ders ücretine bağlandığından) bir saatten bir yıla kadar sözleşmeli istihdamını öngören düzenleme, yukarıda açıklandığı üzere Akademinin teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetlerinin nitelik ve özellikleriyle bağdaşmamaktadır. Akademinin teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetlerinin planlı, düzenli ve sürekli oluşuna dayalı nitelik ve özellikleriyle bağdaşmayan, ne türden bir kamu yararının amaçlandığı anlaşılamayan bir saatten bir yıla varan sözleşmeli profesör ve doçent istihdamını öngören düzenlemelerde kamu yararı olduğu ve kamu yararı dışında gizli amaçlar güdülmediği ileri sürülemez.

Nitekim, iptali istenen kurallarda, doçent ve profesör istihdamından önce ihtiyacın bulunup bulunmadığı konusunda Akademinin fakülte kurulu ile dekanın görüşlerinin aranmasına ilişkin bir kurala yer verilmediği gibi istihdam edilecek oran ve sayı, ilgili bilim ve ana bilim dalıyla da ilişkilendirilmeden Akademide devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısına bağlanmış; sözleşmeli istihdam edilecek profesör ve doçentlerde ne tür özelliklerin aranacağı, sözleşmeli olarak istihdam edilmek üzere ihtiyaç duyulan aynı alanlara ihtiyaçtan fazla başvuru olur ise seçim veya tercihin hangi kriterler temelinde yapılacağı ve sözleşmenin hangi hallerde sonlandırılacağı konuları belirsiz bırakılmıştır.

Bu hukuksal belirsizliğin, idareye çok geniş ve öngörülemeyen takdir yetkisi tanıdığı ve bu takdir yetkisi kapsamında yapılacak eylem ve işlemlerin tıp ve diş hekimliği fakültelerindeki çalışma barışını bozacağı açıktır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksama ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup normların öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasanın 7. maddesinde ise, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesini değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasını gerektirir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin hususların belirlenmesi yürütme veya idarenin takdirine bırakılabilir.

İptali istenen kurallarda kamu yararı bulunmadığı ve hukuki belirlilik ve güvenlik ilkeleriyle bağdaşmadığı için Anayasanın 2. maddesine, yasayla düzenlenmesi gereken hususları yürütme organı ile idareye bıraktığı için de Anayasanın 7. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, ödenecek ücretin üst sınırı belirtilirken, alt sınırının belirlenmemiş olması da hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve yasama yetkisinin devri anlamına geldiği için, iptali istenen fıkranın ikinci ve üçüncü cümleleri, bu açılardan da Anayasanın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır.

İptali istenen kurallar da, sözleşmeli profesör ve doçentlere ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarı, bir yandan Gülhane Askeri Tıp Fakültesinde görevli öğretim üyelerine bir önceki yılda personel gideri olarak ödenen toplam tutarın yüzde birinden fazla olamayacağı kuralına bağlanırken, diğer yandan, yüzde biri aşan tutarın döner sermaye bütçesinden ödeneceği belirtilmektedir.

Akademinin, Fakültedeki öğretim üyelerine ödenen personel gideri tutarının yüzde birine ve Akademideki kadrolu öğretim üyesi (doçent, profesör, yardımcı doçent) sayısının yüzde beşine varan bir sayıda doçent ve profesöre ihtiyacı var ise, doçentlerin 2955 sayılı Kanunun 21. maddesi, profesörlerin ise 22. maddesindeki kurallara göre atanması gerekeceği tabiidir. Çünkü, daha önce de belirtildiği üzere Akademideki eğitim-öğretim, araştırma ve uygulama faaliyetleri planlı, düzenli ve süreklidir ve öğretim üyesi açığının da söz konusu planlı, düzenli ve sürekliliğin gerektirdiği şekilde giderilmesi gerekir.

Bu bağlamda, iptali istenilen maddedeki kurallar, Akademideki tıp eğitiminin işlevi, bilimsel özerkliği, öğretim üyelerinin akademik ve mesleki güvenceleriyle de ilgilidir.

2955 sayılı Kanunun 3. maddesinde Gülhane Askeri Tıp Akademisinin "bilimsel özerkliğe sahip (…) lisans ve lisansüstü düzeyde eğitim ve öğretim, bilimsel araştırma ve yayım yapan (…) bir yükseköğretim kurumu" olduğu belirtilmiştir.

Her ne kadar Anayasanın 132. maddesinde, Türk Silahlı Kuvvetlerine ait yükseköğretim kurumlarının özel kanunu hükümlerine bağlı olacağı belirtilmiş ise de Gülhane Askeri Tıp Akademisini de "bilimsel özerklik" bağlamında Anayasanın 130. maddesindeki temel ilkelerin kapsamında saymak gerekir.

Anayasanın 130. maddesinde üniversiteler, Anayasal kuruluş olarak kabul edilmiş, "kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe" sahip olmaları öngörülmüştür.

Aynı maddede üniversite öğretim üyelerine belirli haklar ve yetkiler tanınmıştır. Bilimsel özerkliğin getirdiği özgürlük, serbestçe bilimsel araştırma ve yayın yapabilme, eğitim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkileri bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Gerek 1961 Anayasasında, gerekse 1982 Anayasasında üniversitelerin eğitim ve öğretim işlevi, bilimsel özerkliği ve bunların gereği olarak akademik personelin mesleki güvenceye sahip olmalarına ilişkin konular, kimi farklılıklar dışında, hemen hemen aynı doğrultuda düzenlenmiş; Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtilen konulara ilişkin içtihat bir tutarlılık içinde sürdürülmüştür.

Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin üniversitelerin hukuki niteliği, bilimsel özerklik ve akademik personelin mesleki güvencesi konularını incelediği kararlarında üniversitelere bilimsel özerklik tanındığı vurgulanarak, üniversite öğretim üyelerinin bilimsel çalışma ve araştırmaları, eğitim ve öğretimi özgürce yapabilmeleri için mesleki güvenceye sahip olmalarının gerekli olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, öğretim üyeleri ile üniversite arasındaki istihdam ilişkisinin irdeleyen 25.05.1976 günlü ve E.1976/1, K.1976/28 sayılı kararında; "üniversite öğretim üyelerinin; bilimsel çalışma ve araştırmaları, öğrenim ve eğitimi, yan tutmadan, hiç bir endişeye kapılmadan özgürce yapabilmeleri için her şeyden önce kendilerinin mesleki güvenceye sahip kılınmaları şarttır. Mesleğini kaybetme kuşkusu içinde olan ve kendini güvencede görmeyen bir öğretim üyesinden bilimin gerekleri beklenemez." saptamasını yapmıştır. Gülhane Askeri Tıp Akademisi Akademi Kurulunun teklifi ve Genelkurmay Başkanlığının onayı ile bir yıla kadar yapılan ve devamında yenilenme koşulları belirlenmeyen, her an sona erdirilebilecek sözleşmelilik ilişkisi ile istihdam edilen öğretim üyelerinin Anayasanın öngördüğü şekilde kendilerini güvence içinde görmeleri, endişeye kapılmadan, özgürce yan tutmadan uygulamalı ya da teorik eğitim vermeleri, bilimsel çalışma yapmaları mümkün olamaz.

Sözleşmeli olarak sınırlı süre ile istihdam edilen öğretim üyeleri, istihdam yöntemi, seçme, seçilme, akademik kurullara katılma ve temsil hakkı, ücretlendirme gibi pek çok unsur açısından daimi statüdeki öğretim üyelerinden farklı, ayrımcı kurallara tabi kılınmıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen kararının devamında; Anayasa koyucunun öğretim üyelerinin tümüne tanıdığı bilimsel özgürlük, serbestçe araştırmada ve yayında bulunabilme, öğrenim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkilerini öteki öğretim üyeleri geniş bir biçimde kullanırken, bazı öğretim üyelerinin bunlardan yoksun duruma düşürülmesini kanun önünde eşitlik ilkesine ters düşen tipik bir örnek olarak değerlendirmiştir.

Kendilerini, bilimsel özgürlük içinde, görev ve meslek güvencesine sahip görmeyen ve devamlı tedirginlik ve kuşku içinde hisseden bir öğretim üyesinin Anayasada gösterilen hak ve yetkilerden yararlandığının öne sürülemeyeceği, aynı kamu hizmetini görenlerin üniversite ile olan ilişkilerinde farklı kanun hükümlerine tâbi tutulmasını başlı başına bir eşitsizlik olarak değerlendirmiş, eşit durumda bulunan ve Devletin başta gelen öğrenim ve eğitim gereksinmesini sağlamak üzere görevlendirilmiş olan kişilerin değişik hukuk kurallarına bağlanmalarında hiç bir haklı neden yoktur ve gösterilemez demiştir.

Kuşkusuz Anayasa koyucunun, Akademide aynı görevleri yerine getirecek öğretim üyelerinden bir kısmının diğerlerinden farklı kurallara bağlanması, mesleki güvenceden yoksun kılınması gibi bir amacının bulunduğu kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, 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.

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.

Akademi öğretim üyelerinin bilimsel özgürlük, serbest araştırma ve yayın yapabilme, eğitim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme, üniversite öz yönetimine katılabilme hak ve yetkileri yönünden farklı düzenlemelere tabi kılan iptali istenen kurallar, Anayasanın 130. maddesine; aynı durumda bulunan ve aynı görevleri yapacak öğretim üyelerini farklı kurallara tabi kılması nedeniyle ise Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırıdır.

Fıkrada sözleşmeli profesör ve doçentlerin "ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri" yapmak üzere istihdam edileceği öngörülmüştür. Akademideki döner sermaye geliri ise "uygulamalı eğitim" faaliyeti kapsamında elde edilmektedir. Döner sermaye geliri elde edilmeyen teorik eğitim ile araştırma faaliyetlerinin bedellerinin de öğretim üyelerinin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden karşılanacak olması "adalet ilkesi" ile bağdamamakta ve Anayasanın 2. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 18. maddesiyle yeniden düzenlenen 2955 sayılı Kanunun 32. maddesinin altıncı fıkrasının ilk cümlesinden sonra gelen Cümleleri, Anayasanın 2., 7., 10. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

9) 6514 Sayılı Kanunun 20. Maddesiyle 1219 Sayılı Kanunun 3. Maddesine Eklenen Fıkradaki, "… acil tıbbi müdahaleleri yapmaya …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6514 sayılı Kanunun 20. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 3. maddesine eklenen fıkra ile Türk Silâhlı Kuvvetlerinin muharip unsurlarından ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personelinden görevlendirilen ve ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanların, görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşıncaya kadar acil tıbbi müdahaleleri yapmaya yetkili oldukları; söz konusu personelin yetki ve sorumlulukları ile bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasların, İçişleri Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği kuralına yer verilmiştir.

Düzenleme ile Türk Silâhlı Kuvvetlerinin muharip unsurlarına ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personeline ilk yardım yükümlülüğünün dışında acil tıbbi müdahale yetkisi verilmektedir.

3 Aralık 2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan ve 16 Mart 2004 tarihinde onaylanan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Mesleki Standartlar başlıklı 4 üncü maddesi uyarınca "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."

Anayasanın 90 ıncı maddesi ile Türk hukuk düzeninin parçası olan Sözleşme yazılı olan ya da olmayan meslek kurallarına uygun müdahaleyi güvence altına almaktadır. Genel yardım yükümlülüğünün dışında sağlık personeli olmadıkları halde TSK ve Özel Hareket Dairesi Başkanlığında görevli kolluk görevlilerine tıbbi müdahale yetkisi verilmesi BİYOTIP Sözleşmesinde yer alan tıbbı müdahalelerin tıbbi standartlara, insan haklarına uygun ve onları güvence altına alarak verilmesi zorunluluğuyla bağdaşmadığından iptali istenen ibare Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Uygun ilk yardımı vermenin, yaralı veya hastayı nakledilebilir hale getirmenin, eksik bilgi ve yetersiz tedaviyi erken uygulamaktan daha önemli olduğu bilinen bir tıp ilkesidir. Bu bağlamda, herkes hastalığı ve yaralanması olan kişilere hal ve koşulların elverdiği oranda yardım etmekle yükümlüdür. Nitekim hekim ve sağlık personeli olmayanlara ilk yardım eğitimleri verilmekte, pek çok çalışan grubu açısından bu eğitimlerin alınması zorunluluğu mevzuatımıza girmiş bulunmaktadır.

Ancak, acil durumların normal durumlara göre özelliği olduğu bilinmekle birlikte acil tıbbi müdahalenin standartları oluşmuş, acil müdahale tıp eğitimi sonrası özel eğitim alanlarında beceri kazanmış kişiler tarafından sunulur hale gelmiştir. Çünkü ilk yardım ile acil tıbbi müdahale farklı anlamlar ve farklı uygulamalar içermektedir. Acil tıbbi müdahale hekimler tarafından yapılmak zorunda olduğundan, Yasada öngörülen eğitim alınmakla kazanılacak bilgi ve beceriler acil tıbbi müdahale tanımı ve kapsamını içermeyecektir. Müdahale kapsamı içerisinde; damar yolundan

serum takmak gibi basit görünen ancak çok ciddi tıbbi hatalar yaratabilecek işler dışında, damar içine her türlü ilaç yapma yetkisi, kanamayı durdurmak için damar bağlamak gibi cerrahi işlem yetkisi de vardır. Sayılan müdahaleler doğru uygulandığında hayat ve organ kurtarabilirken, hatalı uygulandığında can ve organ kayıplarına yol açabilmektedir. Fıkrada anılan kurumların ihtiyaçları, ilk yardım değil de tıbbi müdahale olarak tanımlandığından amacını aşan uygulamalar yolu ile telafisi mümkün olmayan tıbbi ve adli sonuçlar ortaya çıkabilecektir.

Sağlık hizmetinin niteliği, hizmeti sunan bireyin bilgi, birikim ve yeteneklerine göre önemli değişim gösterirken, tıp eğitimi almamış kolluk kuvvetlerine hizmetiçi eğitimle böylesi bir bilgi ve birikim kazandırılamayacağı ortadadır.

Ayrıca fıkradaki görevle sınırlılık ifadesi düzenlemeyi daha da belirsiz hale getirmektedir. Görevle sınırlı olmak üzere tıbbi tedaviye ihtiyaç duyuluyorsa, görev esnasında yeterli ve gerekli sağlık hizmetinin neden tesis edilmediği sorusu cevapsız kalmaktadır. Düzenleme idarenin sağlık hizmeti ihtiyaca göre iyi örgütlemesi gerekliliğini yok saymaktadır.

Sağlık Bakanlığı'nın istatistikleri de düzenlemenin gerekçesinin ihtiyaç olarak açıklanamayacağını ortaya koymaktadır. Sağlık Bakanlığı 112 acil hizmetlerine ilişkin tanıtım sayfasında şehirlerdeki vakaların % 93'üne ilk on dakikada, kırsal alanda vakaların % 96'sına ilk otuz dakika içinde ulaşılabildiğini, 2011 yılında 19 ambulans helikopter acil hizmetler için tahsis edildiğini, bu ambulansların 15 ile konumlandığını belirtmektedir (http://www.saglikturizmi.gov.tr/139-112-1cil-ambulans-hizmetleri.htlm). Düzenlemede sayılan kolluk kuvvetlerinin ani çatışmalara girebilen operasyonel birlikler olduğu ileri sürülebilirse de sağlık hizmetinin ihtiyaca göre gerçek ve doğru biçimde örgütlenmesi durumunda görev esnasında da tıbbi müdahaleyi gerektirir tedavinin gerekli zaman içerisinde karşılanabileceği açıktır. Hizmetin iyi, teşkilatın düzgün örgütlenmesinin yerine tesis edilen düzenlemelerin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile açıklanamayacağı ortadadır.

Sağlık alanında acil hallere ilişkin standartlardan sapmayı gerektiren bir durum olmadığı halde Türk Silâhlı Kuvvetlerinin muharip unsurlarına ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personeline tıbbi müdahale yetkisi verilmesi, yaşam hakkı ile bütünleşik sağlık

hakkını, kişilerin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığını ihlal etmektedir. Bu yanıyla da Anayasanın 17. ve 56. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Ayrıca hekimin tıbbi müdahale sırasında uyması gereken meslek etiği ilkeleri insanlara sunulacak sağlık hizmetinin insan haklarına uygun olarak verilmesinin güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Sağlık personeli olmadıkları halde tıbbi müdahale yetkisi verilen kolluk görevlileri yönünden böyle bir güvencenin olması söz konusu değildir. Tıp ve diş hekimliği fakültesi mezunu olan hekimlerin ve diş hekimlerinin eğitimleri ile mesleklerinin icrasına ilişkin koşullar 1219 sayılı Kanunun pek çok maddesinde ayrıntıları ile düzenlenmişken, benzer yetki kullanımı verilen ve sağlık personeli bile olmayan kişilere verilecek ilgili eğitimin kapsamı, personelin yetki ve sorumluluklarının neler olduğu tamamen Yönetmeliğe bırakılmıştır. Yaşama hakkı ile bütünleşik sağlık hakkını düzenleyen bu kadar önemli bir konunun ana hatları hiç çizilmeden tamamen Yönetmeliğe bırakılması, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımadığı için yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmadığından Anayasanın 2., 7. ve 87. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 20. maddesiyle 1219 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen fıkradaki, "… acil tıbbi müdahaleleri yapmaya …" ibaresi, Anayasanın 2., 7., 17., 56., 87. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

10) 6514 Sayılı Kanunun 21. Maddesi ile Değiştirilen 1219 Sayılı Kanunun 12. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Dördüncü Cümlesindeki "… ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yeniden düzenleme yapılmıştır. İlk defa 5947 sayılı Kanun ile düzenlenen cümlede mahalli idareler ile kamu kurumlarında görev yapan ve maaş dışında başka bir yan ödemesi bulunmayan kurum hekimlerine, işyeri hekimliği yapma hakkı tanınmıştır.

5947 sayılı Kanun ile düzenlenen dördüncü cümle iptal istemi ile Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş ve Yüksek Mahkeme 16.07.2010 günlü, E.2010/29,

K.2010/90 sayılı kararında aşağıdaki gerekçelerle cümleyi Anayasaya aykırı bulmamıştır. "...Ülkemizde birçok kamu kurumunda kurum hekimi bulunmaktadır. 5283 sayılı Yasa ve bu Yasaya dayanılarak çıkarılan Kurum Tabipliklerinin Standardına Dair Tebliğde de belirtildiği üzere kurum hekimleri, basit tıbbi müdahale ve ayakta tedavi gerektiren durumlarda, kurum çalışanlarına poliklinik hizmeti veren kişilerdir. Bu kişiler kuruma bağlı olarak çalıştığından döner sermaye gibi ek gelirleri bulunmamaktadır. Yasa koyucu kurum hekimliğini özendirmek ve buralarda görev yapan hekimlerin maddi yönden mağdur olmalarını engellemek amacıyla, dava konusu kuralda bu hekimler için bir istisna getirerek işyeri hekimliği yapmalarına olanak sağlamıştır. Diğer taraftan bu kural ile yasa koyucu, hekim bulundurması zorunlu olan işyerlerinin bu ihtiyaçlarını, hastanelere göre iş yoğunluğu daha az olan kurum hekimleriyle karşılamayı amaçlamış, sağlık hizmetlerinin dengeli ve yaygın olarak yürütülmesine olanak tanımıştır. İptal konusu tümcenin anlam ve kapsamı ile getiriliş amacı dikkate alındığında, bu kuralın Anayasanın 56. maddesinde devlete verilen "kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme" görevlerinin bir sonucu olduğu açıktır."

Bu kez mevcut düzenlemede iki önemli değişiklik yapılmıştır. Birincisi, mesai saatleri dışında işyeri hekimliği yapabileceği öngörülen kurum hekimlerinin yanına aile hekimleri ile Sağlık Bakanlığına bağlı her türlü sağlık kuruluşunda çalışan ve döner sermaye ek ödemesi alan yöneticilik görev bulunmayan bütün kamu çalışanı hekimler eklenmiş; ikincisi ise kurum hekimlerine daha önce aylık 56 saat işyeri hekimliği yapma izni verilirken bu kez süre bütün hekimler yönünden 30 saate düşürülmüştür.

Bu düzenlemeler esasen aile hekimlerinin, kurum hekimlerinin ya da Sağlık Bakanlığı'na bağlı birimlerde çalışan hekimlerin özlük haklarını iyileştirme amacına yönelik değildir. Çünkü, kurum hekimlerinin 56 saatlik çalışma süresinin 30 saate indirilmesi nedeniyle mevcut işlerini kaybetmelerine neden olunarak mağdur edilmektedirler. Bu düzenlemenin çalışma yasak ve sınırlamaları bölümünde belirtildiği üzere bir tek talep edeni vardır. O da hekimleri çalıştıracak işverenlerdir. İşverenler ilgili alanda yapılan düzenlemeler sonucunda işyeri sağlık ve güvenlik hizmetlerini Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi adı altında yapılandırılan şirketlerden satın almaktadır. Alanda ihtiyaçtan daha fazla işyeri hekimliği hizmeti satın alınabilecek çok sayıda hekim işgücünün bulunması, iş gücü maliyetlerinin

düşürülmesini ve "karlılığı" artırmaktadır. Bu düzenlemenin bir diğer sonucu hekimlerin her geçen gün emekleri karşılığı aldıkları ücretlerin düşürülmesi ve bir bütün olarak devletin çalışanları koruma ödevini yerine getirmemesidir.

Kurum hekimleri yürürlükteki düzenlemeye dayanarak aylık 56 saate kadar işyeri hekimliği hizmeti verilmesi gereken işyerlerinde işyeri hekimliği yapmaya başlamışlardır. Bu sürenin 30 saate düşürülerek çalışma hakkının kullanımının sınırlandırılmasını hukuken haklı kılan bir neden bulunmamaktadır. Ülkemizde kamu sağlık çalışanlarının fazla çalışmalarına üst sınır getiren bir düzenleme de bulunmamaktadır. Örneğin mesai sonrası aylık 30 saate kadar işyeri hekimliği yapma izni verilen aile hekimlerinin ya da Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlerin, kamu sağlık kuruluşlarında yapacakları fazla çalışmaların ve tutacakları nöbetlerin alt sınırları düzenlenmektedir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun ek 33 üncü maddesinde fazla çalışma süresinin üzerindeki çalışmalara karşılık aylık 120 saat nöbet ücretinin ödeneceği belirtilmektedir. Bu süreyi aşan çalışmaların da yaptırılabileceği ancak bu durumda ücretin ödenmeyeceği maddede yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanununa tabi çalışanlar yönünden ise haftalık olağan 45 saatlik çalışma süresinin üzerinde yıllık en fazla 270 saat fazla çalışma yapılabileceği düzenlenmiştir. Kamu çalışanları yönünden kamu görevleri dışında yapacakları çalışmanın üst sınırı iş mevzuatına göre belirlenirse, olağan haftalık mesai süresinin işçi olanlardan beş saat eksik şekilde 40 saat olduğunu dikkate aldığımızda, aylık fazla çalışma üst sınırının 30 saatlik sürenin üzerinde olduğu görülmektedir. Bu durumda getirilen 30 saatlik süre sınırının yürürlükte bulunan hukuksal düzenlemelerle hiçbir bağının bulunmadığı, çalışma hakkının hukuka aykırı olarak sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 49. maddesinde öngörülen çalışma hakkı, bir temel hak ve özgürlük olarak Anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür. İptali istenilen düzenleme Anayasanın 49. maddesine aykırı olmanın yanında, devlete çalışma hakkının etkin kullanımını sağlama görevini veren Avrupa Sosyal Şartı'yla da bağdaşmamaktadır. Bu yanıyla Anayasanın 90. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, 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. Kurum hekimleri yürürlükteki düzenlemeye dayanarak aylık 56 saate kadar işyeri hekimliği hizmeti vermeye başlamışlar ve çalışma hayatları ile geleceklerini buna göre planlamışlardır. Ortada meşru bir gerekçe yokken 56 saatin 30 saate düşürülmesi, hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığından Anayasanın 2. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, iptali istenilen "ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere" ibaresi; çalışma hakkını hem ulusal hem uluslararası hukuk normlarına aykırı düşecek biçimde etkisiz kıldığı, devletin çalışma hakkına ilişkin ödevini yerine getirmediği, yapılan değişikliklerle hekimlerin mesleki faaliyetlerinde geleceklerini öngörebilme, hukuki güvenliğe sahip olma haklarını ortadan kaldırdığı için Anayasanın 2., 49. ve 90. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 21. maddesi ile değiştirilen 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesindeki "… ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere …" ibaresi, Anayasanın 2., 49. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

11) 6514 Sayılı Kanunun 21. Maddesi ile 1219 Sayılı Kanunun 12. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Eklenen Altıncı Cümlenin Anayasaya Aykırılığı

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Yasa'nın 12'nci maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen altıncı cümle ile 10'dan az işçi çalıştıran az tehlikeli iş yerlerinde çalıştırılacak hekimler yönünden, iş yeri hekimliği eğitimi alma ve iş yeri hekimliği belgesine sahip olma şartı aranmayacağı kuralı getirilmiştir.

Az tehlikeli olmakla birlikte 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde ise işyeri hekimliği eğitimi almış hekimler hizmet verecektir. Yalnızca çalışan sayısından hareketle bir eksik ya da fazla çalışan olmasına göre, çalışanların sağlığının korunması ve geliştirilmesinde temel role sahip hekimlerin sahip olması gereken mesleki niteliklerin değiştirilmesinin kamu sağlığı yönünden haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.

Sağlık, yaşamın bir amacı değil, günlük yaşamın kaynağıdır. İşin veya çalışmanın "insancıllaştırılması, işin insana uyumunun sağlanması", "işyerinde rahat ve iyi bir çalışma ortamının yaratılması" günümüzde işçi sağlığı ve iş güvenliği politikalarının temel amaç ve hedefleri arasında yer almaktadır. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için alana özgü yapılandırılmış eğitime dayalı bilgi birikimine sahip uzman mesleki personelinin görev alması gerekliliği de kabul edilmiştir. İşçilerin sağlıklarının korunup geliştirilmesi kaçınılmaz olarak, kamu düzenini ilgilendirmektedir.

Kaldı ki günümüzde; işyerinin bulunduğu risk grubuna ya da işyerinde çalışan sayısına göre değil; kişisel sağlığı geliştirmeye yönelik, çalışana odaklı, çalışanı, çalışma çevresi ve yaşam tarzı ile birlikte ele alan, çalışanın fiziksel, ruhsal ve sosyal iyilik halinde olmasını sağlamaya yönelik çok kompleks bir iş sağlığı hizmet sunumu benimsenmektedir.

Ülkemizde çalışanların sağlığının korunması ve geliştirilmesine yönelik sağlık hizmetlerinin, genel sağlık hizmetleri yanında özelleşmiş işyeri hekimliği ve işyeri sağlık birimleri aracılığı ile verilmesine ilişkin düzenlemelerin tarihçesi oldukça eskiye gitmektedir. 24.04.1930 tarihinde kabul edilmiş olan 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 180. maddesinde, 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 114. maddesinde, 11.01.1974 tarihinde yürürlüğe konulan İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü'nün 91. maddesinde, 4 Temmuz 1980 gün 17037 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İşyeri Hekimlerinin Çalışma Şartları İle Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte, 4857 sayılı İş Kanunu'nun "İşyeri Hekimleri" başlıklı 81. maddesinde hem hizmetlere hem de hizmeti verecek mesleki personelin eğitimlerine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Son olarak 20 Haziran 2012 tarihinde kabul edilen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile kamu ya da özel işyeri ya da çalışan sayısı ayrımı olmaksızın bütün işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin verilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. 6331 sayılı Kanunun 3. maddesinin (ı) bendinde bu hizmetlerde görev alacak hekimlerin işyeri hekimliği belgesine sahip hekimler olacağı tanımlanmıştır. Aynı Kanunun 30. maddesi uyarınca hazırlanıp 20.07.2013 gün ve 28713 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik"te işyeri hekimliği eğitimleri düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği ülkelerinde ise işyeri hekimliği; tıp fakültesi mezuniyeti sonrasında en az dört yıl süren bir üst eğitimle uzman olmuş veya 2 yıla kadar ulaşan sürelerde sertifika eğitimleriyle yetkilendirilmiş hekimlerce yürütülmektedir.

Bu alanda verilecek sağlık hizmetlerinin gerekleri nedeniyle, alana ilişkin özelleşmiş bilgiye sahip hekimler tarafından işyeri hekimliği hizmetlerinin verilmesi zorunluluğu, ülkemizde de dünyada da çok önceden tüketilmiş bir tartışmadır. Bütün bunlara karşın 10'dan az işçi çalıştıran az tehlikeli işyerlerinin işyeri hekimliğini yapacak hekimlerde işyeri hekimliği eğitiminin ve işyeri hekimliği belgesinin aranmayacağına ilişkin düzenleme, çalışanlar yönünden Anayasanın 17. maddesindeki kişilerin yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme hakkı ile 56. maddesinde devlete verilen, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama yükümlülüğü ve gereksinim duyduğu sağlık hizmetlerine ulaşma hakkıyla bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2005 tarihli ve E.2004/54, K.2005/24 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan, toplumsal gerekleri ve toplum yararını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, 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. Güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, bu arada çalışanları, emeklilerle yaşlıları, durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatmayı gerektirir.

10'dan daha az işçi çalıştıran az tehlikeli işlerde iş yeri hekimliği eğitimi almamış kişilerin iş yeri hekimliği yapmasını öngören düzenleme, söz konusu işyerlerinde çalışan korunmaya muhtaç işçilerin sağlıklı, mutlu ve güven içinde çalışmalarına güvence oluşturmadığı için Anayasanın 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Maddenin kapsamında yer alan çalışanların, aynı durumdaki çalışanlara göre farklı sağlık hizmetine tabi kılınmaları Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından

İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin 3. maddesinde yer alan sağlık hizmetlerinden adil şekilde yararlanma hakkını ihlal etmektedir. İşyerinde sağlık hizmetlerinin, tıp fakültesi sonrası alana ilişkin mevzuatla düzenlenmiş bir eğitim sonucu edinilen işyeri hekimliği belgesi ile yapılmasına ilişkin standart bazı çalışanlar yönünden ortadan kaldırılarak aynı sözleşmenin 4. maddesinde yer alan araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekliliğine aykırı düzenleme yapılmıştır. Ülkemizin tarafı olduğu sözleşme hükümlerine aykırılık aynı zamanda Anayasanın 90. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 21. maddesi ile 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen altıncı cümlesi, Anayasanın 2., 17., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

12) 6514 Sayılı Kanunun 24. Maddesi ile 1219 Sayılı Kanunun Ek 13. Maddesine Eklenen (v) ve (y) Bentleri ile 29. Maddesi ile 1219 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 11. Maddenin Birinci Cümlesindeki "… hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6514 Sayılı Kanunun 24. maddesi ile 1219 sayılı Kanunun ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentleriyle "hemşire yardımcısı" ve "ebe yardımcısı" tanımlarına yer verilmiştir. Bu tanımlara göre söz konusu meslek mensupları sağlık meslek liselerinin ilgili bölümlerinden mezun olan, hemşire ve ebe gözetiminde çalışan sağlık bakım teknisyenleridir. Kanunun 29. maddesi ile 1219 sayılı Kanuna eklenen geçici 11. Maddenin birinci cümlesinde de sağlık meslek liselerinin hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve sağlık bakım teknisyenliği haricindeki programlarına öğrenci kaydedilmeyeceği düzenlenmiştir.

Maddeyle birlikte, sağlık meslek liselerine hemşire ve ebe yardımcısı bölümlerinin açılarak lise düzeyinde eğitim veren kurumlarda sağlık çalışanı yetiştirilmesinin önü tekrar açılmıştır.

Zira, hemşire yardımcılığı daha öncesinde Hemşirelik Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenmişken, söz konusu hüküm 02.05.2007 gün ve 26510 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5634 Sayılı Kanunun 6. maddesi ile yürürlükten

kaldırılmıştır. Toplumun değişen ihtiyaçlarına, tıbbi gelişmelere, mesleki yeniliklere cevap verilebilmesi ve Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalar ve Avrupa Birliği politikalarına uyum sağlanabilmesi amacıyla Hemşirelik Kanunu'nda değişiklik yapan 5634 sayılı Kanun ile kaldırılan hükmün bir benzeri yeniden yasama organı tarafından düzenlenerek hukuk sistemine sokulmuştur.

Demokratik hukuk devletlerinde yasama organının düzenleme yetkisinin, hukukun evrensel ilkeleri ile Anayasal kural ve ilkelerle sınırlı olduğu kabul edilir. Bu kapsamda sağlık hizmeti sunumunda görev alan çalışanlara yönelik düzenlemelerin, yaşam ve sağlık hakkı ile olan bağı gözetilerek oluşturulması devletin ödevidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 günlü ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararında, "sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olduğu, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahip olduğu, insanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği" belirtilmiştir.

Yüksek Mahkemenin 30.12.2010 günlü, E.2007/78, K.2010/120 sayılı kararında ise, "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. (...) Sağlık hizmetlerinin devamlılığı asıldır. Hemşirelik eğitiminde lisans ve lisansüstü eğitime geçiş bir süreci gerektirir. İptali istenilen kuralda hemşirelik eğitiminde lisans eğitimine geçiş sürecinde mevcut ve gelişmelere göre artan hemşire ihtiyacı gözetilerek geçici olarak beş yıl süreyle sağlık meslek liselerinin hemşirelik ve hemşireliğe eşdeğer sağlık programlarına öğrenci alınmasına devam olunması, sağlık ve yaşam hakkının korunması ve bu korumada sürekliliğin sağlanmasında Devlete verilen pozitif yükümlülüğün bir gereğidir" gerekçesi ile sağlık çalışanlarının eğitim koşullarını belirlemede devletin yaşam ve sağlık hakkının korunmasındaki pozitif ödev yükümlülüğü ile olan bağını ortaya koymuştur.

Sağlık Meslek Lisesi programlarında 8 yıl olan zorunlu eğitimi bitiren ve yaşı 14-15 arasında olan öğrenciler seçtikleri programlarda okuyup 17-18 yaş civarında "hemşire yardımcısı" ya da "ebe yardımcısı" olabilecek ve sağlık hizmeti sunumuna katılabilecektir. Bu durum Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde ve Anayasada düzenlenen sağlık alanında insan haklarının korunması ve mesleki standartlara uygun sağlık hizmeti alma hakkı ile çelişmektedir. Bu konuda en açık ve temel "destek ölçü norm" Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması Sözleşmesi'dir. Sözleşme'nin 1. ve 3. maddeleri uyarınca, Taraf Devletler temel iki yükümlülük altındadır:

- İnsan onuru ve kimliğini koruyarak biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almak,

- Uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri almak.

Bu yükümlülüklere ek olarak, "mesleki standartlara uygun araştırma ve müdahale" özel bir hükümle düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 4. maddesi uyarınca; "araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak" yapılması gerekir. Sözleşme'nin 23. maddesi, Sözleşme'deki güvencelerin siyasal değil, etkili bir yaptırım düzeneği ile "hukuksal" olmasını sağlayan ("normatif bağlayıcılık") ayrı bir hüküm içermektedir:

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. "Özde uyum" yaklaşımı olarak adlandırılabilecek bu yargısal yorum, Anayasanın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ilkesi ile 90. maddesinin son fıkrasında ortaya çıkan "Anayasanın uluslararası insan hakları hukukuna açıklığı ilkesi"nin bir sonucudur. İptali istenilen düzenlemeler, Taraf Devletlerin yükümlülüklerine ve özellikle Sözleşmenin 4. maddesine aykırı düşmektedir. Bu itibarla iptali istenen düzenleme Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Diğer yandan Anayasanın 2 ve 17'nci maddelerinde düzenlenen yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı özgül biçimde korunmaktadır.

Bunun anlamı, öncelikle her iki hak bakımından "pozitifleşmiş öz güvenceleri" ya da "ek güvenceler" olarak bilinen güvencelerin Anayasada yer almış olmasıdır. O nedenle bilimsel ve tıbbi deneylere tutulmada kişinin rızasının aranması ya da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaması özgül olarak düzenlenmiştir. Yaşam hakkına yönelik müdahalenin istisnaları da Anayasanın 17. maddesinin son fıkrasında açıkça ve sınırlı sayıda olmak üzere sayılmıştır. Öte yandan, her iki hakkın "sert çekirdekli haklar" olarak özel ve göreceli önemi, bunların Anayasanın 15. maddesinin ikinci fıkrasında ayrıca vurgulanmış olmaları ile de pekişmektedir. Anayasanın anılan maddesi olağanüstü yönetim usulleri gibi temel hak ve özgürlükler bakımından en riskli uygulamalarda dahi, "savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağını" güvence altına almaktadır. Anayasa Mahkemesi içtihadında da yaşam hakkı ve kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, bu hakların diğer hakların kullanımının öncülü olmaları ya da "ana hak" nitelikleri ile uyumludur. Anayasa Mahkemesi yaşam hakkını temel bir yorum ilkesi olarak benimseyerek tüm hukuk düzenine egemen kılarken, bu hakkın öncül ve ana hak değerini sadece kişiye özgü (sübjektif) yönüyle değil, nesnel yönüyle de tanımaktadır:

"Şu yönü de açıklamak gerekir ki, hukuk devletinde korunması gereken en büyük değerin insanın canı ve sağlığı olduğu açıktır ve bu konuda görüş birliği vardır. Nitekim Anayasanın 10'uncu, 14'üncü ve 49'uncu maddelerindeki kurallara desteklik eden temel ilke dahi bu düşünceye dayanmaktadır. Hukuk kurallarının konuluşunda ve yorumlanmasında, insan canı ve sağlığının en yüksek ve en önemli değer olduğu yolundaki bu temel ilkenin sürekli olarak göz önünde tutulması zorunludur." (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 18.03.1976 günlü ve E.1975/198, K.1976/18 sayılı kararı)

Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesinde, bu hakkı sınırlayıcı, yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler, Anayasanın 2., 17. ve 56. maddesinde yer alan kurallarına aykırı düşer.

İptali istenilen düzenlemeler sağlık hizmeti sunmak için lisans programlarından mezun olmayı zorunlu kılmamakta, "kişinin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme hakkı"nı zayıflatarak özünü zedelemektedir. Anayasanın 13. maddesinde

temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından uygulanan bir ölçüt olan hakkın özü, sadece onu açık ya da örtülü biçimde kullanılamaz duruma getiren sınırlamalar için değil, kullanımını güçleştiren, zayıflatan ya da etkisiz hale getiren sınırlamalar için de geçerlidir. Düzenleme, hakkın etkili biçimde kullanımını sağlamayarak "zayıflatılması"na neden olmaktadır.

Hakkın özüne dokunan bir düzenlemenin Anayasanın 13. 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. 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.

Yukarıda değinildiği üzere Kanun hükmü bir ihtiyacın ürünü olmadığı gibi aksinin kabulü halinde dahi bu ihtiyacın nitelikli eğitim almış personel eliyle karşılanabileceği açıktır. Lise düzeyindeki eğitimin ise ihtiyacı karşılamak için yeterli olmadığı açıktır. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından yayımlanmış olan Mesleklerin Sınıflandırılmasına İlişkin Uluslararası Standartlara (International Standart Classification of Occupations - ISCO) göre hemşire yardımcılığı programı için lise üzerine iki yıl eğitim alınması zorunlu görülmüştür. Yapılan ve sürdürülen düzenlemeler sonucunda ne yazık ki çok küçük yaşta çocuklar hemşire yardımcısı olmaya yönlendirilmekte, maddi ve manevi varlıklarını koruyup sürdürme hakları ihlal edilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 24. maddesi ile 1219 sayılı Kanunun ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentleri ile 29. maddesi ile 1219 sayılı Kanuna eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesindeki "… hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve …" ibaresi, Anayasanın 2., 13., 17., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

13) 6514 Sayılı Kanunun 37. Maddesiyle 209 Sayılı Kanunun 3. Maddesine Eklenen Dokuz ve Onuncu Fıkraların Anayasaya Aykırılığı

209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 3. maddesine eklenen dokuzuncu fıkra ile; eğitim ve araştırma hastaneleri ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi kapsamında üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan profesör ve doçent unvanını haiz bulunanlar ile eğitim görevlilerinin, her bir branş itibarıyla sayılarının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri döner sermaye hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmelerine karar vermeye Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğu; bu şekilde çalıştırılacak kişilerin, Bakanlıkça belirlenecek yüzde 50'si uygulama, yüzde 50'si de akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre tespit edileceği; elde edilen gelirin yüzde 50'sinin, herhangi bir limite bağlı olmaksızın çalıştırılan kişilere ödeneceği; bu şekilde çalıştırılacakların aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamayacağı; mesai dışı ek ödeme alamayacağı; aylık sözleşme ücretlerinin, kadroları için belirlenen mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından az olamayacağı; idari görevlerde bulunamayacakları; ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrüründe beş yıl süreyle bu kapsamda çalıştırılamayacakları kurallaştırılırken; onuncu fıkrasında, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinin, tabip ve diş tabibi kadro sayıları için ayrı ayrı hesaplanmak şartıyla ve bu sayıların yüzde 20'sini geçmemek üzere yedinci fıkra kapsamında üniversite ile sözleşme yapabileceği; vakıf üniversiteleri ile iş birliği yapan özel hastanelerde yüzde 20 oranının hesabında, üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabiplerinin dikkate alınmayacağı, bunlardan ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davrananların, bu kapsamdaki ilgili sözleşmesinin sona erdirileceği ve bunların bir yıl süreyle yeni sözleşme yapamayacakları; aykırı davranışın üç yıl içinde tekerrüründe ise beş yıl süreyle yeni sözleşme yapma yasağı uygulanacağı belirtilmektedir.

Bu düzenlemelere göre, profesör ve doçentler ile eğitim görevlileri, özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastaneleri tarafından "çalıştırılabilmek" için, Sağlık Bakanlığının belirleyeceği yüzde 50'si uygulama ve yüzde 50'si akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre belirlenen her bir branş itibarıyla sayılarının yüzde 50'si arasında yer almaları gerekecek;

"çalıştırılabilir" profesör ve doçent ile eğitim görevlisi kapsamında yer alanlar, aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamayacak; aylık sözleşme ücretleri, mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından (2014 yılı ilk yarısı için 4.891,22 TL'dir) az olamayacak; bunlar idari görevlerde bulunamayacak; mesai dışı ek ödeme alamayacak; ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları halinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrürü halinde beş yıl süreyle "sözleşmeli" olarak çalıştırılamayacak; döner sermaye hesabına kaydedilen sözleşme ücretinin % 50'si sözleşmeli çalıştırılan profesör ve doçente verilirken, % 50'si hastane ihtiyaçlarında kullanılacaktır.

Maddede sözü edilen "eğitim ve araştırma hastaneleri" tıpta uzmanlık eğitiminin; 3359 sayılı Kanunun ek 9. maddesine göre "üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastaneler" ise tıpta uzmanlık eğitimi yanında tıp ve diş hekimliği fakültelerinin uygulamalı lisans eğitim ve öğretiminin yapıldığı merkezlerdir.

Nitekim, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun "Bazı sağlık personelinin atanması" başlıklı ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında, "Tıpta ve diş hekimliğinde uzmanlık eğitimi, ilgili dalda tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan profesör, doçent, yardımcı doçent, eğitim görevlisi ve başasistanlar tarafından verilir. Yardımcı doçent ve başasistanların tıpta uzmanlık eğitim verebilmeleri için bu kadrolarda bir yıl çalışmaları şarttır." denilirken; altıncı fıkrasında ise "Profesör veya doçentlerin eğitim ve araştırma hastanelerine eğitim görevlisi olarak atanmaları, Kurumca yapılacak ilan üzerine müracaat eden adayların bilimsel çalışmaları ve eğitici nitelikleri değerlendirilerek yapılır. Adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitici niteliklerini değerlendirmek üzere ilgili uzmanlık alanlarında üç profesör tespit edilir. Bunlar adaylar hakkındaki mütalaalarını, öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı bildirir ve bu mütalaalara göre görevlendirme yapılır." Denilmiş; aynı Kanunun ek 9. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, "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." kuralına yer verilmiştir.

Sağlık ve yükseköğretim politikalarının Anayasal ilke ve kurallar çerçevesinde belirlenmesi gerekeceğinde kuşku yoktur.

Sağlık politikası, kişilere tanınan temel haklar bağlamında Anayasanın 17 nci maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." ilkesi ile sosyal haklar bağlamında 56. maddesinin üçüncü fıkrasında devlete verilen, "herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" yükümlüğü; yükseköğretim politikası ise, 130. maddesindeki, "milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirme" amacı ve "ülkeye ve insanlığa hizmet etmek" ülküsü; vakıf üniversiteleri açısından ise bunlara ek olarak "kazanç amacına yönelik olmamak" şartı çerçevesinde oluşturulmak durumundadır.

3359 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen ek 1. ve ek 9. maddelerine göre, "eğitim ve araştırma hastaneleri" ile "üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastaneler", üniversitelerin tıp ve diş hekimliği fakültelerinin uygulama ve araştırma merkezi hastaneleri gibi lisans ve tıpta uzmanlık eğitiminin gerektirdiği uygulamalı eğitim-öğretim ile bilimsel araştırma faaliyetlerinin yapıldığı kamu hizmeti birimleridir. Bu bağlamda, buralar öncelikle ve özellikle tedavi kurumu veya sağlık hizmeti sunucusu değil; sağlık hizmetlerinin hekim, uzman hekim ve bilimsel araştırma yapılması amacıyla sunulduğu yerlerdir.

Dolayısıyla, "eğitim ve araştırma hastaneleri" ile "üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastaneler"de görevli öğretim üyelerinin tedavi hizmeti sunmaları başlı başına bir amaç değil, hekim ve uzman hekim yetiştirme görevlerinin uzantısı ve doğal bir sonucudur.

Öte yandan, kişilerin yaşam ve sağlık hakkı ile sağlıklarına ulaşmak için hekime ulaşma hakları, öncelikle ve özellikle asli görevleri sağlık hizmeti sunmak olan hekim ve uzman hekimlerin, çağın ve tıp eğitim ve etiğinin gerektirdiği bilimsel ölçütler ve temel zorunluluklar çerçevesinde yetiştirilmelerini gerektirmektedir.

Nitekim, Anayasanın 17 nci maddesinin birinci fıkrasındaki, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir." ilkesinin hayata geçirilmesi ile 56. maddesinin üçüncü fıkrasında devlete verilen, "herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak" yükümlüğünün yerine getirebilmesi, 130. maddesindeki, "milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı" doğrultusunda hekim, diş hekimi ve uzman hekim ile öğretim üyesi yetiştirilmesinden geçmektedir.

Oysa iptali istenen düzenlemelerde Anayasal ilke ve kurallar tam tersine çevrilmektedir.

Bu bağlamda;

- Asli görevleri sağlık hizmeti sunmak olan hekim ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmaları ve sağlık hizmeti sunucusu olan özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışmaları yasaklanarak kişilerin hekime ulaşma hakları engellenirken; sağlık hizmetlerini hekim ve uzman hekim yetiştirilmesi ve bilimsel araştırma yapılması amacıyla sunan öğretim elemanlarından profesör ve doçentler ile eğitim görevlilerinin, sağlık hizmeti sunucusu olan özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde (eğitim-öğretim ve araştırma amaçlı da değil) mesai saatleri dışında kurumsal sözleşme ile çalıştırılmaları öngörülmekte;

- Mesai saatleri ve uygulamalı eğitim-öğretim faaliyetleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmaları yasaklanan öğretim üyelerinden mesai saatleri dışında özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde özne olarak çalışma ilişkisinin tarafı da değil konusu haline dönüştürülerek "çalıştırılması" öngörülen profesör ve doçentler ile eğitim görevlileri, her bir branştaki sayının yüzde 50'si ile sınırlanmakta;

- "Çalıştırılabilir" yüzde 50 içinde yer almanın koşulu, yüzde 50'si uygulama ve yüzde 50'si akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine bağlanarak; kriterler içinde yer alamayanların mesai saatleri dışında ilgili hastanelerde uygulamalı eğitim-öğretimin gerektirdiği faaliyetlerde çalışması öngörülürken; kriterler içinde yer alanların, mesai saatleri ve uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetleri dışında özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılması sağlanarak, uzun dönem hekim ve uzman hekim yetiştirilmesi ve dolayısıyla kişilerin hekime ulaşma hakları; "en başarılıları" pazarlama stratejisi yoluyla özel hastane tacirleri ile tacirleşmesi öngörülen (planlı, düzenli ve sürekliliğe dayalı tıp eğitiminin gerektirdiği kadroları tam zamanlı çalıştırma ve dolayısıyla vergi, SGK, büro, yardımcı hizmetler vb. sabit giderlere katlanma yerine, yüzde yirmisini devlet üniversitelerinin "en başarılı" veya "en popüler" profesör ve doçentlerinden karşılayıp, karlılığı sağlamak amaçlı ticari "reklam"ın kurumsal alt

yapısını da oluşturarak ticari hastane hizmetlerini yarı zamanlı profesör ve doçentler eliyle 'parça başına' ücretlendirme üzerinden giderme yoluyla) vakıf üniversitesi hastanelerinin karlılığını sağlama amacına feda edilmekte;

- Serbest meslek faaliyetinden men edilerek sağlık hizmeti sunucusu tacirlerle parça başına ücretlilik ilişkisine mahkum edilen profesör ve doçentler ile eğitim görevlilerine, sözleşmelilik ilişkilerindeki muhtemel kayıp ve kaçakları önlemek için tek yanlı olarak belirlenen asgari kurumsal sözleşme tutarı dayatılarak profesör, doçent ve eğitim görevlisi emeği sömürüsü olağanlaştırılırken, sadece tek bir tacire bağlı çalışma ve özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastaneleri 5510 sayılı Kanunun 73. maddesinin ikinci fıkrasına göre hastalardan fark ücreti alırken, sözleşmeli profesör ve doçentler ile eğitim görevlilerinin alamayacağı kurallaştırılarak ve ayrıca döner sermaye hesabına yatırılan sözleşme ücretinin yüzde ellisine idare tarafından el konularak profesör, doçent ve eğitim görevlisi emeği üzerinden sağlık hizmeti rantı elde edilmekte;

Olduğundan iptali istenen düzenlemeler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, ifadesini Anayasanın 17., 56. ve 130. maddelerinde bulan, kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürme ve bunları gerçekleştirebilmek için hekime ulaşma hakları yanında devlete yüklenen "milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü" ve bu anlamda hekim ve uzman hekim yetiştirme amaçları ve "ülkeye ve insanlığa hizmet etmek" ülküsü ile bağdaşmadığı; aksine özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinin ticari karlılığını güvence altına almayı ve vakıf üniversitelerini "kazanç amacına yönelik" çalışmaya teşvik etmeyi ve ayrıca profesör ve doçent emeği üzerinden rant elde etmeyi amaçladığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Kaldı ki, tıp ve diş hekimliği fakültelerinin doçent ve profesör kadrosunda bulunan tabip ve diş hekimi öğretim üyeleri ile Eğitim ve Araştırma Hastanelerinde eğitim görevlisi, doçent ve profesör unvanına sahip hekim ve diş hekimlerini çalıştırılabilecek özel hastaneler ile vakıf üniversiteleri hastaneleri, ülkemizdeki insanlara ya da genel sağlık sigortası sigortalısı vatandaşlarımıza yalnızca sigortalı olunması karşılığında ücretsiz sağlık hizmeti sunan, hasta ile sağlık kuruluşu arasında para ilişkisi bulunmayan kurumlar da değildir. Söz konusu kuruluşlar, 5510 sayılı Kanunun 73. maddesi uyarınca genel sağlık sigortalısı olan hastalardan

belirlenen sağlık hizmetleri bedeline ek olarak, bu bedellerin iki katına kadar ilave ücret, otelcilik hizmetleri ile Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu tarafından belirlenen ve giderek kapsamı genişleyen istisnai sağlık hizmetleri için, genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerden belirlenen hizmet fiyatlarının üç katını geçmemek üzere ilâve ücret almaktadır. Durum böyle iken, sağlık hizmetlerini uygulamalı eğitim-öğretim ile bilimsel araştırma amaçlı sunması gereken profesör ve doçentlerin yüzde 50'si uygulama ve yüzde 50'si akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre belirlenecek yüzde ellisinin bilimsel birikim ve emeğinin "ülkeye ve insanlığa hizmet etmek" üzere "milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun" hekim ve uzman hekim yetiştirme amacından koparılarak, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinin ticari karlarına tahsis edilmesinde ve onuncu fıkrasıyla özel hastane ve vakıf üniversitesi hastanelerinin kadrolarının yüzde 20'sini maliyet düşürücü bu yolla karşılayacak olmalarında kamu yararı olmadığı ek açıklamaya ihtiyaç göstermeyecek derecede açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi 18.03.1976 günlü E.1975/198, K.1976/18 tarihli kararında, hukuk devletinde korunması gereken en büyük değerin insanın canı ve sağlığı olduğunu, hukuk kurallarının konuluşunda ve yorumlanmasında, insan canı ve sağlığının en yüksek ve en önemli değer olduğu yolundaki temel ilkenin sürekli olarak göz önünde tutulmasının zorunlu olduğunu vurgulamış; sosyal hukuk devleti ilkesinin de bunu gerektirdiği belirtilmiştir.

Yüksek Mahkeme, 13.03.2006 günlü ve E.2006/21, K.2006/38 sayılı kararında da "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." vurgusu yapmıştır.

Bu itibarla iptali istenen düzenlemeler, bir bütün olarak Anayasanın 2., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, 1219 sayılı Kanunun 12. maddesinin ikinci fıkrası daha önce 5947 sayılı Kanunun 7. maddesi ile yine kısıtlayıcı biçimde düzenlenmiş; "Tabipler,

diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, aşağıdaki bentlerden yalnızca birindeki sağlık kurum ve kuruluşlarında mesleklerini icra edebilir" biçimindeki bu düzenleme, Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 gün ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Karar gerekçesi şöyledir:

"İptal konusu ibarede, tabiplerin, diş tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebilecekleri belirtilerek, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenleme yapılmasının, Anayasada güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu "bentlerden yalnızca birindeki" ibaresi Anayasanın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır."

Karardan anlaşıldığı üzere Yüksek Mahkeme, hekimlerin çalışma alanlarının kısıtlanması yönündeki düzenlemelerin "Anayasada güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine" aykırılık oluşturduğu görüşündedir.

Hekimlik bilgisi ve yeteneğinin topluma sunulmasında kolaylaştırıcı ve kapsayıcı bir anlayıştan uzak olarak hekimlerin çalışabileceği alanları, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinin karlılığını sağlamak amacıyla sınırlandırmak, sağlık hizmetine ihtiyaç duyanların hizmete serbestçe ulaşmalarını zorlaştırmakta, kimi özel bilgi ve deneyim isteyen branşlar yönündense neredeyse imkânsızlaştırmaktadır.

Sağlık hizmetine ihtiyaç duyanların bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetine ulaşmalarını zorlaştırıcı ya da engelleyici nitelikte olan iptali istenen düzenlemeler, yaşam ve sağlık hakkı, kamu yararı ve demokratik toplum gerekleri ile bağdaşmadığından, Anayasanın 2., 17. ve 56. maddelerine bu açıdan da aykırılık oluşturmaktadır.

Üniversitelerin tıp ve diş hekimliği fakültesi kadrolarında bulunan profesör ve doçentler ile bunlardan "eğitim ve araştırma hastaneleri"nde görevlendirilenler idari görev alabilirken; önceki yıldaki uygulamalı ve akademik çalışmaları nedeniyle özel

hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde "çalıştırılabilir" olmalarından dolayı çalıştırılan profesör, doçent ve eğitim görevlilerinin bu görevlerde bulunamayacak olmaları, "demokratik devlet" ile "kanun önünde eşitlik" ilkeleriyle bağdaşmadığından, dokuzuncu fıkranın (ç) bendi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır.

Tıp ve diş hekimliği fakültelerinin, teorik ve uygulamalı niteliğinden dolayı sağlık hizmetlerini hekim ve tıpta uzmanlık eğitimi ile bilimsel araştırma yapmak amacıyla sunan öğretim elemanlarından sadece profesör, doçent ve eğitim görevlilerinin yüzde 50'si, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde "çalıştırılabilir" iken; asli görevleri sağlık hizmeti sunmak olan hekim, diş hekimi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların ve ayrıca öğretim üyelerinden yardımcı doçentler ile doçentlik unvanını elde etmiş ve fakat kadro yokluğu vb. nedenlerle doçentlik kadrosuna atanamamış bulunanların ve ayrıca yüzde 50 içinde yer alamayan profesör ve doçentlerin, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yapamayacak olmaları yanında, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde de çalıştırılamayacak olmaları, Anayasanın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığından, yüzde 50 içinde yer alan profesör ve doçentler ile eğitim görevlilerine ayrıcalık tanıyan iptali istenen yedinci fıkra, Anayasanın 10. maddesine bu açılardan da aykırıdır.

Yukarıda gerekçelerine yer verilen kurallar iptal edildiğinde, dokuzuncu ve onuncu fıkraların geri kalan ibarelerinin uygulama olanağı kalmayacağından, uygulama olanağı kalmayan hükümlerin, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Kanunun 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 37. maddesiyle 209 sayılı Kanunun 3. maddesine eklenen dokuz ve onuncu fıkraları, Anayasanın 2., 10, 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

14) 6514 Sayılı Kanunun 39. Maddesiyle 211 Sayılı Kanunun 57. Maddesine Eklenen İkinci Fıkradaki "… harekât ihtiyaçları hariç …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6514 sayılı Kanunun 39. maddesi ile Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkrada,

"harekât ihtiyaçları hariç" ibaresine yer verilerek, harekât zamanında sağlık hizmetlerinin hizmet standartlarının dışında yürütülebileceği düzenlenmiştir. Maddeye eklenen fıkra, sağlık hizmetine ihtiyaç duyan kişiye şartların müsaade ettiği en iyi bakımı götürme, mesleki standartların uygulanmasını sağlamayı amaçlama ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır.

Her koşulda mümkün olan en iyi bakımı zamanında yapacak şekilde bir sistemin geliştirilmesi, herhangi bir zincirde olduğu gibi hasta ve yaralıların tahliye ve tedavi sisteminin öncelenmesi yerine, hekim olmayan kişilerin hizmet sunmasına olanak tanınması, tıbbi kuralların uygulanmasından vazgeçilmesi sosyal devlet ilkesi ile uyumlu değildir. Nasıl ki yaralanma anında doğru bir ilk yardım ve hızlı tahliye hayati önem taşıyorsa, hizmet standartlarının askıya alınması da sağlık ve yaşam hakkının ihlali sonucunu yaratacaktır.

1219 sayılı Kanunun Ek-3 nolu Tıpta Uzmanlık Yan Dalları, Bağlı Ana Dalları ve Eğitim Sürelerine Dair Çizelgede "Harp Cerrahisi", her türlü zor koşulda ve sahra şartlarında kısıtlı olanaklarla yaralı hakkında hızlı ve doğru kararı verip, yaralıya en hızlı şekilde müdahale edebilecek, gerektiğinde diğer disiplinlerin acil ameliyatlarını da yapabilecek bir branş olarak düzenlenmiştir. Harekât anındaki ihtiyaçların giderilmesi için branşlaşmaya gidilirken Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen fıkra sağlık hizmeti sunumu ve teşkilatlanmada gelinen düzeyi yansıtmamaktadır.

Kaldı ki Tıpta Uzmanlık Kurulu 23/06/2010 tarih ve 82 sayılı Karar Ekinde harp cerrahisinin ortopedi ve travmatoloji uzmanlık branşında rotasyon yapmasını kararlaştırırken; bu alandaki bilgilerini ancak ve ancak; acil şartlarda ekstremitelerin hayatiyetini değerlendirme ve gereken vakalarda hayat kurtarıcı amputasyonları yapmayı öğrenmek hedefleri ile sınırlandırmıştır. Tıp ve tıpta uzmanlık eğitimi sonucunda edinilen yetkinliklerin sınırları, acil şartlarda harekât anında hayat kurtarıcı işlemleri gerçekleştirme hedefine yönelik genişletilirken, harekât anını bütünüyle hizmet standartlarının dışında değerlendirmek bireyin ve herkesin onuruna saygı gösterilerek insani ihtiyaçların tıbbi gerekliliklerin bütünsel olarak karşılanma gereği ile örtüşmemektedir.

Anayasanın 17. maddesinde herkese tanınan "yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı" ile 56. maddesinde devlete herkes için verilen,

kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlama yükümlülüğünün istisnası bulunmamaktadır. Bu itibarla, silahlı kuvvetler sağlık hizmetlerini, "harekât ihtiyaçları" durumunda dahi şartların müsaade ettiği ölçüde hizmet standartlarına uygun yürütmek durumundadır. Buna istisna getirilerek, "harekât ihtiyaçları"nın ulusal sağlık mevzuatında yer alan hizmet standartlarının bütünüyle dışına çıkarılması, Anayasanın 17. ve 56. maddelerindeki kurallarla bağdaşmaz.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 39. maddesiyle 211 sayılı Kanunun 57. maddesine eklenen kinci fıkrasındaki "… harekât ihtiyaçları hariç …" İbaresi, Anayasanın 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

15) 6514 Sayılı Kanunun 46. Maddesi ile 3359 Sayılı Kanuna Eklenen Ek 11 inci Maddenin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

3359 Sağlık Hizmetleri Temel Kanunun Ek 11 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, "Olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." denilmektedir.

Getirilen kuralın kapsamında kim ya da kimlerin yer aldığı belirsizdir. Kapsamda yer alan kişiler "ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan" veya "yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler" olarak tanımlanmıştır. Suçun faili olabilecek kişilerin kim ya da kimler olabileceği konusunda bir belirsizlik bulunmakla birlikte suçun faili olabilecek kişiler arasında hekim, diş hekimlerinin de yer alacağı kuşkusuzdur.

Ancak, cümlede geçen "ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunmak" eylemi bir belirsizlik içermektedir. Çünkü, Üniversitelerin Tıp Fakülteleri ile Diş Hekimliği Fakültelerinden mezun olanlar, mezuniyet ile birlikte mesleğini icraya yetkili olmaktadırlar. Ruhsat ise, hekimlerin meslekleriyle ilgili bir işyeri (muayenehane, laboratuvar vb.) açması durumunda İdare tarafından düzenlenen izin belgesi anlamındadır. Yani ruhsat mesleğin icrası ile ilgili olmayıp işyerinin açılması ve işletilmesi ile ilgilidir; mesleğin icrası için üniversite diploması yeterlidir.

Madde metninde belirsiz birtakım durumlar için ceza hukuku yaptırımları düzenlenmiş olması, suç ve cezanın belirliliği ilkesi ve öngörülebilirlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, mevzuatta her türlü sağlık hizmeti sunumu için ruhsat gerekliliği bulunmamaktadır. Örneğin 1219 sayılı Kanunun 5. maddesinde muayenehane açmak için bildirim usulü benimsenmiştir: "Özel muayenehane açmak veyahut evinde hasta görmek suretiyle hekimlik yapmak isteyen her hekim hasta kabulüne başladığından itibaren en çok bir hafta içinde isim ve kimliğini, diploma gün ve sayısını muayenehanesinin adresini ve varsa uzmanlık belgesini mahallin en büyük sağlık makamına kayıt ettirmek ve muayenehanenin nakli halinde en az 24 saat önce nakil durumunu bildirme zorundadır."

Bu düzenlemeyle, sağlık hizmeti sunmaya yetkili hekim tarafından işletilmeye başlanan ve İdareye bildirimi yapılmış bir muayenehane konusunda, ruhsat (izin) gibi bir eksiklik ileri sürülerek hekimin ceza sorumluluğuna gidilmesi söz konusu olabilecektir. Hatta ailesinin ya da komşusunun tedavisine yeltenen bir hekimin dahi ceza yaptırımı ile karşılaşması olasıdır.

Bundan başka, Anayasa Mahkemesinin 5947 sayılı Kanunun bazı maddelerini iptal eden Kararında da belirttiği gibi, "sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir."

Mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez niteliği nedeniyle sağlık hizmeti hep ve mutlak bir şekilde sağlık kuruluşu organizasyonu içinde sürdürülen bir kamu hizmeti değildir. Hayatın akışı, öngörülemez bir anda bir hekimlik faaliyetini zorunlu kılabilir; ya da bir hekimin özel uzmanlık bilgisi konsültasyon biçiminde ruhsat/izin beklenmeksizin talep edilebilir. Hekimlik bilgisi ve hekimlik faaliyeti, mesleki deontoloji gereği, ihtiyaç durumunda hemen ve sorgusuz biçimde sunulmak zorundadır; bu durumda hekimlerin sağlık kuruluşlarının ruhsatını sorgulamak gibi bir yükümlülüğünün bulunması kişilerin hekime ulaşma hakkını engelleyen bir nitelik taşıyacaktır.

Bu bağlamda, sağlık hizmeti sunumu her zaman için önceden planlanabilen ve bir ruhsata bağlanabilen nitelikten uzaktır. Bu durumda, öngörülmez ve belirsiz durumlar için düzenlenen ceza yaptırımı, zorunlu durumlarda bile hekimlerin müdahaleden kaçınması sonucunu doğuracaktır.

Maddede diğer bir suç türü sayılan fiil "yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirmek"tir. Maddede bu suçun hangi hallerde ve kimler tarafından işlenebileceği belirli değildir. Sözgelimi ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunumuna yönelik bir organizasyon yaparak burada sağlık personeli olmayan kişiler aracılığı ile sağlık hizmeti verdirilmesi mi, yoksa ruhsatsız bir sağlık hizmet sunum organizasyonunda İl Sağlık Müdürlükleri tarafından verilmiş bir çalışma belgesi olmaksızın mesleğini icra etmeye yetkili sağlık personeline hizmet verdirilmesi mi, ya da ruhsatlı sağlık kuruluşu olmakla birlikte personel çalışma belgesi olmadan personel çalıştırılması fiilinin mi suç sayılacağı belirsizdir. Maddedeki belirsizlik nedeniyle bu hallerin tamamının da suç sayılıp cezalandırılması olanaklı olabilecektir.

Suçun faili olabilme yönünden tereddüt olmayan hekim, diş hekimlerinin suç sayılan fiilleri yönünden ise başka bir belirsizlik bulunmaktadır. Maddede; hekimlik mesleğini icraya yetkili olmakla birlikte, gerekli idari izinleri yerine getirmeksizin yapılan mesleki faaliyet suç sayılmaktadır. Öncelikli ödevi, tıbbi yardıma ihtiyacı olan bütün insanlara hiçbir ayrım gözetmeksizin sağlık hizmeti vermek olan hekimlerin hangi hallerde idari izin alacakları hangi hallerde idari izin olmaksızın verecekleri sağlık hizmetinin suç oluşturmayacağı belirsizdir. Cümlenin girişinde bulunan "Olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç" ibaresi idari izin alınmaksızın verilebilecek ve suç sayılmayacak hekimlik hizmetlerindeki belirsizliği gidermeye yetmemektedir. Hekim acil hal kabul edip sağlık hizmetini vermeye başladığı hastalara yönelik acil sağlık hizmetinin ne zaman ulaşmış sayılacağı, acil sağlık hizmeti ulaşmış olmakla birlikte sağlık hizmetinin ne zaman devamlılık arzetmiş kabul edileceği de belirsizdir.

Bir diğer çelişkili durum ise acil sağlık hizmetleri ulaşmış bile olsa hastaların hekim seçme özgürlüğü kapsamında ilk müdahalede bulunan hekimin sağlık hizmetini sürdürmesini talep etmesi halinde hekimin davranışının suç kapsamına alınabilecek olmasıdır. Acil sağlık sorununu görüp yardımda bulunacak hekimlerin,

verecekleri sağlık hizmetinin herhangi bir aşamasından sonra suç sayılabileceğini düşünerek mesleklerini icra etmeleri olanaklı değildir. Suç sayılan fiil, açıklık ve kesinlik ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, suç tanımının yapılış yöntemini, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirtmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır." şeklinde ortaya koymuştur (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 19.04.1988 tarihli ve E.1987/16, K.1988/8 sayılı kararı).

Öte yandan, sağlık hizmetinin yetkisiz kişilerce verilmesi toplum düzenini bozan bir davranışken, sağlık hizmeti sunumunda ruhsat eksikliği idari düzeni bozan bir durumdur.

İdari düzeni bozan davranışlar için ancak idari yaptırımlar uygulanabilir. Hapis ya da adli para cezası yaptırımları ancak toplum düzenini bozan ve ceza hukukunun konusunu oluşturan davranışlar için konulabilir. İdari yaptırımlar ile düzenlenebilecek bir konunun ağır ceza yaptırımları ile düzenlenmesi hukuk devletinin ölçülülük ilkesine de aykırıdır.

Hizmet yetkili kişilerce yürütülüyor olsa bile salt ruhsat eksikliği nedeniyle hapis ve adli para cezası öngörülmüş olması hukukun evrensel ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır.

Suçun bir unsuru olan tipiklik, bir fiilin cezalandırılabilmesi için fiilin kanunda öngörülen tipe uygun olmasını gerektirir. Açıklık ilkesi ise norm ihdas edilirken cezai yönden meşru olanla olmayanın kesin olarak ortaya konulabilmesi için kanuni tipin açık ve belirgin bir şekilde ortaya konulmasını zorunlu kılar. Suç tanımlarında bulunması gereken açıklık/belirlilik özelliği kıyas yasağını da zorunlu olarak içermektedir. Oysa bu düzenlemeyle pratikte, muayene kapısı 10 cm dar olan bir cerrah ile bir insanı ameliyata kalkışan kasaba aynı madde ile aynı ceza verilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devletinde gerçekleştirilebilir.

Kişilerin hukuk 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. Hukuki güvenlik, ilkesi ceza yasalarının belirliliğini, kıyas yasağını ve ceza yasalarının geriye yürümezliğini de içerir. 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.

Buna karşın, iptali istenen düzenlemelerde, suçun tanımı, hekimlik mesleğinin özellikleri gözetilerek herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde ortaya konulmayarak kıyasa açık bir düzenleme yapıldığı için Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile 38 inci maddesindeki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Ceza yaptırımı öngören düzenlemelerin, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasanın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin genel durumu, sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri, ekonomik hayatın gereksinmeleri ve yaptırıma konu mesleğin özellikleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle Yasa koyucunun, ceza politikasını, öncelikle, Anayasanın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevi belirtilen hukuk devletine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine uygun olarak belirlemesi gerekir. Aksine düzenlemeler, Anayasanın 2. ve 5. maddelerine aykırılık oluşturur.

Madde'nin gerekçesinde ihdas edilen suçun hangi amaçla düzenlendiği, ne tür bir kamusal yararın tehlikede olduğu ve korunmasının amaçlandı belirtilmemiştir. Esasen bu maddeye ilişkin hiçbir açıklama yapılmamıştır. Ruhsatsız sağlık hizmeti

vermek ve yetkisiz kişilere sağlık hizmeti verdirmek suçunun da yer aldığı Ek 11'inci maddeye ilişkin olarak "idari yaptırımların" düzenlendiği belirtilmektedir. Oysa iptali istenilen cümlede idari yaptırım değil, belirsiz bir suç tipi ve ona uygulanacak oldukça ağır bir ceza yaptırımı düzenlenmiştir.

Hekimlik mesleğinin hiçbir izne tabi olmaksızın yapıldığı halleri ayırt etmeksizin, yalnızca yönetsel bir işlem olan çalışma izni alınması gerekliliğini yerine getirmeme nedeniyle insanlara sağlık hizmeti verme davranışının suç olarak düzenlenmesi, hekimlik mesleğinin özellikleri ile çelişmektedir. Hekimler, evrensel hekimlik ilkeleri ve insan hakları belgeleri uyarınca her durumda, ayrımsız olarak ihtiyacı olan bütün insanlara sağlık hizmeti vermekle yükümlü bir mesleğin üyesidirler. Meslek etiği kuralları, hukuk metinlerinin ötesinde evrensel insanlık değerlerinden süzülen bir meslek grubudur.

Hekimlik mesleğinin bütün icra biçimlerini kapsayacak derecede hekimlik faaliyetini idari izne tabi kılıp, aksi davranışları suç sayarak üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar para cezası yaptırımı getirilmesi; hekimlerin mesleklerini evrensel hekimlik ilkelere göre yerine getirme koşullarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurmakta; halkın yaşam ve sağlık hakkı üzerinde ise bir tehdit oluşturduğundan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 17. ve 56. maddelerine de aykırıdır.

Maddede düzenlenen suçlara, hapis cezası ile birlikte verileceği düzenlenen yirmi bin güne kadar adli para cezası; Türk Ceza Kanununda düzenlen suçlar için öngörülmüş en yüksek adli para cezasıdır. Türk Ceza Kanunu'nda hapis cezası ile birlikte yirmi bin güne kadar adli para cezası verilmesi düzenlenen yalnızca iki adet suç vardır. İlki 188. maddesindeki uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, ikincisi 282. maddesindeki suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama suçudur. Öyle ki; toplum sağlığını, kamu düzenini çok ciddi bir biçimde tehdit eden ve kasten işlenen pek çok suçtan daha yüksek ceza yaptırımı hekimlik mesleki faaliyeti için getirilmiştir. Örneğin Türk Ceza Kanunun 79. maddesindeki göçmen kaçakçılığı suçu için, 80. maddesindeki insan ticareti suçu için ve 91. maddesindeki organ veya doku ticareti suçu için öngörülen adli para cezalarının üst sınırı on bin gündür. Hapis cezası yönünden bir karşılaştırma yapmak gerekir ise şantaj suçuna öngörülen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî

para cezasıdır. Bütün bu örneklerden de anlaşıldığı üzere düzenlenen suç tipi ve öngörülen ceza miktarları, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devletinin adalet, ölçülülük ve orantılılık ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, başta 1219 sayılı Kanun olmak üzere sağlık mevzuatında hekim olmadığı halde hekim gibi sağlık hizmeti verilmesini önleyici normlar öteden beri bulunmaktadır. Sürekli ve düzenli bir sağlık hizmeti sunumu amacı ile muayenehane, poliklinik vb. sağlık kuruluşlarının ruhsat almaksızın faaliyet yürütmesini önleyici idari yaptırım türleri de bulunmaktadır. Hatta iptali istenilen suç tipinin düzenlendiği maddede, sağlık hizmeti sunumu için zorunlu araç gereci, personeli bulundurmayan, belirlenen standartlara aykırı sağlık hizmeti sunarak insanların sağlık hakkını tehlikeye atan sağlık kuruluşlarının fiilleri suç sayılmamış, idari kusur olarak nitelendirilip idari yaptırımlar düzenlenmiştir. Öyle ki bu tür tutum ve davranışlara yönelik denetim sonuçlarına uyulmaması hallerinde uygulanan kapatma cezalarının verilebileceği fiiller azaltıldığı gibi kapatma süreleri de azaltılmıştır. Ek 11. madde ve 6514 sayılı Kanunun diğer maddelerinde bulunan bu düzenlemelere rağmen hekimlik mesleğinin icrasının her türlü halini izne tabi kılarak hapis ve adli para cezası öngörülmesi öncelikle adalet ilkesine aykırıdır. Bununla birlikte kamu sağlığını, kamu düzeninin korunması amacı için elverişli değildir. Bu yanıyla da ölçülülük ve orantılılık ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Türk Tabipleri Birliği ile Dünya Tabipleri Birliği, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği başta olmak üzere çok sayıda hekim ve insan hakları örgütleri, bu düzenlemenin tıbbın evrensel olarak kabul edilen tarafsızlığı ilkesini ihlal ettiğini, sağlıkçıların salt sağlıkla ilgili ihtiyaçlardan hareketle hastalara ve yaralılara tedavi hizmeti vermesine ilişkin en temel yükümlülüklerini yerine getirmelerini engelleyebileceğini belirmektedirler.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Öte yandan, Anayasanın 48. maddesinde, herkesin edindiği bir işte, meslekte çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş; 49. maddesinin birinci fıkrasında ise, "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir." denilmiştir.

Anayasayla güvence altına alınmış bir temel hakkın, Anayasanın öngörmediği şekilde ortadan kaldırılamayacağında duraksama yoktur. Kaldı ki, temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasanın 13. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır.

Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerle ilgili sınırlamaların, özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılabileceği ve bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilerek sınırlandırmanın ölçüsü de ortaya konmuştur.

Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin zorunluluk taşımasını da içerir Bkz. Anayasa Mahkemesinin 04.07.2013 tarihli ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararı). Bu bağlamda iptali istenen cümle, Anayasanın 13., 48. ve 49. maddelerine de aykırıdır.

Ceza Hukukunun genel amaçları içinde yer aldığı üzere iptal davasına konu düzenlemedeki kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Kanun koyucunun hak yoksunluklarını belirlerken takdir hakkı çerçevesindeki tercihini de Anayasaya uygun olarak kullanması gerektiği açıktır. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 18.05.2011 tarihli ve E.2008/80, K.2011/81 sayılı kararı). Düzenleme, Anayasanın 2. maddesine bu açıdan da aykırılık taşımaktadır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 46. maddesi ile 3359 sayılı Kanuna eklenen ek 11'inci maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 2., 5., 13., 17., 38., 48., 49. ve 56. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

16) 6514 Sayılı Kanunun 50. Maddesi ile 3359 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 9. Maddenin Anayasaya Aykırılığı

6514 sayılı Kanunun 50. maddesi ile 3359 sayılı Kanuna eklenen geçici 9. madde ile 01.01.2013 tarihinden önce yurt dışında mesleki faaliyette bulunan tabipler, tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yurt dışında eğitimlerini tamamlayanlardan, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde Türkiye'ye dönen ve en az üç yıl süreyle Türkiye'de fiilen meslek icrasında bulunanların, Devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulacağı öngörülerek; bunlar lehine bir ayrımcılık yapılmıştır.

Üstelik yurt dışından gelecek hekimlere kamu kurumlarında çalışma zorunluluğu da öngörülmemiş, herhangi bir özel hastane ya da sağlık kuruluşunda çalışmak için gelmeleri muafiyet için yeterli koşul sayılmıştır. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanların, farklı kurallara tabi tutan bu düzenleme Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi"nin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu yasak, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. 3359 Sayılı Kanuna eklenen geçici 9. maddeyle mecburi hizmetten muaf ayrıcalıklı bir hekim grubu oluşturulmaktadır.

Nitekim daha önce 21.06.2005 günlü, 5371 sayılı Kanun ile 3359 sayılı Kanuna eklenen ek 3. maddenin son fıkrasında, yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayanların Devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulacağı düzenlenmişti. Anayasa Mahkemesi 13.03.2006 günlü E.2006/21, K.2006/38 sayılı kararıyla, yurt içinde veya yurt dışında eğitimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanı tabip unvanını kazanan tabiplerin aynı hukuki konumda bulunduklarını belirtmiş, diğer tabiplerden farklı olarak Devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulmalarının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olacağı gerekçesiyle düzenlemeyi iptal etmiştir.

6514 sayılı Kanunun 50. maddesi ile 3359 sayılı Kanuna eklenen geçici 9. Maddedeki düzenleme de aynı hukuki konumda bulunanlar arasında farklılık yarattığından Anayasanın 10. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Bununla birlikte demokratik hukuk devleti ilkesini yaşama geçiren ülkelerde sosyal, kültürel, coğrafi nedenlerle tercih edilmeyen yerlerde hekim dağılımındaki dengesizliği gidermek üzere özendirici düzenlemelerle sorun çözülmektedir. Bunun yerine ülkemizde uzun yıllardır sürdürülen mecburi hizmet uygulaması, belli grup ve kişilere ayrıcalıklar getiren maddelerle bütünüyle hakkaniyetsiz ve otoriter bir uygulama haline dönüştürülmektedir. 6514 sayılı Kanunun 50. maddesi ile 3359 sayılı Kanuna eklenen geçici 9. madde ile yasa koyucu sahip olduğu takdir yetkisini kamu yararına aykırı kullanmaktadır.

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

Tabipler ile tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlara getirilen devlet hizmeti yükümlülüğü, hekim dağılımındaki dengesizliği düzeltmek ve geri kalmış bölgelere de sağlık hizmetlerini ulaştırabilmek amacıyla getirilmiş bir kuraldır; bu kuralda kamu yararı olduğu da tartışmaların dışındadır.

İptali istenen 01.01.2013 tarihinden önce yurt dışında mesleki faaliyette bulunan tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile maddenin yürürlüğünden önce yurt dışında eğitimlerini tamamlayanları, eşitsiz, adil olmayan ve hakkaniyete aykırı bir şekilde devlet hizmeti yükümlülüğünden ayrık tutan düzenlemede kamu yararı olmadığı ve eğitimini yurtdışında tamamlayan veya yurt dışında çalışan tabip ve uzman tabiplere gizli de değil, açıktan ayrıcalık tanımayı amaçladığı açık olduğundan düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 50. maddesi ile 3359 sayılı Kanuna eklenen geçici 9. madde, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

17) 6514 Sayılı Kanunun 52. Maddesi ile Değiştirilen 5258 Sayılı Kanunun 3. Maddesinin Beşinci Fıkrasının İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6514 Sayılı Kanunun 52. maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi, "Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verilir." şeklinde değiştirilmiştir.

24.11.2004 gün ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununda aile hekimleri ile aile sağlığı elemanların görev ve yetkileri, çalışma yerleri ile çalışma biçimleri ve koşulları düzenlenmiştir. Kanunun 2. maddesinde aile hekimi, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini devamlı olarak belli bir mekânda vermek, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti vermek ve tam gün esasına göre çalışmakla yükümlü tutulmuştur.

Yapılan düzenleme, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına, görev yerleri olan aile sağlığı merkezleri dışındaki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun ek 33. maddesinde belirtilen yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet tutma yükümlülüğü getirmektedir. Nöbet tutturulması öngörülen hastanelerde birinci basamak değil ikinci basamak sağlık hizmetleri verilmektedir. 112 acil sağlık hizmetleri ise bütünüyle ayrı bir uzmanlık eğitimini gerektiren, uzmanla birlikte çalışılacak ise acil sağlık hizmetleri alanında en az altı aylık eğitim alınmasını gerektiren özelleşmiş hizmetlerdir.

Aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarına, görevleriyle ilişkisi bulunmayan ve eğitimini almadıkları sağlık birimlerinde, mesai saatleri dışında asgari sekiz saat ihtiyaç halinde ise belirsiz bir sürede nöbet görevi verilmesi, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı ve görevin görevin gerektirdiği niteliklere sahip kişilerce verilmesi bağlamında da kamu yararı bulunmadığı için, düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

İptali istenilen düzenlemede aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, Aile Hekimliği Kanununda tanımlanan görevleri ve görev yeri ile bağdaşmayan bir görevlendirmeye maruz bırakılmaları yanında görev yeri dışında tutturulacağı belirtilen nöbetin yeri ve ücreti dışında herhangi bir çerçeve çizilmeyerek tüm yetki yürütme organına bırakılmaktadır. Özellikle "ihtiyaç halinde" ayda 8 saatten fazla nöbet tutturulacağına ilişkin hükümde belirsizlik daha da artmakta, ihtiyaç halinin ne olduğu belirgin olmadığı gibi hangi kriterlerin varlığı halinde ihtiyaç halinin varlığının kabul edilmesi gerektiği düzenlenmediğinden idareye verilen yetkinin denetiminin yapılması da imkansız hale gelmektedir.

Aile hekimleri, Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasanın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlisi" kapsamında olup görevlerine ilişkin hakları ve yükümlülüklerinin Yasa ile düzenlenmesi zorunludur (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 21.02.2008 günlü E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararı). Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denildiğinden; düzenleme yetkisi bağlı yetki olan yürütme organına, genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi verilmesi, Anayasanın 7. maddesine aykırı olur.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, yargı denetiminin yapılmasına elverişli olması gereklidir.

Yasa ile getirilen düzenlemedeki belirsizlik aynı zamanda çalışanların dinlenme hakkını da ihlal etmektedir. Nöbet için bir üst sınır öngörülmemesi çalışanların günlük mesai saatlerinin dışında ne kadar olduğu bilinmeyen sürelerle çalışmalarına neden olacak, ertesi gün mesailerine devam etmeleri gerekliliği de göz önünde alındığından çalışma sürelerinin giderek arttırılması sonucunu doğuracaktır.

Türkiye'nin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı 2. maddesinde taraf devletlerin haftalık çalışma sürelerini aşamalı olarak azaltması öngörülmüş, dinlenmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğinin altı çizilmiştir. Yine İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 24. maddesi ve Türkiye'nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin

7. maddesi çalışma sürelerinin makul ölçülerde sınırlanmasını, dinlenme hakkının güvence altına alınmasını devletlere bir ödev olarak yüklemektedir. Anayasanın "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesinin üçüncü fıkrasına göre de "Dinlenmek çalışanların hakkıdır." Bu hak temel hak ve hürriyetlerden olması nedeniyle şahsa bağlı devredilemez sosyal haklardandır. Anayasanın 50. maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı "…hem çalışanın bedenen 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 gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur.

Bu itibarla iptali istenen düzenleme Anayasanın 90. maddesi ile 17. ve 56. maddelerine de aykırıdır.

Aile hekimlerinin Aile Hekimliği Kanununda tanımlanan görev içeriklerine uygun olarak edinmiş oldukları Aile Hekimliği Mesleğini icra etmeleri Anayasanın 49. maddesinde yer alan çalışma hakkının bir gereğidir. Görev yerleri dışında ve mesleki yetkinlik ve görev alanları dışında görevlendirilmeleri çalışma haklarının etkin bir biçimde kullanmalarının önüne geçmektedir. Bununla birlikte aile hekimlerinin nöbet görevi verilecek yataklı tedavi kurumlarına, acil sağlık hizmetlerine sağlık hizmeti almak üzere başvuracak hastaların gereksinim duydukları sağlık hizmetini o alandaki mesleki standartlara uygun olarak alma haklarını da ihlal etmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6514 sayılı Kanunun 52. maddesi ile değiştirilen 5258 sayılı Kanunun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasanın 2., 7., 17., 48., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir..."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

Kanun'un iptali istenilen kuralların da yer aldığı;

1- 3. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesine eklenen (6) numaralı fıkra şöyledir:

"Kamu kurum ve kuruluşlarında memur olarak istihdam edilenlerden uygun niteliklere sahip olanlar, kendilerinin isteği ve kurumlarının muvafakati ile ekli (II) sayılı cetvelde belirtilen pozisyonlarda sözleşmeli statüde istihdam edilebilir. Bu şekilde istihdam edilenler kurumlarından aylıksız izinli sayılır. Söz konusu personel aylıksız izinli sayıldıkları kadro unvanları dikkate alınmak suretiyle 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olmaya devam ederler. Bu görevlerde geçen hizmetleri kazanılmış hak aylık ve derecelerinde değerlendirilir. ***Yükseköğretim kurumlarının öğretim üyesi kadrosunda bulunanlardan sözleşmeli statüde istihdam edilenlerin sözleşmeli olarak çalıştıkları süreler, akademik unvanların kazanılması, yükseköğretim kurumları dışında kullanılması ve diğer özlük işlemlerinde değerlendirilmesi bakımından yükseköğretim kurumlarında geçmiş sayılır.*** *Sözleşmeleri herhangi bir surette sona eren personel, bir ay içinde kurumuna müracaatı halinde, kurumunca bir ay içinde kadrosuna atanır."*

2- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin değiştirilen 55. maddesi şöyledir:

"Sağlık personelinin ihtiyaç hâlinde çağrıya uyması

MADDE 55- (1) Sağlık personelinin mesai saatleri haricinde de hizmetine ihtiyaç duyulduğunda ilgili sağlık kuruluşuna ulaşabilmeleri için alınacak tedbirler ve ilgililerin uyacağı kurallar Bakanlıkça belirlenir."

3- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesine eklenen (1) numaralı fıkra şöyledir:

"Bakanlık ve bağlı kuruluşlarınca düzenlenecek veya onaylanacak her türlü ruhsatlandırma, ürün üretim ve satış izin belgesi ve mesul müdürlük belgesi ile permi, ***kayıt, bildirim*** *ve sertifikalar üzerinden yüzellibin Türk Lirasını geçmemek üzere Bakanlıkça belirlenecek tarifelere göre ücret alınır. Ancak Bakanlıkça alınması teşvik edilen belgelerden ücret alınmayabilir. Bu tarifeler her yıl güncellenir ve ücretler 213 sayılı Vergi Usûl Kanununa göre belirlenen yeniden değerleme oranında artırılır."*

4- 9. maddesiyle 657 sayılı Kanun'un 28. maddesine eklenen birinci fıkra şöyledir:

"Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç). ***Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz."***

5- 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ve eklenen fıkraları şöyledir:

"Kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentler, tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi tutulmaksızın sözleşmeli öğretim üyesi olarak istihdam edilebilir. Sözleşmeli öğretim üyelerine, yapacakları faaliyetin niteliğine göre devamlı statüde çalışan profesör ve doçentler için 2914 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretlerinin on katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilir. Özellik arz eden faaliyetler için, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulu kararıyla 2914 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretlerinin on beş katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilir. Bu fıkra kapsamında sözleşmeli profesör ve doçentlere ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarı, üniversitenin özel bütçesinde ilgili yılda personel giderleri için öngörülen başlangıç ödeneğinin toplam tutarının yüzde 1'ini hiçbir şekilde geçemez; ancak, ilgili üniversitenin teklifi ve Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü üzerine

Maliye Bakanlığınca bu oran bir katına kadar artırılabilir ve bu şekilde artırılan tutar ilgili üniversitenin döner sermaye bütçesinden karşılanır. Sözleşmeli olarak istihdam edilecek profesör ve doçent sayısı, ilgili tıp ve diş hekimliği fakültelerinde devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısının yüzde 5'inden fazla olamaz. 1/3/2006 tarihinden sonra kurulan üniversiteler, bu oranlara tabi olmaksızın beş kişiye kadar sözleşmeli öğretim üyesi istihdam edebilir. Sözleşmeler, aylık çalışma süresi seksen saati geçmemek üzere bir yıla kadar yapılabilir. Süresi iki ayı geçmeyen sözleşmeler üniversite yönetim kurulunun kararıyla yapılır ve yapılan sözleşmelerin içeriği ve gerekçesi hakkında yedi gün içinde Yükseköğretim Kuruluna bilgi verilir. İki aydan daha uzun süreli sözleşmeler, üniversite yönetim kurulunun kararı ve Yükseköğretim Kurulunun izniyle yapılır. Aynı hizmet için iki aydan sonra yapılacak müteakip sözleşmeler de Yükseköğretim Kurulunun iznine tabidir. Sözleşmeli öğretim üyelerine, bu fıkra uyarınca yapılacak ödeme dışında 58 inci maddede öngörülen ek ödeme dâhil olmak üzere herhangi bir ad altında ödeme yapılamaz. Bu kişiler rektör, dekan, enstitü, yüksekokul, uygulama ve araştırma merkezi müdürü, senato, yönetim kurulu ve kurul üyesi, bölüm başkanı, anabilim ve bilim dalı başkanı ve başhekim olamaz; bunların yardımcılıklarında bulunamaz ve benzeri idari görev alamaz; akademik birim yöneticiliği ve rektörlük seçimlerinde oy kullanamaz. Sözleşmeli öğretim üyesi çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar, bunlara yaptıkları görevlere bağlı olarak ödenecek saatlik sözleşme ücretlerinin tutarı ile bu fıkranın uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken belirlenir."

"Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen hâller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesi hükmüne tabidir. Ancak bunlardan profesör ve doçent kadrosunda olanlar, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilir. Bu şekilde çalıştırılabileceklerin hesabında küsurat dikkate alınmaz ve çalıştırılacak öğretim üyeleri, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunca belirlenecek yüzde 50'si uygulama,

yüzde 50'si de akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre belirlenir. Bu fıkra kapsamında çalıştırılan öğretim üyeleri;

a) Aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamaz.

b) Aylık sözleşme ücretleri, mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından az olamaz.

c) Altıncı fıkrada sayılan idari görevlerde bulunamaz.

ç) 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ilave ücret alınmak suretiyle hizmet veremez.

d) İlgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrüründe beş yıl süreyle bu kapsamda çalıştırılamaz.

Özel hastaneler ve vakıf üniversitesi hastaneleri, tabip ve diş tabibi kadro sayıları için ayrı ayrı hesaplanmak şartıyla ve bu sayıların yüzde 20'sini geçmemek üzere yedinci fıkra kapsamında üniversite ile sözleşme yapabilir. Vakıf üniversiteleri ile iş birliği yapan özel hastanelerde yüzde 20 oranının hesabında, üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabibi dikkate alınmaz. Bunlardan ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davrananların, bu kapsamdaki ilgili sözleşmesi sona erdirilir ve bunlar bir yıl süreyle yeni sözleşme yapamaz. Aykırı davranışın üç yıl içinde tekerrüründe ise beş yıl süreyle yeni sözleşme yapma yasağı uygulanır."

7- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine eklenen (ı) fıkrası şöyledir:

"ı) Öğretim üyelerinin 36 ncı maddenin yedinci fıkrası uyarınca çalışmaları karşılığı elde edilen gelirler döner sermaye işletmesinin ayrı bir hesabında toplanır. Bu tutardan (b) fıkrası uyarınca kesinti yapılmaz. Bu gelirin ***yüzde 50'si,*** *herhangi*

bir limite bağlı olmaksızın hizmeti sunan öğretim üyesine ödenir ve kalan tutar (b) fıkrasında belirtilen işler için kullanılır."

8- 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. madde şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 64- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyeleri, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirir; bu süre içinde sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişikleri kesilir."

9- 17. maddesiyle 926 sayılı Kanun'a eklenen ek 27. madde şöyledir:

"Mesleki faaliyet ve serbest meslek icrası yasağı

EK MADDE 27- Bu Kanun kapsamına girenler, kanunlarda belirtilen istisnalar dışında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz."

10- 18. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'un 32. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası şöyledir:

"Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanları 926 sayılı Kanunun ek 27 nci maddesi hükmüne tabidir. 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 diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tabi tutulmaksızın Gülhane Askeri Tıp Akademisinde sözleşmeli öğretim üyesi olarak çalıştırılabilir. Sözleşmeli öğretim üyelerine, yapacakları faaliyetin niteliğine göre devamlı statüde çalışan profesör ve doçentler için 2914 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin dördüncü fıkrası

ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretlerinin on katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilir. Özellik arz eden faaliyetler için, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Genelkurmay Başkanlığının kararıyla 2914 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretlerinin on beş katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilir. Bu fıkra kapsamında sözleşmeli profesör ve doçentlere ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarı, Gülhane Askeri Tıp Fakültesinde görevli öğretim üyelerine bir önceki yılda personel gideri olarak ödenen toplam tutarın yüzde birini hiçbir şekilde geçemez; ancak, Millî Savunma Bakanlığının teklifi üzerine Maliye Bakanlığınca bu oran bir katına kadar artırılabilir ve bu şekilde artırılan tutar Gülhane Askeri Tıp Akademisi döner sermaye bütçesinden karşılanır. Gülhane Askeri Tıp Akademisinde istihdam edilecek sözleşmeli öğretim üyesi sayısı, devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısının yüzde beşinden fazla olamaz. Sözleşmeler, aylık çalışma süresi seksen saati geçmemek üzere bir yıla kadar yapılabilir. Sözleşmeler, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Akademi Kurulunun teklifi ve Genelkurmay Başkanlığının onayı ile yapılır. Sözleşmeli öğretim üyelerine, bu fıkra uyarınca yapılacak ödeme dışında herhangi bir ad altında ödeme yapılamaz. Bu kişiler dekan; enstitü, yüksekokul, uygulama ve araştırma merkezi müdürü; yönetim kurulu ve kurul üyesi; bölüm başkanı, anabilim ve bilim dalı başkanı ve başhekim olamaz, bunların yardımcılıklarında bulunamaz ve benzeri idari görev alamaz. Sözleşmeli öğretim üyesi çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar, bunlara yaptıkları görevlere bağlı olarak ödenecek saatlik sözleşme ücretlerinin tutarı ile bu fıkranın uygulanmasına ilişkin diğer hususlar Maliye Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir."

11- 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. madde şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 11- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyeleri, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirir; bu süre içinde faaliyetlerini sona erdirmeyen öğretim üyeleri istifa etmiş sayılır."

12- 20. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkra şöyledir:

"Türk Silâhlı Kuvvetlerinin muharip unsurlarından ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personelinden, görevlendirilen ve ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanlar, görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere, sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşıncaya kadar ***acil tıbbi müdahaleleri yapmaya*** *yetkilidir. Söz konusu personelin yetki ve sorumlulukları ile bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, İçişleri Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir."*

13- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrası şöyledir:

"Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ikinci fıkranın her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilir. Bu maddenin uygulanması bakımından Sosyal Güvenlik Kurumunca branş bazında sözleşme yapılan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversiteleri yalnızca sözleşme yaptıkları branşlarda (b) bendi kapsamında kabul edilir. Mesleğini serbest olarak icra edenler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, (b) bendi kapsamında sayılan sağlık kuruluşlarında da hastalarının teşhis ve tedavisini yapabilir. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve yöneticilik görevi bulunmayan tabipler ile aile hekimleri, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ***ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere*** *iş yeri hekimliği yapabilir. Döner sermayeli sağlık kuruluşları ise kurumsal olarak işyeri hekimliği hizmeti verebilir.* ***Tabipler, iş yeri hekimliği eğitimi alma ve iş yeri hekimliği belgesine sahip olma şartı aranmaksızın 10'dan az işçi çalıştıran az tehlikeli iş yerlerinin iş yeri hekimliği görevini yapabilirler.*** *Bu maddenin uygulamasına ve işyeri hekimliğine ilişkin esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir."*

14- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentleri şöyledir:

"v) Hemşire yardımcısı; sağlık meslek liselerinin hemşire yardımcılığı programından mezun olup hemşire nezaretinde yardımcı olarak çalışan, ayrıca hastaların günlük yaşam aktivitelerinin yerine getirilmesi, beslenme programının uygulanması, kişisel bakım ve temizliği ile sağlık hizmetlerine ulaşımında yardımcı olan ve refakat eden sağlık teknisyenidir."

"y) Ebe yardımcısı; sağlık meslek liselerinin ebe yardımcılığı programından mezun olup ebelerin nezaretinde yardımcı olarak çalışan, ayrıca hastaların günlük yaşam aktivitelerinin yerine getirilmesi, beslenme programının uygulanması, kişisel bakım ve temizliği ile sağlık hizmetlerine ulaşımında yardımcı olan ve refakat eden sağlık teknisyenidir."

15- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. madde şöyledir:

*"**GEÇİCİ MADDE 11-** Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, sağlık meslek liselerinin **hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı** ve sağlık bakım teknisyenliği haricindeki programlarına öğrenci kaydedilmez. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 25/2/1954 tarihli ve 6283 sayılı Hemşirelik Kanununun geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sağlık meslek liselerinin hemşirelik programına da öğrenci kaydı yapılmaz. Bu tarihe kadar kaydı yapılmış olan öğrenciler eğitimlerini kayıtları yapılan programlarda tamamlarlar ve bitirdikleri programların meslek unvanını kullanırlar. Sağlık meslek liselerinin kapatılan programlarından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar mezun olanlar da meslek unvanlarını kullanmaya devam ederler."*

16- 37. maddesiyle 209 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkralar şöyledir:

"Eğitim ve araştırma hastaneleri ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi kapsamında üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan profesör ve doçent unvanını haiz bulunanlar ile eğitim görevlilerinin, her bir branş itibarıyla sayılarının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve

geliri döner sermaye hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmelerine karar vermeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu şekilde çalıştırılabileceklerin hesabında küsurat dikkate alınmaz ve çalıştırılacak kişiler, Bakanlıkça belirlenecek yüzde 50'si uygulama, yüzde 50'si de akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre tespit edilir. Bu çalışma karşılığı elde edilen gelirler döner sermaye işletmesinin ayrı bir hesabında toplanır ve elde edilen gelirin yüzde 50'si, herhangi bir limite bağlı olmaksızın çalıştırılan kişilere ödenir. Bu şekilde çalıştırılacaklar;

a) Aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamaz.

b) Mesai dışı ek ödeme alamaz.

c) Aylık sözleşme ücretleri, kadroları için belirlenen mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından az olamaz.

ç) İdari görevlerde bulunamaz.

d) İlgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrüründe beş yıl süreyle bu kapsamda çalıştırılamaz.

Özel hastaneler ve vakıf üniversitesi hastaneleri, tabip ve diş tabibi kadro sayıları için ayrı ayrı hesaplanmak şartıyla ve bu sayıların yüzde 20'sini geçmemek üzere yedinci fıkra kapsamında üniversite ile sözleşme yapabilir. Vakıf üniversiteleri ile iş birliği yapan özel hastanelerde yüzde 20 oranının hesabında, üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabibi dikkate alınmaz. Bunlardan ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davrananların, bu kapsamdaki ilgili sözleşmesi sona erdirilir ve bunlar bir yıl süreyle yeni sözleşme yapamaz. Aykırı davranışın üç yıl içinde tekerrüründe ise beş yıl süreyle yeni sözleşme yapma yasağı uygulanır."

17- 39. maddesiyle 211 sayılı Kanun'un 57. maddesine eklenen ikinci fıkra şöyledir:

"Silahlı kuvvetlerin sağlık teşkillerindeki sağlık hizmetleri, ***harekât ihtiyaçları hariç*** *ulusal sağlık mevzuatında yer alan hizmet standartlarına göre yürütülür."*

18- 46. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrası şöyledir:

"Olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. *Özel izne tabi hizmet birimlerini Sağlık Bakanlığından izin almaksızın açan veya buralarda verilecek hizmetleri sunan sağlık kurum ve kuruluşları, bir önceki aya ait brüt hizmet gelirinin yarısına kadar idari para cezası ile cezalandırılır."*

19- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. madde şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 9- 1/1/2013 tarihinden önce yurt dışında mesleki faaliyette bulunan tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce yurt dışında eğitimlerini tamamlayanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde Türkiye'ye dönmek ve en az üç yıl süreyle Türkiye'de fiilen meslek icrasında bulunmak şartıyla Devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulur."

20- 52. maddesiyle değiştirilen 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

"Sözleşme yapılan aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarına, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) bendine göre belirlenen en yüksek brüt sözleşme ücretinin aile hekimi için (6) katını, aile sağlığı elemanı için (1,5) katını aşmamak üzere tespit edilecek tutar, çalışılan ay sonuçlarının ilgili sağlık idaresine bildiriminden itibaren onbeş gün içerisinde ödenir. ***Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma***

süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verilir. *Bunlara entegre sağlık hizmeti sunulan merkezlerde artırımlı ücretten yararlananlar hariç olmak üzere, 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesi çerçevesinde nöbet ücreti ödenir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 9.4.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

2.1.2014 tarihli ve 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1- 14. maddesiyle, 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen geçici 64. maddenin,

2- 19. maddesiyle, 17.11.1983 tarihli ve 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'na eklenen geçici 11. maddenin,

Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunması ve uygulanmalarından doğacak, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, Hicabi DURSUN, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- Dava konusu diğer hükümlerine ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE,

9.4.2014 tarihinde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptal davasına konu 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 Sağlık Bakanı Dr. Mehmet MÜEZZİNOĞLU, Müsteşar Prof. Dr. Eyüp GÜMÜŞ, Müsteşar Yardımcısı Prof. Dr. İrfan ŞENCAN, Müsteşar Yardımcısı Hüseyin ÇELİK, Sağlık Politikaları Kurulu üyesi Av. Adem KESKİN, I. Hukuk Müşaviri Av. Erol GÖKDÖL, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu Başkanı Prof. Dr. Seçil ÖZKAN, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu Başkanı Uz. Dr. Zafer ÇUKUROVA, Hacettepe Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. A. Murat TUNCER ile Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Prof. Dr. Füsun ÇUHADAROĞLU, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi öğretim üyeleri Prof. Dr. Uğur COŞKUN ile Prof. Dr. Kadriye ALTOK, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Mehmet Serdar GÜLTAN ile İç Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanı Prof. Dr. Tahsin Murat TURGAY, Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi adına Başkan Dr. Beyazıt İLHAN, İkinci Başkan Prof. Dr. Raşit TÜKEL, Genel Sekreter Prof. Dr. H. Özden ŞENER, Merkez Konsey Üyesi Dr. Filiz Ünal İNCEKARA, Hukuk Bürosu Avukatı Ziynet ÖZÇELİK'in 6.11.2014 tarihli sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasına Dördüncü Cümlesinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen Cümlenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, mevzuata göre akademisyenlerin akademik kariyer elde etmeleri ve bunları kullanmaları, üniversitede ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde öğrenci ve öğretim üyesi yetiştirip akademik-bilimsel araştırma yapmalarına bağlı olduğu hâlde dava konusu kuralla, yükseköğretim kurumlarının öğretim üyesi kadrolarında bulunup da Kamu Hastane Birliklerinin, genel sekreter, başkan, hastane yöneticisi ve başhekim unvanlarında sözleşmeli statüde istihdam edilenlerin bu hükümlerden istisna tutulduğu, bu durumun bilimsel araştırma ve tedavi hizmetlerinin niteliğiyle bağdaşmadığı ve kamu yararı bulunmadığı, geçici görevlendirilen öğretim üyelerinin mali haklar bakımından ayrıcalığa sahip kılındığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

663 sayılı KHK'nin, 30. maddesinde, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu tarafından, kaynakların etkili ve verimli kullanılması amacıyla Kuruma bağlı ikinci ve üçüncü basamak sağlık kurumları, il düzeyinde kamu hastaneleri birlikleri kurularak işletileceği, birlik teşkilatının, genel sekreterlik ve hastane yöneticiliklerinden oluşacağı; 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde ise kamu hastaneleri birliklerinde kamu kurum ve kuruluşlarında memur olarak istihdam edilenlerden uygun niteliklere sahip olanların, kendilerinin isteği ve kurumlarının muvafakati ile ekli (II) Sayılı Cetvel'de belirtilen pozisyonlarda sözleşmeli statüde istihdam edilebileceği düzenlenmiştir.

Dava konusu kuralla, yükseköğretim kurumlarının öğretim üyesi kadrosunda bulunanlardan sözleşmeli statüde istihdam edilenlerin sözleşmeli olarak çalıştıkları sürelerin, akademik unvanların kazanılması, yükseköğretim kurumları dışında kullanılması ve diğer özlük işlemlerinde değerlendirilmesi bakımından yükseköğretim kurumlarında geçmiş sayılacağı öngörülmektedir.

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

hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

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 yasalar 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 zedelemez.

Dava konusu kuralla Türk idare teşkilâtı içerisinde yeni oluşturulan "*kamu hastaneleri birlikleri*" biçimindeki yeni yapılanmaya yöneticiler eliyle işlerlik ve süreklilik kazandırılmak istenmiştir. Kuralın birliklerde sözleşmeli pozisyonda çalışacak yetkin öğretim üyesi bulmakta yaşanabilecek güçlük dikkate alınarak bu görevlere istihdamı sağlamak ve bu görevleri özendirmek amacıyla yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu birliklerdeki yöneticilerin en yüksek akademik düzeyde karşılanması amacını gerçekleştirmeye yönelik olarak sözleşmeli statüde nitelikli personel istihdamının temini yönünde teşvik edici nitelikteki dava konusu kural, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan, her ne kadar dava dilekçesinde geçici görevlendirilen öğretim üyelerinin mali haklar bakımından ayrıcalığa sahip kılındığı belirtilmiş ise de dava konusu kuralda yer alan birliklerde 663 sayılı KHK'ya ekli (II) Sayılı Cetvel'de belirtilen pozisyonlarda sözleşmeli statüde istihdam edilen öğretim üyelerinin diğer öğretim üyelerinden farklı bir statü kazanması nedeniyle aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

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

B- Kanun'un 6. Maddesiyle 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Başlığıyla Birlikte Değiştirilen 55. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, mevzuatımızda 24 saat devamlılık gösteren sağlık hizmetlerinin sürekliliğinin sağlanmasına ilişkin hükümlerin bulunduğu, bu konuda herhangi bir eksikliğe dayalı düzenleme ihtiyacının bulunmadığı, dava konusu kuralla yürütme organına amacı, kapsamı ve içeriği belirsiz olarak sınırsız bir düzenleme yetkisi verilerek hukuk güvenliğinin ortadan kaldırıldığı ve kuralın kamu düzeninin zorunlu kıldığı hangi toplumsal gereksinimden doğduğunun anlaşılamadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 13., 23., 87., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, sağlık personelinin mesai saatleri haricinde hizmetine ihtiyaç duyulduğunda ilgili sağlık kuruluşuna ulaşabilmeleri için alınacak tedbirlerin ve ilgililerin uyacağı kuralların Bakanlıkça belirleneceği düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. 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 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. maddesinde ise 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 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.

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.

Dava konusu kuralla Bakanlık tarafından belirlenecek hususlar, söz konusu sağlık personelinin mesai saatleri haricinde, hizmetine ihtiyaç duyulması hâlinde, ilgili sağlık kuruluşuna ulaşabilmeleri için alınacak tedbirler ve ilgililerin uyacağı kurallarla sınırlıdır. Kanun koyucu konuyla ilgili çerçeveyi çizmiş ve değişen koşullarda süratli şekilde hareket edebilmeyi sağlamaya yönelik olarak uygulamaya ilişkin hususların belirlenmesi konusunda idareyi yetkili kılmıştır. Dolayısıyla dava konusu kural gereğince Bakanlık tarafından belirlenecek hususların kapsamı, konusu ve amacının belirsiz ve sınırsız olduğu söylenemez. Bu bağlamda temel esasların, dava konusu kuralda olduğu gibi belirlenmesinden sonra sağlık hizmetlerinin sürekliliğini ve bu hizmetlerin aksamamasını teminen ayrıntıların düzenlenmesinin idareye bırakılmasında Anayasa'ya aykırı bir yön yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13., 23., 87. ve 123. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 7. Maddesiyle 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasına Eklenen "*, kayıt, bildirim*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kural olan kayıt ve bildirim ibarelerinin belirsiz olduğu, Bakanlığa yapılacak ne tür kayıt ve bildirimlerden ücret alınacağının belli olmadığı, bu ibarelerin kişisel sağlık bilgilerini de kapsadığı, kişisel bilgilerin her türünün her durumda istenmesini, işlenmesini ve paylaşımını da içerecek bir biçimde zorunlu görülen kayıt ve bildirim sisteminden Bakanlığın ücret almasını öngören dava konusu kuralların, Anayasanın 2., 13., 20. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 5. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu ibarelerin yer aldığı maddede, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarınca düzenlenecek veya onaylanacak her türlü ruhsatlandırma, ürün üretim ve satış izin belgesi ve mesul müdürlük belgesi ile permi ve sertifikalar üzerinden yüzellibin Türk Lirasını geçmemek üzere Bakanlıkça belirlenecek tarifelere göre ücret alınacağı düzenlenmektedir. Dava konusu kayıt ve bildirim ibaresiyle de ruhsatlandırma, ürün üretim ve satış izin belgesi ve mesul müdürlük belgesi ile permi ve sertifikalar yerine kayıt ve bildirime tâbi olan ürünler hakkında Bakanlık tarafından belirlenecek söz konusu tarifeye göre ücret alınacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş; 5. maddesinde de kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak üzere siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması Devletin temel görevleri arasında sayılmıştır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır.

4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ile 5324 sayılı Kozmetik Kanunu ve bunlara

dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde, bu mevzuat kapsamında olan ürün ve cihazların piyasaya arzı, uygunluk değerlendirmesi, piyasa gözetimi ve denetimi ile bunlarla ilgili olarak bildirim yapılması ve söz konusu ürünlerin piyasaya arzından sorumlu kişilerin kayıtlarının tutulmasına ilişkin hususlar ile bu ürünlerle ilgili olarak uygulanacak kayıt ve bildirim usulü ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Dava konusu olan ibareyle, bu mevzuat kapsamında, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarınca düzenlenecek veya onaylanacak ruhsatlandırma, ürün üretim ve satış izin belgesi, mesul müdürlük belgesi, permi veya sertifika yerine yapılması gereken kayıt ve bildirimler üzerinden Bakanlıkça belirlenecek tarifelere göre ücret alınması öngörülmektedir. Söz konusu mevzuatta kayıt ve bildirim usulünün ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi karşısında dava konusu ibarenin belirsiz olduğu söylenemeyeceğinden kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Kanun koyucu, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirebilmesi için anayasal ilkelere aykırı olmaması koşuluyla kamu otoritelerince yapılan iş ve işlemler karşılığında, hizmetten yararlananlardan belli bir ücret alınmasını öngörebilir. Bu itibarla Bakanlığa yapılacak kayıt ve bildirimler karşılığında ücret alınmasının öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13., 20. ve 73. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 9. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 657 Sayılı Kanun'un 28. Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin, 11. Maddesiyle 2547 Sayılı Kanun'un 36. Maddesine Eklenen Yedinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin, 17. Maddesiyle 926 Sayılı Kanun'un Başlığıyla Birlikte Yeniden Düzenlenen Ek 27. Maddesinin ve 18. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2955 Sayılı Kanun'un 32. Maddesinin Altıncı Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla değişiklik yapılan 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinde yer alan öğretim elemanlarının, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları ve serbest meslek icra edemeyecekleri yönündeki dava konusu kural ile 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, üç bentte belirtilen görevlerden yalnızca birinde çalışacaklarına ve serbest meslek icrasında bulunamayacaklarına ilişkin kuralların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine rağmen bu kurallarla aynı sonucu doğuracak şekilde düzenlenen dava konusu kuralların, Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu, üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesini engellediği ve tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları ile diğer öğretim elemanları arasında eşitsizlik yarattığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 10., 17., 56., 130. ve 153. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

Kanun'un 9. maddesiyle yeniden düzenlenen 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi, memurların, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacaklarını; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacaklarını öngörmektedir.

Kanun'un 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesine eklenen yedinci fıkrasının ilk cümlesi, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının, kanunlarda belirtilen hâller dışında 657 sayılı Kanun'un 28. maddesi hükmüne tâbi olduğunu belirtmektedir.

Kanun'un 17. maddesiyle başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen 926 sayılı Kanun'un ek 27. maddesi, bu Kanun kapsamına girenlerin, kanunlarda

belirtilen istisnalar dışında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacağını; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamayacağını düzenlemektedir.

Kanun'un 18. maddesiyle yeniden düzenlenen 2955 sayılı Kanun'un 32. maddesinin altıncı fıkrasının ilk cümlesi, Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki (GATA) kadrolu asker ve sivil öğretim elemanlarının 926 sayılı Kanun'un ek 27. maddesi hükmüne tâbi olduğunu öngörmektedir.

657 sayılı Kanun ve 926 sayılı Kanun'un dava konusu kurallarla değişiklik yapılan maddeleri, bu kanunlara tâbi olarak görev yapmakta olan memur ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının ticaret ve kazanç getirici faaliyet yasağı ile meslekî faaliyet ve serbest meslek icrası yasağını düzenlemektedir. Dava konusu kurallarla, bu faaliyet yasakları, söz konusu çalışanların bu amaçlarla ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacakları, gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacakları şeklinde somutlaştırılarak düzenlemelere belirlilik ve açıklık getirilmektedir.

Dava konusu kurallarla ayrıca 2547 sayılı Kanunla 2955 sayılı Kanun'a tâbi olarak görev yapmakta olan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının, çalışma koşulları bakımından, diğer memur ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının tâbi olduğu hüküm ve sınırlamalara tâbi olacağı öngörülmektedir. Bu suretle söz konusu öğretim elemanları da mesai saatleri sonrasını kapsar şekilde değişiklikte ifade edilen mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunma yasağına tâbi olacaklardır. Bu çalışma yasağına, 6514 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesine eklenen fıkra ile bir istisna getirilmiştir. Buna göre, söz konusu öğretim elemanlarından profesör ve doçent kadrosunda olanlar, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde ellisini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin

muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilecektir.

Anayasa'nın 17. maddesinde, "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilmiştir. 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 ödev olarak verilmiştir. Belirtilen kurallar bir bütün olarak değerlendirildiğinde insanın sağlıklı yaşam hakkının olmasının, sağlık hizmetlerinden yeterince yararlanmasına bağlı olduğu görülmektedir.

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. Böylece Devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme görevleri vermiştir. Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete verilen görevler zorunlu nitelik taşıyan pozitif yükümlülüklerdir. Anayasa, Devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmıştır. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

Kanun koyucu Devlete verilen söz konusu görev gereği, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirmek, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak üzere hasta-hekim ilişkisini düzenleyebilir; hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla çalışma koşullarını yeniden belirleyip bazı kayıtlara tâbi tutabilir. Bu bağlamda kanun koyucu dava konusu kurallarla kamu ve özel sağlık hizmetlerinin ayrı organize edilmesi temelinde, kamu ve özelde mesleğini icra eden hekimler için ayrı çalışma sistemleri öngörerek, kamuda çalışan hekimlerin çalışma koşullarına bazı

sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalarla kamuda çalışan hekimler ile tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları tarafından verilen sağlık hizmetinin daha etkin, verimli ve kaliteli olarak sunulmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu amacın söz konusu sağlık hizmetlerinden yararlanan hastaların yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını geliştirme amacını korumaya yönelik olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, sağlıklı ve huzurlu bir yaşam sürebilmelerinin başlıca şartları, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yeterli ölçüde yararlanabilmeleri olduğu kadar daha kaliteli bir sağlık hizmetine ulaşıp bundan verimli ve etkili şekilde yararlanabilmelerinin de sağlanmasıdır. Dolayısıyla kaliteyi ve verimi artırmak suretiyle kamuda daha iyi bir sağlık hizmeti sunulmasının sağlanması amacıyla yasalaştırılan dava konusu kurallarda kişilerin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi hakkına aykırı bir yön olduğu söylenemez.

Öte yandan, dava konusu kurallar kişilerin ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetine ulaşıp bu hizmetlerden yararlanabilmelerine de engel değildir. Zira dava konusu kurallar sadece kamuda çalışan hekimlere yönelik bir sınırlama getirmekte olup özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastaneleri ile kamuda çalışmayan hekimlerin muayenehanelerde verdikleri sağlık hizmetine yönelik bir sınırlama içermemektedir. Ayrıca 2547 sayılı Kanun'a tâbi olarak görev yapmakta olan öğretim elemanı hekimlerin mesai saatleri sonrası üniversite bünyesinde sağlık hizmeti sunabilmeleri ile 6514 sayılı Kanunla öngörülen 2547 sayılı Kanun'a tâbi olarak görev yapmakta olan öğretim elemanlarından profesör ve doçent kadrosunda olanların mesai saatleri dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde vereceği sağlık hizmeti dikkate alındığında sağlık hizmetine ulaşıp bu hizmetlerden yararlanma konusunda geniş bir uygulama alanının da olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda dava konusu kurallarda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Anayasanın 130. maddesinde, yükseköğretim kurumlarının çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacıyla kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olduğu, öğretim üyeleri ve yardımcılarının serbestçe

her türlü bilimsel araştırma ve yayında bulunabilecekleri belirtilmiştir. Madde gerekçesinde de, kanuna bırakılan konuların "*bilimsel özerklik*" ilkesi göz önünde bulundurularak düzenlenmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa'da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirildiğinden bilimsel ve idari özerkliğe sahip olmalıdır. Ancak bilimsel ve idari özerklik, öğretim elemanlarının çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeler yapılmasına engel değildir. Zira öğretim elemanlarının öncelikli ve asli görevi, yükseköğretim kurumlarında, kanunlarda belirtilen amaç ve ilkelere uygun biçimde ön lisans, 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. Kanun koyucu, yükseköğretimin Anayasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi ve sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Bu bağlamda kanun koyucu dava konusu kurallarla, üniversitelerde daha iyi eğitim ve sağlık hizmeti verilmesini sağlama amacına yönelik olarak burada görev yapan öğretim elemanlarının unvan ve statülerini dikkate almak suretiyle çalışma koşullarını belirlemiş ve bazı sınırlamalara tâbi tutmuştur. Kuralda öğretim elemanlarının bilimsel özerklik gereği bilimsel/akademik faaliyetler yapmasını engelleyen bir yön bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında söz konusu öğretim elemanlarının çalışma koşullarıyla ilgili düzenlediği kuralların bilimsel özerklik ilkesine aykırı değildir.

Ayrıca dava dilekçesinde her ne kadar tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları ile diğer öğretim elemanları arasında eşitsizlik yaratıldığı ifade edilmişse de sağlık hizmetinin özelliği ve önemi nedeniyle bu hizmetin diğer hizmetlerden farklı olduğu gözetildiğinde bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı gibi bu konuda öğretim elemanlarına farklı sınırlamalar getirilmesi de kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar Anayasa'nın 10., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 153. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Kanun'un 9. maddesiyle yeniden düzenlenen 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi yönünden Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

Kanun'un 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin eklenen yedinci fıkrasının birinci cümlesi yönünden Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamıştır.

Kanun'un 17. maddesiyle 926 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesi yönünden Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

Kanun'un 18. maddesiyle yeniden düzenlenen 2955 sayılı Kanun'un 32. maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesi yönünden Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla Perktaş, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamıştır.

E- Kanun'un 11. Maddesiyle 2547 Sayılı Kanun'un 36. Maddesinin Yeniden Düzenlenen Altıncı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, örgün ve planlı eğitim yapan tıp ve diş hekimliği fakültelerinde hekim, uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirilmesi amacıyla yapılan eğitimin niteliğinin sürekliliğe dayandığı, ileri düzeyde bilgi ve beceri gerektiren pek çok tanı ve tedavi hizmetinin tamamlanmasının bir yıla kadar olarak öngörülen sözleşme üst sınırından daha uzun süreyi alabildiği, dava konusu kuralların söz konusu fakültelerin teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetlerinin nitelik ve özellikleriyle bağdaşmadığı, sözleşmeli istihdam edilecek profesör ve doçentlerde ne tür özelliklerin aranacağı,

bunların seçiminin hangi kriterler temelinde yapılacağı ve sözleşmenin hangi hâllerde sonlandırılacağının belirsiz olduğu, sözleşmeli olarak sınırlı süre ile istihdam edilen öğretim üyelerinin daimi statüdeki öğretim üyelerinden farklı, ayrımcı kurallara tabi kılındığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentlerin, tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tâbi tutulmaksızın sözleşmeli öğretim üyesi olarak istihdam edilebilmesi öngörülmektedir. Kural uyarınca görev yapacak sözleşmeli öğretim üyelerine; yapacakları faaliyetin niteliğine göre devamlı statüde çalışan profesör ve doçentler için 2914 sayılı Kanun'un 11. maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretlerinin on katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilecek, özellik arz eden faaliyetler için ise Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Yükseköğretim Kurulu kararıyla 2914 sayılı Kanun'un 11. maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretlerinin on beş katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilecektir. Bu kapsamda sözleşmeli profesör ve doçentlere ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarı, üniversitenin özel bütçesinde ilgili yılda personel giderleri için öngörülen başlangıç ödeneğinin toplam tutarının yüzde birini hiçbir şekilde geçemeyecek; ancak, ilgili üniversitenin teklifi ve Yükseköğretim Kurulunun uygun görüşü üzerine Maliye Bakanlığınca bu oran bir katına kadar artırılabilecek ve bu şekilde artırılan tutar ilgili üniversitenin döner sermaye bütçesinden karşılanacaktır. Sözleşmeli olarak istihdam edilecek profesör ve doçent sayısı, ilgili tıp ve diş hekimliği fakültelerinde devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısının yüzde beşinden fazla olamayacak, 1.3.2006 tarihinden sonra kurulan üniversiteler, bu oranlara tabi olmaksızın beş kişiye kadar sözleşmeli öğretim üyesi istihdam edebilecek, sözleşmeler, aylık çalışma süresi seksen saati geçmemek üzere bir yıla kadar yapılabilecek, süresi iki ayı geçmeyen sözleşmeler üniversite yönetim kurulunun kararıyla yapılacak ve yapılan sözleşmelerin içeriği ve gerekçesi hakkında yedi gün

içinde Yükseköğretim Kuruluna bilgi verilecektir. İki aydan daha uzun süreli sözleşmeler, üniversite yönetim kurulunun kararı ve Yükseköğretim Kurulunun izniyle yapılacak, aynı hizmet için iki aydan sonra yapılacak müteakip sözleşmeler de Yükseköğretim Kurulunun iznine tabi olacak, sözleşmeli öğretim üyelerine, bu kapsamda yapılacak ödeme dışında 58. maddede öngörülen ek ödeme dâhil olmak üzere herhangi bir ad altında ödeme yapılamayacak, bu kişiler rektör, dekan, enstitü, yüksekokul, uygulama ve araştırma merkezi müdürü, senato, yönetim kurulu ve kurul üyesi, bölüm başkanı, anabilim ve bilim dalı başkanı ve başhekim olamayacak; bunların yardımcılıklarında bulunamayacak ve benzeri idari görev alamayacak; akademik birim yöneticiliği ve rektörlük seçimlerinde oy kullanamayacaktır. Ayrıca dava konusu kurallarla, sözleşmeli öğretim üyesi çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların, bunlara yaptıkları görevlere bağlı olarak ödenecek saatlik sözleşme ücret tutarlarının ve dava konusu kuralın uygulanmasına ilişkin diğer hususların Maliye Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu tarafından müştereken belirleneceği de öngörülmektedir.

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 kurallarla, ihtiyaç duyulan alanlarda süresi iki ayı geçmeyen sözleşmeler üniversite yönetim kurulunun kararıyla, iki aydan daha uzun süreli sözleşmeler, üniversite yönetim kurulunun kararı ve Yükseköğretim Kurulunun izniyle yapılabilecektir. Aynı hizmet için iki aydan sonra yapılacak müteakip sözleşmeler de Yükseköğretim Kurulunun iznine tabidir. Kuralda geçen "*ihtiyaç duyulan alan*" ibaresinin düzenlenme amacı

olası ihtiyacı karşılamaktır. Hangi tıp ve diş hekimliği fakültelerinde hangi alanlarda hangi unvanda öğretim üyesine ihtiyaç olacağını, bu ihtiyacın ne zaman doğacağının önceden kanunla belirlenmesinin imkânı olmadığı düşünüldüğünde eğitim verecek görevlinin belirlenmesinde de idarenin takdir hakkına sahip olmasının gerektiği 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. Ayrıca 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. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 130. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 11. Maddesiyle 2547 Sayılı Kanun'un 36. Maddesine Eklenen Yedinci Fıkrasının Birinci Cümlesi Dışında Kalan Bölümü ile Eklenen Sekizinci Fıkrasının ve 12. Maddesiyle 2547 Sayılı Kanun'un 58. Maddesine (g) Fıkrasından Sonra Gelmek Üzere Eklenen (ı) Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan *"… yüzde 50'si …"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarla, öğretim üyeleri için oluşturulan söz konusu yeni çalışma alanının, özel hastanelerin ve vakıf üniversitelerinin maliyetlerini düşürmek suretiyle kârlılığının sağlanmasına hizmet ettiği, bu nedenle kamu yararının bulunmadığı, sözleşmeli profesör ve doçentlerin döner sermaye hesabına yatırılan kurumsal sözleşme ücretinin yüzde ellisine idare tarafından el konularak profesör ve doçent emeği üzerinden sağlık hizmeti rantı elde edildiği, *"ülkeye ve insanlığa hizmet etmek"*

ya da *"milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun"* hekim yetiştirmek amacında olunmadığı, yüzde elli içinde yer alan profesör ve doçentlere, bu yüzde elli içinde yer alamayan profesör ve doçentlerin, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yapamayacak, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışamayacak olmaları nedeniyle ayrıcalık tanındığı ve sağlık hizmetine ihtiyaç duyanların hizmete serbestçe ulaşmalarını zorlaştırdığı, bu nedenlerle kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesiyle, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının, kanunlarda belirtilen hâller dışında 657 sayılı Kanun'un 28. maddesine tâbi olduğu belirtilmek suretiyle mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açmaları, gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacakları öngörülmektedir. Dava konusu kurallarla ise bu öğretim elemanlarından profesör ve doçent kadrosunda bulunanlar için söz konusu çalışma yasağına istisna getirilmekte ve belli koşullarda özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmelerine imkân tanınmaktadır.

Dava konusu kurallar, yeni oluşturulan bu çalışma alanının ayrıntılarını düzenlemektedir. Buna göre, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde ellisini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartları ve ilgilinin muvafakati ile mesai saatleri dışında söz konusu öğretim üyeleri özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilecektir. Düzenlemelerin devamında bu kapsamda çalıştırılan öğretim üyelerinin, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunun belirleyeceği yüzde ellisi uygulama ve yüzde ellisi akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre belirleneceği, aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamayacağı, aylık sözleşme ücretlerinin, mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından az olamayacağı, altıncı fıkrada sayılan idari görevlerde bulunamayacağı, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 73. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ilave

ücret alınmak suretiyle hizmet veremeyeceği, ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrüründe beş yıl süreyle bu kapsamda çalıştırılamayacakları, özel hastaneler ve vakıf üniversitesi hastaneleri, tabip ve diş tabibi kadro sayıları için ayrı ayrı hesaplanmak şartıyla ve bu sayıların yüzde yirmisini geçmemek üzere yedinci fıkra kapsamında üniversite ile sözleşme yapabileceği, vakıf üniversiteleri ile işbirliği yapan özel hastanelerde yüzde yirmi oranının hesabında, üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabiplerinin dikkate alınmayacağı, bunlardan ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davrananların, bu kapsamdaki ilgili sözleşmesinin sona erdirileceği, bunların bir yıl süreyle yeni sözleşme yapamayacağı ve aykırı davranışın üç yıl içinde tekerrüründe ise beş yıl süreyle yeni sözleşme yapma yasağı uygulanacağı belirtilmiştir. 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesinin (ı) fıkrası gereğince ise bu şekilde çalışan öğretim üyelerinin çalışmaları karşılığı elde edilen gelirler döner sermaye işletmesinin ayrı bir hesabında toplanacak, bu tutardan (b) fıkrası uyarınca kesinti yapılmayacak ve bu gelirin dava konusu yüzde ellisi, herhangi bir limite bağlı olmaksızın hizmeti sunan öğretim üyesine ödenecek ve kalan tutar (b) fıkrasında belirtilen işler için kullanılacaktır.

Kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerinin, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir ödev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi yönünde bu haktan yararlanmayı kolaylaştırıcı ya da güçlendirici düzenlemeler Anayasa'ya uygundur. Dava konusu kurallarla oluşturulan çalışma alanının kişilerin en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı gereğince sağlık hizmetlerinden yaygın şekilde yararlanması yönünde yapılan düzenlemeler olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Dava konusu kurallar, doğrudan yaşam hakkı ile ilgili ve diğer kamu hizmetlerinden farklı olan sağlık hizmetine kişilerin ihtiyaç duydukları anda ulaşması ve bu hizmetlerden yararlanabilmelerini sağlamak amacına yönelik olup söz konusu haktan yararlanmayı kolaylaştırıcı ve güçlendirici niteliktedir. Dolayısıyla dava konusu kurallar Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Kanun koyucu, yükseköğretimin Anayasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz. Bu bağlamda kanun koyucu dava konusu kurallarla mesai saatleri sonrasında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmaları yasaklanan öğretim elemanlarından profesör ve doçent kadrosunda bulunanlar için bir istisna getirmiş, belli şartlarda ve sınırlı olarak üniversite dışında hizmet verebilmesine imkân tanımıştır. Dava konusu kuralların, söz konusu akademik personelin bilimsel bilgi ve yeteneğini yaygın biçimde kamunun hizmetine ve yararlanmasına sunmasına ve sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulmasına yönelik olarak sağlık hizmetine geniş şekilde ulaşımın sağlanmasını hedeflediği anlaşılmaktadır. Ayrıca dava konusu kurallar gereğince mesai dışında oluşturulan çalışma alanının, söz konusu öğretim elemanlarının mesai saatlerinde yükseköğretim kurumlarındaki asli görevlerini yerine getirmelerine engel olduğu da söylenemez. Bu nedenle dava konusu kurallar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmelerini engelleyici nitelikte de değildir. Öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun şekilde yaratılan çalışma alanına ilişkin dava konusu kuralların Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.

Dava dilekçesinde öğretim üyelerine yaratılan söz konusu yeni çalışma alanının, özel hastanelerin ve vakıf üniversitelerinin kârlılığının sağlanmasına hizmet ettiği ve bunların maliyetlerini düşürmeye yönelik olduğu ve *"ülkeye ve insanlığa hizmet etmek"* ya da *"milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun"* hekim yetiştirmek amacında olmadığı bu nedenle kamu yararı amacı taşımadığı ileri sürülmüş ise de kanun koyucunun dava konusu kurallarla amacının hekimlere ve sağlık hizmetine ulaşımın yaygınlaştırılması ile nitelikli akademik personelden özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde de yararlanılabilmesi yönünde kamu yararını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Somut düzenlemenin belirtilen amacı etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

G- Kanun'un 14. Maddesiyle 2547 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 64. Madde ile 19. Maddesiyle 2955 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 11. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralların, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yürüten öğretim üyelerinin hukuka uygun biçimde kurulmuş hâlihazırdaki durumlarını, üniversiteden ilişik kesme veya istifa etmiş sayılma tehdidi ile kendi iradeleriyle değiştirmeye zorladıkları, kişilerin kuruldukları andaki hukuksal duruma uygun olan statülerinden kendi iradeleri ile vazgeçmeye zorlanmalarının hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu, mesai saatleri dışında mevzuata uygun serbest meslek faaliyeti olarak muayenehane açmış olan hekimlerin muayenehanelerinde bulunan tıbbi cihazlar ile çalıştırdıkları personel yönünden serbest çalışmaktan vazgeçmeleri hâlinde personel tazminatları, vergi ve amortisman işlemleri, kredi ve leasing ödemeleri gibi öngörülmeyen zararların ortaya çıkabileceği, bu bağlamda üç aylık sürenin yetersiz olduğu, ayrıca dava konusu kuralların Anayasada güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu, üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmelerini engellediği ve tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları ile diğer öğretim elemanları arasında eşitsizlik oluşturduğu, bu nedenlerle dava konusu kuralların Anayasa'nın 2., 10., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, kuralların yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyelerinin, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirmeleri, bu süre içinde faaliyetlerini sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişiklerinin kesileceği ve istifa etmiş sayılacakları öngörülmektedir.

Dava konusu kurallarda öğretim üyeleri şeklinde genel bir ifade kullanılmış ise de bu kuralların, 6514 sayılı Kanunla, 2547 sayılı Kanun ve 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici düzenlemeler olduğu ve bu kanunların sadece tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları ile GATA'daki bu nitelikteki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanları hakkında ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı ile mesleki faaliyet ve serbest meslek icrası yasağını düzenlediği dikkate alındığında, 6514 sayılı Kanunla çalışma rejiminde değişiklik yapılan öğretim üyelerini kapsadığı açıktır. Bu bağlamda dava konusu kurallarla, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim üyelerinden, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunan veya özel kuruluşlarda çalışmakta olanların, söz konusu süre içinde faaliyetlerini sona erdirmeleri, bu süre içinde faaliyetlerini sona erdirmemeleri hâlinde üniversiteyle ilişiklerinin kesileceği ve istifa etmiş sayılacakları öngörülmektedir.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni 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, kazanılmış hak niteliği taşımadığından; Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyelerinin bu yönden kazanılmış haklarından söz edilebilmesi olanaklı değildir.

Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir. 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.

Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için, meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt, *"hakkaniyet"*tir. Hakkaniyet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olup hâkime takdir yetkisi tanınan durumlarda, hâkimin bu takdir yetkisini somut olayın özelliklerine uygun olarak ve adalet ilkelerini gözeterek kullanması anlamına gelmektedir. Hakkaniyet kavramı, hukukun genel bir ilkesi olduğundan, anayasa yargısında da dikkate alınmalıdır. Kanun koyucu da tıpkı mahkemeler gibi takdir yetkisi kullanırken hakkaniyeti gözetmekle yükümlüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi birçok kararında hukuk devleti ilkesini tanımlarken *"hakkaniyet ölçütünün gözetilmesini"* hukuk devletinin unsuru olarak saymaktadır.

Bu itibarla dava konusu kuralların, yürürlüğe girdiği tarihte mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyelerinin önceki sistemin uygulanacağı yolundaki beklentilerini korumamış olmasının hakkaniyet ölçütüyle bağdaşıp bağdaşmadığının tespiti gerekir.

Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının çalışma rejimleriyle ilgili olarak 5947 sayılı Kanunla getirilen düzenlemelerle, üniversite öğretim elemanları açısından kısmi süreli çalışma imkânı sona ermiş, devamlı statüde çalışma esası benimsenmiş ve öğretim

elemanlarının, 2547 sayılı Kanun ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş göremeyecekleri, ek görev alamayacakları, serbest meslek icra edemeyecekleri düzenlenmek suretiyle bu öğretim elemanlarının mesai saatleri dışında mesleki faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 tarihli ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararıyla bu düzenlemelerin bir kısmı iptal edilmiş ve tam zamanlı olarak çalışan söz konusu öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında olmak kaydıyla, istedikleri takdirde, serbest meslek faaliyetinde bulunmaları veya özel kuruluşlarda çalışmaları mümkün olmuştur. Kanun koyucu daha sonra dava konusu kuralların yer aldığı 6514 sayılı Kanunla söz konusu öğretim elemanlarının çalışma rejimini değiştirmiş ve bazı istisnalar dışında bunların mesai saatleri dışında mesleki faaliyette bulunmalarını ve özel kuruluşlarda çalışmalarını yeniden yasaklamıştır. Anayasa Mahkemesi, bu faaliyetlerin üç ay içinde sona erdirilmesiyle ilgili dava konusu kurallar hakkında 9.4.2014 tarihli ve E.2014/61, K.2014/6 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı kararıyla sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar vermiştir.

Yargı kararları sonrası tam zamanlı çalışan öğretim üyeleri, mesai saatleri sonrası serbest olarak çalışabilecekleri yönünde oluşan kanaat ve beklenti nedeniyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planlamış, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirlemişlerdir. Öğretim üyelerinin var olan durumun devam edeceğine dair oluşan beklenti ve kanaat nedeniyle planladıkları faaliyet ve çalışmaları ile bunlar gereğince yaratılan hukuki durumlarını dava konusu kurallar gereğince sona erdirmek zorunda olması, aksi hâlde haklarında insan hayatında çok önemli bir hukuki sonuç doğuran istifa etmiş sayılma veya ilişik kesme işlemlerinin uygulanması hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle söz konusu öğretim üyeleri için yargı kararlarına güvenerek mesai sonrası çalışma ve faaliyette bulunmaları bu statünün kazanılmış hak olarak değerlendirilmesini olanaklı kılmasa da bu statülerin belli bir süre devam edeceğine ilişkin meşru bir beklenti oluşturduğu ve bu beklentinin hukuki güvenlik ilkesi gereğince korunması gerektiğinin kabulü gerekir. Ayrıca kanun koyucunun aynı konuyla ilgili pek çok kanun çıkarmış olması da söz konusu öğretim üyelerinin hukuki

durumları bakımından belirsiz bir durum yaratmış ve duraksamalara neden olmuştur. Dolayısıyla dava konusu kurallar hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Alparslan ALTAN, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

Kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden dolayı Anayasa'nın 10., 17., 56. ve 130. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

H- Kanun'un 18. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2955 Sayılı Kanun'un 32. Maddesinin Altıncı Fıkrasının Birinci Cümlesi Dışında Kalan Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, örgün ve planlı eğitim yapan GATA'da, hekim, uzman hekim ve öğretim üyesi yetiştirilmesi amacıyla yapılan eğitimin niteliğinin sürekliliğe dayandığı, ileri düzeyde bilgi ve beceri gerektiren pek çok tanı ve tedavi hizmetinin tamamlanmasının bir saatten bir yıla kadar olan sözleşme üst sınırından daha uzun süreyi alabildiği, bu nedenle fakültelerin teorik ve uygulamalı eğitim-öğretim ile araştırma faaliyetlerinin nitelik ve özellikleriyle bağdaşmadığı, sözleşmeli istihdam edilecek profesör ve doçentlerde aranacak özellikler, bunların seçim kriterleri ve sözleşmenin sona erme nedenlerinin belirsiz olduğu, sözleşmeli olarak sınırlı süre ile istihdam edilen öğretim üyelerinin daimi statüdeki öğretim üyelerinden farklı, ayrımcı kurallara tâbi kılındığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, esas itibarıyla kamu kurum ve kuruluşlarının ve vakıflara ait olanlar da dâhil olmak üzere yükseköğretim kurumlarının kadro ve pozisyonlarında bulunmayan profesör ve doçentlerin, tıp ve diş hekimliği fakültelerinin ihtiyaç duyulan alanlarında teorik ve uygulamalı eğitim ve öğretim ile araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve bu faaliyetlerin gerektirdiği işleri yapmak üzere diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılmasına ilişkin hükümlerine tâbi tutulmaksızın GATA'da sözleşmeli öğretim üyesi olarak çalıştırılabilmeleri öngörülmektedir.

Kural uyarınca sözleşmeli öğretim üyelerine, yapacakları faaliyetin niteliğine göre devamlı statüde çalışan profesör ve doçentler için 2914 sayılı Kanun'un 11. maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretlerinin on katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilir. Özellik arz eden faaliyetler için, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Genelkurmay Başkanlığının kararıyla 2914 sayılı Kanun'un 11. maddesinin dördüncü fıkrası ile unvanlar itibarıyla belirlenen ek ders ücretlerinin on beş katına kadar saatlik sözleşme ücreti ödenebilir. Bu kapsamda sözleşmeli profesör ve doçentlere ödenecek sözleşme ücretinin yıllık toplam tutarı, GATA'da görevli öğretim üyelerine bir önceki yılda personel gideri olarak ödenen toplam tutarın yüzde birini hiçbir şekilde geçemez; ancak, Millî Savunma Bakanlığının teklifi üzerine Maliye Bakanlığınca bu oran bir katına kadar artırılabilir ve bu şekilde artırılan tutar GATA döner sermaye bütçesinden karşılanır. GATA'da istihdam edilecek sözleşmeli öğretim üyesi sayısı, devamlı statüde çalışan öğretim üyesi sayısının yüzde beşinden fazla olamaz. Sözleşmeler, aylık çalışma süresi seksen saati geçmemek üzere bir yıla kadar GATA Akademi Kurulunun teklifi ve Genelkurmay Başkanlığının onayı ile yapılır. Sözleşmeli öğretim üyelerine, bu fıkra uyarınca yapılacak ödeme dışında herhangi bir ad altında ödeme yapılamaz. Bu kişiler dekan; enstitü, yüksekokul, uygulama ve araştırma merkezi müdürü; yönetim kurulu ve kurul üyesi; bölüm başkanı, anabilim ve bilim dalı başkanı ve başhekim olamayacak, bunların yardımcılıklarında bulunamayacak ve benzeri idari görev alamayacaklardır. Ayrıca kurallar, sözleşmeli öğretim üyesi çalıştırılmasına ilişkin usul ve esasların, bunlara yaptıkları görevlere bağlı olarak ödenecek saatlik sözleşme ücret tutarlarının ve uygulamaya ilişkin diğer hususların Maliye Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı ve Genelkurmay Başkanlığı tarafından müştereken belirleneceğini öngörmektedir.

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 kurallarla ihtiyaç duyulan alanlarda sözleşmeler GATA'nın teklifi ve Genelkurmay Başkanlığının onayı ile yapılır. Kurallarda geçen *"ihtiyaç duyulan alan"* ibaresinin düzenlenme amacı olası ihtiyacı karşılamaktır. 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 olmasının gerektiği açıktır. Ayrıca takdir yetkisinin sınırları kurallarda 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 bulunmaları ve bu faaliyetlerin gerektirdiği sınırlı görevleri yapmaları söz konusudur. Ayrıca 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 kurallarda belirsizlik bulunduğu ve dolayısıyla yasama yetkisinin devredildiği söylenemez.

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

Kuralların Anayasa'nın 10. ve 130. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

I- Kanun'un 20. Maddesiyle 1219 Sayılı Kanun'un 3. Maddesine Eklenen Fıkranın Birinci Cümlesinde Yer Alan "*…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, acil tıbbi müdahalelerin hekimler tarafından yapılması gerektiği, sağlık hizmetinin niteliğinin, hizmeti sunan bireyin bilgi, birikim ve yeteneklerine göre önemli değişim göstereceği, tıp eğitimi almamış kolluk kuvvetlerine hizmet içi eğitimle böyle bir bilgi ve birikim kazandırılamayacağı, görevle sınırlılık ifadesinin belirsiz olduğu, hizmetin iyi, teşkilatın düzgün örgütlenmesi yerine tesis edilen düzenlemenin kamu yararı ve hizmet gerekleri ile açıklanamayacağı, sağlık hakkını düzenleyen bu kadar önemli bir konunun ana hatları çizilmeden yönetmeliğe bırakıldığı ve İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin Mesleki Standartlar başlıklı 4. maddesinde yer alan araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekliliğine uymayan dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 17., 56., 87. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, Türk Silâhlı Kuvvetlerinin muharip unsurları ve Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekat Dairesi Başkanlığının merkez ve taşra teşkilatı personelinden görevlendirilen ve ilgili eğitimi başarıyla tamamlayanların, görev yaptıkları süre ve görevle sınırlı olmak üzere sağlık personeli yokluğunda, sağlık hizmetine ulaşıncaya kadar acil tıbbi müdahaleleri yapmaya yetkili oldukları öngörülmektedir.

Dava konusu kural kapsamında yetki verilen kişiler, teşkilat ve görev tanımları kapsamında, çoğu zaman ana ikmal, tahliye, tedavi ve üs bölgesi imkânlarının olmadığı coğrafyalarda harekât icra eden personeldir. Bu personelin muharebe ve harekât görevinin başarıyla tamamlanmasını sağlamak amacıyla harekât teknik imkânları ile lojistik olarak kendi kendine yeterli bir yapıda olması zorunludur. Bu bağlamda dava konusu kuralın yaralanan veya sağlığı bozulan personelin sağlık hizmetine ulaşıncaya kadar geçen süre içerisinde yaşamsal fonksiyonlarının devam ettirilebilmesi için alınması gereken ilk yardım ve acil tıbbî müdahale tedbirlerinin zamanında ve etkin olarak gerçekleştirilmesi amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Bir muharebe veya harekât esnasında Sağlık Bakanlığı veya diğer sağlık kuruluşlarının imkânlarıyla söz konusu muharip unsurlara sağlık hizmeti ulaştırmanın zorluğu, bazı durumlarda imkânsızlığı da dikkate alındığında bu personelin, koşullar normale dönünceye kadar tıbbi gereksinim anlamında kendi ihtiyaçlarını görmelerinin sağlanmasına yönelik kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu kural, söz konusu personele her durumda geçerli olan sınırsız bir müdahale yetkisi vermemektedir. Bu yetki sadece maddede belirtilen güvenlik güçlerine, ilgili eğitimi başarıyla tamamlamış olmaları koşuluyla, görev yapılan süre ve görevle sınırlı olmak üzere, sağlık personeli yokluğunda ve sağlık hizmetine ulaşıncaya kadar verilebilecektir. Dava konusu kuralla verilen yetkinin, yetki verilen kişilerin görev yerleri ve şartları ile mesleğin icrasına ilişkin tehlike ve riskin öngörülemezliği hususları dikkate alınarak belli koşullarda ve sınırlı bir süreyle verildiği anlaşılmaktadır. Personelin yetki ve sorumlulukları ile bu düzenlemenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar ise İçişleri Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle düzenlenecektir. Kanun koyucu muharebe koşullarında sağlık hizmetinin sürekliliği ve bu hizmetlerin aksamamasını sağlamak amacıyla temel kuralları saptayarak konuyla ilgili çerçeveyi çizmiş ve değişen koşullarda süratli şekilde hareket edebilmeyi sağlamaya yönelik olarak uygulamaya ilişkin hususların belirlenmesi konusunda idareyi yetkili kılmıştır. Dolayısıyla dava konusu kural gereğince idare tarafından belirlenecek hususların kapsamı, konusu ve amacının belirsiz ve sınırsız olduğu söylenemez. Bu bağlamda temel kuralların düzenlemede olduğu gibi belirlenmesinden sonra sağlık hizmetlerinin sürekliliği ve bu hizmetlerin aksamamasını sağlamak amacıyla ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi hukuk devleti ilkesine aykırı olmayacağı gibi yasama yetkisinin devri olarak da nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 87. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 21. Maddesiyle 1219 Sayılı Kanun'un 12. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Değiştirilen Dördüncü Cümlesinde Yer Alan "… ***ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere …"*** **İbaresinin İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralın, kurum hekimlerinin aylık ellialtı saat olan çalışma süresini otuz saate indirmek suretiyle çalışma hakkının kullanımını sınırlandırdığı ve bunu haklı kılan bir nedenin bulunmadığı, hekimlerin mesleki faaliyetlerinde geleceklerini öngörmelerine engel olduğu ve Devlete çalışma hakkının etkin kullanımını sağlama görevini veren Avrupa Sosyal Şartıyla bağdaşmadığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 49. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, dava konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve yöneticilik görevi bulunmayan tabipler ile aile hekimlerinin, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere iş yeri hekimliği yapabilmeleri öngörülmektedir.

Dava konusu kuralın yer aldığı 6514 sayılı Kanunla kamuda tam gün çalışan hekimlerin mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacakları, gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacakları öngörülmektedir. Dava konusu kuralla, kuralın gerekçesinde de ifade edildiği gibi kamuda tam gün çalışmanın bir istisnası olarak kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve yöneticilik görevi bulunmayan tabipler ile aile hekimlerinin, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında aylık otuz saatten fazla olmamak şartıyla iş yeri hekimliği yapabilmelerine yönelik düzenleme yapılmıştır.

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan 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. Ancak güvenin korunması, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemelidir. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucu Anayasa'da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumları ile ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir.

Kanun koyucu herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirmek, hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak üzere hasta-hekim ilişkisini düzenleyebilir; hekimlerin hastalarını gereği gibi takip edebilmeleri için gerekli gördüğü önlemleri almak amacıyla çalışma koşullarını yeniden belirleyip bazı kayıtlara tâbi tutabilir. Zira kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, sağlıklı ve huzurlu bir yaşam sürebilmelerinin başlıca şartlarından biri, ihtiyaç duydukları anda kaliteli bir sağlık hizmetine ulaşıp bundan verimli ve etkili şekilde yararlanabilmelerinin de sağlanmasıdır. Bu bağlamda kanun koyucu dava konusu kuralla kamuda tam gün çalışan hekimler için düzenlediği istisnai çalışma alanının en fazla ne kadar olabileceğini belirlemek suretiyle buna bir üst sınır getirmiştir. Bu suretle kamuda çalışan hekimler tarafından mesai saatleri içinde verilen sağlık hizmetinin daha etkin, verimli ve kaliteli olarak sunulmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kuralın, söz konusu sağlık hizmetlerinden yararlanan hastaların yaşama hakkını, maddi ve manevi varlığını geliştirme amacını korumaya yönelik olarak kamu yararı taşıdığında kuşku yoktur. Kuralla getirilen izin şartının da iş yeri hekimliği yapmak isteyen hekimin görev yaptığı kamu kurumunda yürütülen hizmetlerin planlanması ve düzenlenmesi bakımından önemli ve gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kamuda daha iyi bir sağlık hizmeti sunulmasının sağlanması yönünde kamu yararı amacı taşıyan kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan mevzuatta açıkça düzenlenmeyen kurum hekimlerinin aylık çalışma süresinin, iş yeri hekimliğinde aylık ellialtı saat olarak uygulanması

şeklinde oluşan fiili durumun hukuki güvenlik ilkesi gereğince korunması da söz konusu olamaz. Ayrıca dava dilekçesinde kurum hekimlerinin aylık çalışma süresinin otuz saate indirilmesinde haklı kılan bir nedenin bulunmadığı ileri sürülmüş ise de kuralın kamuda daha iyi bir sağlık hizmeti verilebilmesinin sağlanması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Somut düzenlemenin belirtilen amacı etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 49. ve 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 21. Maddesiyle 1219 Sayılı Kanun'un 12. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Beşinci Cümlesinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen Altıncı Cümlenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yalnızca çalışan sayısından hareketle çalışanların sağlığının korunması ve geliştirilmesinde temel role sahip hekimlerin sahip olması gereken mesleki niteliklerin değiştirilmesinin kamu sağlığı yönünden haklı bir gerekçesinin bulunmadığı, işyerlerinde çalışan korunmaya muhtaç işçilerin sağlıklı, mutlu ve güven içinde çalışmalarına güvence oluşturmadığı, aynı durumdaki çalışanların farklı sağlık hizmetine tâbi kılınmasının İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde yer alan sağlık hizmetlerinden adil şekilde yararlanma hakkı ile sağlık alanında herhangi bir müdahalenin ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekliliğine aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, ondan az işçi çalıştıran az tehlikeli işyerlerinde, tabiplerin iş yeri hekimliği yapabilmeleri için gerekli olan iş yeri hekimliği eğitimi alma ve iş yeri hekimliği belgesine sahip olma şartının aranmayacağı öngörülmektedir.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanan İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği, tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimaline göre iş yerlerini, çok tehlikeli, tehlikeli ve az tehlikeli şeklinde üç gruba ayırmıştır. Dava konusu kuralda yer alan az tehlikeli işyerleri ise bu gruplar içinde dikim için çiçek ve diğer bitkilerin yetiştirilmesi, tütünün sınıflandırılması, balyalanması, orman yetiştirmek için fidan ve tohum üretimi, ağaç dışındaki yabani olarak yetişen ürünlerin toplanması gibi zarar ve hasar verme potansiyeli bakımından en az risk içeren yerler olup bu bağlamda kontrol tedbirlerinin en az oranda uygulanabileceği yerlerdendir.

Kanun koyucunun dava konusu kuralla, ondan az işçi çalıştıran az tehlikeli işyerlerinde iş yeri hekimliği yapacak tabiplerin, tıp fakültesi eğitiminin kazandırdığı bilgi ve becerinin bu işyerlerinde iş yeri hekimliği yapmak bakımından yeterli olduğu düşüncesinden hareketle iş yeri hekimliği eğitimi alma ve iş yeri hekimliği belgesine sahip olmasına gerek görmediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu iş yerlerinde var olan ya da var olabilecek tehlikelerin azlığı ile çalışan işçi sayısının ondan az olması da dikkate alındığında, hekimlerin iş yeri hekimliği yapabilmesi için iş yeri hekimliği eğitimi alma ve iş yeri hekimliği belgesine sahip olma şartının kaldırılmasının Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 24. Maddesiyle 1219 Sayılı Kanun'un Ek 13. Maddesine Eklenen (v) ve (y) Bentleri ile 29. Maddesiyle 1219 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 11. Maddenin Birinci Cümlesinde Yer Alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sağlık hizmeti sunmak için lisans programlarından mezun olmayı zorunlu kılmayan, sağlık meslek lisesi programlarındaki zorunlu eğitimi bitiren öğrencilerin, seçtikleri programlarda okuyup 17-18 yaş civarında *"hemşire yardımcısı"* ya da *"ebe yardımcısı"* olabilmesi ve sağlık

hizmeti sunabilmesine imkan veren dava konusu kuralın, Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde ve Anayasa'da düzenlenen sağlık alanında insan haklarının korunması ve mesleki standartlara uygun sağlık hizmeti alma hakkı ile çeliştiği, hakkın kullanımını zayıflatarak onun özüne dokunan bir düzenleme olarak demokratik toplum düzeninin gereklerine uymadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 13., 17., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu (v) ve (y) bentlerinde *"hemşire yardımcısı"* ve *"ebe yardımcısı"* adları altında iki yeni yardımcı sağlık mesleği tanımlanarak bunlardan hemşire yardımcısının sağlık meslek liselerinin hemşire yardımcılığı programından mezun olup hemşire nezaretinde yardımcı olarak çalışan, ayrıca hastaların günlük yaşam aktivitelerinin yerine getirilmesi, beslenme programının uygulanması, kişisel bakım ve temizliği ile sağlık hizmetlerine ulaşımında yardımcı olan ve refakat eden sağlık teknisyeni olduğu; ebe yardımcısının ise sağlık meslek liselerinin ebe yardımcılığı programından mezun olup ebelerin nezaretinde yardımcı olarak çalışan, ayrıca hastaların günlük yaşam aktivitelerinin yerine getirilmesi, beslenme programının uygulanması, kişisel bakım ve temizliği ile sağlık hizmetlerine ulaşımında yardımcı olan ve refakat eden sağlık teknisyeni olduğu ifade edilmektedir.

Dava konusu ibarelerle ise, 6514 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren sağlık meslek liselerinin hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı haricindeki programlarına öğrenci kaydedilmeyeceği öngörülmektedir. Zira hemşirelik meslek mensuplarının üniversitelerin hemşirelik lisans programlarından karşılanabilecek yeterlikte olması nedeniyle bu liselerin bundan sonra sadece hemşire yardımcılığı ve ebe yardımcılığı eğitimi vermeleri öngörülmektedir. Ancak bu tarihe kadar kaydı yapılmış olan öğrenciler eğitimlerini kayıtları yapılan programlarda tamamlayabilecek ve bitirdikleri programların meslek unvanını kullanabileceklerdir.

Dava konusu kurallarla, sağlık meslek liselerinin hemşire yetiştirmesi süreci sona ermekte olup bu liselerde bundan sonra hemşire ve ebelere destek olmak üzere hemşire yardımcısı ve ebe yardımcısı şeklinde ara eleman yetiştirilmesi öngörülmektedir. Zira sağlık meslek liselerinin sağlık hizmeti sunumunda hemşire ile ebelere destek olacak ihtiyaç duyulan ara

elemanların karşılanabileceği en uygun kurumlar olduğu açıktır. Söz konusu liselerden mezun olan hemşire yardımcısı ve ebe yardımcısı şeklindeki ara elemanlar, hemşire ve ebe nezaretinde yardımcı olarak çalışacak ve hastaların günlük yaşam aktivitelerinin yerine getirilmesine, beslenme programının uygulanmasına, kişisel bakım ve temizliği ile sağlık hizmetlerine ulaşımında yardımcı olmak ve refakat etmekle görevli olacaklardır. Dolayısıyla sağlık hizmeti sunan kurumlarda sağlık alanında eğitim almış nitelikli ara insan gücü ihtiyacını karşılamaya yönelik olan dava konusu kuralların kişilerin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkıyla çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 2., 13. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

M- Kanun'un 37. Maddesiyle 209 sayılı Kanun'un 3. Maddesine Eklenen Dokuzuncu ve Onuncu Fıkraların İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarla eğitim görevlilerine yönelik olarak oluşturulan söz konusu yeni çalışma alanının, *"ülkeye ve insanlığa hizmet etmek"* ya da *"milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun"* hekim yetiştirmek amacında olmayıp özel hastanelerin ve vakıf üniversitelerin kârlılığının sağlanmasına hizmet ettiği ve bunların maliyetlerini düşürdüğü, bu nedenle kamu yararı bulunmadığı, sözleşmeli profesör ve doçentlerin döner sermaye hesabına yatırılan kurumsal sözleşme ücretinin yüzde ellisine idare tarafından el konularak profesör ve doçent emeği üzerinden sağlık hizmeti rantı elde edildiği, yüzde elli içinde yer alamayan profesör ve doçentlerin, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyeti yapamayacak, özel hastaneler ile vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışamayacak olmaları nedeniyle yüzde elli içinde yer alan profesör ve doçentlere ayrıcalık tanındığı, sağlık hizmetine ihtiyaç duyanların hizmete serbestçe ulaşmalarını zorlaştırdığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6514 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle yeniden düzenlenen 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesiyle, memurların, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacakları; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacakları öngörülmüş; 11. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesine eklenen yedinci fıkranın ilk cümlesiyle de tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının, kanunlarda belirtilen hâller dışında 657 sayılı Kanun'un 28. maddesine tâbi olduğu hüküm altına alınmıştır.

Dava konusu kurallarla ise Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim ve araştırma hastaneleri ile 3359 sayılı Kanun'un ek 9. maddesi kapsamında üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan profesör ve doçent unvanını haiz bulunanlar ile eğitim görevlileri için söz konusu çalışma yasağına istisna getirilmekte ve belli koşullarda özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmelerine imkân tanınmaktadır.

Dava konusu kurallar, yeni oluşturulan çalışma alanının ayrıntılarını düzenlemektedir. Buna göre, belirtilen hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan profesör ve doçent unvanını haiz bulunanlar ile eğitim görevlilerinin, her bir branş itibarıyla sayılarının yüzde ellisini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri döner sermaye hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmelerine karar vermeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu şekilde çalıştırılabileceklerin hesabında küsurat dikkate alınmaz ve çalıştırılacak kişiler, Bakanlıkça belirlenecek yüzde ellisi uygulama, yüzde ellisi de akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre tespit edilir. Bu çalışma karşılığı elde edilen gelirler döner sermaye işletmesinin ayrı bir hesabında toplanır ve elde edilen gelirin yüzde ellisi, herhangi bir limite bağlı olmaksızın çalıştırılan kişilere ödenir. Bu şekilde çalıştırılacaklar, aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamayacak, mesai dışı ek ödeme alamayacak, aylık sözleşme ücretleri, kadroları için belirlenen

mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından az olamayacak, idari görevlerde bulunamayacak ve ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrüründe beş yıl süreyle bu kapsamda çalıştırılamayacaktır. Özel hastaneler ve vakıf üniversitesi hastaneleri, tabip ve diş tabibi kadro sayıları için ayrı ayrı hesaplanmak şartıyla ve bu sayıların yüzde yirmisini geçmemek üzere yedinci fıkra kapsamında üniversite ile sözleşme yapabilir. Vakıf üniversiteleri ile iş birliği yapan özel hastanelerde yüzde yirmi oranının hesabında, üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabibi dikkate alınmaz. Bunlardan ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davrananların, bu kapsamdaki ilgili sözleşmesi sona erdirilir ve bunlar bir yıl süreyle yeni sözleşme yapamaz. Aykırı davranışın üç yıl içinde tekerrüründe ise beş yıl süreyle yeni sözleşme yapma yasağı uygulanır.

Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. Devlet için bir ödev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı kolaylaştırıcı ya da güçlendirici düzenlemeler Anayasa'ya uygundur. Dava konusu kurallarla oluşturulan çalışma alanının da kişilerin en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı bağlamında sağlık hizmetlerinden yaygın şekilde yararlanması yönünde yapılan bir düzenleme olduğunda kuşku yoktur. Doğrudan yaşam hakkı ile ilgili ve diğer kamu hizmetlerinden farklı olan sağlık hizmetine, kişilerin ihtiyaç duydukları anda ulaşabilmelerini ve bu hizmetlerden yararlanabilmelerini yaygınlaştırmaya yönelik olan dava konusu kurallar, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Kanun koyucu, yükseköğretimin Anayasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz. Bu bağlamda kanun koyucu dava konusu kurallarla mesai saatleri sonrasında mesleki

faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmaları yasaklanan öğretim elemanlarından profesör ve doçent kadrosunda bulunanlar için bir istisna getirmiş ve belli şartlarda ve sınırlı olarak üniversite dışında hizmet verebilmelerine imkân tanımıştır. Dava konusu kuralların, söz konusu akademik personelin bilimsel bilgi ve yeteneğini yaygın biçimde kamunun hizmetine ve yararlanmasına sunmak suretiyle sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulmasına yönelik olduğunda şüphe yoktur. Sağlık hizmetine geniş şekilde ulaşımın sağlanmasına yönelik dava konusu kuralların, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmelerini engelleyici nitelikte olduğu söylenemeyeceğinden Anayasa'ya aykırı bir yönü yoktur.

Dava dilekçesinde öğretim elemanlarına yaratılan söz konusu yeni çalışma alanının, özel hastanelerin ve vakıf üniversitelerinin kârlılığının sağlanmasına hizmet ettiği, bunların maliyetlerini düşürmeye yönelik olduğu ve amacının *"ülkeye ve insanlığa hizmet etmek"* ya da *"milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun"* hekim yetiştirmek olmadığı, bu nedenle kamu yararı amacı taşımadığı ileri sürülmüş ise de hekimlere ve sağlık hizmetine ulaşımın yaygınlaştırılması ile nitelikli akademik personelden söz konusu hastanelerde de yararlanılabilmesinin sağlanmasına yönelik olan kuralların kamu yararı amacı taşıdığında şüphe yoktur. Somut düzenlemenin belirtilen amacı etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

N- Kanun'un 39. Maddesiyle 211 Sayılı Kanun'un 57. Maddesine Eklenen İkinci Fıkrada Yer Alan "*...harekât ihtiyaçları hariç...*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, hekim olmayan kişilerin hizmet sunmasına olanak tanıyan, tıbbî kuralların uygulanmasından vazgeçilerek harekât anını bütünüyle hizmet standartlarının dışına çıkaran dava konusu kuralın Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralın yer aldığı düzenlemede Türk Silahlı Kuvvetlerinin sağlık teşkillerindeki sağlık hizmetlerinin kural olarak ulusal sağlık mevzuatında yer alan hizmet standartlarına göre yürütüleceği belirtilmekte, dava konusu ibareyle ise buna bir istisna getirilerek harekât ihtiyaçları söz konusu olduğunda sağlık hizmetlerinin hizmet standartlarının dışında yürütülebileceği öngörülmektedir.

Türk Silahlı Kuvvetleri ve mensuplarının ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı ile askerlik hizmet ve gereklerinin farklılık arz etmesi nedeniyle bu alanda, yapılan işin niteliğine uygun olarak genel düzenlemelerden ayrı bazı istisnai düzenlemeler yapılabilir. Zira harekât ihtiyaçları söz konusu olduğunda Türk Silahlı Kuvvetleri tarafından var olan standartlarda sağlık hizmeti desteğinin sunulması teknik olarak imkânsız olabilir ve bu hizmetin genel düzenlemelerden ayrı olarak ele alınması gerekebilir. Dolayısıyla sağlık teşkillerindeki sağlık hizmetlerinin sadece harekât ihtiyaçları hâsıl olduğunda ulusal sağlık mevzuatında yer alan hizmet standartlarının dışına çıkılabileceğini öngören dava konusu kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

O- Kanun'un 46. Maddesiyle 3359 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 11. Maddenin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda yer alan *"ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan"* veya *"yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler"* ile *"olağanüstü*

durum" ibarelerinin bu bağlamda suçun faili olabilecek kişiler ile sağlık hizmetinin ne zaman devamlılık arz etmiş kabul edileceğinin belirsiz olduğu, idari düzeni bozan bir eylem olan ruhsatsız olarak sağlık hizmeti verilmesi hakkında idari yaptırım uygulanması gerekirken bu eylemle ilgili olarak ağır bir ceza yaptırımının düzenlendiği, suçun tanımının, hekimlik mesleğinin özellikleri gözetilerek herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde ortaya konulmayarak kıyasa açık bir düzenleme yapıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 13., 17., 38., 48., 49. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenlerin bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmasını öngörmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, *"Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *"suçun kanuniliği"*, üçüncü fıkrasında da *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek, *"cezanın kanuniliği"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir. Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır.

Sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında sağlık hizmetinin ruhsatsız şekilde sunulması ile yetkisiz kişilerce sunulmasının neticelerini dikkate alarak bu eylemlerin cezalandırılmasını benimsemiş, ancak sağlık hizmetinin ertelenemez ve ikame edilemez özelliğini de dikkate alarak olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmetini ceza müeyyidesinin kapsamı dışında tutmuştur. Dava konusu kuralın, kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili olan sağlık hizmetlerinin bu konuda yetkin kişiler tarafından sunulmasını sağlamaya yönelik olduğu açıktır. Kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak ve eylemin meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak düzenlediği dava konusu kuralın amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kuralın ölçüsüzce düzenlendiği söylenemeyeceğinden hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Dava konusu kuralda, *"ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunma"* ve *"yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirme"* eylemleri suç olarak kabul edilerek, bu suçun unsurları ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza açıkça belirlenmiştir. Dava dilekçesinde her ne kadar *"ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunma"* ve *"yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirme"* ile *"olağanüstü durum"* ibarelerinin

belirsiz olduğu ileri sürülmüş ise de yürürlükteki yasal mevzuat ve bunlara dayanılarak hazırlanan yönetmeliklerde bu ibarelere ilişkin açıklayıcı tanımlara yer verildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralın belirsiz olduğundan söz edilemeyeceğinden kanunilik ilkesine aykırılık yoktur.

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

Kuralın Anayasa'nın 5., 13., 17., 48., 49. ve 56. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ ile Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

P- Kanun'un 50. Maddesiyle 3359 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 9. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralın, 1.1.2013 tarihinden önce yurt dışında mesleki faaliyette bulunan tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile maddenin yürürlüğünden önce yurt dışında eğitimlerini tamamlayanları Devlet hizmeti yükümlülüğünden ayrık tutması nedeniyle kamu yararı taşımadığı, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı ve kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanları farklı kurallara tâbi tuttuğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, 1.1.2013 tarihinden önce yurt dışında mesleki faaliyette bulunan tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ve bu maddenin yürürlüğe girdiği 18.1.2014 tarihinden önce yurt dışında eğitimlerini tamamlayanların, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde (18.7.2014 tarihine kadar) Türkiye'ye dönmek ve en az üç yıl süreyle Türkiye'de fiilen meslek icrasında bulunmak şartıyla 3359 sayılı Kanun'un ek 3. maddesinde öngörülen Devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulması öngörülmektedir.

Kuralla, ülkemiz bakımından büyük önem arz eden sağlık sektöründe yetişmiş elemanların Türkiye'ye dönmeleri yönünde caydırıcılık etkisi olan Devlet hizmeti yükümlülüğünden muafiyet sağlanarak bu alanda yetişmiş elemanların yurtdışından ülkeye dönüşünün sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Düzenlemenin söz konusu personelin ülkeye dönüşü yönünde özendirici ve ülkeye dönmeyi teşvik edici nitelikte olduğu ve sağlık sektöründe yetişmiş bu personelin hizmetinden yararlanmaya yönelik olarak kamu yararı amacı taşıdığında şüphe yoktur. Ayrıca dava konusu kural süreklilik arz etmeyip sadece altı ay içinde geri dönenlerle sınırlandırıldığından bir nevi af hükmü niteliğindedir. Bu bağlamda nitelikli insan gücünden yararlanma imkânı sağlamaya yönelik kamu yararı amacı taşıyan ve bir defaya mahsus olan dava konusu kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

R- Kanun'un 52. Maddesiyle Değiştirilen 5258 Sayılı Kanun'un 3. Maddesinin Beşinci Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarına, görevleriyle ilişkisi bulunmayan ve eğitimini almadıkları sağlık birimlerinde, mesai saatleri dışında asgari sekiz saat, ihtiyaç hâlinde ise belirsiz bir sürede nöbet görevi verilmesinin, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı ve görevin gerektirdiği niteliklere sahip kişilerce verilmesi bağlamında da kamu yararı bulunmadığı, ihtiyaç hâlinin ne olduğunun belirgin olmadığı, idareye genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi verildiği, aile hekimlerinin nöbet görevi verilecek yataklı tedavi kurumlarına, acil sağlık hizmetlerine sağlık hizmeti almak üzere başvuracak hastaların gereksinim duydukları sağlık hizmetini o alandaki mesleki standartlara uygun olarak alma haklarını da ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 17., 48., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat, ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verileceği öngörülmektedir.

5258 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, aile hekimi, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini yaş, cinsiyet ve hastalık ayrımı yapmaksızın her kişiye kapsamlı ve devamlı olarak belli bir mekânda vermekle yükümlü, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti veren ve tam gün esasına göre çalışan aile hekimliği uzmanı veya Sağlık Bakanlığının öngördüğü eğitimleri alan uzman tabip veya 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 laboratuar 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 kişiye 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 diğer kamu kurum veya kuruluşları personeli olan uzman tabip, tabip ve aile sağlığı elemanı olarak çalıştırılacak sağlık personelini, kendilerinin talebi ve kurumlarının veya Bakanlığın muvafakati üzerine, 657 sayılı Kanun ile diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması

hakkındaki hükümlerine bağlı 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 bağlı olup 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 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. 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 belirtilmiştir. Kişilerin hayatlarını mutlu, huzurlu, beden ve ruh sağlığına sahip olarak sürdürebilmeleri, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp ihtiyaç duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleri ile sağlanabilecektir.

Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak Devlete sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif yükümlülük yüklemiş, 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.

Dava konusu kuralın kamu yararını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu amaçla doğrudan ve dolaylı şekilde öngörülen nöbet uygulaması Devletin pozitif yükümlülüğü gereği almak zorunda olduğu tedbirlerden biridir. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yeterli ölçüde yararlanabilmeleridir. Devlet için bir ödev, 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.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları iradeleri ile kabul ettikleri sözleşmeyle ücret karşılığı çalışmakta ve sözleşmeli olarak çalışmanın sağlayacağı olanakları tercih etmektedirler. Sözleşmelerinin sona ermesi durumunda yenilemek de kendilerine bağlıdır. Ayrıca söz konusu nöbet ücret karşılığı olarak tutulan nöbet olup tamamen sınırsız değildir. Zira, nöbet görevi sadece 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesinde sayılan yerlerde tutulacak, haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat olan nöbet görevi ancak ihtiyaç hâlinde bu sürenin üzerinde verilebilecektir.

Öte yandan 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesi nöbet uygulamasında ödenecek ücreti sınırlayarak dolaylı yoldan nöbet sürelerine ilişkin sınırlama getirmektedir. Anılan Kanun'da belirtilen saatlerden fazla nöbet tutulduğunda ise fazla tutulan her sekiz saate bir gün izin verilmektedir. Ayrıca bu ücret yoğun bakım, acil servis ve 112 acil sağlık hizmetlerinde tutulan söz konusu nöbetler için yüzde elli oranında artırımlı ödenecektir. Bu ölçütler dikkate alındığında aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının nöbet uygulamasının genel çerçevesinin belirlendiği, kuralın, hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir olduğu ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içerdiği açıktır. Dolayısıyla kanun koyucunun, temel esasları ve ilkeleri belirleyip sınırları çizdikten sonra bazı teknik konuların düzenlenmesini idareye bıraktığı dava konusu kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 17., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 48. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

2.1.2014 tarihli ve 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1- 14. maddesiyle, 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen geçici 64. madde,

2- 19. maddesiyle, 17.11.1983 tarihli ve 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'na eklenen geçici 11. madde,

7.11.2014 tarihli ve E.2014/61, K.2014/166 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu maddelerin, uygulanmalarından doğacak, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal

kararlarının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, Hicabi DURSUN, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 1- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümleye,

2- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesine,

3- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresine,

4- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine,

5- 11. maddesiyle, 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin;

a- Yeniden düzenlenen altıncı fıkrasına,

b- Eklenen yedinci ve sekizinci fıkralarına,

6- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si…"* ibaresine,

7- 17. maddesiyle, 27.7.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesine,

8- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen 2955 sayılı Kanun'un 32. maddesinin altıncı fıkrasına,

9- 20. maddesiyle, 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresine,

10- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin;

a- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümleye,

11- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerine,

12- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresine,

13- 37. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralara,

14- 39. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"… harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresine,

15- 46. maddesiyle, 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesine,

16- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddeye,

17- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesine,

yönelik iptal istemleri, 7.11.2014 tarihli ve E.2014/61, K.2014/166 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere, fıkralara, bentlere, cümlelere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7.11.2014 tarihinde karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

2.1.2014 tarihli ve 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 11. maddesiyle, 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin;

1- Yeniden düzenlenen altıncı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Eklenen yedinci fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Eklenen sekizinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si …"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

G- 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

H- 17. maddesiyle, 27.7.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

I- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 tarihli ve 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

K- 20. maddesiyle, 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

L- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin;

1- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin,

2- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlenin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

M- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

N- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

O- 37. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

P- 39. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"… harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

R- 46. maddesiyle, 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

S- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

T- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7.11.2014 tarihinde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın; Yasa'nın iptali istenen 36., 37. ve 58. maddelerine ilişkin yazdıkları karşıoylarının ilgili 2., 3. ve 6. bölümlerine katılıyorum.

Başkan
Haşim KILIÇ

KARŞIOY

"Olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce, acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bir güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." şeklindeki sağlık hizmetleri temel kanununa eklenen ek 11. maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan ifadenin belirsizlikler içerdiği, idari yaptırım uygulanması gereken eyleme

ağır ceza getirildiği, suçun tanımının açık olmadığı nedenleri ile Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Kuralda ruhsatsız sağlık hizmeti sunan ya da bir hizmeti yetkisiz kişilerce verdirenlere hapis ve adli para cezası öngörülmektedir.

Kuralda kastedilen cezalandırılması gereken kişilerin kimler olduğuna bakmak gerekir. Bunların gerçek mi, tüzel kişi mi olduğu düzenlemede belirsizdir.

Kuralda yer alan "Mesleğini icraya yetkili kişilerce" ifadesi ele alındığında, bu kişilerin gerçek kişi olabileceği akla gelebilir. Ancak, gerçek kişilerin mesleklerini icra etmelerinin tek şartı diploma sahibi olmak olup bunların sağlık kuruluşu dışında bir sağlık hizmeti sunmak için ruhsat almalarını gerektiren bir zorunluluk yoktur, ve bu kişiler (tabip ve uzmanlar) bir sağlık kuruluşunda il veya ilçe sağlık müdürlüğünce hazırlanan çalışma belgesi ile kadro karşılığı çalışırlar.

Kuralda geçen "Ruhsat" ve bu olmadan sağlık hizmeti sunanlar yönünden baktığımızda ise, bir hizmeti sunmak için aranan "Ruhsat" ise mesleğin icrası için işyeri açılması ve işletmesine yönelik idarece verilen bir izin belgesidir. O halde ruhsatlı hizmet muhatabının tıp merkezi, poliklinik, laboratuvar türü sağlık kuruluşu olması kaçınılmazdır. Nitekim "Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkındaki" yönetmeliğin tanımlar maddesinde yer alan "işleten" tanımında, sağlık kuruluşunun mülkiyet hak sahibi değil, sağlık hizmeti sunmak üzere adına "Ruhsat düzenlenen kişiyi ifade ettiği görülecektir.

Açıklanan anlam ve kapsama göre, kuralın getirdiği ceza muhatabının sadece ruhsat yetkilisi mi, meslek icrası yetkilisi mi olduğu tereddütlere mahal olup, cezalandırılmak için aranması zorunlu açıklığı içerdiği söylenemez.

Kuralda yer alan, yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenlerin de kim olduklarının anlaşılması gerekir.

Bu ibare ile, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunumuna yönelik bir organizasyon yaparak burada sağlık personeli olmayan kişiler aracılığı ile sağlık hizmeti verdirilmesi mi, yoksa ruhsatsız bir sağlık hizmet sunum organizasyonunda İl Sağlık Müdürlükleri tarafından verilmiş bir çalışma belgesi olmaksızın mesleğini icra etmeye yetkili sağlık personeline hizmet verdirilmesi mi, ya da ruhsatlı sağlık kuruluşu olmakla birlikte personel çalışma belgesi olmadan personel çalıştırılması fiilinin mi suç sayılacağı açık bir şekilde anlaşılamamaktadır.

Ayrıca dava konusu kuralda belirtilen kişiler tarafından, olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilen sağlık hizmeti ceza kapsamı dışında tutulmaktadır. 22.5.2002 tarihli ve 24762 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İlkyardım Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde;

"İlkyardım: Herhangi bir kaza ya da yaşamı tehlikeye düşüren bir durumda sağlık görevlilerinin tıbbi yardımı sağlanıncaya kadar hayatın kurtarılması yada durumun daha kötüye gitmesini önleyebilmek amacıyla olay yerinde, tıbbi araç gereç aranmaksızın mevcut araç ve gereçlerle yapılan ilaçsız uygulamaları," şeklinde tanımlanmıştır.

11.5.2000 tarihli ve 24046 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan **Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin** "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde;

"Acil Sağlık Hizmetleri: Acil hastalık ve yaralanma hallerinde, konusunda özel eğitim almış ekipler tarafından, tıbbi araç ve gereç desteği ile olay yerinde, nakil sırasında, sağlık kurum ve kuruluşlarında sunulan tüm sağlık hizmetlerini,"

"Acil Yardım: Acil sağlık hizmetleri konusunda özel eğitim görmüş ekipler tarafından, tıbbî araç ve gereç desteği ile olay yerinde ve hastaneye nakil sırasında verilen hizmetlerin bütününü,"

"Acil Tedavi: Hastaneler ile diğer sağlık kurum ve kuruluşlarında acil tıbbî tedaviye ihtiyacı olanlara sunulan hizmetlerin bütününü,"

"**Olağandışı Durum:** Aniden oluşan ve büyük zararlara yol açan doğal afetler ile teknolojik afetlerin ve büyük çapta gerçekleşen kitlesel kazaların bütününü," ifade ettiği şeklinde tanımlanmıştır.

Bu bağlamda, aniden oluşan ve büyük zararlara yol açan doğal afetler ile teknolojik afetlerin ve büyük çapta gerçekleşen kitlesel kazaların gerçekleşmesi halinde, konusunda özel eğitim almış ekipler tarafından, tıbbi araç ve gereç desteği ile olay yerinde, nakil sırasında, sağlık kurum ve kuruluşlarında sağlık hizmetlerinin sunulmaya başlanması ve bu sağlık hizmetinin devamlılık arz etmesi anına kadar, dava konusu kuralda belirtilen kişiler tarafından, verilecek sağlık hizmeti ceza kapsamı dışında olup, söz konusu acil sağlık hizmetinin sunulmaya başlandığı andan itibaren verilen sağlık hizmetinin sona erdirilmesi gerekmekte olup, bu hizmeti sunmaya devam eden kişiler hakkında kuralda yer alan ceza verilecektir. Bu bağlamda ceza kapsamı dışında olan söz konusu sağlık hizmetlerinin sunulmaya başlanması ve devamlılık arz etmesi anını belirlemek önemli olup, özellikle bu hizmetin ne zaman devamlılık arz ettiğinin kabulü konusunda tereddütler olacağı ortadadır.

Hukuk devleti ilkesine göre, kanunun ne tür fiilleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi ve buna göre cezasının da kanunla saptanması gerekir. Bireyler, ancak bu şekilde hukuki güvenliklerinden emin olarak yaşamlarını sürdürebilirler.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan **hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması,** ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. **Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler.** Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden

kaçınmasını gerekli kılar. **Suçta ve cezada belirlilik, hem suçun unsurlarının hem de suç karşılığında öngörülen cezanın yasada açık ve seçik bir biçimde belirtilmesi anlamını taşır.**

Ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, **hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.** Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir. Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür.

Dava konusu kuralın gerekçesinde, "sağlık kurum ve kuruluşlarının bakanlıkça belirlenen kurallara ve standartlara uygunluğunun denetlenmesi ve bunlara uymayanlara idari yaptırım uygulanması öngörülmekte ve idari yaptırım uygulamaya yetkili makamlar belirlenmekte" şeklindeki genel ifade, kuralın içeriğini niteliksel olarak ifade etmeye yeterli değildir.

Suçun faili, ruhsatsız sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler olarak ifade edilmiş ise de, maddenin yazılışı belirlilik ilkesine hizmet etmemekte, daha vahimi kural her uygulamasında adil yargılanma ve hakkaniyet ölçütlerinin ihlalin gerçekleştirecek sağlık hakkı, mesleği ve ilgilileri yönlerinden yapısal bozukluklar içermektedir.

Mevzuatta sağlık hizmeti sunmak için mutlak ruhsat almaları gerektiğine yönelik düzenleme yok iken, kural mevzuatta olmayan zorunluluğu oluşturup aykırı hareketi ceza kapsamına almıştır. Kural, sağlık hizmeti verme yetkilisinde mutlak bir ruhsat zorunluluğu aradığında, çocuğu doktor olan ailenin evde çocuğunca muayene edilmesi halinin de suç kapsamında olmadığı söylenemeyecek, ayrıca uluslar arası örgütlerce organize bir sağlık taraması ve tedavisi de ceza kapsamında olacaktır. Anılan hizmeti sunanlardan kasıt tüzel kişilik olduğunda ise ceza muhatabının sağlık

kuruluşunun işleteni mi, mülkiyet hak sahibini mi, şirket sorumlusunu mu, mesul müdür mü olduğu da açık değildir.

Ayrıca, acil sağlık hizmeti ulaşana ve hizmet devamlılık arz edene kadar ibarelerinin uzmanlarınca bile anlaşılabilirliği-açıklığı hizmet verenin kim olması gerektiği, sorumluluk sınırları yönünden tanımsız ve belirsizdir.

Devamlılık arz etme anının tıbbi ihtiyaçtan mı, devletin yaşam hakkı koruma yönündeki pozitif yükün sağlanması zorunluluğundan mı doğduğu, hipokrat yemininin gereklerine, meslek ahlakına sadakat borcuyla mı oluştuğu gibi sayısız hangi kriter esası ile ele alınacağının belirliliğinden bahsedilemeyecek, anılan gri alanlar yargılama süreçlerinde çeşitli adaletsiz ve hakkaniyetsiz sonuçlar doğuracaktır.

Hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun "açıkça" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp, bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.

Zira hukuk devleti adaletli bir hukuk düzeni kurmak, geliştirmek ve bireyini hukuki güvenlik altına almak, keyfiliklere, belirsizliklere, öngörülmezlere karşı korumak zorundadır. Suç ve cezada kıyas ve kıyasa yol açacak geniş yorum yapılamadığından ceza yaptırımına bağlı fiilin de bu bağlamda açık, anlaşılır ve belirli olması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu bağlamda suçun failinin, unsurlarının ve kapsamının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, anlaşılır ve kesin bir şekilde belirlenemediği dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Anılan nedenler ile çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 2.1.2014 tarih ve 6514 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile düzenlenen 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde **"memurlar,** mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, **muayenehane** ve benzerİ yerler açamaz…" denilmektedir.

6514 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 12. maddesinde de değişiklik yapılmış ve **"Tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar;** 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesi, 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun **Ek 27. maddesi**, 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun **36. maddesi** ile 17/11/1983 tarihli ve 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun **32. maddesi saklı kalmak kaydıyla**, aşağıdaki sağlık kurum ve kuruluşlarında **mesleklerini icra edebilirler…"** hükmü getirilmiştir.

Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde; tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, ister kamuda 657 sayılı Kanun'a tâbi olarak görev yapsınlar, ister Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesindeki askeri sağlık kuruluşlarında veya Gülhane Askeri Tıp Akademisi bünyesinde görev alsınlar, isterse de 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamındaki üniversitelerde görev yapmakta olsunlar, **serbest muayenehane açamayacaklardır.** Evvelce 21.1.2010 tarih ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, üniversitelerin sağlık öğretim üyeleri (GATA'dakiler dahil) ile kamuda çalışan tabip ve diş tabiplerinin (Türk Silahlı Kuvvetleri bünyesinde görev yapanlar dahil) muayenehane açma ve özel hastanelerde görev yapma konularında yasaklama öngören düzenlemeleri Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 tarih ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin üniversitede görev yapanlar yönünden verdiği iptal kararının gerekçesi şöyledir:

"…Anayasada üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. **Öğretim üyelerinin bu konumları dikkate alındığında bunların diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir.** Yasakoyucu, yükseköğretimin Anayasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. **Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz**. İptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayrım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklandığı anlaşılmaktadır. **Bu durumun Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır.** Belirtilen nedenlerle dava konusu ikinci fıkranın birinci tümcesi Anayasa'nın 130. maddesine aykırıdır. **İptali gerekir**…"

Anayasa Mahkemesinin kamuda görev yapan tabipler ve diş tabipleri yönünden verdiği iptal kararının gerekçesinin ise şu şekilde olduğu görülmektedir:

"…hekimlik, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile **doğrudan ilgili bir meslektir.** Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yararlanabilmeleridir. **Devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesine bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'ya aykırı düşer.** Sağlık hizmetleri

doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı, mahiyeti itibariyle ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. **İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile bu yönden farklılığın gözetilmesi gerekir.** Ayrıca bazı dallarda uzman olan hekimlerin sayıca az olması ve kamunun yanında özel sağlık kuruluşlarının da bu dallarda uzman hekimlere ihtiyaç duyması, **bu hekimlerin mesleğini mesai saatleriyle sınırlı olmaksızın yaygın bir şekilde icra etmelerini gerekli kılabilir. Hekimlerin insan sağlının gelişmesi ve yaşam haklarının korunması ile doğrudan ilgili olan bu konumları dikkate alınmaksızın çalışma koşullarının kuralda belirtildiği şekilde sınırlandırılması bireylerin yaşam hakkını zedeleyici bir nitelik taşımaktadır.** İptal konusu ibarede, tabiplerin, diş tabiplerinin ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen bentlerden yalnız birinde yer alan kurumlarda mesleklerini icra edebilecekleri belirtilerek, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin düzenleme yapılmasının, Anayasa'da güvence altına alınan yaşama hakkı ile herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ilkesine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle dava konusu 'bentlerden yalnızca birindeki' **ibaresi Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir…"**

Anayasa Mahkemesinin gerekçelerine yukarıda yer verilen iptal kararı uyarınca, ister bir üniversite bünyesinde görev yapsın, ister kamuda görev alsın, tabipler ile diş tabiplerinin mesai saatleri sonrasında mesleklerini serbestçe icra etmelerine (muayenehane açmalarına veya bir klinik ya da özel hastanede çalışmalarına) engel olan iptal istemine konu kural Anayasa'nın 17., 56., 130. maddelerine açıkça aykırı olduğu gibi; önceki iptal kararı gerekçelerinin hiç dikkate alınmaması karşısında Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, Kuralın iptali gerektiğini değerlendirdiğimizden; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

2- 6514 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesine eklenen iptal istemine konu yedinci ve sekizinci fıkralarında; tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan 2547 sayılı Kanun'a **tâbi öğretim elemanlarının**, kanunlarda belirtilen haller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesi hükmüne tâbi oldukları belirtildikten sonra, bunlardan yalnız doçent ve profesör statüsünde bulunanların, öngörülen bir takım kayıtlama ve koşullarla, mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanesinde çalışabilecekleri (muayenehane açamayacakları) hüküm altına alınmaktadır.

Yukarıda işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere, üniversite öğretim elemanlarının statüleri ve ifa ettikleri görevleri icabı, özlük haklarının ve çalışma usul ve esaslarının Anayasa'nın 130. maddesi gereğince, özel olarak kanunla düzenlenmesi gerekmekte ve bu düzenleme yapılırken de "tabiplik, diş tabipliği ve uzman tabipliğin" özelliklerinin dikkate alınması lüzumu bulunmaktadır. Bu Anayasal vecibeye rağmen, iptali istenen kuralla üniversite öğretim elemanları muayenehane açma ve özel sağlık kuruluşlarında çalışma yasağı bakımından 657 sayılı Kanun'un 28. maddesi hükmüne tâbi tutulmakta ve sadece kuralda öngörülen yerlerde belli koşullarla çalışabilecekleri belirtilerek "bilim özgürlüğü ve bilimsel özerklik" ilkeleri ihlâl edilmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kuralın iptali gerektiğini değerlendirdiğimizden; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

3- 6514 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının 2. cümlesinde yer alan "…%50'si…" ibaresinin de bir önceki kuralda öngörülen sistemin uygulanmasına yönelik olması ve aynı gerekçelerle Anayasa'ya aykırı düşmesi gerçeği gözetilerek iptali gerektiğini değerlendirdiğimizden, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

4- 6514 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile yeniden düzenlenen 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na eklenen EK-27. maddesinde "Bu kanun kapsamına girenler, kanunlarda belirtilen istisnalar dışında

mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, **muayenehane** ve benzeri yerler **açamaz**; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait **herhangi bir iş yerinde** veya **vakıf üniversitelerinde çalışamaz."** denilmektedir.

Anılan madde kapsamına, asker kişi statüsünde bulunmaları itibariyle, Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) bünyesinde muhtelif kıt'a, kurum, revir ve Askeri Hastanelerinde görevli tabip ve diş tabibi sınıfındaki subaylar ile Gülhane Askeri Tıp Akademisi (GATA) bünyesinde görev alan öğretim elemanları girmektedir. Öncelikle hemen ifade etmek gerekir ki icra ettikleri mesleğin insan yaşamı ile doğrudan ilgili olması itibariyle TSK' da ve GATA' da görev yapan askeri tabip ve diş tabiplerinin de, yukarıda işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararı gerekçesi kapsamında olduklarında kuşku bulunmamaktadır.

Öte yandan GATA'da görev yapan öğretim elemanlarının görev tazminatları ile ilgili bir ihtilaf dolayısıyla itiraz yoluyla önüne gelen bir dava münasebetiyle Anayasa Mahkemesi, kuralın iptaline dair verdiği kararın gerekçesinde şu hususlara temas etmiştir:

"... Yükseköğretim kurum ve kuruluşlarına Anayasa'nın 130., 131. ve 132. maddelerinde yer verilmiştir. 132. maddede Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı yükseköğretim kurumlarının özel yasalarının hükümlerine tabi olacağı belirtilmekle beraber, **bunların bilimsel özerkliğinin, akademik çalışmalarının ve öğretim elemanlarının anayasal güvence altında olduğu açıktır.** Yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Anayasa'da kendine özgü önem ve değerde düşünülerek düzenlenmiştir. Yükseköğretim kurumlarının Anayasa'nın 130. maddesinde bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak tanımlanmasıyla güdülen amacın, çeşitli çevrelerin, yükseköğretim çalışmaları ile öğretim ve eğitimi etki altında tutabilmeleri yolunu kapatmak ve bu faaliyetlerin bilimsel gerekler ve gereksinmelerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku yoktur. **İtiraz konusu kuralla,** 926 sayılı Yasa'ya tâbi olup **profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak** usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere

atanan subaylara ödenen **görev tazminatının**, aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamayacağı belirtilerek, **öğretim üyeleri yönünden bir sınırlama getirilmektedir. Bu subaylara diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesi öğretim üyeliği görevinin gereğidir. Görev tazminatı, öğretim üyeliği görevinin niteliği ve özelliği gözönünde bulundurularak saptandığına göre rütbe ve kıdem, tazminatın belirlenmesinde** etkileyici olmamalıdır. Başka bir anlatımla, **bu tazminat ilgililere, belirli bir rütbe ve kıdemde oldukları için değil, usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan profesör ve doçent oldukları için verilmektedir. Kural kapsamındaki profesör ve doçent unvanına sahip subaylar, bu görev gereği görev tazminatı alma hakkını kazanma bakımından diğer yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarıyla aynı hukuksal durumdadır.** Söz konusu profesör ve doçentlerin, öğretim üyeliğini hizmeti dışındaki bir hizmetle kıyaslama yapılmak suretiyle, **görev tazminatlarının sınırlandırılması askeri hizmetin gereklerinden kaynaklanan bir nedene de dayandırılamaz.** Açıklanan nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir..." (Any. Mah.nin 5.2.2009 tarih ve E.2006/53, K.2009/21 sayılı kararı.)

Gerek Anayasa Mahkemesinin belirtilen bu kararı, gerek yukarıda işaret edilen önceki kararları dikkate alındığında; GATA öğretim elemanlarıyla, TSK. bünyesinde görev yapan tüm tabip ve diş tabibi sınıfındaki subaylar yönünden iptal istemine konu kuralla öngörülen mesai saatleri dışında çalışma yasağı, aynı gerekçelerle Anayasa'nın 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kuralın iptali yerine reddi yolundaki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

5- 6514 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile yeniden düzenlenen 2955 sayılı Kanun'un 32. maddesinin altıncı fıkrasının ilk cümlesinde "Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanları 926 sayılı Kanun'un ek 27. maddesi hükmüne tâbidir." denilmektedir.

Anılan kural Anayasa Mahkemesinin gerekçelerine yukarıda işaret edilen 5.2.2009 tarih ve E.2006/53, K.2009/21; 16.7.2010 tarih ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararlarında işaret edilen "bilim özgürlüğü ve bilimsel özerklik" ilkelerini ihlal edici mahiyeti itibariyle Anayasa'nın 130. maddesine aykırı olup iptali gerektiğinden; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

6- 6514 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile 4.1.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkralarla; Sağlık Bakanlığına bağlı Eğitim ve Araştırma Hastaneleri ile üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan **profesör ve doçent unvanına haiz bulunanlar ile eğitim görevlilerinin,** öngörülen birtakım koşul ve kayıtlamalarla, mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmeleri öngörülmüştür.

Eğitim ve Araştırma hastaneleri ile üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların tamamının mesai sonrası muayenehane açabilmeleri veya diğer sağlık kuruluşları, özel hastaneler ya da vakıf üniversiteleri hastanelerinde çalışabilmeleri, yukarıda işaret edilen 16.7.2010 tarih ve E.2010/29, K.2010/90 sayılı Anayasa Mahkemesi iptal kararının doğal bir sonucu ve gereği iken, bunlardan sadece belli akademik unvan sahiplerine belli koşul ve kayıtlamalarla mesai sonrası kısmi çalışma imkânı tanıyan kural, Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine açıkça aykırı düştüğünden iptali gerekirken; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ

FARKLI GEREKÇE

Çoğunluk görüşüne uygun olarak 2.1.2014 günlü, 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 64. madde ile 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 11. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olması nedeniyle iptallerine karar verilmiştir.

İptali istenilen kurallarla, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları ile Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki bu nitelikteki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanlarından, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunan veya özel kuruluşlarda çalışmakta olanların, bu maddelerin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde faaliyetlerini sona erdirmeleri, bu süre içinde faaliyetlerini sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişiklerinin kesileceği ve istifa etmiş sayılacakları öngörülmektedir.

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

Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir.

Yargı kararları sonrası tam zamanlı çalışan öğretim üyeleri, mesai saatleri sonrası serbest olarak çalışabilecekleri yönünde oluşan kanaat ve beklenti

nedeniyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planlamış, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşulları öngörmek suretiyle belirlemişlerdir. Öğretim üyelerinin var olan durumun devam edeceğine dair oluşan beklenti ve kanaat nedeniyle planladıkları faaliyet ve çalışmaları ile bunlar gereğince yaratılan hukuki durumlarını dava konusu kurallar gereğince üç ay gibi çok kısa bir süre içinde sona erdirmek zorunda olması, aksi halde haklarında insan hayatında çok önemli bir hukuki sonuç doğuran istifa etmiş sayılma ve ilişik kesme işlemlerinin uygulanması hakkaniyete aykırıdır.

İptali istenilen düzenlemelerle ilgili olarak yapılan anayasal incelemede belirtilen bu gerekçeler ve varılan iptal sonucu açısından çoğunluk kararına katılmakla birlikte, soyut olarak bu gerekçelerle anılan kuralların iptaline karar verilmesinin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz. Zira, iptal gerekçesinde üzerinde durulması gereken ve aykırılığı oluşturan yegane husus faaliyetin sona erdirilmesi bakımından öngörülen üç aylık sürenin öngörülemeyecek ve hukuk güvenliğini ortadan kaldıracak kadar kısa olmasından ibarettir. Kanun koyucunun, faaliyetin sona erdirilmesi bakımından kişilerin meşru beklentilerine uygun ve hukuki güvenlik ilkesini tamamen ortadan kaldırmayacak nitelikte makul bir süre ve geçiş hükümleri öngörmesi halinde kuralın Anayasaya aykırılığından bahsedilemeyecektir.

İptal gerekçesindeki çoğunluğun yaklaşımına göre ise, sözkonusu kanun hükümlerinden yararlanarak mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunan, muayenehane açmış olan veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan belirli sayıdaki kimseler yönünden, artık kanun koyucunun yeni bir düzenleme yaparak bu haklarını hiçbir şekilde ortadan kaldıramayacağı gibi bir sonuca varılmaktadır ki bu yaklaşıma katılma olanağı bulunmamaktadır. Böyle bir yaklaşım aynı meslekleri icra eden meslek görevlileri arasında ayrıcalıklı bir azınlığın ortaya çıkmasına sebebiyet vererek hukuki güvenlik ilkesini farklı bir yönden zedeleyen bir sonucun ortaya çıkması sonucunu doğuracaktır.

Sonuç olarak iptali istenilen kurallarla geçiş hükmü ve faaliyetlerin sona erdirilmesi için öngörülen üç aylık süre meşru beklenti ve hukuk güvenliği ilkelerinin gereklerini karşılayamayacak kadar kısa olması nedeniyle

düzenlemeler Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Ancak, bu sonuca varıldıktan sonra Anayasa Mahkemesinin yapması gereken, kuralın iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte olduğundan, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak belirli bir süre sonra yürürlüğe girmesine karar vererek kanun koyucunun, ilgililerin meşru beklentilerini ve hukuk güvenliği ilkesinin gereklerini karşılayacak nitelikte makul bir süre öngören yeni bir düzenleme yapmasını sağlamaktır.

Açıklanan nedenlerle kuralın iptaline yönelik sonuca belirtilen farklı gerekçelerle katılıyorum.

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

2.1.2014 günlü, 6514 sayılı Kanun'un 46. maddesi ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde; *"Olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."* denilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların

hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "suçun kanuniliği" üçüncü fıkrasında ise "cezanın kanuniliği" ilkesi getirilmiştir. "Suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve suç teşkil ettiği ve bu yasak fiillere verilecek cezanın hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kanunda gösterilmesi ve kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerekmektedir.

Dava konusu kuralda "suçun faili" olarak "ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler" şeklinde ifade edilmektedir. Bu ibarenin gerçek kişileri mi yoksa ruhsat alma yükümlülüğü olan tüzel kişileri mi ifade ettiği açık bir şekilde belirtilmemektedir.

Diğer taraftan kuralda "olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve sağlık hizmeti devamlılık arz edene kadar verilecek sağlık hizmeti hariç" denilmekte olup, madde de suçun kapsamı bakımından istisna tutulan "acil sağlık hizmetinin ulaşması ve sağlık hizmetinin devamlılık arz etmesi hali"nin hangi hal ve durumlarda olduğu açık ve net olarak kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtilmemiş olduğundan, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına ve kişiler yönünden belirsizliğe neden olacağı açıktır.

Bu durumda kural ceza yaptırımına bağlanan fiilin unsurlarını ve kapsamını açık, anlaşılır ve kesin bir şekilde belirlemediği cihetle, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenle dava konusu kuralın iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Zehra Ayla PERKTAŞ	Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY YAZISI

Kanun'un 46. maddesiyle 3359 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 11'in ikinci fıkrasının birinci cümlesinde *"olağanüstü durumlarda mesleğini icraya yetkili kişilerce acil sağlık hizmeti ulaşana ve devamlılık arz edene kadar verilecek olan sağlık hizmeti hariç, ruhsatsız olarak sağlık hizmeti sunan veya yetkisiz kişilerce sağlık hizmeti verdirenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar"* denilmektedir.

İptali istenen kuralla düzenlenen suçun tanımının, herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık, net ve öngörülebilir şekilde ortaya konulmayarak, yere ve kişiye göre suç soruşturması ve kovuşturması yapılmasının olanaklı hale getirildiği anlaşılmaktadır.

Öte yandan, hekimlik mesleğinin kendine özgü kuralları ve hekimlerin evrensel meslek kuralı olan Hipokrat Yemini, olağanüstü durumun ve ulaşan sağlık hizmetinin yeterliliğinin (örneğin görevli sağlık personelinin uzmanlığı, ulaştırılan ilaç ve malzemenin uygun veya yeterli olup olmadığı) bazı durumlarda ilk müdahaleyi yapan hekim tarafından değerlendirilmesini gerekli kılabilir. Durumun olağanüstülüğünün takdiri, sağlık müdahalesinin ve hastanın durumuna göre, ancak hekim tarafından belirlenebilir. Hayat kurtarmak söz konusu olduğunda, çok üstün ve önemli bir kamu yararı bulunmadıkça şekil veya yetki gibi unsurlar ikincil önem taşır. Gerektiğinde her türlü sağlık hizmetinden yararlanmak, insan haklarına dayanan demokratik bir hukuk devletinde esas olmalıdır. Ancak kural, bu konuda ilk müdahaleyi yapan hekime takdir hakkı bırakmamaktadır.

İnsan hayatını korumak gibi önemli bir amaçla, devletin mevzuatını ve bürokratik kurallarını uygulamak şeklindeki iki çelişen hukuki yarar arasında adil bir denge kuramayan kural, Anayasa'nın 2. maddesine belirtilen hukuk devletine ve suçun unsurlarını belirgin şekilde tanımlamadığından Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

FARKLI GEREKÇE

2.1.2014 günlü, 6514 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un ;

1) 6514 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 64. madde ile 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 11. Maddenin incelenmesi,

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Dava konusu kurallar gereğince üç ay gibi çok kısa bir süre içinde öğretim üyelerinin faaliyet ve çalışmalarını sonlandırmak zorunda olması hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri ile bağdaşmaz Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. Kuralın bu farklı gerekçe ile iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6514 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. madde ile 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. madde iptal edilmiştir. Kurallarla, maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyelerinin, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirmeleri, bu süre içinde faaliyetlerini sona erdirmeyenlerin üniversiteyle ilişiklerinin kesileceği ve istifa etmiş sayılacakları öngörülmekteydi.

Bu kuralların, 6514 sayılı Kanun'la gerek 2547 sayılı Kanun gerekse 2955 sayılı Kanun kapsamında yapılan ve öğretim üyelerinin "tam gün" çalışmasını öngören düzenlemelere ilişkin geçiş hükümleri mahiyetinde olduğu açıktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Mahkememiz çoğunluğu, söz konusu geçiş hükümlerinin kaynağı olan ve yükseköğretim kurumlarında ve GATA'da tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının, kanunda belirtilen istisnalar dışında, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacaklarına; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir işyerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamayacaklarına dair kuralları Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Esasen öğretim elemanlarının tam zamanlı çalışmasını düzenleyen kurallar Anayasa'ya uygun bulunduktan sonra, bu kuralların öngördüğü sisteme geçişi düzenleyen geçici maddelerin iptali çelişkili bir durum oluşturmaktadır. İptal gerekçesi, bu kuralların "hakkaniyet"e aykırı olduğu, öğretim üyelerinin Anayasa Mahkemesinin 2010 yılında verdiği iptal kararına güvenerek mesai sonrası çalışma ve faaliyette bulunma şeklinde statülerini sürdürme konusunda haklı (meşru) beklentilerinin korunmadığı ve kanun koyucunun konuyla ilgili "pek çok kanun çıkarmış olması"nın belirsizliğe yol açtığı, tüm bunların da hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmadığı görüşüne dayanmaktadır.

Hukuk güvenliği, hiç kuşkusuz hukuk kurallarının kişilerin hayatlarını planlamalarına izin verecek şekilde belirli ve öngörülebilir olmasını gerektirmektedir. Ancak, bu durum kuralların ve buna bağlı olarak da kişilerin statülerinin hiç bir şekilde değişmeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim Mahkememiz, mevcut iptal davasında başka bir kuralın Anayasa'ya aykırılığı iddiasını oybirliğiyle reddederken bu hususu şöyle ifade etmiştir: "*Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hale getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle kanun koyucu Anayasa'da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumları ile ilgili olarak kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir.*"

Bu gerekçeyle, öğretim üyelerinin önceki hukuki durumunun "dokunulmaz" olmadığını ifade eden dava konusu kuralların da iptal edilmemesi gerekirdi. Gerçekten de ortada öğretim elemanları açısından "hakkaniyet"e aykırılık ve haklı beklenti oluşturacak bir durum söz konusu değildir. Kanun koyucu, daha önce 21/1/2010 tarihli ve 5947 sayılı Kanunla tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının kısmi zamanlı çalışmalarına son vermiş ve devamlı statüde çalışma esasını benimsemiştir. Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 tarihli ve E.2019/29, K.2010/90 sayılı kararıyla 5947 sayılı Kanun'un bazı maddelerini iptal etmesi, ilgililer bakımından mesai saatleri sonrasında çalışma ve faaliyette bulunma şeklinde statülerini sürdürme konusunda ne kazanılmış hak ne de haklı (meşru) beklenti oluşturabilir. Nitekim, bu iptal kararından sonra da kanun koyucu "tam zamanlı" çalışma konusundaki iradesini sürdürmüş, nihayet yukarıda belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesince de Anayasa'ya uygun bulunan bir düzenleme yapmıştır.

Öte yandan, bu süreçte kanun koyucunun birçok kanuni düzenleme yapmış olmasının öğretim üyelerinin hukuki durumlarında belirsizlik oluşturduğu görüşü de isabetli değildir. Mahkememizin önüne gelen Kanun bakımından hiç bir belirsizlik yoktur. Kanun koyucu, iptal edilen kurallarla, mesai sonrası çalışan öğretim üyelerine üç ay içerisinde ya muayenehanelerini kapatarak üniversitede tam gün çalışma ya da üniversiteden ilişiklerinin kesilmesini tercih etme yönünde bir seçenek sunmuştur. Ayrıca, öğretim

üyelerinin böyle bir tercihe zorlanmasının hakkaniyete aykırı olduğunu belirterek mevcut muayenehanelerin hiçbir şekilde kapatılamayacağı anlamına gelecek bir görüşü savunmak, bizi anayasallık denetiminin ötesine taşıyacaktır. Bu şekilde bir değerlendirme, yerindelik denetimi anlamına gelecektir. Kaldı ki, böyle bir değerlendirme, dava konusu geçici maddelerin iptalinden önce kanun koyucuya güvenerek muayenehanelerini kapatan öğretim üyeleri açısından da hakkaniyete aykırı bir durum doğurabilecektir.

Diğer yandan, geçiş için üç aylık sürenin makul olmadığı şeklindeki farklı iptal gerekçesine de katılmak mümkün değildir. Kurallarla, kanun koyucunun tam zamanlı çalışma sisteminin mümkün olan en kısa sürede uygulamaya geçirilmesini ve ikili uygulamaya son verilmesini amaçladığı açıktır. Bu bakımdan, üç aylık sürenin öğretim üyeleri açısından karar verme ve sonrasında gereğini yapma bakımından makul olmadığı söylenemez.

Açıklanan gerekçelerle, dava konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığını düşündüğümüzden aksi yöndeki iptal kararına katılmıyoruz.

Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

KARŞI GÖRÜŞ

02.01.2014 tarihli ve 6514 sayılı "Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un" bazı madde ve fıkralarının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, aşağıda belirtilen hükümlerin iptal talebinin reddine karar verilmiştir. Ancak söz konusu hükümlerin, Anayasaya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır:

1- 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesine 6514 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenen 7. fıkrasının iptali istenmiştir. İptali istenen 7. fıkra şu şekildedir:

"Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları, kanunlarda belirtilen hâller dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesi hükmüne tabidir. Ancak bunlardan profesör ve doçent kadrosunda olanlar, her bir anabilim dalındaki kadrolu profesör ve doçent sayısının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilir. Bu şekilde çalıştırılabileceklerin hesabında küsurat dikkate alınmaz ve çalıştırılacak öğretim üyeleri, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulunca belirlenecek yüzde 50'si uygulama, yüzde 50'si de akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre belirlenir. Bu fıkra kapsamında çalıştırılan öğretim üyeleri;

a) Aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamaz.

b) Aylık sözleşme ücretleri, mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından az olamaz.

c) Altıncı fıkrada sayılan idari görevlerde bulunamaz.

ç) 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 73 üncü maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ilave ücret alınmak suretiyle hizmet veremez.

d) İlgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrüründe beş yıl süreyle bu kapsamda çalıştırılamaz."

Getirilen düzenlemenin gerekçesi şu şekildedir: "Madde ile 4/11/1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36 ncı maddesinin Anayasa Mahkemesince yetki yönünden iptal edilen hükmü yeniden düzenlenerek

yükseköğretim kurumlarının kadrolarında bulunan öğretim elemanları, genel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28 inci maddesi hükmüne tâbi kılınmakta, istisnaî olarak üniversitelerde belli şartlarda ve sınırlı olarak sözleşmeli öğretim üyesi çalıştırılması öngörülmekte ve sınırlı olarak öğretim üyelerinin üniversite dışında hizmet verebilmesine imkân tanınmaktadır."

Getirilen düzenleme, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, Kanun koyucunun üniversite öğretim üyelerinin çalışma rejimini belirlemede takdir yetkisine sahip olduğu, bu kapsamda öğretim üyelerinin dışarıda iş yapmalarının yasaklanabileceği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

Görüldüğü gibi, getirilen düzenleme ile öncelikle 2547 sayılı Kanuna tâbi tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları kural olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesi hükmüne tâbi kılınmıştır. 657 sayılı Kanun'un 28. maddesinin (6514 s. K.m.9 ile değiştirilen) 1. fıkrası şu şekildedir: "Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç). Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz."

Buna göre, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yedinci fıkrasının ilk cümlesi gereğince, tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları, tıpkı 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi devlet memurları gibi, mesai saatleri sonrası da dahil olmak üzere kanunlarda belirtilen haller dışında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamayacaklar; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamayacaklardır.

Öğretim üyelerinin, mesai haricinde de olsa üniversite dışında, ofis, büro, muayenehane açmaları ve çalışmaları, getirilen hükümle tümüyle yasaklanmış olmaktadır. Öğretim üyelerinin üniversite dışında çalışmalarına ilişkin olarak 5947 sayılı Kanundan önce devamlı statü, kısmi statü ayırımı yapılıyordu, kısmi statüde bulunan öğretim üyelerinin saat 14'ten sonra dışarıda çalışmasına izin veriliyordu. 5947 sayılı Kanunla bu ayırım kaldırıldı ve tam zamanlı çalışma esası getirildi, dışarıda çalışma yasaklandı. Ancak 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin 2. fıkrasındaki bu düzenleme Anayasa Mahkemesince iptal edildi. Bunun üzerine 650 sayılı KHK m. 40 ile 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin 6. fıkrasında yapılan değişiklikle mesai saati içinde dışarıda çalışma kural olarak yasaklanmakla birlikte, mesai saati dışında çalışmaya yine izin veriliyordu. Bu düzenleme de, Anayasa Mahkemesi tarafından Yetki Kanunu kapsamında olmadığı için iptal edildi. Bunun üzerine 6514 sayılı Kanunla söz konusu düzenleme getirildi. İptali istenen kurallarla da, tıp ve diş hekimliği fakülteleri öğretim üyelerinin, belirtildiği şekilde sadece kurumsal sözleşme yapılan özel hastanelerde ve vakıf üniversitesi hastanelerinde mesai dışında yine sayı sınırlamalarına da uyularak çalışmalarına izin verilmiş; ancak, özel muayenehane, ofis, büro vb. açmaları ise tümüyle yasaklanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesine göre Cumhuriyetimizin niteliklerinden biri olan hukuk devleti, Mahkememiz kararlarında ifade edildiği şekliyle, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk güvenliği ilkesi de hukuk devletinin bir gereğidir. Hukuk güvenliği, bireylerin, sadece yürütmenin veya yargının değil, yasamanın yürüttüğü faaliyetlere de güven duymasını kapsar. Kanun koyucu tarafından çıkarılan kanunların, kanunlarla öngörülen sistemin belirli bir süre uygulanacağına güvenmek ve kendi davranışlarını ona göre belirleyebilmek, bireyler açısından, hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir.

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, öğretim üyelerinin üniversite dışında ofis, büro, muayenehane vb açmaları, belirli sınırlamalara uyularak gerek Kanun koyucu, gerekse Anayasa Mahkemesinin kararları, gerekse de kamuoyu tarafından kabul edilmiş, uygulama bu yönde süregelmiştir. Dışarıda çalışan, ofis, büro açan, özellikle tıp fakültesi ve diş hekimliği fakülteleri öğretim üyelerinden özel muayenehane açan öğretim üyelerinin de bu uygulamanın süreceği yönünde haklı bir beklentilerinin olması, buna göre kendi programlarını yapmaları, bu kapsamda masraf yaparak özel muayenehane açmaları, gerekli aletleri satın almaları ve bu şekilde hizmet sunup, kazanç sağlamak istemeleri doğaldır. Üniversitede çalışan öğretim üyelerinin dışarıda muayenehane açmak konusunda kazanılmış bir hakkının olduğu söylenemez. Keza, kanun koyucu, kamu görevlisi statüsündeki öğretim üyelerinin çalışma sistemlerini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, bu konuda düzenleme yaparken, öğretim üyelerinin aşağıda belirtileceği üzere özel durumunu ve hukuk devletinin bir gereği olan hukuk güvenliğini de dikkate almak zorundadır. İptali istenen kurallarla, dışarıda ofis, büro, muayenehane açan öğretim üyelerine, daha önceki düzenlemelerin ötesinde bu kez kesin bir yasaklama getirmek, çok kısa bir süre içinde, açtıkları işyerlerini kapatmak ve tasfiye etmek zorunda bırakmak hukuk güvenliğine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir. Bu açıdan kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın, Yükseköğretim kurumlarını düzenleyen 130. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "Çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere çeşitli birimlerden oluşan kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversiteler Devlet tarafından kanunla kurulur." Keza aynı maddenin 9. fıkrasına göre de, öğretim elemanlarının görevleri, uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğrenim ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde çağdaş bilim ve teknoloji gerekleri dikkate alınarak kanunla düzenlenmelidir.

Anayasa koyucu, üniversitelere ve öğretim üyelerine, diğer mesleklere nazaran ayrı bir önem vermiş ve Anayasa'da özel olarak ayrı bir maddede

düzenlemiştir. Üniversiteler, eğitim ve öğretime olan katkılarının dışında, bilimsel çalışmaların yapıldığı, uygulamaya aktarıldığı, böylece topluma önderlik eden, teknolojik gelişmelerin önünü açan kurumlardır. Bu yönüyle de üniversitelerin diğer eğitim kurumlarından, öğretim üyelerinin de diğer meslek mensuplarından ayrı değerlendirilmesi bir gerekliliktir. Bu durum, toplum sağlığını yakından ilgilendiren, tıp fakülteleri ve diş hekimliği fakülteleri açısından daha özel bir önem arz etmektedir.

O nedenle, Üniversitelere ve öğretim üyelerine ilişkin düzenleme yapılırken, bunların özel durumlarının kanun koyucu tarafından dikkate alınması gerekir. Üniversitelerde elde edilen bilimsel ve teknolojik gelişmelerin uygulamaya aktarılması için uygun ortamlar sağlanmalı ve ona uygun düzenlemeler yapılmalıdır. Keza, tıp fakülteleri ve diş hekimliği fakülteleri açısından da, sağlık hizmeti sunma konusunda öğretim üyelerinin özel durumları dikkate alınmak durumundadır. Bu durum, Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleri ile devlete verilen görevin de bir gereğidir. Anayasa Mahkemesi de, yine iptal konusu kurala benzer düzenleme getirilen, 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin, 5947 sayılı Kanunla değiştirilen 2. fıkrasının birinci cümlesinin iptaline ilişkin kararında (16.7.2010, E. 2010/29, K. 2010/90): "Anayasa'da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir. Öğretim üyelerinin bu konumları dikkate alındığında bunları diğer kamu görevlileri gibi değerlendirmek mümkün değildir.

Yasakoyucu, yükseköğretimin Anayasa'da belirtilen ilkeler doğrultusunda geliştirilmesi, bu bağlamda sağlık sorunlarının çözüme kavuşturulması için öğretim elemanlarının unvan ve statülerine uygun bazı sınırlamalar getirerek çalışma koşullarını belirleyebilir. Ancak getirilen bu sınırlamalar, üniversitelerdeki bilim özgürlüğü ve bilimsel özerkliğin gereği olan her türlü bilimsel faaliyeti engelleyici nitelikte olamaz. İptali istenen düzenleme ile üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişime ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi

görevlerini yerine getirmesinin engellendiği, ayrıca, üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri, okutmanlar, öğretim yardımcıları ile akademik olarak belirli bir yetkinliğe sahip öğretim üyeleri arasında herhangi bir ayrım yapılmaksızın mesai sonrası ücretsiz de olsa resmi veya özel herhangi bir iş yapmalarının yasaklandığı anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaşmadığı açıktır" diyerek, iptal kararı vermiştir.

Kanun koyucu, öğretim üyelerinin çalışma sistemlerini Anayasa'da belirtilen ilkelere uygun olarak serbestçe belirleyebilir, bir takım sınırlamalar getirebilir, bu konuda takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak getirilen bu sınırlamaların, üniversitelerin ve öğretim üyelerinin özel durumunun dikkate alınarak yapılması gerekir. Bilimsel faaliyette bulunmaya ve elde edilen bilgileri uygulamaya aktarmaya, halkın hizmetine sunmaya engelleyici nitelikte olmaması gerekir. Ayrıca, tıp ve diş hekimliği fakültesi öğretim üyelerinin dışarıda çalışma ve muayenehane açma hakkına getirilen yasaklamanın hukuk devleti açısından kamu yararı nedeniyle getirilmesi, amaca uygun olması ve ölçülü olması da gereklidir.

Tıp ve diş hekimliği fakülteleri öğretim üyelerinin, kendi fakültelerinde sağlık hizmeti sunduğu, tıbbi bilgileri uygulamaya aktardıkları, çalışmalarına tıp fakültelerinde ihtiyaç olduğu, o nedenle böyle bir sınırlama getirildiği kabul edilebilir; bu amaçla getirilen sınırlamanın kamu yararı amacıyla getirildiği söylenebilir. Ancak getirilen sınırlama, gereklilik ve ölçülülük açısından değerlendirildiğinde, bazı konularda Anayasa'ya aykırılıklar olduğu görülmektedir.

Öncelikle, eğer öğretim üyelerinin üniversitede çalışmasına ihtiyaç varsa, bu takdirde, dışarıda yani özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışmalarına da izin verilmemesi gerekirdi. Öğretim üyelerinin dışarıda çalışması, onların konumu gereği bir gereklilik ise, bu takdirde, neden sadece özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışmalarına izin verilip de, öğretim üyesinin kendi adına muayenehane açmasına izin verilmediği sorusu izaha muhtaç kalmaktadır. Bu konuda gerekçede de bir açıklık yoktur.

Öğretim üyesinin özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışması ile kendi adına muayenehane açmasının arasındaki hangi farklılık, öğretim üyelerinin kendi adına muayenehane açmasını tümüyle yasaklamayı haklı kılmaktadır? Belki kurumsal sözleşme yaparak ve gelirin belirli bir kısmını üniversite döner sermayesine keserek, öğretim üyelerinin üniversitenin kontrolü altında çalışmasının sağlandığı, oysa özel muayenehanede bunun mümkün olmadığı düşünülebilir. Ancak, benzer yönde getirilecek kurallarla, özel muayenehane açan öğretim üyelerinin de üniversitenin kontrolü altında çalışmalarına izin verilmesi mümkün olabilirdi. Bu şekilde hareket etmek yerine, öğretim üyelerine dışarıda muayenehane açmayı tümüyle yasaklamak, amaca uygun olmayan ve ölçüsüz bir sınırlama olmuştur.

Özel muayenehanesi olan bazı öğretim üyelerinin, öğretim üyeliği yetkisini suiistimal ederek, kendi muayenehanesine hasta sağladığı yahut üniversitenin imkânlarını kendi özel işi için kullandığı o nedenle, özel muayenehane açmalarının yasaklandığı bir gerekçe olarak getirilebilir. Ancak bu durum da, uygulamada ortaya çıkan bir takım aksaklılardır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir kuralın Anayasa'ya aykırı olup olmadığı Anayasa kurallarına bakılarak tespit edilir. Uygulamada ortaya çıkan bir takım aksaklıklar, kuralın Anayasa'ya aykırı olmasına neden olmaz. Ayrıca, belirtildiği şekilde yetkilerini kötüye kullanan öğretim üyeleri varsa, onlar hakkında disiplin soruşturması açarak, gerekli tedbirler alınarak bu aksaklıklar ortadan kaldırılabilir. Bazı öğretim üyelerinin kötü niyetli davranışlarını tüm öğretim üyelerine teşmil etmek ve toptancı bir yaklaşımla tüm öğretim üyeleri için özel muayenehane açmayı tümüyle yasaklamak bu açıdan da ölçüsüz bir sınırlama olmuştur.

İptali istenen hükümler ile tıp ve diş hekimliği fakülteleri öğretim üyelerinin, kural olarak üniversite dışında çalışmaları yasaklanmış; ancak, kuralda belirtildiği şekilde sadece profesör ve doçentlere, kadrolu profesör ve doçent sayısının % 50'sini geçmemek üzere, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yaparak ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışma izni verilmiştir. Şu halde, özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalışmasına izin verilen öğretim üyeleri, profesörler ve doçentlerle sınırlandırılmıştır. Bilindiği gibi,

2547 sayılı Kanun'un 3. maddesinde öğretim üyesi olarak, profesör, doçent ve yardımcı doçentler sayılmıştır. Öğretim üyesi olarak aynı hak ve yetkiyi haiz olan her üç grup öğretim üyesi arasında ayrım yapmak ve yardımcı doçentleri kapsam dışı bırakmak kuralla takip edilen amaç açısından yine uyumlu değildir, gereksiz ve ölçüsüz bir sınırlandırmadır. Bir an için yardımcı doçent kadrosunda olanların, mesleğin başında oldukları, yeterince bilgi ve tecrübeye sahip olmadıkları gibi bir gerekçe akla gelebilirse de, bunu söylemek mümkün değildir; doğru da olmaz. Zira, tıp fakültelerinde ve diş hekimliği fakültelerinde yardımcı doçent kadrosunda olan öğretim üyeleri de hasta muayene etmekte, teşhis ve tedavi uygulamaktadır.

Öğretim üyeleri, özel hastanede veya vakıf üniversitesi hastanesinde çalışmak istediğinde, kendi belirlediği yahut kendisini çalıştırmak isteyen bir hastanede veya vakıf üniversitesi hastanesinde değil, üniversitenin kurumsal sözleşme yaptığı yerlerde çalışabileceklerdir. Keza kimlerin dışarıda çalışabileceğini de, kuralda belirtilen usule göre fakülte ve üniversite yönetimi belirleyeceğinden, öğretim üyesi bu konuda fakülte ve üniversite yönetimine tümüyle bağımlı hale getirilmiş olmaktadır. O nedenle, öğretim üyesinin dışarıda çalışmasına bu açıdan da amaca uygun olmayan bir sınırlama getirilmiş olmaktadır.

Yine fıkranın (a) bendinde, "aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamaz" denilerek, öğretim üyesinin sadece bir yerde çalışmasına izin verilmiştir. Önemli bir alanda az sayıda öğretim üyesi bulunuyorsa, özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanelerinde de ihtiyaç varsa, ilgili öğretim üyesi de kabul ediyorsa, kendi üniversitesindeki işleri aksatmadan mesai saati dışında birden fazla yerde çalışmasının yasaklanması yine amaca uygun olmayan ve ölçüsüz bir sınırlama olarak görünmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesine 6514 sayılı Kanunla eklenen 7. fıkrasının Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerektiği kanaatindeyim.

2- 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesine 6514 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenen 8. fıkrasının iptali istenmiştir. İptali istenen 8. fıkra şu şekildedir:

"Özel hastaneler ve vakıf üniversitesi hastaneleri, tabip ve diş tabibi kadro sayıları için ayrı ayrı hesaplanmak şartıyla ve bu sayıların yüzde 20'sini geçmemek üzere yedinci fıkra kapsamında üniversite ile sözleşme yapabilir. Vakıf üniversiteleri ile iş birliği yapan özel hastanelerde yüzde 20 oranının hesabında, üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabibi dikkate alınmaz. Bunlardan ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davrananların, bu kapsamdaki ilgili sözleşmesi sona erdirilir ve bunlar bir yıl süreyle yeni sözleşme yapamaz. Aykırı davranışın üç yıl içinde tekerrüründe ise beş yıl süreyle yeni sözleşme yapma yasağı uygulanır".

Görüldüğü gibi, fıkranın 1. cümlesinde, yukarıda (1 numaralı başlıkta) incelenen 2547 sayılı Kanun'un 7. fıkrasına atıf yapılmakta, bu duruma bağlı olarak, özel hastanelerin ve vakıf üniversitesi hastanelerinin devlet üniversitesi tıp fakültesi ve diş hekimliği fakültesinde görevli öğretim üyelerini çalıştırmak istemeleri halinde, hangi oranda çalıştırabileceklerine ilişkin bir sınırlama getirilmekte, tabip ve diş tabibi sayısının % 20 sini geçmemek üzere devlet üniversitesinde çalışan öğretim üyelerini çalıştırabileceği kabul edilmektedir.

Yukarıda 7. fıkra açısından belirtilen Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, bağlantılı olarak burada da geçerlidir. Ayrıca bu şekilde % 20 oranında bir sınırlama getirmenin de amaca uygun olmadığı ve ölçüsüz olduğu kanaatindeyim.

Fıkranın 2. cümlesinde ise, bu kez özel hastanelerin vakıf üniversiteleri ile işbirliği yapmaları halinde % 20 oranındaki sınırlama varlığını devam ettirmekle birlikte, % 20 oranının hesabında üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabibinin dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.

Özel hastanelerle vakıf üniversitesi hastaneleri arasında işbirliği yapılması halinde, çalıştırılacak tabip ve diş tabibinin belirlenmesinde de bu şekilde bir sınırlama getirilmesinin yine amaca ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatindeyim.

3- 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere 6514 sayılı Kanun' un 12. maddesiyle

eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "yüzde 50'si" ibaresinin iptali istenmiştir. İptali istenen fıkra şu şekildedir: "Öğretim üyelerinin 36 ncı maddenin yedinci fıkrası uyarınca çalışmaları karşılığı elde edilen gelirler döner sermaye işletmesinin ayrı bir hesabında toplanır. Bu tutardan (b) fıkrası uyarınca kesinti yapılmaz. Bu gelirin yüzde 50'si, herhangi bir limite bağlı olmaksızın hizmeti sunan öğretim üyesine ödenir ve kalan tutar (b) fıkrasında belirtilen işler için kullanılır."

İptali istenen ibare ile, yukarıda (1 numaralı başlıkta) 7. fıkrada incelendiği üzere, devlet üniversitesi tıp veya diş hekimliği fakültesinde çalışan öğretim üyelerinin, özel hastane veya vakıf üniversitesi hastanelerinde sözleşme ile çalıştırılmaları halinde, elde edilecek gelirin % 50'sinin hizmeti sunan öğretim üyesine ödenmesi kabul edilmiştir.

Yukarıda 1. numaralı başlıkta 7. fıkra için belirtilen nedenlerle, bu ibarenin de Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırı olduğu kanaatindeyim.

4- 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin 6514 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle yeniden düzenlenen 6. fıkrasının 1. cümlesinin iptali istenmiştir. İptali istenen cümle şu şekildedir: "Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki kadrolu asker ve sivil öğretim elemanları 926 sayılı Kanunun ek 27 nci maddesi hükmüne tabidir."

Görüldüğü gibi hükümle, Gülhane Askeri Tıp Akademisinin öğretim elemanları, 926 sayılı Kanun'un ek 27. maddesine tâbi tutulmuştur. Atıf yapılan 926 sayılı Kanun'un ek 27. maddesi ise: "Bu Kanun kapsamına girenler, kanunlarda belirtilen istisnalar dışında mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf üniversitelerinde çalışamaz" şeklindedir.

Buna göre GATA öğretim elemanları için de kural olarak dışarıda ofis, büro, muayenehane vb. yerler açmaları ve dışarıda çalışmaları yasaklanmıştır. Bu açıdan getirilen düzenleme, 2547 sayılı Yükseköğretim

Kanunu'nun 36. maddesinin 7. fıkrasında devlet üniversitelerinin tıp ve diş hekimliği fakültelerinde çalışan öğretim elemanları için getirilen düzenleme ile paralellik arzetmektedir.

GATA 2547 sayılı Kanuna tâbi olmayıp, ayrı bir kanunla (2955 sayılı Kanunla) düzenlense de, silahlı kuvvetlerin sağlık alanındaki ihtiyaçlarını karşılamaya yönelmiş bir yükseköğrenim kurumudur. Bu açıdan, üniversiteler ve öğretim üyeleri için belirtilen hususların, GATA ve buradaki öğretim üyeleri için de geçerli olması gerekir. O nedenle yukarıda (1) numaralı başlıkta 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesinin 7. fıkrası için yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Bu hükmün de orada belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatindeyim.

5- 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine 6514 sayılı Kanun'un 37. maddesiyle eklenen fıkraların iptali istenmiştir. 209 sayılı Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkralar şu şekildedir:

"Eğitim ve araştırma hastaneleri ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 9 uncu maddesi kapsamında üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan profesör ve doçent unvanını haiz bulunanlar ile eğitim görevlilerinin, her bir branş itibarıyla sayılarının yüzde 50'sini geçmemek, bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri döner sermaye hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmelerine karar vermeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu şekilde çalıştırılabileceklerin hesabında küsurat dikkate alınmaz ve çalıştırılacak kişiler, Bakanlıkça belirlenecek yüzde 50'si uygulama, yüzde 50'si de akademik faaliyetlerinden oluşacak önceki yılın performans kriterlerine göre tespit edilir. Bu çalışma karşılığı elde edilen gelirler döner sermaye işletmesinin ayrı bir hesabında toplanır ve elde edilen gelirin yüzde 50'si, herhangi bir limite bağlı olmaksızın çalıştırılan kişilere ödenir. Bu şekilde çalıştırılacaklar;

a) Aynı anda birden fazla sözleşme ile çalıştırılamaz.

b) Mesai dışı ek ödeme alamaz.

c) Aylık sözleşme ücretleri, kadroları için belirlenen mesai dışı toplam tavan ek ödeme brüt tutarından az olamaz.

ç) İdari görevlerde bulunamaz.

d) İlgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davranmaları hâlinde, idari ve disiplin sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla bir yıl, üç yıl içinde tekerrüründe beş yıl süreyle bu kapsamda çalıştırılamaz.

Özel hastaneler ve vakıf üniversitesi hastaneleri, tabip ve diş tabibi kadro sayıları için ayrı ayrı hesaplanmak şartıyla ve bu sayıların yüzde 20'sini geçmemek üzere yedinci fıkra kapsamında üniversite ile sözleşme yapabilir. Vakıf üniversiteleri ile iş birliği yapan özel hastanelerde yüzde 20 oranının hesabında, üniversite kadrolarındaki tabip ve diş tabibi dikkate alınmaz. Bunlardan ilgili mevzuata ve sözleşme hükümlerine aykırı davrananların, bu kapsamdaki ilgili sözleşmesi sona erdirilir ve bunlar bir yıl süreyle yeni sözleşme yapamaz. Aykırı davranışın üç yıl içinde tekerrüründe ise beş yıl süreyle yeni sözleşme yapma yasağı uygulanır."

Görüldüğü gibi iptali istenen kural, yukarıda (1) ve (2) numaralı başlıklarda incelenen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesine 6514 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenen 7. ve 8. fıkraların, eğitim ve araştırma hastaneleri ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 9. maddesi kapsamında üniversitelerle birlikte kullanımdaki hastanelerde çalışan tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlardan profesör ve doçent unvanını haiz bulunanlar ile eğitim görevlileri hakkında da uygulanması amacıyla, bu düzenlemelere uygun şekilde düzenlenmiş hâlidir. Bu hükümle, söz konusu hastanelerdeki profesör, doçent ve eğitim görevlilerinin de üniversite öğretim elemanları gibi, mesai saatleri dışında, kuralda belirtilen şartlara uyarak, özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanelerinde Bakanlar Kurulunun izni ile çalışmalarına izin verilmektedir.

Yukarıda (1) ve (2) numaralı başlıklarda incelenen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesine 6514 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle eklenen 7. ve 8. fıkralar için yapılan açıklamalar, düzenlemeler paralellik arz ettiğinden burada da geçerlidir. Orada belirtilen gerekçelerle söz konusu kuralların da, Anayasa'nın 2., 17., 56. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatindeyim.

Üye
Erdal TERCAN

FARKLI GEREKÇE

Dava konusu kuralların yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyelerinin, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirmeleri, sona erdirmemeleri halinde öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişiklerinin kesileceği ve istifa etmiş sayılacakları öngörülmektedir.

Tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanlarının çalışma rejimleriyle ilgili olarak 21.01.2010 tarihli ve 5947 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle, davaya konu 2547 sayılı Yasa'nın 36. maddesinde yapılan değişiklik ile üniversite öğretim elemanları açısından kısmî süreli çalışma imkânı sona ermiş devamlı statüde çalışma esası benimsenmiş ve öğretim elemanlarının, 2547 sayılı Yasa ile diğer kanunlarda belirlenen görevler ve telif hakları hariç olmak üzere, yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir işgörmeyecekleri, ek görev alamayacakları, serbest meslek icra edemeyecekleri düzenlenmek suretiyle bu öğretim elemanlarının mesai saatleri dışında mesleki faaliyette bulunmaları yasaklanmış; Yasa'nın 6. maddesiyle eklenen geçici maddede, bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Yasa'nın yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanların devamlı statüye geçirileceği;

davaya konu son cümlesinde ise, bu süre içerisinde talepte bulunmayanların istifa etmiş sayılacakları belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 16.07.2010 tarih ve E.2010/29, K:2010/90 sayılı kararıyla, anılan düzenlemelerle üniversitelerin bilim verilerini yaymak, ulusal alanda gelişme ve kalkınmaya destek olmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek gibi görevlerini yerine getirmesinin engellendiği ve dava konusu edilen son cümle ile de üniversitelerde öğretim üyesi olarak kısmî statüde görev yapan profesör ve doçentlere, devamlı statüye geçmemeleri halinde kanunla tanınan süreli çalışmanın süresi dolmadan istifa etmiş sayılmalarının hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle anılan düzenlemelerin iptaline karar verilmiştir. Söz konusu iptal kararıyla tam zamanlı olarak çalışan öğretim üyelerinin mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetlerinde bulunmaları veya özel kuruluşlarda çalışmaları mümkün hale gelmiştir.

Kanun koyucu iptal kararından sonra dava konusu kuralların da yer aldığı 6514 sayılı Yasa'nın 9. ve 17. maddeleri ile öğretim üyelerinin çalışma rejimini 5947 sayılı Yasa'da yer alan düzenlemeye benzer şekilde yeniden düzenlemiş ve kanunlarda belirtilen istisnalar dışında, mesai saatleri dışında mesleki faaliyette bulunmalarını ve özel hukuk hükümlerine tabi kuruluşlarda çalışmalarını yeniden yasaklamıştır. Anılan iki maddenin iptali istemi de Mahkememizin (07.11.2014 tarih ve E:2014/61 ve K:2014/166 sayılı) kararı ile reddedilmiştir. Mahkememiz, söz konusu faaliyetlerin üç ay içinde sona erdirilmesiyle ilgili dava konusu kurallar yönünden 09.04.2014 tarih ve E:2014/61 ve K:2014/6 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı kararıyla, anılan kuralların Anayasa'ya aykırılıkları konusunda güçlü belirtiler bulunması ve uygulanmalarından doğacak, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Yasa koyucu, Anayasa'nın 130. maddesinde üniversitelere verilen, ülke ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirme, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma ve yayın yapma gibi görevlerin yerine getirilmesi amacıyla, kamu görevlisi olan ve devamlı statüde çalışan öğretim üyelerinin çalışma düzenine ilişkin

kuralları belirleme yetkisine sahiptir. Yasa koyucu bu nedenle, 5947 sayılı Yasa ile, önceki durumu değiştirerek "öğretim elemanları"nın yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde ücretli veya ücretsiz, resmi veya özel başka herhangi bir iş görmelerini, ek görev almalarını ve serbest meslek icra etmelerini yasaklamış; 6514 sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal istemleri reddedilen 9. ve 17. maddelerinde de aynı iradesini sürdürerek, öğretim üyelerinin yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde çalışmalarını yasaklayan hükümleri kanunlaştırmıştır. Bu nedenle, yasa koyucunun, öğretim üyelerinin hukukî durumları bakımından belirsiz bir durum yarattığından ve duraksamalara neden olduğundan söz edilemez. Diğer taraftan, söz konusu düzenlemelerin iptali istemlerinin reddiyle, öğretim üyelerinin yükseköğretim kurumları dışında çalışmalarını yasaklayan hüküm yargı denetiminden geçmiş olduğundan, düzenlemenin yürürlüğünden önce muayenehane açan gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerine ait işyerlerinde çalışan v.b. faaliyetlerde bulunan öğretim üyesi doktorların bu faaliyetlerinin kazanılmış hak kapsamında kabul edilmesi Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen Hukuk Devleti ilkesi ile bağdaştırılamaz.

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.

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

Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımadığından, 6514 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce

yükseköğretim kurumları dışında çalışan, kamu görevlisi olan ve devamlı statüde çalışan öğretim üyelerinin çalışma düzenine ilişkin kurallar yönünden kazanılmış haklarından söz edilebilmesi olanaklı değildir.

Diğer taraftan, hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukukî güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukukî iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Ancak, hukukî güvenlik ilkesi her türlü beklentinin korunmasını zorunlu kılmaz. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesi için meşru (haklı) beklenti seviyesine ulaşması gerekmektedir. Beklentinin meşru olup olmadığı tespit edilirken başvurulacak ölçüt 'hakkaniyet'tir.

Bu itibarla dava konusu kuralın, yürürlüğe girdiği tarihte yükseköğretim kurumu dışında da faaliyet gösterenlerin, yargı kararıyla oluşan sistemin uygulanacağı yolundaki beklentilerini korumamış olmasının hakkaniyet ölçütüyle bağdaşıp bağdaşmadığının tespiti gerekir.

Kanun koyucu tarafından, ülke ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirme, eğitim-öğretim, bilimsel araştırma ve yayın yapma gibi görevlerin yerine getirilmesine engel olduğu ve sağlık hizmetlerinden yararlananlar yönünden adaletsiz sonuçlar doğurduğu değerlendirilen bu faaliyetlere son verilmesi amacıyla Kanun'un sözü edilen 9. ve 17. maddelerinin yürürlüğe konulduğu, yeni sisteme geçiş amacıyla üç aylık süre tanıyan dava konusu kuralların ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Davaya konu kuralların, adil olmadığı düşünülen, öğretim üyelerinin, önceki çalışma düzeninde değişiklik yapan yeni düzenlemeye geçiş amacıyla ihdas edildiği gözetildiğinde, 6514 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 18.01.2014 tarihinde yükseköğretim kurumu dışında da faaliyet gösteren öğretim üyelerinin, yargı kararıyla oluşan

önceki sistemin devam ettirileceği yolundaki beklentilerinin korunmamasının hakkaniyete aykırı düşmediği ve beklentinin meşru beklenti seviyesine ulaşmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak, söz konusu öğretim üyelerinin, yargı kararlarına güvenerek mesai sonrası çalışma ve faaliyette bulunmaları bu statünün kazanılmış hak olarak değerlendirilmesini olanaklı kılmasa da özellikle yürürlüğün durdurulması yolundaki kararla birlikte statülerinin belli bir süre devam edeceğine ilişkin meşru bir beklenti oluştuğu ve bu beklentinin hukukî güvenlik ilkesi gereğince korunması gerektiğinin kabulü gerekir.

Davaya konu maddelerin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde faaliyetlerini sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişiklerinin kesileceği ve istifa etmiş sayılacaklarını öngören düzenlemelerin yürürlüğü, Anayasa Mahkemesinin 09.04.2014 tarih ve E:2014/61, K:2014/6 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı kararıyla durdurulmuştur. 6514 sayılı Yasa 18.01.2014 tarih ve 28886 sayılı Resmi Gazete'de yayımlandığından, üç aylık süre 17.04.2014 tarihinde sona ermekte, anılan Yasa'nın 9. ve 17. maddelerine ilişkin iptal istemlerinin reddi nedeniyle yükseköğretim kurumlarının dışında da faaliyet gösteren öğretim üyelerinin faaliyetlerini sona erdirebilmeleri için önlerinde yeterli süre kalmamaktadır. Bu bakımdan, yükseköğretim kurumu dışında da faaliyet gösteren öğretim üyeleri açısından, söz konusu faaliyetlerinin sona erdirilebilmesi bakımından, yasa koyucunun hukukî güvenlik ilkesi gereğince yeterli bir süreyi tanıması gerekir.

Açıklanan nedenlerle, öğretim üyelerinin yükseköğretim kurumu dışındaki faaliyetlerini sona erdirebilmeleri için öngörülen üç aylık sürenin, hukuki güvenlik ilkesi gereğince yeterli bulunmadığı görüşüyle iptal kararının gerekçesine katılmadık.

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL

FARKLI GEREKÇE

6514 sayılı Kanunun 14 ve 19. maddeleri bakımından iptal sonucuna, aşağıda açıkladığım farklı gerekçeyle iştirak etmekte ve sayın çoğunluğun iptal için benimsediği gerekçeyi paylaşmamaktayım.

6514 sayılı Kanunun 14. maddesiyle, 2547 Sayılı Kanuna eklenen Geçici 64. madde şöyledir :

"Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyeleri, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirir; bu süre içinde sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişikleri kesilir."

Bu düzenleme, 11. maddeyle 2547 sayılı Kanunun 36. maddesine eklenen 7. fıkranın ilk cümlesinde yer alan kuralı tamamlayıcı mahiyettedir. Başka deyişle, anılan 7. fıkranın ilk cümlesinde, "tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olan öğretim elemanları" yönünden 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 28. maddesi hükümlerinin geçerli olduğu ifade edilmekte ve devamında ise bunlardan profesör ve doçent kadrosunda görev yapanların bu fıkrada belirtilen şartlar içerisinde ve mesai saati dışında özel hastanelerde veya vakıf üniversitesi hastanesinde çalışabilecekleri belirtilmektedir. Dolayısıyla, 14. maddeyle eklenen geçici 64. madde hükmü ile de, tıp ve diş hekimliği alanında görev yapan öğretim üyelerinden mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunanların, üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirmeleri zorunlu kılınmakta ve faaliyetlerini bu sürede sona erdirmemeleri durumunda üniversiteyle ilişiklerinin kesileceği ifade edilmektedir.

Yine, 6514 sayılı Kanunun 19. maddesiyle de 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununa geçici 11. madde eklenmiştir. Bu maddenin anlam ve kapsamı da yukarıda açıklanan 14. maddeye (ek geçici 64. madde) benzer niteliktedir. Geçici 11. madde şöyledir :

"Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyeleri, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirir; bu süre içinde sona erdirmeyen öğretim üyeleri istifa etmiş sayılır."

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 6514 sayılı Kanunun 11. maddesiyle değişik 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 36. maddesinin 6. ve 7. fıkraları ile, aynı mahiyetteki 18. maddeyle değişik 2955 sayılı Kanunun 32. maddesi hükümlerine yönelik iptal istemi Mahkememizce reddedilmiştir. Ancak, bu hükümlerin intibak maddelerini teşkil eden sözü edilen 14 ve 19. maddelerde, önceki kanuni düzenlemelere duydukları güvenle mesai saati dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyelerine, bu faaliyetlerine son vermeleri için tanınan 3 aylık süre düşüncemize göre, Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin temellerini oluşturan hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri bakımından yeterli olmamıştır. Bu maddelerin iptal edilmelerine yönelik olarak kullanmış olduğum oy ve görüşüm bu gerekçeye dayanmaktadır. Bu nedenle, düşüncemize göre maddenin tümünün değil, öngörülen üç aylık intibak süresinin iptali gerekmektedir. Nitekim belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerinden hareket edilmesi durumunda iptalin bu noktadan yapılması gerektiği gibi, maddelerin tümüyle iptal edilmesi bu ilkelerle de bağdaşmamaktadır. Diğer taraftan maddelerin tümüyle iptal edilmesi, kazanılmış hak kavramına, hukuk aleminde başka bir anlam yüklenmesine yol açacak niteliktedir. Düşüncemize göre burada kazanılmış hak değil, haklı beklenti söz konusudur.

Hukuk devleti ilkesinin gereği olan kazanılmış hak kavramı daha çok özel hukukta uygulama alanı bulur. Kamu hukukunda kazanılmış hak sınırlı biçimde; hukuka uygun bireysel işlemler ve mülkiyet hakkına ilişkin işlemler gibi birel işlemle oluşturulan ve kişisel vasfa bürünen hakların korunmasına yöneliktir (bkz. Ulusoy Ali, Hukuk Devleti ve İdari Faaliyetlerin Gerekleri Yönünden Kazanılmış Hak Kavramı, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2004, s.172,173). Bir statü hukuku olan idare hukukunda, genel, kişilik dışı ve soyut kurallar çerçevesinde içinde bulunulan statünün kazanılmış hakka yol açmayacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, aynı durumdaki herkesi kapsayan düzenleyici (kural) işlemler ve kanunlarla oluşturulan ve kişisel hak

niteliğine kavuşmayan durumların zamanla gelişen ihtiyaçlar çerçevesinde kanun koyucunun takdir hakkı içerisinde yaptığı değişiklikler nedeniyle kişilerin hakları zarara uğradığında kazanılmış haktan söz edilemez (bkz; Onar, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1. C. İstanbul 1966, s. 482; Özay, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004, s.429.; Akyılmaz, Bahtiyer/ Sezginer, Murat,/Kaya, Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2009, s. 43; Gözler Kemal, İdare Hukuku , Bursa, 2003, s.993,1007). Bu takdirde hukuki güvenilirlik ve hukuki istikrar ilkeleri uyarınca kişilerin *'haklı beklentilerinin'* bulunduğu kabul edilir (bkz. Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 46; Atay, E. Ethem, İdare Hukuku, Ankara, 2006, s.88-90). Anayasa Mahkemesi bir kararında, kazanılmış hak ve haklı beklenti ayrımını şöyle yapmıştır; *"Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir"* (AYM 3.4.2001, E. 1999/50, K. 2001/167).

Yine Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında hukuki güvenlik ve kazanılmış hak kavramlarının, mevcut bir hukuki duruma dokunulmazlık sağlayan bir araç olarak anlaşılmaması gerektiği ifade edilmiştir;

"Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. 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. Ancak ***güvenin korunması, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemelidir****. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle Kanun koyucu Anayasa'da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumları ile ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir."* (AYM 3.4.2013, 2011/142 E. - 2013/52 K.)

İncelenen kuralda, önceki soyut, genel ve kişilik dışı kurala göre tanınmış olan mesai saati dışında muayene açma hakkı ortadan kaldırılmaktadır. Bu yönüyle kuralın kişilere özgü ve özel-birel işlem yarattığı ve kişiselleşmiş bir hak teşkil ettiği söylenemez. Doktrinde, kazanılmış hak oluşturmayan konular içerisinde, bir anlamda kişiselleşmiş sayılabilecek olan izin ve

ruhsat işlemleri dahi sayılmaktadır (bkz. Oğurlu, Yücel, İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 133 vd.). Buna karşın, idare veya kanun koyucunun kendisinin neden olduğu hukuki durumlar dolayısıyla kişilerin meşru beklentilerinin karşılanması da hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Başka bir ifadeyle, kazanılmış hak derecesine ulaşmayan bu tür beklentiler, 'haklı beklenti' olarak değerlendirilmektedir (bkz. Oğurlu, age. s. 221, 285). Dolayısıyla haklı beklentiler, kazanılmış haklar kadar güçlü bir şekilde korunamamaktadır. Fakat, değiştirilen kanun dolayısıyla oluşan haklı beklentilerin gözetilerek, "makul bir uyum sürecinin tanınması, hukuk devleti ilkesinin gereği" (Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 46) olarak kabul edilmektedir.

Değiştirilen kanun dolayısıyla hakları zarara uğrayan kişilerin, kanunla oluşturulan yeni duruma kendilerini uyarlayabilmeleri için hakkaniyeti uygun bir geçiş süreci öngörülmesi, 'haklı beklentinin' karşılanması anlamına gelir ve bu durum hukuk devleti ilkesinin gereklerindendir. Aksi yorumun kabulü, önceki kanunlarla ortaya çıkmış olan bireysel sonuçların hiçbir zaman yeni bir kanunla da olsa değiştirilemeyeceği gibi, kanun koyucuya takdir alanı bırakmayan ve Anayasanın 7. maddesiyle bağdaşmayan bir sonuca götürecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında, statüyle ilgili yeni düzenlemeleri kazanılmış hak kapsamında değerlendirmemiştir. 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Dair Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "…üç yıl süre ile …" ibaresinin Anayasanın 2 ve 11. maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla açılan iptal davasına dayanak gerekçelerden biri de, 4046 sayılı Kanunun 22. maddesi uyarınca özelleştirilen kuruluş personelinden diğer bir kamu kurumunda görevlendirilenlerin özlük haklarının daimi olarak korunması için getirilen düzenlemenin, anılan 5398 sayılı Kanunla üç yılla sınırlandırılması dolayısıyla kazanılmış haklara saygı ilkesine ve hukuk devleti ilkesine aykırı davranıldığı iddiası olmuştur. İptal istemi gerekçesinde bu konuda aynen "yasa ile yapılan düzenlemelerde, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine, hukuk devleti ilkesine uygun hareket edilmesi ve ilgililerin kazanılmış haklarına dokunulmaması gerekir.

Kazanılmış hakların korunması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir" denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal başvurusunu reddederken dayandığı gerekçeler şöyledir :

"Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukuk devletinin genel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bir hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. ... Statü hukukunda, memurlara yapılacak parasal hak ödemeleri bakımından ilgilinin bulunduğu kadronun gözetilmesi esastır. Naklen atama suretiyle kadro unvanının değişmesi halinde de özlük hakları, ilgilinin yeni kadro unvanı gözetilerek belirlenmektedir. Bir kadroya ilişkin parasal haklar, kural olarak bir başka kadroda bulunanlar yönünden kazanılmış hak oluşturmamaktadır. 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen kadrolarda görev yapmakta iken nakle tabi tutulan personelin önceki kadro unvanlarına bağlı hakları, halen bulundukları statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş bir hak niteliğinde olmadığından kazanılmış bir hakkın ihlali söz konusu değildir." (AYM 29.12.2005, 2005/110 E. - 2005/111 K.)

Görüldüğü üzere, incelemeye konu davada tıp ve diş hekimliği fakültelerinde görev yapan öğretim üyelerinin muayene açmaları yönünden 'kazanılmış hak' söz konusu olmayıp, yalnızca, hukuki menfaatlerinin korunmasını bekleme noktasında 'haklı beklenti'lerinden söz etmek mümkün olabilir. Diğer taraftan, hukuki güvenlik kavramının, mutlak dokunulmazlıklar oluşturacak biçimde yorumlanması da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz. Bu bakımdan, incelenen kuralda öngörülen üç aylık sürenin, kurala güvenerek ekonomik bir yaptırımı da içerir biçimde muayene açan veya sözleşmeler tesis ederek sosyal ve ekonomik hayatıyla ilgili beklentiler içerisine giren kişilerin 'haklı beklentilerini' karşılamayacağı için, daha uzun ve yeterli bir süre öngörülerek yeniden düzenlenmesinin hukuka uygun olacağı düşüncesinde olduğumdan, sayın çoğunluğun iptal gerekçesine dayanak yaptığı görüşe iştirak edememekteyim.

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2014/169
Karar Sayısı : 2014/167
Karar Tarihi : 13.11.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Tavşanlı 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 31.3.2011 tarihli ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (9) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Spor müsabakasında Kanun'a aykırı hareket edildiği ileri sürülerek "*seyirden yasaklanma*" tedbiri uygulanan şüphelilerin taraftarı oldukları takımın müsabakasının başlangıç saatinde en yakın kolluk birimine başvurmamaları üzerine açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Suça ve cezada kanunilik prensibi geçerlidir. (Anayasa'nın 38, AİHS'nin 7. maddeleri). Ceza yaptırımı ile karşılanan ve suç adı verilen hareketlerin önceden yasalar tarafından tanzim edilmesi, yasaklanan eylemlere ancak yasaların gösterdiği cezaların ve güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına, suçta ve cezada kanunilik denilmektedir. Bu prensibin en doğal sonucu ise idarenin düzenleyici

işlemleriyle suç ve ceza ihdas edilemeyeceğidir. Bireylerin, hangi eylemlerin suç olmadığı, hangi eylemlerin karşılığının suç olduğunu, suç olan eylemlerin açık ve net bir şekilde ne olduğunu bilmelerinde kamusal menfaat vardır. Bu nedenle, resmi gazetede yayımlanmak suretiyle aleni olan kanunlar vasıtasıyla bu tarz düzenlemelerin yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesi de düşünüldüğünde, yasama organı dışında, idarenin düzenleyici işlemleri olan KHK, Bakanlar Kurulu Kararı, tüzük, yönetmelik, karar, sirküler, emir, talimat gibi isimler altında yapılacak düzenlemeler ile suç ve ceza konulamaz, çerçeve kanun yapılarak bunların içinin idare tarafından doldurulması istenemez. Anlatılanlardan yola çıkıldığında, karşılığı suç olarak kanunda belirlenen bir eylemde, eylemin unsurlarının tamamının kanunda gösterilmesi gereği açıktır.

6222 sayılı Kanun'un 18/9 fıkrası hükmü ile suç ile karşılanan eylem, aynı Kanun'un 18/3-1 cümlesine göre, bu kanun kapsamında hakkında soruşturma başlatıldığı için hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konulan şüphelinin, aynı Kanun'un 18/8. cümlesinde belirlenen yükümlülüğe uymamasıdır. Kanunda belirtilen tipik eylemin, en baştaki zorunlu unsurlarından birinin, kişi hakkında 6222 sayılı Kanun kapsamında soruşturma başlatılarak hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konulması halidir. Ancak hakkında 6222 sayılı Kanun kapsamında soruşturma başlatılan kişi hakkında, spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin uygulanmasından önce buna ilişkin karar verilmesi gerekmektedir. Soruşturma aşamasında, spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin, buna ilişkin kararın kimin tarafından verileceğine ilişkin bir düzenlemenin kanunda yer almadığı görülmektedir. Bunun yanında, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 22/b fıkrasında genel kolluk görevlilerinin, kanun kapsamında haklarında soruşturma başlatılan kişilerle ilgili gerekli işlemler yapıldıktan sonra ilgililer resen müsabakaları seyirden yasaklanma tedbiri uygulayarak düzenleyecekleri formu ilgili spor güvenlik birimine göndereceklerinden bahsedilerek, kararın uygulama sürecine vurgu yapılmıştır. Halbuki, soruşturma aşamasında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin kimin tarafından düzenlenebileceği/ uygulanabileceği konularında kanunda herhangi bir düzenleme söz konusudur. Mevcut hali ile suçun kurucu unsurlarından birisinin yetkili karar merciinin kanunda belirtilemeyerek bu hususla ilgili yönetmelikte bir düzenlemeye gidilmesi halinin kanaatimizce Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca

kişinin, 6222 sayılı Kanun kapsamında hakkında soruşturma başlatılması halinde hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin derhal uygulamaya konulacağı belirtilerek ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 22/c bendinde ise gerekli işlemler yapıldıktan sonra genel kolluk görevlilerince bu tedbirin uygulamaya konulacağı belirtilmek suretiyle, 'derhal uygulama' ibaresi ile ilgili olarak, her somut olaya göre bir zaman kesitinin önü de açılmıştır. Zira, hayli kapsamlı olan soruşturmalara konu kişiler, kapsamı nispeten dar olan soruşturmaya konu kişilere göre bu tedbire daha sonra tabi olacaktır. Herkesin kanun önünde eşit olduğu, suçun tüm kanuni unsurlarının kanunda düzenlenmesi gereği, yönetmelik hükmüne göre idarenin uygulamaya koyduğu, soruşturma aşamasındaki tedbire uyulmaması halinin suç olarak düzenlendiği kanunda, bu tedbirin kararının yetkili karar mercii, usul ve şekil şartları, zaman kesitinin düzenlenmeyerek, bu hususta yönetmelikte kısmen düzenleme yapılması, adli para cezasına uyulmaması halinde 6545 sayılı Kanun ile değişik 5275 sayılı Kanun'un 106/3 hükmüne göre hapis suretiyle cezanın infaz edilme olasılığının bulunması, kolluk görevlileri tarafından yani idare tarafından uygulanan seyirden yasaklama tedbirine uyulmaması halinde hürriyeti bağlayıcı bir infaz rejimine sebep olunması ihtimalinin bulunması, idareye bu yetkinin kanunla değil yönetmelikle verilmesi bu yönden de Anayasa'nın 38/10 hükmüne aykırılık olduğu, bunun yanında belirlilik ve öngörülebilirlik açısından da hukuka aykırılığa sebebiyet verildiği kanaati ile yukarıda belirtilen Anayasa hükümlerine aykırılık olduğu Mahkememiz nezdinde değerlendirildiğinden, gereğinin takdir ve ifası için işbu dosyanın Anayasa Mahkemesine arzından ibarettir.

HÜKÜM Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1- Her ne kadar sanıklar hakkında ayrı ayrı Seyirden Yasaklı Kişinin Kanunda Belirtilen Şekilde Kolluk Kuvvetine Müracaat Etmemesi biçiminde iddia edilen eylem sebebiyle iddianame tanzim edilmiş ise de 6222 sayılı Kanun'un 18/3-1. cümlesi, 9 nolu bentlerinin Anayasa'nın 38/1, 2, 3 ve 10. cümlelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden, 6216 sayılı Yasanın 40. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'ne İTİRAZ BAŞVURUSUNDA BULUNULMASINA,

2- 6216 sayılı Yasanın 40. maddesine göre gerekli görüldüğünden, dosyanın tamamının dizi pusulasına bağlanarak Anayasa Mahkemesi'ne GÖNDERİLMESİNE,

3- Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunun, işin mahiyeti, iddianamenin kapsamı, 6216 sayılı Kanun'un 40/5 hükmü de dikkate alındığında, bekletici mesele yapılmasına ve Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusu sonuçlanıncaya kadar 5271 sayılı CMK.nın 223/8 maddesine kıyasen muhakemenin DURMASINA, Esasın bu şekilde kapatılmasına, Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusu sonuçlanınca dosyanın yeniden Mahkememizin yeni bir esas sırasına kaydının yapılmasına ve yargılamaya kaldığı yerden DEVAM OLUNMASINA,

4- Yargılama giderlerinin esasa ilişkin hükümle birlikte değerlendirilmesine,

Dair, kararın tebliğinden itibaren, CMK 223/8 hükmüne göre 7 gün içerisinde Mahkememize verilecek bir dilekçe ya da zabıt katibine yapılacak beyanın tutanağa bağlanması suretiyle Tavşanlı Ağır Ceza Mahkemesi'ne itiraz yasa yolu açık olmak üzere, karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 18. maddesi şöyledir:

"Seyirden yasaklanma

MADDE 18- *(1) Kişinin, bu Kanunda tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan dolayı mahkemece kurulan hükümde, hakkında güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanmasına karar verilir. Seyirden yasaklanma ibaresinden kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişinin yasaklanması anlaşılır. Hükmün kesinleşmesiyle infazına başlanan seyirden yasaklanma yaptırımının süresi cezanın infazı tamamlandıktan itibaren bir yıl geçmesiyle sona erer. Bu güvenlik tedbirine ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile birlikte hükmedilmesi halinde, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl geçmesiyle bu güvenlik tedbirinin uygulanmasına son verilir. Güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklama kararı 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu hükümlerine göre kaydedilir.*

(2) Bu madde hükümleri, taraftar gruplarınca spor alanlarının dışında işlenen kasten yaralama, hakaret içeren tezahürat ve mala zarar verme suçları bakımından da uygulanır.

(3) Bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı soruşturma başlatılması halinde şüpheli hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konulur. *Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından bu tedbirin kaldırılmasına karar verilmediği takdirde bu yasağın uygulanmasına koruma tedbiri olarak devam edilir.*

(4) Koruma tedbiri olarak uygulanan ve güvenlik tedbiri olarak hükmedilen spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirine ilişkin bilgiler Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde tutulan bu amaca özgü elektronik bilgi bankasına derhal kaydedilir. Bu bilgi bankasına spor kulüplerinin ve federasyonların erişimi sağlanır. Yasaklanan kişilere ilişkin bilgiler, ilgili spor kulüplerine ve yurt dışında yapılacak müsabaka öncesinde müsabakanın yapılacağı ülkenin yetkili mercilerine bildirilir.

(5) Koruma tedbiri olarak uygulanan spor müsabakalarını seyirden yasaklanma tedbiri;

a) Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kaldırılmasına karar verilmesi,

b) Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi,

c) Sanık hakkında beraat veya düşme kararı verilmesi,

halinde derhal kaldırılır.

(6) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, hapis cezası yerine seçenek yaptırım olarak tedbire veya hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi halinde, kararın kesinleştiği tarihten itibaren; önödeme halinde ise, önödemede bulunulduğu tarihten itibaren, bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin uygulanmasına devam edilir.

(7) Alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olduğu açıkça anlaşılan kişi, spor alanına alınmaz. Bu şekilde spor alanlarına giren ve dışarı çıkmamakta ısrar eden kişi zor kullanılarak dışarı çıkarılır ve bu madde hükümlerine göre bir yıl süreyle spor müsabakalarını seyirden yasaklanır.

(8) Bu madde hükümlerine göre spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişi, yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlüdür.

(9) Sekizinci fıkradaki yükümlülüğe aykırı hareket eden kişi, yirmibeş günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.

(10) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında güvenlik tedbiri olarak spor müsabakalarını seyirden yasaklanma kararı verilen kişi, yasak süresince spor kulüplerinde ve federasyonlarda ve taraftar derneklerinde yönetici olamaz; spor müsabakalarında hakem, temsilci veya gözlemci olarak görev yapamaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 38. maddesine dayanılmış, Anayasa'nın 2., 5., 12., 13., 23., 36. ve 59. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 13.11.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, suçta ve cezada geçerli olan kanunilik ilkesi gereği idarenin düzenleyici işlemleri ile ceza ihdas edemeyeceği, suçu oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının kanun ile belirlenmediği, seyirden yasaklama tedbirine ilişkin kararın kim tarafından verileceğinin ve uygulanacağının düzenlenmediği, bazı hususlarda kanun yerine yönetmelikle düzenleme yapıldığı, tedbire uyulmaması durumunda verilecek cezanın hapis cezası olarak infaz edilme ihtimalinin bulunmasına rağmen konunun yönetmelikle düzenlenmesi ve idareye bu konuda yetki verilmesinin kanunilik ilkesini ihlal ettiği, ayrıca belirlilik ve öngörülebilirlik açısından da hukuka uygun olmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 5., 12., 13., 23., 36. ve 59. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 18. maddesinin itiraz konusu (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, Kanun'da tanımlanan veya yollamada bulunulan ilgili kanunlardaki suçlardan soruşturma başlatılması durumunda şüpheli hakkında spor müsabakalarını seyirden yasaklama tedbirinin derhal uygulamaya konulacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin itiraz konusu (9) numaralı fıkrasında ise (8) numaralı fıkrada belirtilen yükümlülüğe aykırı hareket eden kişinin yirmibeş günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Kanun'un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca uygulanan "*seyirden yasaklama*" tedbiri, Kanun'da tanımlanan veya yollamada bulunulan

ilgili kanunlardaki suçlardan birinin işlendiği şüphesinin olması ve bu şüphe nedeniyle hakkında soruşturma başlamış olması durumunda hiçbir karara gerek olmaksızın Kanun gereği derhal uygulamaya konulan "*özgün ve önleyici amaçlı koruma tedbiri*"dir. Genel olarak koruma tedbirlerinin düzenleniş amacı henüz kişi mahkûm olmadan kamu güvenliğini sağlamak üzere önlemler alınmasıdır. Bu önlemlerin ortak özelliklerinden biri de temel bir hakkı sınırlamalarıdır. Ceza yargılamasına konu eylemden ayrı olarak mahkeme kararı olmaksızın Kanun emri ile kendiliğinden uygulanması, ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararları etkileme özelliğinin bulunmaması, verilen kararın uygulanmasını sağlama ile delil temini ve muhafazası amaçlarını taşımaması, anılan 18. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca yerine getirilen seyirden yasaklama tedbirini ceza yargılamasında uygulanan diğer koruma tedbirlerinden farklı kılmaktadır. Özellikleri dikkate alındığında seyirden yasaklama koruma tedbirinin, suçun önlenmesi amacını taşıdığı anlaşılmaktadır.

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

Hukuk devletinin önemli unsurlarından biri de hak ve özgürlüklerin tanınıp güvenceye bağlanmasıdır. Hukuk devletinin özünü hak ve özgürlükler oluştursa da bunların sınırsızlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak hukuk devletinde hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların istisnai nitelik taşıması zorunludur.

Anayasa'nın 13. maddesinde, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütü gösterilmiştir. Buna göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

Anılan madde, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, ilgili temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde gösterilen özel sebeplerin bulunmasına bağlı kılmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" denilmektedir. Buna göre, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak Devletin temel amaç ve görevlerindendir.

Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın önkoşulu kamu düzeninin tesisidir. Kamu düzeninin sağlanmadığı bir ortamda, hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanılması, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi mümkün değildir. Devletin hak ve özgürlükleri koruma ödevinin yanında, kamu düzenini sağlama görevi de bulunmaktadır. Şiddetin ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla çeşitli tedbirler almak, Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete yüklenen kamu düzenini koruma ödevinin bir gereğidir. Bu nedenle, kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacıyla özgürlüğün sınırlanması mümkündür.

Anayasa'nın 59. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.*" Bu maddenin gerekçesinde ise "*Sporun geliştirilmesi sadece fiilen spor yapanları değil, seyircileri için de eğitici ve sağlık kurallarına uygun bir ortamda yaşamaya sevk edici etkileri sebebiyle devletçe ele alınması için başka bir sebeptir.*" denilmektedir. Bu düzenlemeye göre vatandaşlarını spora teşvik etmek ve ona uygun olarak vatandaşların

ihtiyaçlarını karşılayacak her türlü yatırımı ve alt yapıyı hazırlamak Devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Dolayısıyla, Devlet, spor faaliyetlerinin gerçekleştirilmesini engelleyenlere karşı hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını da içeren tedbirler alabilir.

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, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir.

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

Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin niteliği*" başlıklı 12. maddesinde, "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*" hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi anayasa koyucu kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülemeyeceğini vurgulamıştır.

Temel hak ve hürriyetleri kullanan kişilerin bu hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması hususunda ödev ve sorumlulukları olduğu açıktır. Bu ödev ve sorumluluğun, toplumda yoğun olarak gerçekleştirilen sportif faaliyetlerde de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Ödev ve sorumluluklarını yerine getirmeyerek haklarını kötüye kullanan kişilerin bu haklarının

Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla sınırlanabilir olduğunu da bilmeleri gerekir. Sınırlı sayıdaki şiddet yanlısının diğer taraftarların haklarını ihlal etmelerinin olağan karşılanması beklenemez. Bu hakkı sonuna kadar kullanmak isteyenlerin ödev ve sorumluluklarının da olması, bu ödev ve sorumluluklara uymadıkları takdirde çeşitli yaptırımlarla karşılaşmaları doğaldır.

İtiraz konusu kurallarla Anayasa'nın 59. maddesine uygun olarak öngörülen seyirden yasaklama tedbirinin de sporda şiddet olayları nedeniyle açılan soruşturmalarda suç şüphesi altında bulunan kişilerin suç işleyerek topluma yönelik zarar verme tehlikesini ortadan kaldırma amaçlı olduğu ve soruşturma açılmasının ortaya koyduğu haklı bir gerekçeyle uygulandığı görülmektedir. Dolayısıyla, soruşturma açılması ile suçlulukları konusunda haklarında şüphe oluşan kişilerin, daha önce belirtilen koşullara ve sebeplere uygun olarak spor alanlarına girmesini engellemek şeklindeki tedbir ve bu tedbire uyulmaması hâlinde ceza öngörülmesi kamu düzeni bakımından alınması gerekli tedbirlerdendir. Kaldı ki, bu tedbirin soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılabilmesi de öngörülmüş olup, soruşturma ve kovuşturma sonuna kadar uygulanması mutlak bir zorunluluk değildir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında itiraz konusu kuralların kamu yararı amacına yönelik olduğu açıktır.

Seyirden yasaklanma kararı, kişinin müsabakaları ve antrenmanları izlemek amacıyla spor alanlarına girişinin yasaklanması şeklinde uygulanmaktadır. Ayrıca 18. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca kişi yurt içinde olması şartıyla, fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın yer aldığı müsabakanın olduğu gün, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmak zorundadır. Seyirden yasaklama tedbiri ile Kanun'a aykırı eylemde bulunduğu şüphesi nedeniyle hakkında soruşturma açılan kişi, spordan kaynaklanan eyleminin karşılığı olarak geçici bir süre ile spor alanlarına girememekte ve sadece taraftarı olduğu takımın müsabakası sırasında kolluğa başvurmak zorunda kalmaktadır. Bu şekilde spor alanından ve müsabakadan uzaklaştırılan tedbir muhatabının, olay çıkarma olanağı kalmamaktadır.

Anayasa'nın 23. maddesi uyarınca seyahat hürriyeti, suç işlenmesini önlemek amacıyla ancak kanunla sınırlandırılabilmektedir. Seyirden yasaklama tedbiri ile suç şüphesi altındaki kişi, spor alanlarına girememekte ve müsabaka saati ile bir saat sonrasında genel kolluğa iki defa başvurmak zorunda kalmaktadır. Böylece tedbire muhatap olanların seyahat hürriyetlerinin ve sportif faaliyetlere seyirci olarak katılma haklarının etkilendiği açıktır. Suç şüphesi altındaki kişi sevdiği veya istediği bir faaliyetten geçici olarak mahrum kalmaktadır.

İtiraz konusu (3) numaralı fıkra ile öngörülen tedbirin uygulanma şekli, kolluğa başvuru süresi ve şartları dikkate alındığında, kişinin hak ve hürriyetlerinin tamamen ortadan kaldırıldığı ya da hakkın özünün zedelendiği söylenemez. Şahıslara ve mallara zarar verme riskini önlemek için gerekli önlemlerin alınması ve özgürlüğün kısmi ve geçici olarak kanunla sınırlandırılması belirtilen hürriyetlerden mahrumiyet olarak değerlendirilemez.

Kanun koyucunun, 18. maddenin (3) ve (8) numaralı fıkralarıyla sporda şiddeti önlemek amacıyla seyirden yasaklama tedbiri ve müsabaka sırasında kolluğa başvurma zorunluluğu öngörmek suretiyle bazı haklara yönelik sınırlama getirmesinde, belirtilen nedenlerle meşru bir amaca dayandığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Suçluluğu konusunda ciddi şüpheler bulunan kişilerin geçici ve kısa süreli olan tedbire, maruz kalmaları, gerçekleştirilmek istenilen meşru amaç ile ölçülü ve orantılıdır. Dolayısıyla hakların kullanılmasını ciddi oranda zorlaştırmayan ya da bu hakları kullanılmaz hâle getirmeyen, temel hakların özüne dokunmayan ve kamu yararı amacıyla alınması gerekli tedbirleri içeren kuralların Anayasa'ya aykırılığından da söz edilemez. Ayrıca kanun koyucunun izlediği ceza siyasetine göre sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak, (9) numaralı fıkra ile sporda şiddeti önlemek amacıyla seyirden yasaklama tedbiri kapsamında müsabaka sırasında kolluğa başvurma zorunluluğuna uymamayı kamu düzeni açısından sakıncalı görüp suç sayarak kuralda öngörülen şekilde yirmibeş günden az olmamak üzere adli para cezası yaptırımına tabi tutması, ulaşılmak istenilen amaç için elverişli ve gerekli olup, söz konusu suç ve ceza arasında orantısızlık olduğu da söylenemez.

Diğer taraftan 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 gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 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.*" hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "*Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz*" denilerek "*suçun kanuniliği*", üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek, "*cezanın kanuniliği*" ilkesi getirilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrası "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" demektedir. Yine 38. maddenin onbirinci fıkrasında, "*İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz...*" denilmektedir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir.

Seyirden yasaklama koruma tedbirinin, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından kaldırılmadığı takdirde devam etmesi söz konusudur. Kanun metninden hem itiraz üzerine, hem de resen tedbirin kaldırmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uyarınca gerçekleştirilecek bir soruşturma söz konusu olduğundan, soruşturma ya da kovuşturmada geçerli itiraz usulü de aynı şekilde kullanılabilecektir. Dolayısıyla, seyirden yasaklama tedbirine muhatap olanların hak arama özgürlükleri ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiği söylenemez.

Öte yandan Kanun'un 18. maddesinin bütününe bakıldığında hangi fiiller hakkında soruşturma açılacağı, açılan soruşturmanın sonuçlarının neler olacağı ve hangi yaptırımın uygulanacağı, yaptırımın nasıl gerçekleştirileceği hususlarının ayrıntılı olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buna göre, Kanun kapsamında sayılmak ya da atıf yapılmak suretiyle belirlenen eylemlerin gerçekleştirilmesi hâlinde önce ilgili suçlardan soruşturma açılacak, soruşturma açılmasıyla seyirden yasaklama tedbiri derhal uygulamaya konulacak, spor müsabakalarını seyirden yasaklanan kişi, yasaklama kararının sebebini oluşturan fiilin işlendiği müsabakanın tarafı olan ve taraftarı olduğu takımın katıldığı spor müsabakalarının yapılacağı gün, yurt içinde bulunduğu takdirde, müsabakanın başlangıç saatinde ve bundan bir saat sonra bulunduğu yere en yakın genel kolluk birimine başvurmakla yükümlü olacaktır. Bu yükümlülüğe uymaması durumunda (9) numaralı fıkra uyarınca cezalandırılacaktır. Ayrıca tedbir gerek adli gerekse idari herhangi bir mercinin kararı şartına bağlanmadığından, kural ile idarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulaması söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle itiraza konu (3) numaralı fıkra uyarınca kolluğun tedbir kararı verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle itiraz konusu kurallarla hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığı, uygulanacak yaptırım ve yaptırımın uygulanış biçimi, yaptırıma uyulmaması hâlinde karşılaşılacak cezai yaptırım açıkça ortaya konulduğundan kurallarda hukuki belirsizlik söz konusu olmadığı gibi suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 5., 12., 13., 23., 36., 38. ve 59. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

31.3.2011 tarihli ve 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (9) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 13.11.2014 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2014/172
Karar Sayısı : 2014/170
Karar Günü : 13.11.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Sayıştay 1. Dairesi

İTİRAZIN KONUSU : 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 eki (I) Sayılı Cetvel'in "*A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar*" bölümünün (1) numaralı sırasının;

1- (d) bendinde yer alan "*…diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri…*" ibaresinin,

2- (e) bendinde yer alan "*…büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı…*" ibaresinin,

Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

İl Özel İdaresi Genel Sekreteri ve İl Özel İdaresi Genel Sekreter Yardımcısına, fazladan ek ödeme yapılması nedeniyle oluşan kamu zararının sorumlulardan tahsili yönünde düzenlenen rapor üzerine yapılan yargılamada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Sayıştay 1. Dairesi, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

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

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

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

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz (...)"

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun "Anayasaya aykırılığın Mahkemelerce ileri sürülmesi" başlıklı 40 ıncı maddesinde ise; "(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa;

a) İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini.

dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir.

(2) Taraflarca ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi görülmezse bu konudaki talep, gerekçeleri de gösterilmek suretiyle reddedilir. Bu husus esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir.

(3) Genel Sekreterlik gelen evrakı kaleme havale eder ve keyfiyeti başvuran mahkemeye bir yazı ile bildirir.

(4) Evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir.

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

hükümlerine yer verilmiştir.

Yukarıda anılan hükümler gereğince, mahkeme bakmakta olduğu davada uygulayacağı kanun ya da kanun hükmünde kararname hükümlerini Anayasaya aykırı görür veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir.

Öte yandan, 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 23 üncü maddesinde; "Bir başkan ile altı üyeden kurulu daireler birer hesap mahkemesidir. Daireler, bir başkan ve dört üye ile toplanır, hüküm ve kararlar oy çokluğuyla verilir." denilmek suretiyle Sayıştay Dairelerinin birer mahkeme olduğu açıkça ifade edilmiştir.

Keza Anayasa Mahkemesinin 28.02.2013 tarih ve E.2011/21, K.2013/36 sayılı Kararında, "(...) Sayıştayın, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi yönünden yargısal bir faaliyet gerçekleştirdiği ve bu çerçevede verdiği kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olup, bu

kararlarına karşı yargı organları dahil hiçbir makam ve merciye başvurma olanağının bulunmadığı ve yargısal sonuçlu kararlar veren bir hesap mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılmaktadır." denilerek, Sayıştayın bir mahkeme olduğu vurgulanmıştır.

Bu çerçevede, Kars İl Özel İdaresi 2013 yılı Yargı Raporunun 1 inci maddesinin Dairemizde görüşülmesinde; raporu hazırlayan denetçi tarafından İl Özel İdaresi genel sekreteri ve genel sekreter yardımcısına, 11.10.2011 tarih ve 666 sayılı Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin (I) sayılı Cetveline göre ek ödeme yapılması gerekirken, (II) sayılı Cetvelde müstakil daire başkanı (Başbakanlık, bakanlık ve müsteşarlıklarda teşkilat kanunlarında hizmet birimi olarak tanımlanmış birimlerde) ve daire başkanı kadrolarında görevli kişiler için öngörülen ücret ve tazminatların ödenmesi sonucu toplam 24.117,08 TL kamu zararına neden olunduğunun iddia edildiği görülmüştür.

Sorumlular savunmalarında, genel sekreter ve genel sekreter yardımcısına yapılan maaş ödemelerinde, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (II) sayılı Cetvelde müstakil daire başkanı ve daire başkanı kadrosu için belirlenen ücret ve tazminat göstergelerinin esas alınması nedeniyle, ilgililerin maaşlarından gelir ve damga vergisinin fazla kesildiğini, tespit edilen kamu zararından toplam 13.076,26 TL tutarındaki gelir ve damga vergisinin düşülmesi gerektiğini ifade ettikten sonra, Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 tarih ve E:2013/63, K:2013/163 sayılı Kararının göz önünde bulundurularak haklarında hüküm verilmesi talebinde bulunmuşlardır.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı maddesine 661 sayılı KHK'nın 62 inci maddesi ile eklenen dördüncü fıkrada; "(...) diğer illerde ise genel sekreter kadrosuna atananlar genel idare hizmetleri sınıfına dâhil bakanlık bağımsız daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananlar ise genel idare hizmetleri sınıfına dâhil bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dâhilinde yararlanırlar. Genel sekreter olarak atananların bu görevde geçen süreleri mesleki kıdemlerinde geçmiş sayılır." denilmek suretiyle İl Özel İdaresi genel sekreteri ve genel sekreter yardımcılarının özlük haklarına ilişkin düzenleme yapılmıştır.

666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin l nci maddesinde; "27/6/1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye aşağıdaki ek maddeler eklenmiştir."

EK MADDE 9- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa göre almakta olan personele, 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (II) sayılı Cetvele dahil pozisyonlarda istihdam edilen sözleşmeli personele, subay, sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay, sözleşmeli subay ve astsubay adayları ile uzman jandarma ve uzman erbaşlara, mali haklar kapsamında yapılan her türlü ödemeler dahil almakta oldukları toplam ödeme tutarı dikkate alınmak suretiyle aynı veya benzer kadro ve görevlerde bulunan personel arasındaki ücret dengesini sağlamak amacıyla, en yüksek Devlet memuru aylığına (ek gösterge dahil), ekli (I) sayılı Cetvelde yer alan kadro ve görev unvanlarına karşılık gelen oranların uygulanması suretiyle hesaplanan tutarda ek ödeme yapılır.

(...)

EK MADDE 10- Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği, Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunların bağlı ve ilgili kuruluşları (Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı ile 2659 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 2 nci maddesi kapsamında bulunanlar hariç), sosyal güvenlik kurumları, Yükseköğretim Kurulu, Üniversitelerarası Kurul ve Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının;

a) Merkez teşkilatlarında Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfına ait kadrolarda yer alanlar hariç olmak üzere bu Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (II) sayılı Cetvelde yer alan unvanlı kadrolarda bulunanlardan,

b) Taşra teşkilatlarına ait kadrolarda bulunup, kadro unvanları ekli (II) sayılı Cetvelde yer alanlardan,

c) Merkez teşkilatlarında; Dışişleri Meslek Memuru ve Konsolosluk ve İhtisas Memurları, özel yarışma sınavı sonucunda mesleğe yardımcı veya stajyer olarak alınıp belirli süreli yetiştirme döneminden sonra özel bir yeterlik sınavı sonunda müfettiş, uzman, denetçi, kontrolör, aktüer ve stenograf unvanlı kadrolara (mevzuatı

uyarınca söz konusu kadrolara atananlar dahil) atananlar ve bunların yardımcı ve stajyerleri ile iç denetçilerden ekli (III) sayılı Cetvelde yer alan unvanlı kadrolarda yer alanlardan,

aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre almakta olanlara anılan Cetvellerde kadro unvanlarına karşılık gelen gösterge rakamlarının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarlarda ücret ve tazminat verilir. Bu ödemelere hak kazanılmasında ve bunların ödenmesinde aylıklara ilişkin hükümler uygulanır. Ekli (II) ve (III) sayılı Cetvellerde atandıkları kadro dereceleri esas alınarak belirlenen ücret ve tazminatlar, 657 sayılı Kanunun 45 inci maddesine göre atananlar ile haklarında aynı Kanunun 67 nci maddesi uygulananlar için kazanılmış hak aylık dereceleri dikkate alınarak ödenir. Tazminat damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz.

Bu madde kapsamına giren personele; bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 1 inci maddesinin (D) bendi, 2 nci, 28 inci ve ek 13 üncü maddeleri hariç olmak üzere diğer maddelerinde öngörülen her türlü ödemeler ile ek 9 uncu maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen mevzuat hükümlerine göre yapılan ödemeler, 657 sayılı Kanunda ödenmesi öngörülen aylık, ek gösterge, zam ve tazminatlar ve makam tazminatı ile avukatlık vekalet ücreti ve temsil tazminatı ödenmez.

Ekli (II) sayılı Cetvel kapsamında yer alan kadrolara vekaleten atananlara vekalet görevi nedeniyle birinci fıkrada belirtilen ödemeler yapılmaz. Ekli (II) ve (III) sayılı Cetvellerde yer alan kadrolarda bulunan ve ekli (II) sayılı Cetvel kapsamındaki başka kadrolara veya diğer kadrolara vekaleten atanan personele, birinci fıkrada belirtilen ödemeler dikkate alınmaksızın, 657 sayılı Kanunun 86 ncı maddesi hükümleri çerçevesinde ve 175 inci maddesine göre vekaleten atanılan kadrolar için belirlenmiş olan aylık göstergeleri ve ek göstergeler esas alınarak vekalet aylığı ve anılan Kanunun 152 nci maddesi uyarınca yürürlüğe konulan Bakanlar Kurulu kararının vekalete ilişkin hükümleri uyarınca işgal ettikleri kadrolar ve vekaleten atandıkları kadrolar için belirlenmiş olan zam ve tazminatlarının toplam tutarı esas alınarak zam ve tazminat farkı ödenir.

Diğer kanunların bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulamayı yönlendirmeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."

Bu çerçevede uygulama birliğinin sağlanması ve oluşabilecek tereddütlerin giderilmesi amacıyla Maliye Bakanlığınca hazırlanan 666 sayılı KHK ile ilgili 161 sayılı Devlet Memurları Kanununu Genel Tebliğinin, "B) 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 10 uncu Maddesi Uyarınca Ödenecek Ücret ve Tazminata İlişkin Açıklamalar" bölümünde; "(...) b) Söz konusu ücret ve tazminatlardan yararlanacakların belirlenmesinde, ek 10 uncu madde hükümleri ile ekli (II) ve (III) sayılı Cetvellerin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Kadro unvanları (II) ve (III) sayılı Cetvellerde yer almakla birlikte kadrolarının bulunduğu kamu kurum ve kuruluşları ek 10 uncu madde kapsamında olmayanların belirtilen ücret ve tazminatlardan yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Örneğin, mahalli idareler ve bunların bağlı kuruluşları yükseköğretim kurumları ve yargı kuruluşları ek 10 uncu madde kapsamında yer almadığından, bu idarelere ait kadrolarda bulunan memurlara, (II) ve (III) sayılı Cetvellerde öngörülen ücret ve tazminat ödenmeyecektir."

denilmektedir.

Genel sekreter ve genel sekreter yardımcısına ek 10 uncu madde ve ekli (II) sayılı Cetvele göre müstakil daire başkanı ve daire başkanı unvanlarına karşılık gelen göstergeler üzerinden ücret ve tazminat ödemesi yapılabilmesi için görev yaptıkları kurumun ek 10 uncu madde kapsamında bulunması ve ödemelere esas alınan unvanların bizzat kendi kadrolarına ait olması gerekmektedir. Kadro unvanları (II) sayılı Cetvelde yer almakla birlikte kadrolarının bulunduğu kamu kurum ve kuruluşları ek 10 uncu madde kapsamında olmayanların belirtilen ücret ve tazminatlardan yararlanma imkanı bulunmamaktadır. Özel idareler veya genel olarak mahalli idareler ek 10 uncu madde kapsamında yer almadığından, bu idarelere ait kadrolarda bulunan genel sekreter ve genel sekreter yardımcısına (II) sayılı Cetvelde öngörülen ücret ve tazminat ödenemeyeceği açıktır.

Bununla birlikte, 5302 sayılı Kanunun 661 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 62 nci maddesiyle değişik 36 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında, genel sekreter kadrosuna atananların genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık bağımsız daire başkanları, genel sekreter yardımcısı kadrosuna atananların ise genel

idare hizmetleri sınıfına dâhil bakanlık daire başkanlıkları için ilgili mevzuatında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesi uyarınca ödenen zam ve tazminatlardan aynı usul ve esaslar dahilinde yararlanacakları ifade edilmiş olup, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile getirilen söz konusu ek ödeme ise yukarıda sayılanların dışında yeni bir ödeme olup 5302 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Kaldı ki, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile öngörülen ek ödemeye ilişkin (I) sayılı Cetvelde İl Özel İdaresi genel sekreteri ve genel sekreter yardımcısı kadro unvanları açıkça belirtilmek suretiyle alabilecekleri ek ödeme oranları gösterildiğinden, yorumla farklı bir ödeme yapılması mümkün değildir.

Dolayısıyla İl Özel İdaresi genel sekreterine bakanlık bağımsız daire başkanları, genel sekreter yardımcısına ise bakanlık daire başkanları için ilgili mevzuatlarında öngörülen ek gösterge, makam, görev ve temsil tazminatları, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Ek 9 uncu maddesine dayanan ekli (I) sayılı Cetvele göre ek ödeme ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 152 nci maddesinde belirlenen zam ve tazminatların ödenmeye devam olunması gerekmektedir.

Diğer taraftan, sorumluların da savunmalarında atıfta bulundukları Anayasa Mahkemesinin 26.12.2013 tarih ve E:2013/63, K:2013/163 sayılı Kararında;

"(...)

Başvuru kararında, 666 sayılı KHK'ye ekli (II) Sayılı Cetvel oluşturulurken unvanlı kadroların esas alındığı ve bakanlıkların ve bazı kurumların taşradaki il müdürlerinin (II) Sayılı Cetvelde sayıldığı, ancak il nüfus müdürlerinin bakanlık il müdürü olmasına rağmen (II) Sayılı Cetvele alınmayarak anılan KHK'nin (I) Sayılı Cetveli'nde sayıldığı, "il müdürü" unvanına sahip ve İçişleri Bakanlığının nüfus hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu ildeki temsilcisi konumunda bulunan nüfus vatandaşlık il müdürleri ile 666 sayılı KHK'nin (II) Sayılı Cetveli'nde sayılan diğer bakanlıkların ildeki temsilcisi konumunda bulunan il müdürleri arasında mali hakların düzenlenmesi açısından eşitsizlik oluşturulduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 666 sayılı KHK, 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 kapsamında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdendir. Her ne kadar başvuru kararında Anayasa'nın 10 uncu ve 55 inci maddelerine dayanılmış ise de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43 üncü maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 91 inci maddesi yönünden de incelenmiştir.

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'nın 91 inci maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148 inci maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasaya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasanın 148 inci maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasaya 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 Anayasaya 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 Anayasaya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerin içeriği Anayasaya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasaya uygunluğundan söz edilemez.

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya 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. Anayasanın 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 Kuruluna 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 inci maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasanın 163 üncü maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasaya aykırılık oluşturmaz.

B- İtiraz Konusu Kuralın 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi

Anayasa'nın 91 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, yetki kanununda, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacının, kapsamının, ilkelerinin, kullanma süresinin ve süresi içinde birden fazla kanun hükmünde kararnamenin çıkarılıp çıkarılamayacağının gösterilmesi gerekir. Buna göre bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya uygun olduğunun kabulü öncelikle konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden dayandığı yetki kanununa uygun olmasına bağlıdır. Bu bağlamda, Anayasa'nın ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen haklar içinde kalan ve Anayasa'nın 91 inci maddesinde belirtilen kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek yasak alan içinde bulunmayan kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarının 6223 sayılı Yetki

Kanunu'nun kapsamında kalması durumunda, kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesinde Anayasaya aykırı bir durumun olmayacağı açıktır.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amacını düzenleyen 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kapsamına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı aynı maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi ile bu bendin (7) numaralı alt bendinde ve son olarak ilkeler ve yetki süresine ilişkin hükümlerin yer aldığı 2 nci maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kamu personelinin "atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esasları"ndan söz edilmiş, ancak mali haklara ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 6223 sayılı Yetki Kanununda öngörüldüğü üzere;

- Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına,

- Mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların 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,

ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda, mali haklara dair düzenlemelerin de yapılması mümkündür. Mevcut veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkla birleştirilen bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle ilgili olmayan hususlar 6223 sayılı Yetki Kanununun kapsamında bulunmadığından, kanun hükmünde kararnameyle doğrudan mali haklarda bir düzenleme yapılamaz. Bir başka ifadeyle, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amaç, kapsam ve ilkeleri bakımından kamu personelinin mali ve sosyal haklarına ilişkin olarak Bakanlar Kuruluna doğrudan bir düzenleme yapma yetkisini vermediği, ancak mali ve sosyal haklarla ilgili hükümlerin 6223 sayılı Yetki Kanununun amacı ve kapsamına giren konularda yapılan düzenlemelerin doğal sonucu olması durumunda mümkün olabileceği, 6223 sayılı Yetki Kanununda öngörülen amaç, kapsam ve ilkeleriyle bağlantılı olmaksızın sırf mali konularda bir düzenleme yapılamayacağı açıktır.

İtiraz konusu kural, KHK'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in "A-Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre Alanlar" bölümün (1) numaralı sırasının (g) bendinde yer alan "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü," ibaresidir. 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 9 uncu maddeyle mevzuatta değişik adlar adı altında kamu personeline yapılan tüm kurumsal ek ödemeler ile genel ek ödemeler, yeni yapılan düzenlemelere paralel olarak 15.1.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmakta ve yeni ek ödeme sistemindeki kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları belirtilmektedir. İtiraz konusu kuralla "il nüfus ve vatandaşlık müdürleri"nin kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları düzenlenmiş olup "il nüfus ve vatandaşlık müdürleri"nin mali haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle, kuralda öngörülen mali haklara ilişkin hüküm, mevcut veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkla birleştirilen bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle bağlantılı ve bunların zorunlu sonucu olmayıp doğrudan mali haklara ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında bulunmadığından Anayasa'nın 91 inci maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 9 inci maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 10 uncu ve 55 inci maddeleri yönünden incelenmemiştir.

VI- SONUÇ

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 eki (I) Sayılı Cetvel'in "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" bölümünün (1) numaralı sırasının (g) bendinde yer alan "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü," ibaresi, 06.04.2011 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 kapsamında olmadığından, bu ibarenin Anayasaya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi."

denilmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1 inci maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen ek 9 uncu maddeyle mevzuatta değişik adlar altında kamu personeline yapılan tüm kurumsal ek ödemeler ile genel ek ödemeler, yeni yapılan düzenlemelere paralel olarak 15.01.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmakta ve yeni ek ödeme sistemindeki kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları belirtilmektedir. 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki (I) sayılı Cetvelde "il özel idaresi genel sekreteri ve il özel idaresi genel sekreter yardımcısı"nın kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları düzenlenmiş olup, bunların mali haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle söz konusu cetvelde öngörülen mali haklara ilişkin hüküm mevcut veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkta birleştirilen, bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle bağlantılı ve bunların zorunlu sonucu olmayıp, doğrudan mali haklara ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. Anayasa Mahkemesinin aynı Kanun Hükmünde Kararname hakkında verdiği karar gereği, davaya konu olayda uygulanacak olan Kanun Hükmünde Kararname eki (I) sayılı Cetvelde yer alan "il özel idaresi genel sekreteri ve il özel idaresi genel sekreter yardımcısı" ile ilgili düzenleme, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında bulunmadığından, Anayasanın 91 inci maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bu itibarla, bahse konu düzenlemeye ilişkin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve Yargı Raporunun 1. maddesine ilişkin hükmün geri bırakılmasına karar vermek gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Anayasanın 152 nci maddesinin birinci fıkrasındaki, "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmü ile 6216 sayılı Kanunun "Anayasaya aykırılığın Mahkemelerce ileri sürülmesi" başlıklı 40 ıncı maddesi gereğince 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde

Kararnamenin ek ödeme oranlarının belirlendiği (I) sayılı Cetvelin "A- Aylıklarını 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" bölümünün (1) numaralı sırasının (d) bendinde yer alan "diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri" ve (e) bendinde bulunan "büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı" ibareleri Anayasanın 91 inci maddesine aykırı görüldüğünden, iptali için ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA ve ilgili belgelerin onaylı örneklerinin ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

2- 6216 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesinin beşinci fıkrası hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar Yargı Raporunun 1. maddesine ilişkin hükmün GERİ BIRAKILMASINA,

Dairemizin 25.09.2014 tarih ve 10367 sayılı tutanağıyla oy birliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralı

İtiraz konusu ibarelerin de yer aldığı KHK'ye ekli (I) Sayılı Cetvel şöyledir:

(I) SAYILI CETVEL
EK ÖDEME ORANLARI

Kadro ve Görev Unvanı	*Ek Ödeme Oranı (%)*
A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:	
1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;	

a) Ek göstergeleri 7.600 veya daha yüksek tespit edilen kadrolarda bulunanlar	*200*
b) Ek göstergeleri 7.000 olarak tespit edilen kadrolarda bulunanlar	*198*
c) Genel Müdür ile ek göstergeleri genel müdür düzeyinde veya daha yüksek tespit edilen kadrolarda bulunanlar	*195*
ç) Ek göstergeleri 4.800 veya daha yüksek tespit edilen kadrolarda bulunanlar ile (b) sırasında sayılanların yardımcılarından (c) sırasında yer almayanlar	*193*
d) Genel müdür yardımcısı, büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, ***diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,*** *büyükşehir belediyesi genel sekreter yardımcısı, ek göstergeleri genel müdür yardımcısı düzeyinde veya daha yüksek tespit edilen I. hukuk müşaviri, başkan yardımcısı ve kurum ve kurul başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar*	*190*
e) Daire Başkanı, kadrolu yönetim kurulu üyesi, genel sekreter, büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, ***büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,*** *diğer I. hukuk müşaviri, il belediye başkan yardımcısı*	*185*
f) Bağlı ve ilgili kuruluş il müdürleri, milli emlak dairesi başkanı, yükseköğretim kurumları daire başkanları, bölge müdürü, Atatürk Orman Çiftliği müdürü, büyükşehirlerin merkez ilçelerinin belediye başkan yardımcıları, KİT'lerde başmüdür, kombina, fabrika, müessese ve işletme müdürleri, defterdar yardımcısı, gelir idaresi grup müdürü, il müftü yardımcısı, bakanlık, müsteşarlık, başkanlık ve bağımsız genel müdürlüklerin bölge müdür yardımcısı ve il müdür yardımcısı, (ç), (d) ve (e) sıralarında sayılanların yardımcıları	*180*
g) İl nüfus ve vatandaşlık müdürü, il yazı işleri müdürü, il idare kurulu müdürü, il mahalli idare müdürü, il planlama ve koordinasyon müdürü, dernekler il müdürü, il afet ve acil durum müdürü, hukuk müşaviri, fakülte ve yüksekokul sekreteri, basın ve halkla ilişkiler müşaviri, basın müşaviri, müşavir, müdür, şube müdürü, ilçe müftüsü, başkan, daire başkan yardımcısı, kurum sekreteri, merkez sekreteri, enstitü sekreteri, genel sekreter yardımcısı, birlik sekreteri, müze başkanı, KİT'lerde başuzman, diğer belediye başkan yardımcıları ve (f) sırasında sayılanların yardımcıları	*170*
ğ) Savunma sekreteri, sayman, müdür yardımcısı ile başkan yardımcısı unvanlı kadrolarda bulunanlar	*165*

h) Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde istisnai memur kadrolarında bulunanlardan ek ödemeleri kadro unvanları itibarıyla bu Cetvelin diğer gruplarında veya bu grubun diğer sıralarında daha yüksek belirlenmemiş olanlar, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünde ilgili mevzuat hükümleri uyarınca teknik denetçi olarak görevlendirilenlerden ek ödemeleri kadro unvanları itibarıyla bu Cetvelin diğer gruplarında veya bu grubun diğer sıralarında daha yüksek belirlenmemiş olanlar	*145*
ı) Büyükşehir belediyeleri ile bunlara bağlı genel müdürlüklerin başmüfettiş ve müfettiş kadrolarında bulunanlar, yükseköğretim kurumları ile mahalli idareler ve bu idarelere bağlı genel müdürlüklerde 5018 sayılı Kanun hükümlerine göre iç denetçi kadrolarına atananlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*165*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*163*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*160*
4) Bunların yardımcıları	*155*
i) Diğer belediyeler ve bunlara bağlı genel müdürlüklerin başmüfettiş ve müfettişlerinden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*155*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*150*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*145*
4) Bunların yardımcıları	*140*
j) Bakanlık, müsteşarlık, başkanlık, bağımsız genel müdürlük taşra teşkilatları ile yükseköğretim kurumlarında ve mahalli idarelerde özel yarışma sınavı sonucunda mesleğe uzman ve denetmen yardımcısı olarak alınıp belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonunda uzman ve denetmen unvanlı kadrolara (mevzuatı uyarınca sözkonusu kadrolara atananlar dahil) atananlar ile belediye iktisat müfettişlerinden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*140*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*135*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*130*
4) Bunların yardımcıları	*125*
k) Raportör, mütercim, tercüman, çözümleyici, programcı, araştırmacı, muhasebeci, muhasip, kontrolör, antrenör, ayniyat saymanı, uzman, danışman, aktüer, araştırmacı, APK uzmanı, talim ve terbiye kurulu uzmanı, eğitim uzmanı, savunma uzmanı, sivil savunma uzmanı ve diğer uzman unvanlı kadrolarda bulunanlar	

1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*115*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*110*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*100*
l) Şef, amir ve yardımcıları, zabıta başkomiseri ve komiseri, itfaiye başçavuşu, itfaiye çavuşu ve onbaşısı kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*115*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*105*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*95*
m) Genel idare hizmetleri sınıfındaki diğer kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*110*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*100*
3) 5-7 dereceden aylık alanlar	*90*
4) Diğer derecelerden aylık alanlar	*85*
2- Kadroları Teknik Hizmetler Sınıfında yer alan personel;	
a) Başmühendis, başmimar, mühendis, mimar, bölge plancısı ve şehir plancısı kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*150*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*140*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*130*
b) Jeolog, hidrolog, hidrojeolog, jeofizikçi, kimyager, fizikçi, jeomorfolog, arkeolog, matematikçi, istatistikçi ve astronom kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*120*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*110*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*100*
c) Ek ödeme oranları 1 nolu grupta düzenlenenler hariç, bu sınıfta yer alan diğer kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*110*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*100*
3) 5-7 dereceden aylık alanlar	*90*
4) Diğer derecelerden aylık alanlar	*85*
3- Kadroları Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Uzman tabiplerden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*200*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*190*

3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*180*
b) Tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu mevzuat hükümlerine göre uzmanlık belgesi alanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*190*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*180*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*170*
c) Diş tabiplerinden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*185*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*175*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*165*
ç) Veteriner hekim kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*165*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*155*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*145*
d) Eczacı kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*140*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*130*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*120*
e) Ek ödeme oranları 1 nolu grupta düzenlenenler hariç, bu sınıfta yer alan diğer personelden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*115*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*105*
3) 5-7 dereceden aylık alanlar	*95*
4) Diğer derecelerden aylık alanlar	*90*
4- Kadroları Eğitim ve Öğretim Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Öğretmen kadrosunda (örgün ve yaygın eğitim kurumlarındaki öğretmen unvanlı kadrolardaki yöneticiler dâhil) bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*65*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*65*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*65*
5- Kadroları Avukatlık Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Ek ödeme oranları 1 nolu grupta düzenlenenler hariç, bu sınıfta yer alan kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*150*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*140*

3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*130*
6- Kadroları Din Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Vaiz ve eğitim görevlisi kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*66*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*66*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*66*
b) Diğer kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*65*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*65*
3) 5-7 dereceden aylık alanlar	*65*
4) Diğer derecelerden aylık alanlar	*65*
7- Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Müsteşar	*195*
b) Kurul Başkanı, Müsteşar Yardımcısı, I.Hukuk Müşaviri, Genel Müdür, Strateji Geliştirme Başkanı ile bu görevleri yürüten merkezde görevli Valiler	*180*
c) Merkezde görevli diğer Valiler	*178*
ç) (a), (b) ve (c) sıralarında sayılanlar dışında kadroları merkez teşkilatında bulunanlardan (Mülkiye Müfettişleri Dahil);	
1) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*195*
2) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*190*
3) 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*195*
4) 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*115*
5) 2 nci dereceden aylık alanlar	*155*
6) 3 üncü dereceden aylık alanlar	*130*
7) 4 üncü dereceden aylık alanlar	*130*
8) 5 inci dereceden aylık alanlar	*105*
d) Vali Yardımcısı ve Kaymakamlardan;	
1) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*200*
2) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*200*
3) 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*200*
4) 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*132*
5) 2 nci dereceden aylık alanlar	*172*

6) 3 üncü dereceden aylık alanlar	*147*
7) 4 üncü dereceden aylık alanlar	*147*
8) 5 inci dereceden aylık alanlar	*122*
9) 6 ncı dereceden aylık alanlar	*137*
10) 7 nci dereceden aylık alanlar	*117*
e) Hukuk işleri müdürlerinden;	
1) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*195*
2) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*190*
3) 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*195*
4) 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*160*
5) 2 nci dereceden aylık alanlar	*195*
6) 3 üncü dereceden aylık alanlar	*175*
7) 4 üncü dereceden aylık alanlar	*175*
8) 5 inci dereceden aylık alanlar	*150*
9) 6 ncı dereceden aylık alanlar	*165*
10) 7 nci dereceden aylık alanlar	*145*
f) Kaymakam adayı	*145*
8- Kadroları Emniyet Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Birinci Sınıf Emniyet Müdürleri	*74*
b) İkinci Sınıf Emniyet Müdürleri	*74*
c) Üçüncü Sınıf Emniyet Müdürleri	*74*
ç) Dördüncü Sınıf Emniyet Müdürleri	*74*
d) Emniyet Amiri kadrolarında bulunanlar	*74*
e) Başkomiser kadrolarında bulunanlar	*74*
f) Komiser kadrolarında bulunanlar	*74*
g) Komiser yardımcısı kadrolarında bulunanlar	*74*
ğ) Polis Memuru kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*75*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*75*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*75*
h) Diğer kadrolarda bulunanlardan;	*66*
1) 1-4 dereceden aylık alanlar	*66*
2) 5-7 dereceden aylık alanlar	*66*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*66*

9- Kadroları Yardımcı Hizmetler Sınıfında yer alan personel;	
a) Bu sınıfta yer alan kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-4 dereceden aylık alanlar	*90*
2) 5-7 dereceden aylık alanlar	*80*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*70*
B- Aylıklarını 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu ve 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanununa Göre Alanlar:	
1- Subaylardan;	
a) Genelkurmay Başkanı	*103*
b) Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı	*82*
c) Orgeneral ve Oramiral	*81*
ç) Korgeneral ve Koramiral	*79*
d) Tümgeneral ve Tümamiral	*77*
e) Tuğgeneral ve Tuğamiral	*75*
f) Kıdemli Albay	*63*
g) Albay	*59*
ğ) Yarbay	*56*
h) Kıdemli Binbaşı	*68*
ı) Binbaşı	*68*
i) Kıdemli Yüzbaşı	*68*
j) Yüzbaşı	*68*
k) Kıdemli Üsteğmen	*69*
l) Üsteğmen	*69*
m) Teğmen	*69*
n) Asteğmen	*69*
2- Astsubaylardan;	
a) II.Kad.Kd.Bçvş.	*67*
b) Kad.Kd.Bçvş.	*67*
c) Kd.Bçvş.	*67*
ç) Kad.Bçvş.	*67*
d) Bçvş.	*67*
e) Kd.Üstçvş.	*68*
f) Üstçvş	*68*
g) Kd.Çvş.	*68*
ğ) Çvş.	*68*

3- Uzman Jandarmalardan;	
a) VIII.Kad.Çvş.	*67*
b) VII.Kad.Çvş.	*67*
c) VI.Kad.Çvş.	*67*
ç) V.Kad.Çvş.	*67*
d) IV.Kad.Çvş.	*67*
e) III.Kad.Çvş.	*67*
f) II.Kad.Çvş.	*67*
g) I.Kad.Çvş.	*67*
ğ) Çvş.	*67*
4- Uzman Erbaşlardan;	
a) Uzman Çavuş	*67*
b) Uzman Onbaşı	*67*
C- Aylıklarını 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa Göre Alanlar:	
1- Profesörlerden Rektör, Rektör Yardımcısı ve Dekan olanlar	*72*
2- Profesörlerden Dekan Yardımcısı, Yüksekokul Müdürü olanlar ile Profesör kadrosunda üç yılını tamamlamış bulunanlar	*70*
3- Profesör kadrosunda bulunanlar (Diğer)	*63*
4- Doçent kadrosunda bulunanlar (Kazanılmış hak aylığı birinci derecede olan)	*57*
5- Doçent kadrosunda bulunanlar (Diğer)	*68*
6- Yardımcı Doçent kadrosunda bulunanlar	*67*
7- Araştırma Görevlisi kadrosunda bulunanlar	*77*
8- Diğer öğretim elemanlarından;	
a) 1-2 dereceden aylık alanlar	*66*
b) 3-4 dereceden aylık alanlar	*66*
c) Diğer derecelerden aylık alanlar	*66*
Ç- 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki (II) sayılı cetvele dahil pozisyonlarda istihdam edilen sözleşmeli personelden (527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 31 inci maddesine göre ücretleri belirlenen sözleşmeli personel dahil);	

1- Grup başmühendisi, başmühendis, başmimar, mühendis, mimar, veteriner, şehir plancısı, müdür yardımcısı, teknik şef, atölye şefi, başeksper, eksper, teknik amir, teknik uzman, başkontrolör, kontrolör, baştabip, baştabip yardımcısı, diş tabibi, tabip, uzman tabip, uzman (Tıpta Uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu ilgili mevzuat hükümlerine göre uzmanlık belgesi alanlar), başuzman (Sümer Holding) ve şube müdürü (Sümer Holding) pozisyonlarında bulunanlar	*82*
2- Uzman, amir, ajans amiri, koruma güvenlik amiri, şef, koruma güvenlik şefi, koruma güvenlik grup şefi, itfaiye şefi, gar şefi, istasyon şefi, şeftren pozisyonlarında bulunanlar	*67*
3- Sağlık teknisyen yardımcısı pozisyonlarında bulunanlar	*53*
4- Diyetisyen ve tekniker pozisyonlarında bulunanlar	*48*
5- Teknik ressam, teknisyen, laborant, makinist (TCDD), makinist, makinist yardımcısı (TCDD), başteknisyen, konstrüktör, revizör ve sürveyan pozisyonlarında bulunanlar	*47*
6- Diğer pozisyon unvanlarında bulunanlar	*42*

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 91. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 13.11.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle Sayıştay 1. Dairesinin itiraz başvurusunda bulunmasının mümkün olup olmadığı meselesi görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi

hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir.

Buna göre, somut norm denetimi olarak da adlandırılan itiraz yoluna ancak mahkemeler başvurabilmektedir. Dolayısıyla itiraz yoluna başvuracak merciin mahkeme sıfatını haiz olması gerekmektedir. Öte yandan, Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme*" ibaresinden, mahkemenin baktığı işin de bir dava olması hâlinde itiraz yoluna başvurabileceği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 günlü, E.2012/102, K.2012/107 sayılı kararında yargısal faaliyet ve Sayıştay'ın bu açıdan konumu şu şekilde ifade edilmiştir:

"Yargısal faaliyet, kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız kuruluşlar tarafından, hukuki uyuşmazlıkların ve hukuka aykırılık iddialarının özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmesi ve kesin hükme bağlanması faaliyeti" olarak tanımlanmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlık, yargı fonksiyonunu idare fonksiyonundan ayıran en önemli ölçüt olup yargı yetkisini kullanacak olan merciin, çözülmesi istenen uyuşmazlığa doğrudan veya dolaylı olarak taraf olmayan ve uyuşmazlığın taraflarından tamamen bağımsız olan kişi veya kişilerden oluşmasını gerektirmektedir. Öte yandan yargılama faaliyetinde idari faaliyetten farklı olarak, uyuşmazlık, bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendiren özel yargılama usulleri izlenerek çözümlenmektedir. Ayrıca, yargı organları bir uyuşmazlığı kesin bir biçimde çözerken, idare organlarının verdiği kararlar kural olarak kesin nitelikte değildir. Dolayısıyla verilen karara karşı herhangi bir organa başvurulamaması, karara yargısal nitelik kazandıran önemli bir gösterge olarak ortaya çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bağlamında mahkemeyi, ulusal kanunlarda mahkeme olarak nitelendirilmiş olup olmadığına bakmaksızın, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan karar verme yetkilerini elinde tutan organ olarak nitelemektedir (Sramek/Avusturya kararı, Başvuru No:8790/79, par.36).

1982 Anayasası'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında, Sayıştayın görevleri;

- Merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek,

- Sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak,

- Kanunla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak,

şeklinde sayılmıştır.

Yukarıda yapılan tanıma göre yargısal faaliyetin en önemli unsuru, bir hukuki uyuşmazlığın tüm yönleriyle esastan çözümlenerek karara bağlanması ve bu kararın kesin hüküm niteliği taşımasıdır. Kesin hüküm, davanın tarafları arasındaki hukuki ilişkinin, bütün bir gelecek için kati olarak tespiti veya düzenlenmesi ve aynı davanın hükmün kesinleşmesinden sonra yeniden açılamamasıdır. Sayıştay, sorumluların hesap ve işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığı, hukuka aykırı ise kamu zararı doğurup doğurmadığı ve hukuka aykırı mali işlem ile kamu zararı arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı yolunda, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nda öngörülen yargılama usullerini izleyerek bir inceleme yaptıktan sonra, her üç koşulun da gerçekleşmesi durumunda kamu zararının sorumludan tazminine karar vermektedir. Sayıştayın tazmin kararı vermesi, hukuka aykırılığın müeyyidesidir. Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında, Sayıştayın bu kararının kesin hüküm niteliğinde olduğunun açıkça belirtilmesi ve bu karara karşı herhangi bir hukuksal yola başvurma yolunun öngörülmemiş olması, Sayıştay kararının yargısal anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğunu göstermektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 164. maddesinin son fıkrasında yer alan "Kesin Hesap Kanunu tasarısının ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştayca sonuçlandırılmamış denetim ve hesap yargılamasını önlemez ve bunların karara bağlandığı anlamına gelmez." biçimindeki hükümde, hesap yargılamasından söz edilmesi, Sayıştayın, sorumluların hesap ve işlemlerine ilişkin olarak verdiği kararların yargısal kimliğe sahip olduğunun önemli bir göstergesidir.

Ayrıca, Anayasa'nın 160. maddesinin ikinci fıkrasında, vergi ve benzeri mali yükümlülükler ve ödevler hakkında Danıştay ile Sayıştay kararları arasındaki uyuşmazlıklarda Danıştay kararının esas alınacağının öngörülmüş olması, Sayıştayın bir yargı mercii olarak kabulünü gerektirmektedir. Sayıştayın idari bir makam olarak kabulü durumunda, Sayıştay ile Danıştay kararları arasındaki uyuşmazlıkta Danıştay kararının üstün olduğunu vurgulayan Anayasa hükmünün bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü yargı kararları ile idari kararlar arasında kıyas yapılması dahi mümkün değildir. Anayasa koyucunun, Sayıştay ile Danıştay kararları arasında bu şekilde bir kıyaslama yapma ihtiyacı duyması, ikisini de yargı organı olarak görmesinin bir sonucudur.

Sayıştayın yargısal fonksiyon ifa edip etmediğinin saptanmasında dikkate alınması gereken diğer bir unsur da, bağımsızlık ve tarafsızlıktır. Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasında Sayıştayın merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını 'Türkiye Büyük Millet Meclisi adına' (TBMM) denetleyeceğinin belirtilmiş olması, Sayıştayın TBMM'ye bağlı olarak faaliyet yürüttüğü ve bağımsızlık unsurunu taşımadığı yolunda görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Ancak Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin lafzı dikkate alındığında, Sayıştayca TBMM adına icra edilen görev denetim görevi olup sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi değildir. Zira cümlede, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi adına' ibaresi 'denetlemek' ibaresinden hemen önce kullanıldığından 've' bağlacından sonraki 'sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak' ibaresini ilgilendirmemektedir. Şayet, 'Türkiye Büyük Millet Meclisi adına' ibaresinin, 'sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak' ifadesini de nitelemesi istenseydi, cümlenin ortasında ('denetlemek' ibaresinden hemen önce) değil, başında kullanılması gerekirdi.

Kaldı ki Sayıştayın TBMM adına görev ifa etmesi, TBMM'ye bağlı olduğu anlamına gelmemektedir. Sayıştay mensupları, TBMM Başkanlığıyla herhangi bir hiyerarşik ilişki içerisinde bulunmadıkları gibi sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında, TBMM'den telkin, tavsiye ve talimat almadan tamamen bağımsız bir şekilde hareket etmektedirler.

Anayasa'nın 160. maddesinin dördüncü fıkrasında, bir yandan Sayıştayın işleyişi ve denetim usulleri ile Başkan ve üyelerinin teminatının kanunla düzenleneceği

belirtilmek suretiyle yargılama usulleri kanuni güvenceye bağlanmış, öte yandan da Başkan ve üyelerinin diğer kamu görevlilerinden farklı teminatlarla donatılması gerektiği hükme bağlanarak karar mercilerinde görev yapacak kişilerin bağımsızlık ve tarafsızlıkları güçlendirilmiştir."

Bu açıklamalar ışığında, Sayıştayın sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama görevi çerçevesinde verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden yargı kararı niteliğinde olduğu ve bu görevin icrası kapsamında mahkeme sıfatını haiz bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Sayıştayın, anılan görevinin icrası kapsamında mahkeme sıfatının bulunduğu saptandıktan sonra bu görev çerçevesinde karara bağladığı işlerin Anayasa'nın 152. maddesinin birinci fıkrası bağlamında "*dava*" niteliğinde olup olmadığının da tartışılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 152. maddesinde sözü edilen *"dava"* kavramının, özel usul kanunlarındaki anlamına bağlı kalınmaksızın, bir anayasa yargısı terimi olarak, anayasa yargısındaki işlev ve amacı gözetilerek yorumlanması gerekmektedir. Dava kavramı her usul hukuku dalında ayrı içerik ve şekillere büründüğünden, bunlardan birine bağlı kalınarak yapılacak tanım, diğer yargı kollarında görülen işlerin dava kavramının kapsamı dışında bırakılması riskini taşımaktadır. Bu durum, anayasa yargısının işleviyle bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 152. maddesinde sözü edilen dava kavramının tüm yargı kollarında görülen işler göz önünde bulundurularak anlamlandırılması kaçınılmazdır.

Sayıştayda görülen hesap yargılaması, Sayıştay denetçisinin, sorumluların hesap ve işlemlerinin kanuna aykırı olduğu ve bu nedenle kamunun zarara uğratıldığı iddiasını içeren yargılamaya esas raporun Başkanlığa sunulmasıyla başlayan bir süreçtir. Sayıştay denetçisi, yargılamaya esas raporunda, sorumlunun kanuna aykırı hesap ve işlemleri nedeniyle oluşan kamu zararının sorumludan tazminine karar verilmesini istemektedir. Sayıştay yargılama dairesi, hesap yargılaması kapsamında sorumluların hesap ve işlemlerinin kanuna uygun olup olmadığını inceledikten sonra neticeye göre ya sorumluların beraatına ya da kamu zararının sorumlulardan tazminine karar vermektedir. Dolayısıyla Sayıştayın, hesap yargılaması kapsamında

baktığı yargısal işin Anayasa'nın 152. maddesi anlamında bir dava olduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, sorumluların hesap ve işlemlerini yargılayan Sayıştay 1. Dairesinin olayda uygulanacak kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşarak iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine yaptığı başvurunun esasının incelenmesi gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, KHK'ye ekli (I) Sayılı Cetvel'de yer alan itiraz konusu kuralın kamu görevlilerinin mali haklarına ilişkin olduğu, KHK'nin dayanağını oluşturan 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 Kanunuyla Bakanlar Kuruluna kamu görevlilerinin mali haklarına ilişkin düzenleme yapma yetkisinin tanınmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı KHK, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdendir.

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

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

maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin 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 oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

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

Anayasa'da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları*

ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince TBMM, Bakanlar Kuruluna ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

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

B- İtiraz Konusu Kuralın 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi

Anayasa'nın 91. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, yetki kanununda, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacının, kapsamının, ilkelerinin, kullanma süresinin ve süresi içinde birden fazla kanun hükmünde kararnamenin çıkarılıp çıkarılamayacağının gösterilmesi gerekir. Buna göre bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun olduğunun kabulü öncelikle konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden dayandığı yetki kanununa uygun olmasına bağlıdır. Bu bağlamda, Anayasa'nın ikinci kısmının "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen haklar içinde kalan ve Anayasa'nın 91. maddesinde belirtilen kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek yasak alan içinde bulunmayan kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarının 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında kalması durumunda, kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırı bir durumun olmayacağı açıktır.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amacını düzenleyen 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kapsamına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı aynı maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi ile bu bendin (7) numaralı alt bendinde ve son olarak ilkeler ve yetki süresine ilişkin hükümlerin yer aldığı 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kamu personelinin "*atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esasları*"ndan söz edilmiş, ancak mali haklara ilişkin bir

ibareye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda öngörüldüğü üzere;

- Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına,

- Mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizwmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine,

- Mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına,

ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda, mali haklara dair düzenlemelerin de yapılması mümkündür. Mevcut veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkla birleştirilen bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle ilgili olmayan hususlar 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında bulunmadığından, kanun hükmünde kararnameyle doğrudan mali haklarda bir düzenleme yapılamaz. Bir başka ifadeyle, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amaç, kapsam ve ilkeleri bakımından kamu personelinin mali ve sosyal haklarına ilişkin olarak Bakanlar Kuruluna doğrudan bir düzenleme yapma yetkisini vermediği, ancak mali ve sosyal haklarla ilgili hükümlerin 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amacı ve kapsamına giren konularda yapılan düzenlemelerin doğal sonucu olması durumunda mümkün olabileceği, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda öngörülen amaç, kapsam ve ilkeleriyle bağlantılı olmaksızın sırf mali konularda bir düzenleme yapılamayacağı açıktır.

İtiraz konusu kurallar, KHK'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in "*A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar*" bölümünün (1) numaralı sırasının (d) bendinde yer alan "*…diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri…*" ibaresi ile (e) bendinde yer alan "*…büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı…*" ibaresidir.

KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 9. maddeyle mevzuatta değişik adlar adı altında kamu personeline yapılan tüm kurumsal

ek ödemeler ile genel ek ödemeler, yeni yapılan düzenlemelere paralel olarak 15.1.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmakta ve yeni ek ödeme sistemindeki kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları belirtilmektedir. İtiraz konusu kurallarla, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreteri ile genel sekreter yardımcısının kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları düzenlenmiş olup bu kişilerin mali haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle, kuralda öngörülen mali haklara ilişkin hüküm, mevcut veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkla birleştirilen bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle bağlantılı ve bunların zorunlu sonucu olmayıp doğrudan mali haklara ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında bulunmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

666 sayılı KHK'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in *"A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar"* bölümünün (1) numaralı sırasının (d) bendinde yer alan *"…diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,…"* ibaresi ile (e) bendinde yer alan *"…büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,…"* ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu ibarelere ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

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 eki (I) Sayılı Cetvel'in *"A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar"* bölümünün (1) numaralı sırasının;

A- (d) bendinde yer alan *"…diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri,…"* ibaresinin,

B- (e) bendinde yer alan *"…büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı,…"* ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, iptal hükümlerinin, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, 13.11.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

Esas Sayısı : 2014/35
Karar Sayısı : 2014/173
Karar Günü : 13.11.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Kayseri 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun, 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen 24. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"…beş katından az olmamak kaydıyla…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından, işlettiği kum çakıl ocağı ile ilgili olarak il encümen kararı ile ruhsatın 5 yıl süre ile uzatılarak kira bedeli belirlenmesi yolundaki işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvurunun gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı …. Temsilen … tarafından, Sarıoğlan İlçesi Ömer Hacılı Köyü Mevkiinde işlettiği kum çakıl ocağı ile ilgili olarak il encümeninin 21.02.2013 tarih ve 20 nolu kararı ile ruhsatın 5 yıl süre uzatılarak kira bedelinin 675,000.-TL. olarak belirlenmesi yolundaki işlemin iptali istemiyle KAYSERİ İL ÖZEL İDARESİ'ne karşı açılan davada, Mahkememizce Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesi kapsamında görülmekte olan davada uygulanacak kanun hükmü olarak nitelendirilen 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 24. maddesinin

3. fıkrasındaki "(Değişik fıkra: 10/06/2010-5995 S.K/11.mad.) Grup (a) bendi madenlerin ruhsat süresi beş yıldır. Diğer grup madenlerin işletme ruhsat süresi, on yıldan az olmamak üzere projesine göre belirlenir. I. Grup (a) bendi ve diğer gruplardaki ruhsatlar, sürenin bitiminden önce yeni bir projeyle uzatma talebinde bulunulması halinde ruhsat süresi uzatılabilir. I. Grup (a) bendi maden sahalarının ruhsat süresini uzatma taleplerinde; ihale yoluyla verilen ruhsatlarda ilk ihale bedelinin yeniden değerleme oranı ile belirlenen tutarı geçmeyecek, ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda ise on yıllık işletme ruhsat harcının beş katından az olmamak kaydıyla bu bedel, İl Özel İdaresi tarafından belirlenir. Toplam ruhsat süresi altmış yılı geçemez. Altmış yıldan sonraki sürenin uzatılmasına Bakanlar Kurulu yetkilidir." maddesindeki "beş katından az olmamak kaydıyla" tümcesinin aşağıda sıralanan gerekçelerle T.C Anayasasına aykırı olduğu düşünülmektedir.

T.C. Anayasası'nın Cumhuriyet'in nitelikleri başlıklı 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." hükmüne yer verilmektedir. Anayasa Mahkemesi Hukuk devleti ilkesini genel olarak "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" (E: 1976/1, K: 1976/28 25/05/1976) şeklinde tarif etmektedir. Anayasa Mahkemesince "Hukuk Devleti" kavramı tanımlanmamakta sadece bu kavramın temelini oluşturan unsurlar sıralanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin sonraki kararlarında da belirginleştiği üzere "hukuk devleti" ilkesini oluşturan unsurlar zamanla, değişmekte ve çağın gelişimine göre yeni şartlar eklenebilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar.

Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

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

Bu açıklamalar ışığında söz konusu Yasanın Anayasaya aykırı olduğu düşünülen tümcesine bakıldığında; ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda ruhsat süresinin uzatılması durumunda uygulanacak olan bedelin belirlenmesinde "... beş katından az olmamak kaydıyla" tümcesine yer verilmiş bulunulmaktadır. Bu hükme göre ruhsat bedelinin sadece alt sınırı belirlenmiş olup, bedel belirlemesinin üst sınırına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamıştır. Yukarıda da anlatıldığı üzere "hukuk devleti"nin zorunlu bir unsuru da "yasaların belirli" olması ilkesidir. Bu ilke "hukuki güvenlik" ilkesinin doğal bir sonucudur. Buna göre söz konusu yasada belirlenecek olan ruhsat bedeline ilişkin olarak "... beş katından az olmamak kaydıyla" şeklinde bir düzenlemeye gidilmiş olması idarelere geniş, sınırsız ve ölçüsüz bir takdir yetkisi vermek sonucunu doğurmuştur. Ayrıca idarelerin söz konusu ruhsat bedelini belirlerken hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Dolayısıyla da Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "Hukuk Devleti" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle Mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanması gereken kural niteliği taşıyan 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 24. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "beş katından az olmamak kaydıyla" tümcesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun uyarınca söz konusu ibarenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve uyuşmazlığın çözümünün Anayasa Mahkemesi kararına kadar Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca geri bırakılmasına 15/01/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 24. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"(Değişik üçüncü fıkra: 10/6/2010-5995/11 md.) I. Grup (a) bendi madenlerin ruhsat süresi beş yıldır. Diğer grup madenlerin işletme ruhsat süresi, on yıldan az olmamak üzere projesine göre belirlenir. I. Grup (a) bendi ve diğer gruplardaki ruhsatlar, sürenin bitiminden önce yeni bir projeyle uzatma talebinde bulunulması halinde ruhsat süresi uzatılabilir. I. Grup (a) bendi maden sahalarının ruhsat süresini uzatma taleplerinde; ihale yoluyla verilen ruhsatlarda ilk ihale bedelinin yeniden değerleme oranı ile belirlenen tutarı geçmeyecek, ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda ise on yıllık işletme ruhsat harcının ***beş katından az olmamak kaydıyla*** *bu bedel, İl Özel İdaresi tarafından belirlenir. Toplam ruhsat süresi altmış yılı geçemez. Altmış yıldan sonraki sürenin uzatılmasına Bakanlar Kurulu yetkilidir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımıyla 27.2.2014 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda I. Grup (a) bendi maden sahalarının ruhsat süresini uzatma taleplerinde, ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda, ruhsat süresinin uzatılması durumunda uygulanacak bedelin belirlenmesinde sadece alt sınırın belirtildiği, üst sınırın belirlenmediği, bu şekilde idareye geniş, sınırsız ve ölçüsüz bir takdir yetkisi verildiği; ayrıca, idarenin söz konusu bedeli belirlerken hangi ölçütleri esas alacağının açık ve belirgin olmadığı ve Kanun'da somut olarak düzenlenmediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural ile I. Grup (a) bendi maden sahalarının ruhsat süresini uzatma taleplerinde ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda, ruhsat süresini uzatma karşılığında alınacak bedelin, on yıllık işletme ruhsat harcının beş katından az olmamak kaydıyla İl Özel İdaresi tarafından belirleneceği hüküm altına alınarak, idarenin öngörülen alt sınırdan aşağı olmamak üzere, ruhsat bedelini dilediği gibi belirlemesine imkân tanınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi de 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.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkelerinden biri belirliliktir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği 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.

İhale yapılmadan verilen ruhsatlar, özel şahıslara ait alanlar için verilen ruhsatlardır. Kanun'un 3. maddesinde muhammen bedel, "*I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedel*" biçiminde tanımlanmıştır. Kanun'un 16. maddesine göre de, I. Grup (a) bendi madenlerin, özel mülkiyete tabi alanlarda yer alması hâlinde, üçüncü kişilere işletme ruhsatı verilebilmesi için mülk sahibinin izninin alınması gerekmekte olup bu iznin alınması hâlinde ruhsat karşılığında alınacak bedel, il özel idaresi tarafından belirlenen muhammen bedel olacaktır. Muhammen bedel, aynı grup madenlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki alanlarda bulunması hâlinde alınması gereken ihale bedeli ile aynı niteliktedir.

İtiraz konusu kural, Kanun'un 3. maddesinde tanımlanan muhammen bedel ile birlikte değerlendirildiğinde, I. Grup (a) bendi maden sahalarının ruhsat süresini uzatma taleplerinde, ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda alınacak bedel; madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak, on yıllık işletme ruhsat harcının beş katından az olmamak kaydıyla, il özel idaresi tarafından belirlenecektir.

Ayrıca, 3.2.2005 günlü, 25716 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "*Maden Kanununun I (A) Grubu Madenleri İle İlgili Uygulama Yönetmeliği*"nin 10. maddesinde, ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda, ruhsat bedelinin on yıllık işletme ruhsat harcının beş katından az, yirmi katından fazla olmamak kaydıyla, ilgili idare tarafından belirleneceği ifade edilmiş ve alt ve üst sınırlar belirlenerek bu konudaki belirsizlik giderilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde; muhammen bedelin, hangi yerlerde, hangi madenler için, hangi koşullar altında, kim tarafından belirleneceği ve bu bedel belirlenirken hangi kriterlerin değerlendirileceği açık, net, anlaşılır ve nesnel bir şekilde belirtildiği ve alt sınırı kanunla ve üst sınırı yönetmelik ile belirlendiğinden, kuralda bir belirsizlik bulunmamaktadır.

Öte yandan, il özel idaresi tarafından belirlenen muhammen bedele karşı yargı yoluna başvurma olanağı da bulunmaktadır.

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

Serruh KALELİ ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun, 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen 24. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"…beş katından az olmamak kaydıyla…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 13.11.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

3213 sayılı Maden Kanunu'nun, 10.6.2010 tarihli, 5995 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen 24. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "… *beş katından az olmamak kaydıyla*…" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir.

Mahkememiz çoğunluğu, ibareyi, açık ve belirli olduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

İptali istenen ibareyi içeren 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 24. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"I. Grup (a) bendi madenlerin ruhsat süresi beş yıldır. Diğer grup madenlerin işletme ruhsat süresi, on yıldan az olmamak üzere projesine göre belirlenir. I. Grup (a) bendi ve diğer gruplardaki ruhsatlar, sürenin bitiminden önce yeni bir projeyle uzatma talebinde bulunulması halinde ruhsat süresi uzatılabilir. I. Grup (a) bendi maden sahalarının ruhsat süresini uzatma taleplerinde; ihale yoluyla

verilen ruhsatlarda ilk ihale bedelinin yeniden değerleme oranı ile belirlenen tutarı geçmeyecek, ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda ise on yıllık işletme ruhsat harcının ***beş katından az olmamak kaydıyla*** *bu bedel, İl Özel İdaresi tarafından belirlenir. Toplam ruhsat süresi altmış yılı geçemez. Altmış yıldan sonraki sürenin uzatılmasına Bakanlar Kurulu yetkilidir."*

Maden Kanunu'nun 24. maddesine göre, I. Grup (a) bendi madenlerin ruhsat süresi beş yıldır. Bu süre, ruhsat süresinin bitiminden önce yeni bir projeyle uzatma talebinde bulunulması halinde uzatılabilir. I. Grup (a) bendi maden sahalarının ruhsat süresini uzatma taleplerinde; ihale yoluyla verilen ruhsatlarda ilk ihale bedelinin yeniden değerleme oranı ile belirlenen tutarı geçmeyecek, ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda ise on yıllık işletme ruhsat harcının beş katından az olmamak kaydıyla bu bedel, İl Özel İdaresi tarafından belirlenecektir. Kuralla ruhsat sürelerinin uzatılmasında, Kanun koyucu, ihale yoluyla verilen ruhsatlarla, ihale yapılmadan verilen ruhsatlar arasında ayırım yapmış, her ikisinin ruhsat uzatım bedelinin belirlenmesinde farklı usuller öngörmüştür.

İhale yapılmadan verilen ruhsatlar, özel şahıslara ait alanlar için verilen ruhsatlardır. İtiraz konusu ibarenin yer aldığı kural ile I. Grup (a) bendi maden sahalarının ruhsat süresini uzatma taleplerinde ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda, ruhsat süresini uzatma karşılığında alınacak bedelin, on yıllık işletme ruhsat harcının beş katından az olmamak kaydıyla İl Özel İdaresi tarafından belirleneceği hüküm altına alınarak, idarenin öngörülen alt sınırdan aşağı olmamak üzere, ruhsat bedelini dilediği gibi belirlemesine imkân tanınmıştır. Böylece, uzatma halinde alınacak bedelin alt sınırı belirlenmişken, üst sınır hakkında herhangi bir belirleme yapılmadan idareye takdir yetkisi verilmiş olmaktadır.

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

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir. Zira hukuk güvenliği ilkesi, hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM 14.11.2013 E.2013/24, K.2013/133). Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.

Mahkememiz, 16.7.2010 tarihli, E.2010/29, K.2010/90 sayılı kararında, 209 sayılı Kanun kapsamında kalan kurum ve kuruluşlarda çalışan sağlık personeline döner sermaye gelirlerinden bir ayda yapılacak ek ödeme tutarının sadece tavan oranlarını belirleyen söz konusu Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasını hukuki güvenlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. İptal gerekçesinin ilgili kısımları şu şekildedir:

"... Hukuk devleti' ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller. Bunu gerçekleştirmenin başlıca yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olmasını sağlamaktır.

209 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin dava konusu dördüncü fıkrası, Sağlık Bakanlığı personelinin döner sermaye gelirlerinden alacağı ek ödeme oranlarını belirleyen bir kuraldır. Yasakoyucu, bu kuralda ödeme yapılacak çalışanların niteliği ve statülerine göre bu kişilere yapılacak ödemelerin tavan oranlarını ayrıntılı

olarak düzenlemiş, ancak yürütmeye bırakılan yetkinin sınırlarının belirlenmesi açısından yapılacak ödemelerde herhangi bir taban oranı belirlememiştir. Yürütmeye bırakılan yetkinin üst sınırı ve çerçevesi belirlenirken alt sınırının belirlenmemiş olması, kuralda belirtilen personelin alacakları döner sermaye katkı paylarında asgari bir garanti içermemektedir. Bu nedenle dava konusu kural, devletin tüm işlem ve eylemlerine bireylerin güven duymasını zedeleyici nitelik taşıdığından hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır."

İtiraz konusu ibarelerin de yer aldığı kural bu açıdan değerlendirildiğinde, ihale yapılmadan verilen ruhsatlar için, ruhsat süresinin uzatılması taleplerinde ödenecek bedelin belirlenmesinde üst sınır öngörülmediği, diğer kurallardan da üst sınırın ne kadar olabileceği konusunda bir kriter tespit etmenin mümkün olmadığı, bu durumun, hem kişiler hem de idare yönünden açık bir belirsizlik oluşturduğu görülmektedir.

Bu belirsizliğin bir sonucu olarak, karşılaşılan sorunlar ve açılan davalar üzerine; "Maden Kanununun I (A) Grubu Madenleri İle İlgili Uygulama Yönetmeliği"nin 10. maddesi, 29.5.2013 günlü, 28661 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Maden Kanununun I (A) Grubu Madenleri İle İlgili Uygulama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"in 10. maddesiyle değiştirilmiş ve maddeye ihale yapılmadan verilen ruhsatlarda, ruhsat bedelinin on yıllık işletme ruhsat harcının **beş katından az, yirmi katından fazla olmamak kaydıyla**, ilgili idare tarafından belirleneceği kuralı getirilmiştir. Görüldüğü gibi, İdare de aynı şekilde kuralda üst sınır olmamasının eksikliğini hissetmiş ve yönetmelikle bu eksikliği gidermeye çalışmıştır. Ancak hukuki belirsizliğin anayasal anlamda giderilmiş sayılabilmesi için, kanunda yer alması gereken bir kuralın yahut ölçütün, idarece serbestçe çıkarılabilen, değiştirilebilen yahut kaldırılabilen tüzük, yönetmelik gibi idari düzenleyici işlemlerle getirilmiş olması yeterli değildir. Hukuki belirliliğin ve güvenin sağlanabilmesi için, asgari, temel ölçütlerin kanunda getirilmesi, ayrıntı sayılabilecek hususların, yahut bazı teknik konuların, sıkça değişkenlik arz eden hususların idari düzenlemelere bırakılması mümkündür. Somut kurala bu açıdan bakıldığında, sürenin uzatılması halinde bedelin ne kadar olabileceği konusunda üst sınır

belirtilmediği gibi, üst sınırın ne şekilde belirlenebileceği konusunda herhangi bir ölçüt de getirilmediğini görüyoruz.

Ruhsat süresinin uzatılması halinde, ödenecek bedelin yaklaşık olarak dahi önceden öngörülmesine imkân vermeyen itiraz konusu ibarelerin, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, bilinebilir ve öngörülebilir olmadığı; il özel idaresine ruhsat bedelini belirlerken, on yıllık işletme ruhsat harcının beş katından az olmamak kaydıyla herhangi bir ölçüt içermeden, dilediği gibi ve geniş bir şekilde takdir yetkisi verdiği, idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterince koruyucu herhangi bir önlem içermediği, bu haliyle de, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan belirlilik ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun, 24. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "…*beş katından az olmamak kaydıyla*…" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Başkanvekili	Üye
Serruh KALELİ	Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2014/113
Karar Sayısı : 2014/174
Karar Tarihi : 13.11.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 4. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 9.6.1930 tarihli ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle yeniden düzenlenen "*Kaymakam adaylığı yazılı sınavına daha önce mülakatta üç defa başarısız olanlar katılamaz.*" biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Kaymakam adayı alımı için yapılacak sınava başvuran davacının, sınava girmeye hak kazananlara ilişkin İçişleri Bakanlığının internet sitesinde yayımlanan listede isminin yer almamasına dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununun 2 nci maddesinin, bir yandan (C) bendinde yapılan değişiklikle 'Kaymakam Adaylığı' mesleğine girişte yaş sınırı 30'dan 35'e çıkarılırken; diğer yandan (B) bendine eklenen tümce ile Kaymakam Adaylığı mülakatında üç kez başarısız olanların yazılı sınava giremeyeceği hükme bağlanmaktadır.

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

Kaymakam Adaylığına girişte bir yandan yaş sının 30'dan 35'e çıkarılırken; diğer yandan üç defa mülakatla elenmiş olanların yazılı sınava giremeyecek olması arasında açık bir çelişki vardır. Çünkü, bir yandan yaşı 30'un üzerinde olanlara avantaj sağlanırken; diğer yandan yeterliğini yazılı sınavın nesnel sonuçlarına göre ortaya koymuş; fakat hiçbir objektifliği olmayan mülakatta üç defa elenmiş kişilerin yazılı sınava girme hakları gasp edilmektedir.

Kanun koyucunun adaletsiz, hakkaniyete aykırı söz konusu düzenlemesi Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Oysa, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırımın gözetilmeyeceğini kurala bağlayan Anayasanın 70. maddesi uyarınca kamu görevlileri hakkında yasalarda öngörülen kısıtlamaların hizmetin etkin ve verimli bir biçimde yürütülmesi amacına uygun olması; bunun dışında siyasal, güncel vb. bir hedefinin olmaması gerekmektedir.

Başka bir anlatımla, getirilen kısıtlama ile yürütülen hizmet arasında günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden-sonuç bağının kurulması gerekmektedir. Hizmete girişte yaş sınırı yükseltilirken; yazılı sınava girişe kısıtlama getirilmesi arasında tezatlık bulunmakta ve bu yöndeki düzenleme Anayasanın 70. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendine eklenen 'Kaymakam adaylığı yazılı sınavına daha önce mülakatta üç kez başarısız olanlar katılamazlar' tümcesinin Anayasanın 2 ve 70. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

İSTEM ve SONUÇ;

Açıklanan nedenlerle, 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununun 2. maddesinin (B) bendine yer alan "Kaymakam adaylığı yazılı sınavına daha önce mülakatta üç defa başarısız olanlar katılamaz.' hükmünün Anayasamızın 2. maddesine ve 70. maddesine aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesince iptali gerekeceği düşüncesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, yine başvurumuzun Anayasa Mahkemesince kabul edilmesinden bağlayarak anılan 40. madde uyarınca beş ay süre ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararının beklenmesine, kararımıza dava dosyamızın onaylı bir örneğinin eklenmesine, kararımızın bir örneğinin taraflara tebliğine, 27/03/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 2. maddesi şöyledir:

"Namzetlik ve ehliyet şartları

Madde 2- *(Değişik: 14/3/1949 - 5354/1 md.)*

A) İçişleri Bakanlığı memurluklarına intisap ve terfide bu kanunda yazılı haller dışında genel hükümler uygulanır.

B) (Değişik: 12/7/1991 - KHK - 435/1 md.; Değiştirilerek kabul : 26/2/1992 - 3778/1 md.) Bu Kanunun 1 inci maddesinde yazılı 4 üncü ve daha yukarı sınıflardaki memurluklara geçebilmek ve tayin olunmak için Üniversitelerin Siyasal Bilgiler,Hukuk,İktisat,İşletme,İktisadi ve İdari Bilimler Fakülteleri ile bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurtdışındaki en az dört yıl süreli fakültelerden mezun olmak şarttır. (Ek cümle: 24/10/2011 - KHK - 661/13 md.; Yeniden düzenleme: 12/7/2013-6495/73 md.) ***Kaymakam adaylığı yazılı sınavına daha önce mülakatta üç defa başarısız olanlar katılamaz.***

C) (Değişik birinci fıkra : 7/7/1995 - 4119/1 md.) Bu maddenin (B) bendinde sayılanlardan, giriş sınavının yapıldığı yılın Ocak ayının birinci günü itibariyle otuz beş yaşını doldurmamış olanlar:

788 sayılı Memurin Kanununda yazılı sağlık şartlarını haiz oldukları ve memleketin her ikliminde iş görmeye ve her vasıta ile gezip dolaşmaya kabiliyetleri bulunduğu hakkında tam teşekküllü Devlet hastanelerindeki kurullardan rapor alanlar maiyet memurluklarına aday olarak tayin olunurlar.

Altı ay adaylık süresi sonunda valilerce ehliyeti tasdik edilenler asil olarak maiyet memurluğuna tayin olunurlar ve maiyet memurluğunda bir buçuk yıllık kaymakamlık stajına ve bundan sonra da azami altı aylık kaymakamlık kursuna tabi tutulurlar.

(Değişik: 12/7/1991 - KHK - 435/1 md.; Değiştirilerek kabul: 26/2/1992 - 3778/1md.) Şu kadar ki, fiili askerlik ödevine çağrılıp da, yukarıda belirtilen yaş sınırını askerlik ödevleri sırasında geçirmiş bulunanların terhislerini müteakip açılacak ilk sınava müracaat etmeleri şartı ile bu yaş durumları aday olarak alınmalarına engel teşkil etmez.

Valilerce ehliyetleri tasdik edilmeyen maiyet memuru adayları başka bir yere nakledilerek haklarında (A) fıkrası gereğince genel hükümler uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve

Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 25.6.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kaymakam adaylığı sınavına giriş yaşının 30'dan 35'e çıkarılmasına karşın mülakatta üç kez elenenlerin yazılı sınava katılamayacak olmalarının çelişki olduğu, nesnel olmayan mülakat sonuçları uyarınca yazılı sınava katılma hakkının engellenmesinin sınava girme hakkının gaspı anlamına geldiği, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrımın gözetilemeyeceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural, daha önce kaymakam adaylığı yazılı sınavını kazanıp da mülakat sınavında üç defa başarısız olanların kaymakam adaylığı yazılı sınavına yeniden başvuru yapabilmesini yasaklamaktadır.

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

Anayasa'nın kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin birinci fıkrasında, *"Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir."* denilmiş; ikinci fıkrasında ise *"Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."* hükmüne yer verilmiştir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği hükmü getirilmekle, bir yandan kamu hizmetine alımda aranacak koşulların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanınmakta, diğer yandan da öngörülecek koşulların görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması gereği vurgulanarak kanun koyucunun bu takdiri sınırlandırılmaktadır.

İlk defa kamu hizmetine alınacak kişilerde hizmetin gereklerine göre eğitim, sağlık, yaş, askerlik, mesleki tecrübe, herhangi bir suçtan hükümlü bulunmamak gibi genel ve objektif birtakım sınırlamalar ve kısıtlamalar getiren yasal düzenlemelerin yapılması anayasal ilkeler çerçevesinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Kamu görevlileri hakkında kanunlarda öngörülen kısıtlamaların hizmetin etkin ve verimli bir biçimde yürütülmesi amacına uygun olması gerekmektedir. Yani kısıtlama ile yürütülen hizmet arasında günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden-sonuç bağının kurulması ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak da adalet ve hakkaniyet ölçüsünün zedelenmemesi gerekmektedir.

Mülakat, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte, bilgi ve liyakati ölçmek, adayın kaymakamlık mesleğine uygun davranış, yetenek ve birikime sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılmaktadır. Bu çerçevede, mülakatın temel amacı, yazılı sınavda başarılı olanlar arasından mesleğe en uygun kaymakam adaylarının belirlenmesidir.

İtiraz konusu kuralla, kaymakam adaylığı yazılı sınavına müracaat edebilmek için daha önce mülakat sınavında üç defa başarısız olmama şartı getirilmiştir. Daha önce üç defa mülakatta başarısız olmanın, kaymakam adaylığı görevinin gerektirdiği hangi niteliklerle uyumlu olamayacağı hususu, gerek Kanun'un 2. maddesinden gerekse bu maddeye ilişkin yasama belgelerinden anlaşılamamaktadır. Diğer taraftan, daha önce üç defa

mülakatta başarısız olmanın, kaymakam adaylığı görevinin nitelikleriyle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmayı haklı kılacak objektif bir neden de tespit edilememektedir. Kişinin önceden üç defa mülakatta başarısız olması, kaymakamlık görevinin gerektirdiği niteliklere sahip olamayacağının karinesi olarak da görülemez. Kaldı ki, kişinin kaymakamlık mesleğine elverişli olmadığının sonradan anlaşılması durumunda adaylık döneminde ilişiğinin kesilmesi mümkündür. Bu itibarla, kaymakam adaylığı mesleğine alınmada aranan, *"üç defa mülakatta başarısız olma"* şartının, Anayasa'nın 70. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında görevin gerektirdiği bir nitelik olduğu söylenemez.

Öte yandan, kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu çerçevede doğası gereği sübjektif niteliği ağır basan mülakatta üç kez başarısız olmanın, kaymakamlık mesleğine girişi kesin olarak kapatması, adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle bağdaşmadığı için hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

9.6.1930 tarihli ve 1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle yeniden düzenlenen ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 13.11.2014 tarihinde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1700 sayılı Dahiliye Memurları Kanununun 2. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin ikinci cümlesinin Anayasanın 2. ve 70. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

1700 sayılı Kanunun "Namzetlik ve ehliyet şartları" başlıklı 2. maddesinde kaymakam adaylığı sınavına katılabilmek için aranan şartlar belirlenmekte ve itiraz konusu kuralda, daha önce mülakatta üç defa başarısız olanların kaymakam adaylığı yazılı sınavına katılamayacağı hükme bağlanmaktadır.

Anayasanın kamu hizmetlerine girme hakkını düzenleyen 70. maddesinin ikinci fıkrasında, hizmete alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemeyeceği belirtilmektedir. Kararda, Anayasanın anılan hükmüne göre, hizmete alınmada aranacak şartların belirlenmesi hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi tanındığı, ancak

bu takdirin sınırlı olduğu ifade edilerek öngörülecek şartların görevin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olması gerektiği, mülakatta daha önce üç defa başarısız olmanın, kaymakam adaylığı görevinin gerektirdiği hangi niteliklerle uyumlu olmadığının anlaşılamadığı, bu sonuca ulaşmayı haklı kılacak objektif bir sebebin de tesbit edilemediği belirtilerek kuralın 70. madde ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilmektedir.

5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 27. maddesine göre ilçe genel idaresinin başı olan kaymakam ilçede hükümetin temsilcisi olup Kanunun 31- 40. maddeleri arasında yer alan yetki ve görevleri haizdir. Kaymakamların bu yetki ve görevleri, kaymakam adaylarının belirlenmesi safhasında diğer niteliklerin yanında temsil kabiliyetinin de titizlikle ölçülmesini gerektirmektedir.

Nitekim, 1700 sayılı Kanunun 2/A maddesinde mülakat, adayın bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücünün; temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu, liyakati ile genel ve fizikî görünümünün; özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığının; genel yetenek ve genel kültürünün; çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere yatkınlığının puan vermek suretiyle değerlendirilmesi yöntemi olarak tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi de, mülakatın, adayla sorulu cevaplı görüşme yapılarak ilgilinin yukarıda belirtilen özelliklerinin değerlendirilmesini amaçladığını belirtmekte ve buna ilişkin düzenlemelerde Anayasaya aykırılık bulmamaktadır (Örn.14/4/2011 tarihli ve E.2009/63, K.2011/66 sayılı; 18/5/2011 tarihli ve E.2008/7, K.2011/80 sayılı kararlar).

Kararın gerekçesinde, mülakatta daha önce üç defa başarısız olmanın kaymakam adaylığı görevinin gerektirdiği niteliklerle uyumlu olmadığı sonucuna ulaşmayı haklı kılacak objektif bir neden tespit edilemediği belirtilmekte ise de, Kanunun 2/A maddesi ile Anayasa Mahkemesi kararlarından da anlaşılacağı üzere, kaymakam adaylığı mülakatının Anayasanın 70. maddesinde öngörülen görevin gerektirdiği niteliklerin belirlenmesi bakımından büyük önemi bulunmaktadır.

Kanun koyucunun, daha önce mülakatta üç defa başarısız olanların Kanunun 2/A maddesinde sayılan ve mülakatta değerlendirilmesi amaçlanan liyakat ve temsil niteliklerinin daha fazla ölçülmesine gerek olmadığı düşüncesiyle itiraz konusu kuralı getirdiği anlaşılmaktadır. Meslekî bilginin ve ilgili alanlardaki formasyonun ölçüldüğü yazılı sınavlarda daha çok çalışarak daha başarılı olunabileceği düşüncesiyle yazılı sınavlara katılma imkânı bakımından sayı sınırlaması getirilmemesine karşılık, mülakat için en fazla üç defa katılma imkânı öngörülmesi mülakatta ölçülen niteliklerden kaynaklanmaktadır.

Diğer taraftan, kuralın, kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olmasını, genel, objektif, adil kurallar içermesini ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesini gerektiren hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu yönündeki değerlendirmeye katılmak da mümkün değildir.

Hukuk devleti ilkesi gereğince, kanunların kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla çıkarılması zorunludur. Ancak, Anayasaya uygunluk denetimi yaparken Anayasa Mahkemesinin "kamu yararı" konusunda yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında da belirtildiği gibi, kamu yararı bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kuşkusuz kamu yararı düşüncesi olmadan, sadece özel çıkarlar için ve belli kişilerin yararına kanun çıkarılamaz. Böyle bir durumun kesin ve açık bir şekilde belirlenmesi hâlinde, söz konusu kanun hükmü Anayasanın 2. maddesine aykırı olur. Bunun dışında, kanun hükmünün ülke ihtiyaçlarına uygun ve kamu yararına olup olmadığı bir siyasî tercih meselesi olarak kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirmenin anayasallık denetiminin kapsamı dışında olduğu ve anayasa yargısı ile bağdaşmayacağı Anayasa Mahkemesince de kabul edilmektedir.

İtiraz konusu kuralın uygulanması bakımından kapsam dışında tutulan aday bulunmamaktadır. Yasama organının ancak mülakatta ölçülmesi mümkün olan hususları ayrıntılı olarak belirlediği, bu sınava üç defadan

fazla girilmesinde kamu yararı görmediği için ve kamu yararının sağlanması amacıyla genel ve objektif kurallar getirdiği görülmektedir. Kararda, anılan kuralın kamu yararı yerine kişisel yarar gözetilerek çıkarıldığı yönünde bir tesbit de bulunmamaktadır.

Bu sebeplerle, iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz

Üye	Üye
Hicabi DURSUN	M. Emin KUZ

I- ALFABETİK İNDEKS

D

1. 9.6.1930 tarihli ve 1700 sayılı **Dahiliye Memurları Kanunu**'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle yeniden düzenlenen "*Kaymakam adaylığı yazılı sınavına daha önce mülakatta üç defa başarısız olanlar katılamaz*." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/174, E: 2014/113)……... 1333**

İ

2. 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanunu**'nun; 1- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının son cümlelerinin, 2- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2014/163, E: 2014/58)…….. 1017**

3. 10.9.2014 günlü, 6552 sayılı **İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "… *23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir*." bölümünün, 2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin, 3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "*Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez; …*" bölümünün, B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında

Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin, C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un; 1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen *"dört saat"* ibaresinin, 2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın, Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/14, E: 2014/149) YD)……...…….....…… 669**

4. 10.9.2014 günlü, 6552 sayılı **İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun**'un; A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "… *23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir.*" bölümünün, 2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin, 3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "*Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;* …" bölümünün, B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin, C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un; 1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen "*dört saat*" ibaresinin, 2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın, Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/151, E: 2014/149) ……... 673**

K

5. 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 eki (I) Sayılı Cetvel'in "*A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar*" bölümünün (1) numaralı sırasının; 1- (d) bendinde yer alan "*…diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri…*" ibaresinin, 2- (e) bendinde yer alan *"…büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı…"* ibaresinin, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2014/170, E: 2014/172)**..... **1287**

M

6. 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı **Maden Kanunu**'nun, 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen 24. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"…beş katından az olmamak kaydıyla…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/173, E: 2014/35)**..... **1321**

S

7. 2.1.2014 günlü, 6514 sayılı **Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin, 2- 6. maddesiyle, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin, 3- 7. maddesiyle, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin, 4- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, 5- 11. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların, 6- 12. maddesiyle, 2547 sayılı

Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…yüzde 50'si…"* ibaresinin, 7- 14. maddesiyle, 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin, 8- 17. maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin, 9- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının, 10- 19. maddesiyle, 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddesinin, 11- 20. maddesiyle, 11.4.1982 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin, 12- 21. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin; a- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin, b- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlesinin, 13- 24. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin, 14- 29. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin, 15- 37. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkraların, 16- 39. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"…harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin, 17- 46. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 18- 50. maddesiyle, 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddesinin, 19- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/6, E: 2014/61) (YD)……... 1061**

8. 2.1.2014 günlü, 6514 sayılı **Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri

Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin, 2- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin, 3- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin, 4- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, 5- 11. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların, 6- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si …"* ibaresinin, 7- 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin, 8- 17. maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin, 9- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının, 10- 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin, 11- 20. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin, 12- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin; a- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin, b- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlenin, 13- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin, 14- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin, 15- 37. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkraların, 16- 39. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"…harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin, 17- 46. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 18- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin, 19- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 günlü, 5258

sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/17, E: 2014/61) (YD)……. 1065**

9. 2.1.2014 tarihli ve 6514 sayılı **Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; A- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin, B- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin, C- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin, D- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, E- 11. maddesiyle, 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkralarının, F- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si …"* ibaresinin, G- 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin, H- 17. maddesiyle, 27.7.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin, I- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 tarihli ve 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının, J- 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin, K- 20. maddesiyle, 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin, L- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin; 1- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin, 2- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlesinin, M- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13.

maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin, N- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin, O- 37. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralarının, P- 39. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"…harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin, R- 46. maddesiyle, 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, S- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin, T- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/166, E: 2014/61)…….. 1071**

10. 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı **Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu**'nun; A- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b), (g), (ğ) ve (ı) bentlerinin, B- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, C- 5. maddesinin, D- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, E- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, F- 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinin, G- 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Ğ- 25. maddesinin (4) ve (5) numaralı fıkralarının, H- 29. maddesinin (2), (3) ve (5) numaralı fıkralarının, I- 33. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının, İ- 41. maddesinin (1), (2), (3) ve (5) numaralı fıkralarının, J- 43. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının, K- 58. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının, L- 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasının, M- 61. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarının, N- 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, O- 63. maddesinin, Ö- 72. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, P- 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, R- 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, S- Geçici 6. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 49., 51., 52., 53., 54., 55. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2014/161, E: 2013/1)……... 865**

11. 31.3.2011 tarihli ve 6222 sayılı **Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun**'un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (9) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2014/167, E: 2014/169)**……..….. **1271**

T

12. 29.6.2004 günlü, 5200 sayılı **Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu**'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 6., 13. ve 135. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/159, E: 2014/154)**…… **801**

13. 30.4.2014 günlü, 6537 sayılı **Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 5. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen; 1- 8/A maddesinin beşinci cümlesinde yer alan *"… Bakanlığın izni ile…"* ibaresinin, 2- 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 7., 13., 35. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/165, E: 2014/133)**……..…… **1031**

14. 11.1.2011 günlü, 6098 sayılı **Türk Borçlar Kanunu**'nun 55. maddesinin; 1- Birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…"* ibaresinin, 2- İkinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 40., 125., 129., 141., 155. ve 157. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2014/160, E: 2014/94)**……..…… **817**

II.YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
666	Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in "*A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar*" bölümünün (1) numaralı sırasının; 1- (d) bendinde yer alan "*…diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri…*" ibaresinin, 2- (e) bendinde yer alan "*…büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı…*" ibaresinin, Anayasa'nın 91. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2014/170	2014/172	İTZ	1287
1700	Dahiliye Memurları Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin, 12.7.2013 tarihli ve 6495 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle yeniden düzenlenen "*Kaymakam adaylığı yazılı sınavına daha önce mülakatta üç defa başarısız olanlar katılamaz.*" biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 70. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/174	2014/113	İTZ	1333
2004	İcra ve İflas Kanunu'nun; 1- 18.2.1965 günlü, 538 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle eklenen 25/a maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının son cümlelerinin, 2- 31.5.2005 günlü, 5358 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 341. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2014/163	2014/58	İTZ	1017
3213	Maden Kanunu'nun, 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle değiştirilen 24. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan	2014/173	2014/35	İTZ	1321

	"…beş katından az olmamak kaydıyla…" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.				
5200	Tarımsal Üretici Birlikleri Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 6., 13. ve 135. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/159	2014/154	İTZ	801
6098	Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin; 1- Birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…"* ibaresinin, 2- İkinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 40., 125., 129., 141., 155. ve 157. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2014/160	2014/94	İTZ	817
6222	Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (9) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2014/167	2014/169	İTZ	1271
6356	Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun; A- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b), (g), (ğ) ve (ı) bentlerinin, B- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, C- 5. maddesinin, D- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, E- 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, F- 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinin, G- 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Ğ- 25. maddesinin (4) ve (5) numaralı fıkralarının, H- 29. maddesinin (2), (3) ve (5) numaralı fıkralarının, I- 33. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının, İ- 41. maddesinin (1), (2), (3) ve (5) numaralı fıkralarının, J- 43. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarının, K- 58. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının, L- 60. maddesinin (6) numaralı fıkrasının, M- 61. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarının, N- 62. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, O- 63. maddesinin, Ö- 72. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, P- 73. maddesinin (1) numaralı	2014/161	2013/1	İPT	865

	fıkrasının, R- 74. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, S- Geçici 6. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 49., 51., 52., 53., 54., 55. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.				
6514	Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin, 2- 6. maddesiyle, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin, 3- 7. maddesiyle, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin, 4- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, 5- 11. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların, 6- 12. maddesiyle, 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…yüzde 50'si…"* ibaresinin, 7- 14. maddesiyle, 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin, 8- 17. maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin, 9- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı	2014/6	2014/61	İPT YD	1061

	fıkrasının, 10- 19. maddesiyle, 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddesinin, 11- 20. maddesiyle, 11.4.1982 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin, 12- 21. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin; a- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin, b- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlesinin, 13- 24. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin, 14- 29. maddesiyle, 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin, 15- 37. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkraların, 16- 39. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"…harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin, 17- 46. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 18- 50. maddesiyle, 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddesinin, 19- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				

6514	Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 günlü, 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin (6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin, 2- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin, 3- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin, 4- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, 5- 11. maddesiyle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkraların, 6- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si …"* ibaresinin, 7- 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin, 8- 17. maddesiyle, 27.7.1967 günlü, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin, 9- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının, 10- 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin, 11- 20. maddesiyle, 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"*	2014/17	2014/61	İPT YD	1065

	ibaresinin, 12- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin; a- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin, b- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlenin, 13- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin, 14- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin, 15- 37. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkraların, 16- 39. maddesiyle, 4.1.1961 günlü, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"…harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin, 17- 46. maddesiyle, 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 18- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin, 19- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 günlü, 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6514	Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A- 3. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 32. maddesinin	2014/166	2014/61	İPT	1071

	(6) numaralı fıkrasına dördüncü cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin, B- 6. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin başlığıyla birlikte değiştirilen 55. maddesinin, C- 7. maddesiyle 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 57. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"permi"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *", kayıt, bildirim"* ibaresinin, D- 9. maddesiyle yeniden düzenlenen, 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, E- 11. maddesiyle, 4.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 36. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrası ile bu maddeye eklenen yedinci ve sekizinci fıkralarının, F- 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine (g) fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (ı) fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan *"… yüzde 50'si …"* ibaresinin, G- 14. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a eklenen geçici 64. maddenin, H- 17. maddesiyle, 27.7.1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun başlığıyla birlikte yeniden düzenlenen ek 27. maddesinin, I- 18. maddesiyle yeniden düzenlenen, 17.11.1983 tarihli ve 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 32. maddesinin altıncı fıkrasının, J- 19. maddesiyle 2955 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin, K- 20. maddesiyle, 11.4.1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 3. maddesine eklenen fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"…acil tıbbi müdahaleleri yapmaya…"* ibaresinin, L- 21. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin; 1- Üçüncü fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere…"* ibaresinin, 2- Üçüncü fıkrasına beşinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen altıncı cümlesinin, M- 24. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'un ek 13.				

	maddesine eklenen (v) ve (y) bentlerinin, N- 29. maddesiyle 1219 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…hemşire yardımcılığı, ebe yardımcılığı ve…"* ibaresinin, O- 37. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 3. maddesine eklenen dokuzuncu ve onuncu fıkralarının, P- 39. maddesiyle, 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 57. maddesine eklenen ikinci fıkrada yer alan *"…harekât ihtiyaçları hariç…"* ibaresinin, R- 46. maddesiyle, 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 11. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, S- 50. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin, T- 52. maddesiyle değiştirilen, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 13., 17., 20., 23., 38., 48., 49., 56., 73., 87., 90., 123., 128., 130. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6537	Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 5. maddesiyle, 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'na eklenen; 1- 8/A maddesinin beşinci cümlesinde yer alan *"… Bakanlığın izni ile…"* ibaresinin, 2- 8/İ maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 7., 13., 35. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2014/165	2014/133	İPT	1031
6552	İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un; A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari	2014/14	2014/149	İPT YD	669

	Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "… *23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir.*" bölümünün, 2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin, 3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "*Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;* …" bölümünün, B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin, C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un; 1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen *"dört saat"* ibaresinin, 2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın, Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6552	İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un; A- 97. maddesiyle, 6.1.1982 günlü, 2577 sayılı İdari	2014/151	2014/149	İPT	673

	Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen üçüncü cümlesinin "… *23/4/1981 tarihli ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanuna ekli (1) ve (2) sayılı cetvellerde gösterilen unvanları taşıyan görevler ile farklı atama usullerine tabi olsalar dâhi daire başkanı ve üstü görevlere, sivil memurlar hariç kolluk teşkilatlarının kadrolarına; açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir.*" bölümünün, 2- (1) numaralı fıkrasının değiştirilen dördüncü cümlesinin, 3- (1) numaralı fıkrasına eklenen cümlenin "*Bu fıkranın üçüncü cümlesinde belirtilen işlemlerle ilgili mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu edilemez;* …" bölümünün, B- 109. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen geçici 26. maddenin, C- 126. maddesiyle değiştirilen, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, D- 127. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un; 1- 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasının değiştirilen "*dört saat*" ibaresinin, 2- 8. maddesine eklenen (16) numaralı fıkranın, Anayasa'nın 2., 10., 13., 20., 22., 26., 28., 36., 40., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2014/6	2014/61	YD……...	1061
2014/14	2014/149	YD……...	669
2014/17	2014/61	YD ……...	1065
2014/151	2014/149	İİD……...	673
2014/159	2014/154	İİD……...	801
2014/160	2014/94	İİD……...	817
2014/161	2013/1	İİD……...	865
2014/163	2014/58	İİD……...	1017
2014/165	2014/133	İİD……...	1031
2014/166	2014/61	İİD……...	1071
2014/167	2014/169	İİD……...	1271
2014/170	2014/172	İİD……...	1287
2014/173	2014/35	İİD……...	1321
2014/174	2014/113	İİD……...	1333

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2013/1	2014/161	İİD……	865
2014/35	2014/173	İİD……	1321
2014/58	2014/163	İİD……	1017
2014/61	2014/6	YD……	1061
2014/61	2014/17	YD……	1065
2014/61	2014/166	İİD……	1071

***İİD:** İptal ve İtiraz Davası, **YD:** Yürürlüğü Durdurma Kararı

2014/94	2014/160	İİD.....	817
2014/113	2014/174	İİD.....	1333
2014/133	2014/165	İİD.....	1031
2014/149	2014/14	YD.....	669
2014/149	2014/151	İİD.....	673
2014/154	2014/159	İİD.....	801
2014/169	2014/167	İİD.....	1271
2014/172	2014/170	İİD.....	1287

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
11.04.2014	28969	2014/61	2014/6	YD.....	1061
09.10.2014	29140	2014/149	2014/14	YD.....	669
08.11.2014	29169	2014/61	2014/17	YD.....	1065
01.01.2015	29223	2014/149	2014/151	İİD.....	673
10.01.2015	29232	2014/58	2014/163	İİD.....	1017
10.01.2015	29232	2014/133	2014/165	İİD.....	1031
10.01.2015	29232	2014/172	2014/170	İİD.....	1287
04.03.2015	29285	2014/154	2014/159	İİD.....	801
04.03.2015	29285	2014/94	2014/160	İİD.....	817
04.03.2015	29285	2014/35	2014/173	İİD.....	1321
07.04.2015	29319	2014/113	2014/174	İİD.....	1333
19.06.2015	29391	2014/61	2014/166	İİD.....	1071
10.07.2015	29412	2014/169	2014/167	İİD.....	1271
11.11.2015	29529	2013/1	2014/161	İİD.....	865

4-Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
09.04.2014	2014/61	2014/6	YD.....	1061
02.10.2014	2014/149	2014/14	YD.....	669
02.10.2014	2014/149	2014/151	İİD.....	673
22.10.2014	2014/154	2014/159	İİD.....	801
22.10.2014	2014/94	2014/160	İİD.....	817
22.10.2014	2013/1	2014/161	İİD.....	865
30.10.2014	2014/58	2014/163	İİD.....	1017
30.10.2014	2014/133	2014/165	İİD.....	1031
07.11.2014	2014/61	2014/17	YD.....	1065
07.11.2014	2014/61	2014/166	İİD.....	1071
13.11.2014	2014/169	2014/167	İİD.....	1271
13.11.2014	2014/172	2014/170	İİD.....	1287
13.11.2014	2014/35	2014/173	İİD.....	1321
13.11.2014	2014/113	2014/174	İİD.....	1333

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

m. 2: 670, 758, 761, 764, 766, 767, 768, 771, 773, 774, 775, 781, 785, 799, 806, 808, 809, 811, 812, 816, 858, 859, 861, 862, 909, 912, 916, 917, 919, 924, 928, 929, 932, 947, 948, 949, 952, 953, 954, 956, 957, 959, 961, 984, 985, 987, 990, 1012, 1013, 1026, 1027, 1029, 1063, 1067, 1175, 1176, 1177, 1178, 1179, 1180, 1187, 1189, 1190, 1193, 1197, 1199, 1200, 1201, 1202, 1204, 1205, 1206, 1207, 1210, 1212, 1214, 1215, 1217, 1218, 1219, 1229, 1231, 1234, 1239, 1241, 1242, 1243, 1244, 1250, 1251, 1255, 1257, 1258, 1260, 1262, 1266, 1268, 1277, 1278, 1285, 1325, 1327, 1328, 1329, 1332, 1337, 1339, 1340, 1342

m. 5: 909, 916, 924, 928, 929, 932, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 984, 985, 1063, 1067, 1179, 1180, 1212, 1214, 1277,1279, 1285

m. 6: 806, 808

m. 7: 954, 956, 1001, 1050, 1052, 1063, 1067, 1177, 1178, 1187, 1189, 1197, 1199, 1200, 1201, 1215, 1219, 1268

m. 8: 954, 956, 1001

m. 10: 670, 761, 764, 766, 858, 861, 862, 909, 912, 916, 919, 923, 924, 928, 933, 936, 941, 944, 947, 952, 953, 957, 961, 979, 982, 1026, 1027, 1029, 1063, 1067, 1175, 1176, 1181, 1186, 1187, 1189, 1190, 1193, 1197, 1199, 1207, 1210, 1214, 1215, 1237

m. 11: 979, 982, 1268, 1315

m. 12: 909, 916, 924, 928, 957, 961, 979, 982, 1277, 1280, 1285

m. 13: 670, 768, 771, 773, 774, 775, 779, 781, 785, 798, 806, 808, 892, 896, 897, 899, 901, 903, 905, 909, 913, 915, 916, 919, 923, 924, 926, 928, 929, 932, 933, 935, 936, 939, 940, 941, 944, 946, 947, 949, 950, 951, 954, 956, 957, 961, 977, 978, 983, 995, 996, 998, 999, 1001, 1002, 1007, 1008, 1015, 1050, 1051, 1052, 1053, 1054, 1055, 1056, 1057, 1063, 1067, 1177, 1178, 1179, 1180, 1206, 1207, 1212, 1214, 1277, 1278, 1285

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 14: 941, 944, 947, 949

m. 17: 1063, 1067, 1181, 1183, 1186, 1190, 1193, 1197, 1200, 1201, 1202, 1204, 1205, 1206, 1207, 1210, 1211, 1212, 1214, 1215, 1218, 1219, 1233, 1234, 1237, 1238, 1252, 1255, 1258, 1260

m. 20: 670, 768, 770, 771, 789, 1063, 1067, 1179, 1180

m. 22: 670, 773, 774, 775, 776, 778, 781, 785, 786, 792, 793, 797, 798, 799

m. 23: 1063, 1067, 1177, 1178, 1277, 1282, 1285

m. 26: 670, 773, 774, 775, 776, 781, 785, 799

m. 28: 670, 773, 774, 775, 781

m. 33: 985, 986, 987

m. 35: 1050, 1051, 1052, 1054, 1055, 1056, 1057

m. 36: 670, 758, 759, 761, 763, 764, 1011, 1013, 1026, 1027, 1029, 1277, 1283, 1285

m. 38: 1063, 1067, 1212, 1231, 1242, 1243, 1277, 1283, 1285

m. 40: 670, 773, 774, 775, 781, 858, 862

m. 41: 1026, 1028, 1029

m. 44: 1050, 1052, 1053, 1054, 1056

m. 46: 983

m. 48: 1063, 1067, 1212, 1214, 1215, 1219

m. 49: 909, 916, 917, 919, 924, 928, 954, 956, 957, 961, 1001, 1063, 1067, 1202, 1204, 1212, 1214

m. 51: 892, 895, 896, 897, 898, 899, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 908, 909, 912, 913, 916, 919, 923, 924, 925, 927, 928, 931, 933, 936, 937, 940, 941, 944, 947, 949, 950, 951, 960, 974, 976, 977, 978, 981, 983, 985, 986, 991, 996, 997, 1006, 1007, 1008, 1014, 1015

m. 52: 941, 944, 947, 985

m. 53: 909, 916, 919, 923, 924, 925, 928, 952, 953, 954, 956, 957, 960,

961, 985, 997, 998, 1001

m. 54: 909, 916, 919, 923, 924, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 939, 940, 941, 942, 944, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 985, 987, 988, 989, 990, 999, 1000, 1001, 1002

m. 55: 909, 916, 924, 928

m. 56: 1063, 1067, 1181, 1183, 1186, 1190, 1193, 1197, 1200, 1201, 1202, 1204, 1205, 1206, 1207, 1210, 121l, 1212, 1214, 1215, 1217, 1218, 1219, 1234, 1237, 1238, 1252, 1255, 1258, 1260

m. 59: 1277, 1279, 1281, 1285

m. 67: 812

m. 70: 1337, 1338, 1339, 1340, 1341

m. 73: 1063, 1067, 1179, 1180

m. 87: 1063, 1067, 1177, 1178, 1200, 1201

m. 90: 892, 899, 901, 902, 903, 905, 906, 908, 909, 916, 919, 923, 924, 928, 929, 932, 933, 936, 940, 941, 944, 947, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 956, 957, 961, 974, 977, 994, 996, 997, 998, 999, 1001, 1055, 1057, 1063, 1067, 1200, 1201, 1202, 1204, 1205, 1206, 1207, 1215, 1219

m. 91: 1314, 1315, 1316, 1318

m. 101: 811

m. 123: 815, 1063, 1067, 1177, 1178

m. 125: 670, 758, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 858, 859, 861, 862, 1011, 1012, 1013

m. 128: 1063, 1067, 1177, 1178, 1216, 1217, 1219

m. 129: 858, 862

m. 130: 1063, 1067, 1181, 1184, 1186, 1187, 1189, 1190, 1193, 1197, 1199, 1207, 1210, 1233, 1234, 1235, 1236, 1237, 1238, 1251, 1253, 1255, 1257, 1258, 1260, 1261

m. 131: 1236

m. 132: 1236

m. 135: 806, 807, 808, 809, 810, 813, 815, 816

m. 138: 670, 758, 759, 761, 764, 765, 766, 767, 1011, 1013

m. 141: 858, 862

m. 148: 1314, 1315

m. 149: 891

m. 153: 1063, 1067, 1181, 1186, 1241, 1318, 1319

m. 155: 858, 862

m. 157: 858, 862

m. 163: 1316

www.anayasa.gov.tr

9 789757 427964

İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon: (312) 463 73 00 Faks : (312) 463 74 00
e-posta: bilgi@anayasa.gov.tr