anayasa mahkemesi

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

55/1 2018

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 55

1. Cilt

2018

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-605-2378-32-8

2018 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)
Mustafa Eyyub DEMİRBAŞ (Üye)
Taylan BARIN (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:

Temmuz, 2019

Dizinler

I- Alfabetik İndeks 715
II- Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 723
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 733
IV- Anayasa Maddeleri Dizini 737

Esas Sayısı : 2016/125
Karar Sayısı : 2017/143
Karar Tarihi : 28.9.2017

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK, Özgür ÖZEL ile birlikte 124 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun;

A. 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan *"…veya işlendikleri amaç için gerekli olan…"* ibaresinin,

B. 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c), (ç), (e) ve (f) bentlerinin,

C. 6. maddesinin;

1. (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…mezhebi,…"* ve *"…kılık ve kıyafeti…"* ibarelerinin,

2. (3) numaralı fıkrasının,

D. 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının,

E. 8. maddesinin (3) numaralı fıkrasının,

F. 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının,

G. 13. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin,

H. 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç…"* ibaresinin,

I. 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin,

İ. 24. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… Kurulca gerekli görülenlerin…"* ibaresinin,

J. 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (ç) bentlerinin,

K. 30. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 20., 24., 25., 41., 56. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenen kuralların yer aldığı 6698 sayılı Kanun'un;

1. 4. maddesi şöyledir:

"Genel ilkeler

MADDE 4- (1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.

(2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur:

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen ***veya işlendikleri amaç için gerekli olan*** *süre kadar muhafaza edilme."*

2. 5. maddesi şöyledir:

"Kişisel verilerin işlenme şartları

MADDE 5- (1) Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.

(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması."

3. 6. maddesi şöyledir:

"Özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları

MADDE 6- (1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, ***mezhebi*** *veya diğer inançları,* ***kılık ve kıyafeti****, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

(4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır."

4. 7. maddesi şöyledir:

"Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi

MADDE 7- (1) Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir.

(2) Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

(3) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."

5. 8. maddesi şöyledir:

"Kişisel verilerin aktarılması

MADDE 8- (1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz.

(2) Kişisel veriler;

a) 5 inci maddenin ikinci fıkrasında,

b) Yeterli önlemler alınmak kaydıyla, 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında, belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir.

(3) Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır."

6. 9. maddesi şöyledir:

"Kişisel verilerin yurt dışına aktarılması

MADDE 9- (1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamaz.

(2) Kişisel veriler, 5 inci maddenin ikinci fıkrası ile 6 ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı ve kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede;

a) Yeterli korumanın bulunması,

b) Yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması, kaydıyla ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılabilir.

(3) Yeterli korumanın bulunduğu ülkeler Kurulca belirlenerek ilan edilir.

(4) Kurul yabancı ülkede yeterli koruma bulunup bulunmadığına ve ikinci fıkranın (b) bendi uyarınca izin verilip verilmeyeceğine;

a) Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri,

b) Kişisel veri talep eden ülke ile Türkiye arasında veri aktarımına ilişkin karşılıklılık durumunu,

c) Her somut kişisel veri aktarımına ilişkin olarak, kişisel verinin niteliği ile işlenme amaç ve süresini,

ç) Kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulamasını,

d) Kişisel verinin aktarılacağı ülkede bulunan veri sorumlusu tarafından taahhüt edilen önlemleri, değerlendirmek ve ihtiyaç duyması hâlinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşünü de almak suretiyle karar verir.

(5) Kişisel veriler, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurt dışına aktarılabilir.

(6) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır."

7. 13. maddesi şöyledir:

"Veri sorumlusuna başvuru

MADDE 13- (1) İlgili kişi, bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletir.

(2) Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. ***Ancak, işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde, Kurulca belirlenen tarifedeki ücret alınabilir.***

(3) Veri sorumlusu talebi kabul eder veya gerekçesini açıklayarak reddeder ve cevabını ilgili kişiye yazılı olarak veya elektronik ortamda bildirir. Başvuruda yer alan talebin kabul edilmesi hâlinde veri sorumlusunca gereği yerine getirilir. Başvurunun veri sorumlusunun hatasından kaynaklanması hâlinde alınan ücret ilgiliye iade edilir."

8. 15. maddesi şöyledir:

"Şikâyet üzerine veya resen incelemenin usul ve esasları

MADDE 15- (1) Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapar.

(2) 1/11/1984 tarihli ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanunun 6 ncı maddesinde belirtilen şartları taşımayan ihbar veya şikâyetler incelemeye alınmaz.

(3) ***Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç;*** *veri sorumlusu, Kurulun, inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgeleri on beş gün*

içinde göndermek ve gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak zorundadır.

(4) Şikâyet üzerine Kurul, talebi inceleyerek ilgililere bir cevap verir. Şikâyet tarihinden itibaren altmış gün içinde cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır.

(5) Şikâyet üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda, ihlalin varlığının anlaşılması hâlinde Kurul, tespit ettiği hukuka aykırılıkların veri sorumlusu tarafından giderilmesine karar vererek ilgililere tebliğ eder. Bu karar, tebliğden itibaren gecikmeksizin ve en geç otuz gün içinde yerine getirilir.

(6) Şikâyet üzerine veya resen yapılan inceleme sonucunda, ihlalin yaygın olduğunun tespit edilmesi hâlinde Kurul, bu konuda ilke kararı alır ve bu kararı yayımlar. Kurul, ilke kararı almadan önce ihtiyaç duyması hâlinde, ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerini de alabilir.

(7) Kurul, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık olması hâlinde, veri işlenmesinin veya verinin yurt dışına aktarılmasının durdurulmasına karar verebilir."

9. 16. maddesi şöyledir:

"Veri Sorumluları Sicili

MADDE 16- (1) Kurulun gözetiminde, Başkanlık tarafından kamuya açık olarak Veri Sorumluları Sicili tutulur.

(2) Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler, veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır. ***Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir.***

(3) Veri Sorumluları Siciline kayıt başvurusu aşağıdaki hususları içeren bir bildirimle yapılır:

a) Veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgileri.

b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği.

c) Veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri hakkındaki açıklamalar.

ç) Kişisel verilerin aktarılabileceği alıcı veya alıcı grupları.

d) Yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel veriler.

e) Kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler.

f) Kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süre.

(4) Üçüncü fıkra uyarınca verilen bilgilerde meydana gelen değişiklikler derhâl Başkanlığa bildirilir.

(5) Veri Sorumluları Siciline ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."

10. 24. maddesi şöyledir:

"Başkan

MADDE 24- (1) Başkan, Kurul ve Kurumun başkanı sıfatıyla Kurumun en üst amiri olup Kurum hizmetlerini mevzuata, Kurumun amaç ve politikalarına, stratejik planına, performans ölçütlerine ve hizmet kalite standartlarına uygun olarak düzenler, yürütür ve hizmet birimleri arasında koordinasyonu sağlar.

(2) Başkan, Kurumun genel yönetim ve temsilinden sorumludur. Bu sorumluluk, Kurum çalışmalarının düzenlenmesi, yürütülmesi, denetlenmesi, değerlendirilmesi ve gerektiğinde kamuoyuna duyurulması görev ve yetkilerini kapsar.

(3) Başkanın görevleri şunlardır:

a) Kurul toplantılarını idare etmek.

b) Kurul kararlarının tebliğini ve ***Kurulca gerekli görülenlerin*** *kamuoyuna duyurulmasını sağlamak ve uygulanmalarını izlemek.*

c) Başkan Yardımcısını, daire başkanlarını ve Kurum personelini atamak.

ç) Hizmet birimlerinden gelen önerilere son şeklini vererek Kurula sunmak.

d) Stratejik planın uygulanmasını sağlamak, hizmet kalite standartları doğrultusunda insan kaynakları ve çalışma politikalarını oluşturmak.

e) Belirlenen stratejilere, yıllık amaç ve hedeflere uygun olarak Kurumun yıllık bütçesi ile mali tablolarını hazırlamak.

f) Kurul ve hizmet birimlerinin uyumlu, verimli, disiplinli ve düzenli bir biçimde çalışması amacıyla koordinasyonu sağlamak.

g) Kurumun diğer kuruluşlarla ilişkilerini yürütmek.

ğ) Kurum Başkanı adına imzaya yetkili personelin görev ve yetki alanını belirlemek.

h) Kurumun yönetim ve işleyişine ilişkin diğer görevleri yerine getirmek.

(4) Kurum Başkanının yokluğunda İkinci Başkan, Başkana vekalet eder."

11. 28. maddesi şöyledir:

"İstisnalar

MADDE 28- (1) Bu Kanun hükümleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz:

a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi.

b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi.

c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi.

ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi.

d) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi.

(2) Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16 ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmaz:

a) Kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.

b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.

c) Kişisel veri işlemenin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.

ç) Kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması."

12. 30. maddesi şöyledir:

"Değiştirilen ve eklenen hükümler

MADDE 30- (1) (10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(2) ila (5) - (26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Kanun ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(6) (7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile ilgili olup yerine işlenmiştir.)

(7) 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 47 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

'MADDE 47- (1) Sağlık hizmeti almak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verileri işlenebilir.

(2) Sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlık, birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebilir. Bu veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen şartlar dışında aktarılamaz.

(3) Bakanlık, ikinci fıkra gereğince toplanan ve işlenen kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kurar.

(4) Üçüncü fıkraya göre kurulan sistemlerin güvenliği ve güvenilirliği ile ilgili standartlar Kişisel Verileri Koruma Kurulunun belirlediği ilkelere uygun olarak Bakanlıkça belirlenir. Bakanlık, bu Kanun uyarınca elde edilen kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri alır. Bu amaçla, sistemde kayıtlı bilgilerin hangi görevli tarafından ne amaçla kullanıldığının denetlenmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kurar.

(5) Sağlık personeli istihdam eden kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişiler, istihdam ettiği personeli ve personel hareketlerini Bakanlığa bildirmekle yükümlüdür.

(6) Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, güvenliği ve bu maddenin uygulanması ile ilgili diğer hususlar Bakanlıkça yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir.'"

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 22.6.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 4. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (d) Bendinde Yer Alan *"…veya işlendikleri amaç için gerekli olan…"* İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın yer aldığı maddenin esas itibarıyla kişisel verilerin işlenmesindeki güvenceleri düzenlediği, bu güvencelerden en önemlisinin kişisel verilerin muhafaza süresi olduğu, işlendiği amaç için gerekli olan süre şeklindeki dava konusu kuralın ise belirsiz, subjektif, geniş ve yorumlayana göre değişebilecek nitelikte olduğundan kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişilerin ne kadar süre ile kişisel verileri muhafaza edebileceğinin belirli olmadığı, kişilerin hukuk güvenliğini tehdit ettiği ve Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 1981 tarihinde imzaya açılan 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme'de (108 sayılı Sözleşme) yer alan esaslarla uyumlu olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. Dava konusu kuralın yer aldığı fıkrada, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu ilkeler düzenlenmektedir. Fıkranın (d) bendinde bu ilkelerden biri olarak kişisel verilerin mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi öngörülmektedir. Fıkrada yer alan *"…veya işlendikleri amaç için gerekli olan …"* ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

6. 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.

7. 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 keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bu ilke gereği 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.

8. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" denilerek özel hayatın gizliliği hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise herkesin

kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

9. 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere *"... 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, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler"* kişisel veri olarak kabul edilmektedir (E. 2013/122,K. 2014/74, 9.4.2014; E. 2014/149, K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84, K. 2014/183, 4.12.2014; E. 2014/74, K. 2014/201, 25.12.2014; E. 2014/180, K. 2015/30, 19.3.2015; E. 2015/32, K. 2015/102, 12.11.2015).

10. Kişisel veri kavramı tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) açık bir şekilde düzenlenmemekle birlikte, AİHS'nin uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında 108 sayılı Sözleşme'ye atıfta bulunulmakta ve bu verilerin özel yaşamın gizliliğinin bir parçası olduğu kabul edilmektedir. AİHM kararlarında kişilere ait *"görüntü"*, *"fotoğraf"*, *"parmak izi"*, *"DNA profili"*, *"hücre örnekleri"*, *"ev adresi"* ve *"yaş, doğum tarihi ve fiziksel özellikler"* kişisel veri kapsamında değerlendirilmektedir (*Peck/Birleşik Krallık,* B. No: 44647/98, 28.01.2003; *Sciacca/İtalya,* B. No: 50774/99, 11.01.2005; *S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire),* B. No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008; *Alkaya/Türkiye,* B. No: 42811/06, 09.10.2012; *K.U./Finlandiya*, B. No: 2872/02, 02.12.2008).

11. Kişisel verilerin korunmasında hâkim olan temel ilkeler dava konusu kuralın da yer aldığı 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesinde belirtilmiştir. Maddede, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu bu

ilkeler; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme şeklinde sayılmıştır.

12. 108 sayılı Sözleşme'nin verilerin niteliğini düzenleyen 5. maddesinin (e) bendinde de otomatik işleme konu olan kişisel verilerin "*Kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde ilgili kişilerin kimliklerini belirlemeye imkân veren bir biçimde*" saklanacağı belirtilmiştir.

13. AİHM kararlarında da kişisel verilerin gerekenden uzun süre tutulması ihlal nedeni olarak kabul edilmiştir. Mahkeme şüphelilerin parmak izi, DNA profili ve hücre örneklerinin ulusal bir veri tabanına aktarılmasına ilişkin başvuruda, kayıt altına alınabilir herhangi bir suç dolayısıyla bir kişinin parmak izi ve DNA örneklerinin belirsiz bir süre saklanmasına izin veren uygulamayı AİHS'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur (*S. ve Marper/ Birleşik Krallık ((Büyük Daire),* B. No: 30562/04, 30566/04, 04.12.2008).

14. Dava konusu kuralın yer aldığı madde gerekçesinde, kişisel verilerin ancak ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesinin zorunlu olduğu, buna göre veri sorumlularının ilgili mevzuatta verilerin saklanması için öngörülen bir süre varsa bu süreye uyacağı yoksa verileri ancak işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edebileceği, bir verinin daha fazla saklanması için geçerli bir sebep olmaması durumunda o verinin silineceği veya anonim hâle getirileceği, gelecekte kullanma ihtimalinin varlığına dayanarak veri saklanamayacağı, veri sorumlularının Kanun'un 16. maddesi uyarınca Veri Sorumluları Siciline kayıt için başvuru yaparken kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreyi bildirmek zorunda oldukları ifade edilmektedir.

15. Kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmesi ilkesi kişisel verilerin korunmasının en önemli ilkelerinden biridir. Zira kişisel verilerin korunması hakkı, herhangi bir kişinin kendisiyle ilgili olarak toplanan kişisel verilerin toplanma amacına ulaşıldıktan sonra bilgisi dışında muhafaza edilmeyeceği veya başka bir

amaç için kullanılmayacağı güvencesine sahip olması hâlinde söz konusu olabilir. Kişinin kişisel verilerinin hayatı boyunca bir yerlerde kayıtlı tutulacağını ve başka bir amaçla kullanılabileceğini düşünmesi kişisel verilerin korunması hakkını zedeler. Bu bağlamda dava konusu kuralla kanun koyucunun, ilgili mevzuatta kişisel verilerin saklanması için bir süre öngörülmemesi durumunda bu verilerin ancak işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilebilmesi suretiyle kişisel verilerin süresiz bir şekilde muhafaza edilmesi ihtimalini ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme yapmayı ve kanunda muhafaza süresi belirtilmeyen kişisel verilerle ilgili olarak kişilere güvence sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

16. Çok geniş bir kavramı ifade eden kişisel veriler çok farklı amaçlarla ve farklı şekillerde işlenebileceğinden kanun koyucu tarafından her bir kişisel veri için önceden muhafaza edilme süresi öngörülmesi mümkün olamayabilir. Diğer taraftan 6698 sayılı Kanun'un bireylere veri sorumlusuna başvuru hakkının düzenlendiği 11. maddesine göre veri sahipleri her zaman kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahip olduğu gibi kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesini düzenleyen 7. maddesine göre öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme hakkına da sahiptir.

17. Ayrıca 6698 sayılı Kanun'un 16. maddesine göre Kişisel Verileri Koruma Kurulu gözetiminde Başkanlık tarafından kamuya açık olarak tutulan Veri Sorumluları Sicili'ne kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler tarafından veri işlenmeye başlanmadan önce bulunulması gereken kayıt başvurusunda yapılan bildirimde kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami sürenin de belirtilmesi gerekir. Kanun'un anılan hükümleri ve 108 sayılı Sözleşme'nin 5. maddesinin (e) bendindeki süreye yönelik düzenleme dikkate alındığında, muhafaza süresi mevzuatta öngörülmeyen kişisel verilerle ilgili olarak kişilere güvence sağlamaya yönelik dava konusu kuralın belirsiz ve subjektif bir niteliğe sahip olduğu söylenemez. Dolayısıyla kuralda kişisel verilerin korunmasıyla ilgili uluslararası hukukta da temel ilkelerden biri olarak kabul edilen verilerin amacın gerektirdiğinden daha uzun süre tutulmama ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

18. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

19. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun'un 5. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (c), (ç), (e) ve (f) Bentlerinin İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçesi

20. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların yer aldığı maddede kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği kuralının istisnalarının düzenlendiği, istisnaların sınırları belirlenmiş bir şekilde tadadi olarak sayılması gerektiği ancak dava konusu kurallarla istisnaların esas düzenleme hâline gelerek Kanun'un uygulanmasında açık rızanın aranmasına gerek duyulmasının neredeyse imkânsız hâle getirildiği, kişisel verilerin korunmasına ilişkin anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için bu hakkı ilgilendiren yasal düzenlemelerin açık, anlaşılabilir ve kişilerin söz konusu haklarını kullanabilmelerine elverişli olması gerektiği ancak dava konusu kuralların kapsam ve sınırlarının belirsiz olduğu, özellikle *"meşru menfaat"* kavramının kapsamının belli olmadığı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamanın Anayasa'ya uygun olabilmesi için temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkelere aj1ykırı olmaması ve bu bağlamda kamu yararı ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında adil bir denge kurması gerektiği, dava konusu kuralların ise bireylerin özel yaşamına doğrudan bir müdahale niteliğinde olduğu, kişisel verilerin korunması hakkını ölçüsüzce sınırlandırdığı ve hakkın özüne zarar verdiği, kanun koyucunun takdir yetkisini adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerektiği, kuralların kamu yararı amacı taşımadığı belirtilerek Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

21. Dava konusu kuralların yer aldığı maddede kişisel verilerin işlenme şartları düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği hükme bağlanmış, ikinci fıkrasında ise ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin

işlenmesinin mümkün olduğu hâller belirtilmiştir. Bunlar (2) numaralı fıkranın (a) bendinde, kanunlarda açıkça öngörülmesi; (b) bendinde, fiilî imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması; (c) bendinde, bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması; (ç) bendinde, veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması; (d) bendinde, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması; (e) bendinde, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması ve (f) bendinde, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlemesinin zorunlu olması şeklinde belirlenmiştir. Dava konusu kurallar Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c), (ç), (e) ve (f) bentleridir.

22. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kanunlar kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmalıdır. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre kamu yararı kavramı genel bir ifadeyle bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu, sosyal yaşamı düzenlemek için kamu yararı amacıyla kimi kurallar koyabilir. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayrık hâl dışında bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

23. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında özel hayatın gizliliği hakkı güvence altına alınmıştır. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biriyle özel hayatın gizliliğinin sınırlanmasına olanak tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı

üzere özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan 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.

24. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında ise *"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 yer almaktadır.

25. 108 sayılı Sözleşme'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği belirtilmektedir.

26. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

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 ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

28. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamaların ise demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ve istisnai tedbir niteliğinde olmalarını gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir.

29. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*", temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

30. Demokratik toplum kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin en geniş şekilde güvence altına alındığı bir düzeni gerektirir. Demokrasilerde devlete düşen görev temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır. Bu kapsamda devlet, özellikle temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak veya bunlara ölçüsüz müdahale teşkil edecek tutumlardan kaçınmalı ve başkalarından gelebilecek tehditlere karşı bireyleri korumalıdır.

31. Özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, temel hak ve özgürlükler arasında önemli bir yer alır. Özel hayatın gizliliğinin korunması, bu hayatın başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatının, 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; demokratik ülkelerin mevzuatında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ise özel hayatın gizliliği hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. 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 ve bilgilerin resmî makamların keyfî müdahalelerine karşı korunması mümkün olabilir.

32. 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinde kişisel verilerin işlenme şartları düzenlenmiştir. Buna göre kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. Maddenin dava konusu kuralın yer aldığı (2) numaralı fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı hâlinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür.

33. 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinde açık rıza *"belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza"* şeklinde tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde açık rızanın 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi (95/46/EC sayılı Direktif) dikkate alınarak tanımlandığı ifade edildikten sonra açık rızanın ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

34. 95/46/EC sayılı Direktif'in 2. maddesinin (h) bendine göre *"veri öznesinin rızası"*, *"kendisine dair kişisel verilerin işlenmesi için veri öznesinin kabulüne işaret eden, özgürce ve bilgilendirilme yapıldıktan sonra alınan rızayı"* ifade etmektedir. Avrupa Birliği tarafından 95/46/EC sayılı Direktif'in yerini almak üzere 2016 yılında kabul edilen ve 2018 yılında yürürlüğe girecek olan 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Yönetmeliği'nin 4. maddesinin (11) numaralı bendinde de veri sahibinin rızası *"veri sahibinin bir beyan yoluyla ya da açık bir onay eylemiyle kendisine ait kişisel verilerin işlenmesine onay verdiğini gösteren özgür bir şekilde verilmiş spesifik, bilinçli ve açık gösterge"* şeklinde tanımlanmaktadır.

35. 95/46/EC sayılı Direktif'in 7. maddesinin devamında açık rıza kuralının istisnaları düzenlenmiştir. Buna göre kişisel verilerin işlenmesi, bir sözleşme yapmadan önce veri öznesinin talebi üzerine önlem almak için ya da veri öznesinin taraf olduğu bir sözleşmenin yerine getirilmesi için gerekliyse veya işlenme denetleyicinin konusu olan bir yasal yükümlülüğe uyum için gerekirse veya işlenme, veri öznesinin hayati menfaatlerini korumak için gerekliyse veya işlenme, verilerin açıklandığı üçüncü bir şahıs veya denetleyiciye yetki veren kamu makamının uygulamasında veya kamu menfaatine yapılan bir görevin yerine getirilmesi için gerekliyse veya işlenme, bu tür menfaatlerin 1. maddenin (1) numaralı fıkrası kapsamında koruma gerektiren veri öznesinin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili menfaatleri çiğnemesi haricinde verilerin açıklandığı üçüncü şahıs veya şahıslar tarafından ya da denetleyici tarafından takip edilen meşru menfaatlerin amaçları için gerekliyse veri öznesinin açık rızası aranmayabilecektir.

36. Dava konusu kurallarla, ilgili kişinin açık rızası olmasa dahi kişisel verilerin işlenebileceği hâllerden bir kısmı düzenlenmektedir. Buna göre ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesinin mümkün olduğu hâller *"bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması"*; *"veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması"*; *"Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması"* ile *"ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması"* şeklinde öngörülmüştür.

37. Dava konusu kuralların yer aldığı madde gerekçesinde, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği hâller örnekler verilmek suretiyle detaylı olarak açıklanmıştır.

38. Fıkranın (c) bendiyle ilgili olarak madde gerekçesinde bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla ilgili olarak kişisel veri işlenebileceği, örneğin yapılan bir sözleşme gereği paranın ödenmesi için alacaklı tarafın hesap numarasının alınabileceği, bir bankayla kredi sözleşmesi yapılması sırasında bankanın o kişiye ait maaş bordrosunu, tapu kayıtlarını, icra borcu olmadığına dair belgeyi edinmesinin bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiştir.

39. Fıkranın (ç) bendiyle ilgili olarak madde gerekçesinde veri sorumlusunun, hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olan verileri, ilgili kişinin rızası olmasa dahi işleyebileceği, örneğin bir şirketin çalışanına maaş ödeyebilmesi için banka hesap numarası, evli olup olmadığı, bakmakla yükümlü olduğu kişiler, eşinin çalışıp çalışmadığı, sosyal sigorta numarası gibi verileri işlemesinin bu bendin verdiği yetkiye istinaden olacağı ifade edilmiştir.

40. Fıkranın (e) bendiyle ilgili olarak madde gerekçesinde bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması durumunda kişisel verilerin işlenebileceği, bu bağlamda bir şirketin kendi çalışanı tarafından açılan bir davada ispat için bazı verileri kullanmasının veya kısıtlı bir kişinin haklarının korunması amacıyla vasinin veya kayyımın, kısıtlının mali bilgilerini tutmasının hukuka uygun sayılacağı belirtilmiştir.

41. Fıkranın (f) bendiyle ilgili olarak madde gerekçesinde ise ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması durumunda da açık rıza şartı aranmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği, örneğin bir şirket sahibinin çalışanlarının temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla onların terfileri, maaş zamları yahut sosyal haklarının düzenlenmesinde ya da işletmenin yeniden yapılandırılması sürecinde görev ve rol dağıtımında esas alınmak üzere çalışanların kişisel verilerini işleyebileceği, burada işletmenin yeniden yapılandırılması ya da ehliyetli ve liyakatli çalışanların terfi almalarının veri sorumlusu statüsündeki şirket sahibinin *"meşru menfaati"* cümlesinden olduğu, kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel ilkelere uyulması ve veri sorumlusu ile ilgili kişinin menfaat dengesinin gözetilmesi gerektiği açıklanmıştır.

42. Dava konusu kuralların, kişisel verilerin korunmasına yönelik bir sınırlandırma getirdiği açıktır. Dava konusu kurallarla ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesinin mümkün olduğu bir kısım hâller düzenlenmek suretiyle kişisel verilerin korunması hakkına müdahalede bulunulmuş ise de açık rıza olmaksızın işlenebilecek kişisel veriler, ilgilinin her türlü kişisel verisi olmayıp dava konusu kurallarda açıkça düzenlenen şartlardan birinin gerçekleşmesi durumu ile sınırlıdır. Bu bağlamda açık rıza kavramına getirilen istisnaların esas düzenleme

hâline getirildiği veya açık rızaya gerek duyulmasını imkânsız hâle getirdiği söylenemez. Ayrıca dava konusu kuralların, kişisel verilerin işlenmesini, bir işlemin yapılması, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması veya veri sorumlusunun meşru menfaatleri için gerekli veya zorunlu olması durumlarıyla sınırlı tuttuğu dikkate alındığında getirilen sınırlamaların kişisel verilerin korunması hakkının kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlamadığı da açıktır. Bir başka deyişle dava konusu kurallar, maddede belirtilen konularda gereklilik veya zorunluluk hâllerinde ortaya çıkacak bir ihtiyacın karşılanmasını sağlamaya yönelik olup hakkın özüne dokunmamaktadır. Bu nedenle değerlendirilmesi gereken hususlar söz konusu sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır.

43. Kanun koyucunun kurallarla zorunlu ve gerekli olan hâllerle sınırlı olarak belirtilen konularda ilgili kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerinin işlenebilmesine olanak sağlamak suretiyle toplumsal yaşamda belirtilen konularda ortaya çıkabilecek gecikme, aksaklık veya düzensizlikler ile hak ve menfaat kayıplarının engellenmesini sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Kurallarla söz konusu verileri işleme yetkisinin amacı ve faaliyet alanı belirlenmiş ve bu şekilde kamu yararı ile özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları arasında adil bir denge kurulmuştur. Ayrıca kurallarla belirtilen konularda söz konusu kişisel verilerin işlenmesi durumunda ise 6698 sayılı Kanun'dan kaynaklanan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin tüm ilke, yükümlülük ve sorumluluklara ilişkin düzenlemeler geçerliliğini korumaktadır. Bu durumda kişisel verilerin işlenmesinde 6698 sayılı Kanun'da yer alan kişisel verilerin korunmasıyla ilgili olarak kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu kurallar, kişisel verilerin işlenme şartları, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler ile veri sorumlusuna başvuru ve Kurula şikâyete ilişkin hükümler uygulanacaktır.

44. Öte yandan 6698 sayılı Kanun'un 17. maddesinde kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135 ila 140. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı ve Kanun'un 7. maddesi hükmüne aykırı olarak kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenlerin 5237 sayılı Kanun'un 138. maddesine göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. 5237 sayılı Kanun'un 136. maddesi uyarınca da kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek

suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla dava konusu kural kapsamında elde edilecek bilgilerin amacı dışında kullanılmasını önleyecek ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı görülmektedir.

45. Bu bağlamda Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve yeterli korumanın sağlandığı da dikkate alındığında dava konusu kurallarla getirilen sınırlamaların özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkının özünü zedelemediği gibi amaç ile araç arasında makul denge kurduğu da açıktır. Dolayısıyla anılan kurallar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil etmediği gibi özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ölçüsüz bir müdahale de teşkil etmemektedir.

46. 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 resmî makamların keyfî müdahalelerine karşı korunmasını mümkün hâle getirmesi gerekmektedir. Bu bağlamda dava konusu kurallar madde gerekçeleriyle birlikte değerlendirildiğinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesinin mümkün olduğu hâllerin kapsam, amaç ve sınırlarının Kanun'da açıkça yer alması karşısında kuralların belirsiz olduğu söylenemez.

47. Ayrıca dava dilekçesinde *"meşru menfaat"* kavramının belirsiz olduğu ifade edilmiştir. Ancak bu kavramın çalışanların temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla gerekçede ifade edilen temel ilkelere uyulması ve veri sorumlusu ile ilgili kişinin menfaat dengesinin gözetilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir kavram olarak anlaşılması gerektiği dikkate alındığında belirsiz olduğu söylenemez.

48. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

49. Kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "…*mezhebi...*", "…*kılık ve kıyafeti,…*" İbareleri ile (3) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. "…*mezhebi...*" ve "…*kılık ve kıyafeti,…*" İbarelerinin İncelenmesi

a. İptal Taleplerinin Gerekçesi

50. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu *"mezhebi"* ile *"kılık ve kıyafeti"* ibarelerinin, Anayasa Mahkemesi kararları, 108 sayılı Sözleşme, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü (OECD) tarafından yayımlanan Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkeler ile 95/46/EC sayılı Direktif'te tanımlanan kişisel veri kavramlarıyla uyumlu olmadığı, uluslararası insan hakları hukuku ile bağdaşmayacak nitelikte olduğu, mezhep, kılık ve kıyafete ilişkin verilerin toplanmasının Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme'de sağlanan güvencelere aykırı olduğu, kanun koyucunun takdir yetkisinin aşıldığı ve yerleşik fişleme tarihi tartışmalarının olduğu ülkemizde bireyler bakımından güvence değil risk oluşturduğu, toplumsal cinsiyet ayrımcılığına neden olacak nitelikte olduğundan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, kişinin sahip olduğu din ve vicdan özgürlüğü ile düşünce ve ifade özgürlüğünü ihlal ettiği belirtilerek dava konusu ibarelerin Anayasa'nın 2., 10., 20., 24., 25. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

51. Dava konusu ibarelerin yer aldığı fıkrada özel nitelikli kişisel veriler düzenlenmiştir. Fıkrada kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verilerin özel nitelikli kişisel veri olduğu belirtilmektedir. Fıkrada yer alan *"...mezhebi..."* ve *"...kılık ve kıyafeti..."* ibareleri dava konusu kuralları oluşturmaktadır.

52. Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi, 20. maddesinde ise kişisel verilerin korunması hakkı düzenlenmiştir.

53. Dava konusu kuralla, kişilerin mezhebine, kılık ve kıyafetine ilişkin verileri özel nitelikli kişisel veriler olarak kabul edilmektedir. Mezhep bir

dinin görüş, yorum ve anlayış farklılıkları sebebiyle ortaya çıkan kollarından her biri; kılık ve kıyafet ise bir kimsenin giyinişi, dış görünüşü, üst başı, giysisi şeklinde ifade edilmektedir.

54. 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince özel nitelikli kişisel verilerin kural olarak ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Bu kuralın istisnaları ise maddenin (3) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin (4) numaralı fıkrasına göre ise özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.

55. Dava konusu kuralların yer aldığı maddenin gerekçesinde bazı kişisel verilerin başkaları tarafından öğrenildiği takdirde ilgili kişinin mağdur olmasına veya ayrımcılığa maruz kalmasına neden olabileceğinden bu tür verilerin özel nitelikli (hassas) veri olarak kabul edildiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda kişilerin dinî görüş, yorum ve anlayış farklılıklarını ortaya koyan verileri ile dinî inancıyla bağlantılı kılık ve kıyafetine ilişkin verilerin özel nitelikli kişisel veriler olduğu kuşkusuzdur.

56. Nitekim 108 sayılı Sözleşme'nin 6. maddesi ile 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde *"dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki veriler"* özel veri kategorileri arasında belirtilmiştir.

57. Kanun koyucunun dava konusu kurallarla, kişilerin mezhebi ile kılık ve kıyafetiyle ilgili verileri daha özel bir korumaya tabi olması gereken verilerden kabul etmek suretiyle bu tür verileri diğer verilerden ayırdığı ve işlenmesini daha özel koşullara bağladığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralların amacının bu verilerin toplanmasına yasal dayanak sağlamak değil kişisel veri olduğunda şüphe olmayan bu verileri özel koruma altına almaya yönelik olduğu açıktır. Bu bağlamda kişilerin mezhebi ve kılık ve kıyafetiyle ilgili verileri daha özel bir koruma altına almak kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralların Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

58. Öte yandan kişilerin ayrımcılığa uğramasına neden olabilecek alanlarda bilgilerin toplanmasının, farklı grupların özel ihtiyaçlarının

tespit edilmesi ve ayrımcılıkla mücadelede oluşan boşluk ve eksikliklerin tespit edilmesi ve giderilmesi bakımından önemli olduğu da bir gerçektir. Bu kapsamda hak sahiplerine yönelik politika ve hizmet geliştirmek için bazı verilerin toplanması gerekli olabilir. Bu durumlarda mezhep ve kılık kıyafet ile ilgili verilerin işlenmesine olanak sağlayacak kanunların amaç, kapsam ve sınırlarının Anayasa'da güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerde düzenlenen hakların özüne dokunmaması gerekir. Bu husus ise özellikle kanun koyucunun kişilerin mezhebi ve kılık ve kıyafet ile ilgili verilerin işlenmesine kişilerin açık rızası olmaksızın imkân verdiği yasal düzenlemeler yapılırken göz önüne alınmalıdır. Bu bağlamda her ne kadar dava dilekçesinde dava konusu kuralların söz konusu özgürlükleri ihlal ettiği ifade edilmişse de kanun koyucunun salt kişilerin mezhebi ve kılık ve kıyafeti ile ilgili kişisel verileri özel nitelikli kişisel veri kabul etmek suretiyle daha özel bir koruma altına almayı amaçladığı dikkate alındığında dava konusu kuralın bu hak veya özgürlükleri ve dolayısıyla Anayasa'yı ihlal ettiği söylenemez.

59. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

60. Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

61. Kuralın Anayasa'nın 10., 24., 25. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2. (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

62. Dava dilekçesinde özetle, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla kişilerin cinsel hayatlarına ve sağlığına ilişkin verilerin açık rıza olmaksızın işlenebilmesinin kabul edilemez olduğu, özellikle cinsel hayatın bireyin özel yaşamının en mahrem yönünü oluşturduğu, kişilerin cinsel hayatlarına ve sağlığına ilişkin verilerin toplanmasında hiçbir ayırt edici ölçütün bulunmadığı, kuralın kişilerin sağlık hakkına erişimden çeşitli endişelerle kaçınmalarına neden olabileceği

ve bu durumun aynı zamanda kişilerin yaşam hakkına, maddi ve manevi varlıklarını geliştirmesine de müdahale anlamına geldiği, sağlıkla ilgili kişisel verilerin neredeyse hiçbir sınırlamaya tabi tutulmadan toplanması, işlenmesi ve aktarılmasının insan haklarına saygılı bir devlet olma yükümlülüğü ile bağdaşmadığı, yeterli tedbirlerin niteliğine ve kapsamına yer vermeyerek etkin korumanın sağlanmadığı ve belirsizliğe neden olunduğu, demokratik bir toplumda kişilerin özel hayatının gizliliği hakkını bütünüyle ortadan kaldıracak bir müdahale niteliğinde olan kuralın kişilerin sağlıkları ile ilgili bilgilerin korunmasına yönelik uluslararası normlara aykırı olduğu, verileri işleyecek yetkili kurum ve kuruluşlar ibaresinin geniş bir kapsama sahip olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 17., 20., 24., 25., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

63. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 5. ve 13. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

64. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede özel nitelikli kişisel veriler sayılarak bu verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu belirtilmiştir. Dava konusu kural ise birinci fıkrada sayılan cinsel hayat ve sağlık dışındaki kişisel verilerin kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği, cinsel hayata ve sağlığa ilişkin kişisel verilerin ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği öngörülmektedir.

65. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti; insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir. Devlet, herkesin sağlık hizmetlerinden yararlanması için gerekli tedbirleri almalı; kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmasını sağlamalıdır. Devletin bu alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı

sınırlamalar, Anayasa'nın 13. maddesinin öngördüğü üzere Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır.

66. Anayasa'nın 17. maddesinde "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Kişinin yaşama hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı; birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarındandır.

67. Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmış, üçüncü fıkrasında ise devlete herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek ödevi verilmiştir. Sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanma hakkıdır. Sağlık hakkı, insanların doğuştan kazandıkları vazgeçilemez ve devredilemez haklardan biridir. Yine devlet, kişilerin yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Aynı maddede "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmektedir.

68. Anayasa'nın 5. maddesi de insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Devlet, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmeleri ve sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri amacıyla yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri almak zorundadır. Bu nedenle Anayasa, kişiler için bir hak olan sağlık hizmetinin yerine getirilmesinde sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak devlete pozitif yükümlülük getirmektedir.

69. Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak sağlık hizmetlerinin sunumunda yüklediği pozitif yükümlülük kapsamında devleti, bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerinde öngörülen kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile sağlık hakkından yararlanma konusunda en geniş ölçekli uygulamaların

gerçekleştirilmesi gerekir. Zira sağlık hizmeti doğrudan yaşama hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı olup bu hizmetin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Kişiler için bir hak olan bu hizmetten yararlanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılması ve bu hizmetin daha iyi bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması devletin Anayasa'dan kaynaklanan bir ödevidir. Dolayısıyla Anayasa'da devlete verilen görevlerin gereği olarak kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşam sürdürmeleri için genel sağlığın korunması amacıyla düzenlenen dava konusu kurallar demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

70. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" denilerek özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Maddede ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kişisel verilerin korunması hakkı, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak bu hak sınırsız olmayıp düzenlendiği maddede 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.

71. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve

ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal sınırlamanın öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

72. 108 sayılı Sözleşme'nin 9. maddesinde de bazı durumlarda kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebilmesi öngörülmüştür. Ayrıca 95/46/EC sayılı Direktif'in 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında beş kategoride yer alan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yasaklanmış ancak maddenin (2) numaralı fıkrasında bunun istisnaları düzenlenerek veri işlemenin önleyici hekimlik, tıbbi teşhis, tıbbi yardım veya bakım veya sağlık hizmetlerinin idarî olarak yürütülmesi için gerekli olması ve bu verilerin ya sağlık personeli veya sağlık personeli gibi sır saklamaya tabi kişiler tarafından işlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Maddede ayrıca bu istisnaların yanında üye devletlerin uygun önlemleri almak koşuluyla kamu yararı için başka bazı istisnalar da belirleyebileceği belirtilmiştir.

73. Dava konusu kuralın ilk cümlesinde, cinsel hayat ve sağlık dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin kanunlarda öngörülen hâllerde kişilerin açık rızası olmaksızın da işlenebileceği belirtilmiştir. Bunlar ise kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri olarak ifade edilmiştir. Anayasa'nın 20. maddesinde de belirtildiği üzere kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesine kanunda açıkça imkân tanınan durumlarda kişinin açık rızasına ayrıca ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu yönüyle kural Anayasa hükmünün tekrarı niteliğinde olup söz konusu kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği halleri doğrudan düzenlememekte, *"kanunlarda öngörülen hallere"* atıfta bulunmaktadır. Kişisel verilerin ilgili kişilerin açık rızası olmaksızın işlenebileceği halleri düzenleyen kanunların iptalleri talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması durumunda ise söz konusu düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olup olmadıklarının inceleneceği ve bu kapsamda Anayasa'nın 13. maddesi hükmünün de gözetileceği tabiîdir. Bu

nedenle, Anayasanın 20. maddesinde yer alan düzenlemeye uygun olarak kişisel verilerin *"kanunlarda öngörülen hallerde"* ilgili kişinin açık rızasının aranmaksızın işlenebileceğinin belirtildiği kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

74. Dava konusu kuralın ikinci cümlesinde ise sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği belirtilmektedir. Dava konusu kuralla kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerinden kaynaklanan sebeplerle ve maddede sayma yöntemiyle belirtilen amaçlarla sınırlandığı anlaşılmaktadır.

75. Cinsel hayata ve sağlığa ilişkin kişisel verilerin işlenmesi bakımından kural ilgilinin açık rızasının bulunmasıdır. Dava konusu kuralla bu kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği hâller belirtilmek suretiyle bu kurala istisna getirilmiştir. Özel nitelikli kişisel veri olduğunda kuşku olmayan sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin söz konusu durumlarda ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceğini düzenleyen kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına bir müdahale söz konusu ise de kuralla kişisel verilerin işlenmesinin amaç bakımından sınırlandığı dikkate alındığında, getirilen sınırlamanın mezkûr hakların kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlandığı söylenemeyeceğinden hakkın özüne dokunmadığı açıktır. Bu nedenle değerlendirilmesi gereken husus, bu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır.

76. Kanun koyucunun dava konusu kuralla, halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi suretiyle kamu sağlığının korunmasını; sağlık hizmetleri ile bu hizmetlerin finansmanının planlanması ve yönetimi suretiyle teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi, eğitim ve araştırma faaliyetlerinin geliştirilmesi, insan gücü ve maddi kaynaklarda tasarruf sağlanması ve verimin artırılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'da

devlete verilen görevlerin gereği olarak kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşam sürdürmeleri için genel sağlığın korunması amacıyla düzenlenen dava konusu kural demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

77. Öte yandan ilgilinin kişisel verilerinin açık rızası olmaksızın kamu yararı amacıyla işlenebileceği hâllerin kapsam, amaç ve sınırların kanunda açıkça yer alması ve maddenin (4) numaralı fıkrasında belirtildiği gibi özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınacağı dikkate alındığında dava konusu kuralın belirsiz olduğu da söylenemez.

78. Ayrıca dava konusu kuralda belirtilen sebeplerle kişisel verilerin işlenmesi ancak sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından yapılabilecektir. Sır saklama yükümlülüğü altında olan kişiler ise avukat, hekim veya mali müşavir gibi kendi kanunlarında görevleri dolayısıyla edindikleri bilgileri zamanla sınırlı olmaksızın açığa vurmaları yasak olan ve bu yasağın ihlali hâlinde hukuki ve cezai sorumluluğu olan kişilerdir.

79. 6698 sayılı Kanun'da kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu ilke ve kurallar, kişisel verilerin işlenme şartları, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler ile veri sorumlusuna başvuru ve Kurula şikâyete ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un 17. maddesinde ise kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 5237 sayılı Kanun'un 135 ila 140. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı ve Kanun'un 7. maddesi hükmüne aykırı olarak kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenlerin 5237 sayılı Kanun'un 138. maddesine göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. 5237 sayılı Kanun'un 136. maddesi uyarınca da kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç olarak düzenlenmiştir.

80. 6698 sayılı Kanun, 5237 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde dava konusu kural kapsamında işlenecek verilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı görülmektedir. Bu bağlamda dava konusu

kuralda kişisel verilerin korunması hakkına sınırlama yapılırken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere de yer verildiği, böylece hem özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği hem de bu haklar ile toplum sağlığının korunmasına yönelik önlemler arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının özüne dokunan ya da bu hakkı ölçüsüz şekilde sınırlandıran bir husus bulunmadığı gibi kuralın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil ettiği de söylenemez.

81. Açıklanan nedenlerle kurallar 2., 5., 13., 17., 20. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

82. Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

83. Kuralların Anayasa'nın 10., 24., 25. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 7. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

84. Dava dilekçesinde özetle, 6698 sayılı Kanun'un kişisel veriler alanına ilişkin genel kanun niteliğinde olduğu, kişisel verilerinin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle gelmesi hakkında bu Kanun hükümlerinin esas alınması gerektiği, bu hususlara ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümleri saklı tutan dava konusu kuralın çok geniş kapsamlı olduğu, bireylerin hangi kişisel verilerinin hangi kanunda hangi düzenleme ile silineceği veya ne kadar sürede silineceğini bilemeyeceği, kişisel verilerin yok edilme ve anonim hâle getirilmesi şartlarının belirsiz olduğu, kamu yararı ve ölçülülük ilkesinin gözetilmediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

85. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi düzenlenmiştir. Maddede, Kanun

ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel verilerin resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silineceği, yok edileceği veya anonim hâle getirileceği hükme bağlanmaktadır. Dava konusu kuralda ise kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu belirtilmektedir.

86. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak kanunlar kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade edildiği gibi kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayrık hâl dışında bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

87. Kanun koyucu, takdir yetkisi içerisindeki düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*" getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "*orantılılık*" ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "*ölçülülük ilkesi*" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

88. Dava konusu kuralla maddenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda hüküm bulunması hâlinde bunların öncelikle uygulanması amaçlanmaktadır.

89. Genel kanun niteliğindeki 6698 sayılı Kanun'da kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin her durumun öngörülmesi ve düzenlenmesi mümkün olamayacağı gibi daha sonra

ortaya çıkabilecek özel durumlara ilişkin hususların özel kanunlarda daha detaylı düzenlenmesi de gerekebilir. Bu durumda aynı konuyla ilgili olarak genel kanunda ve özel kanunda hüküm bulunması hâlinde özel kanun hükmü uygulanacağından kuralın belirsiz olduğu söylenemez. Ayrıca dava konusu kuralın bazı özel durumlara ilişkin hususların daha ayrıntılı şekilde düzenlenmesini sağlamaya yönelik kamu yararı amacıyla düzenlendiği açıktır. Dava konusu kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve orantılı olduğu anlaşıldığından kuralda ölçülülük ilkesine aykırı bir yön de bulunmamaktadır.

90. Öte yandan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınmıştır. Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin kanun koyucu tarafından özel kanunlarda yapılacak diğer düzenlemelerin de kişisel verilerin korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olmaması gerektiği hususunda şüphe yoktur. Bu bağlamda diğer kanunlarda yer alacak hükümlerin bireylerin kişisel verilerinin ne kadar sürede ve ne şekilde silineceği, bu verilerin yok edilme ve anonim hâle getirilmesi şartlarını ölçülülük ve belirlilik ilkesi çerçevesinde kamu yararını gözeterek düzenlenmesi gerektiği açıktır. Dolayısıyla Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen ilke ve esaslara aykırı olmayacak şekilde kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanun hükümlerini saklı tutan dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

91. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E. Kanun'un 8. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

92. Dava dilekçesinde özetle 6698 sayılı Kanun'un kişisel veriler alanına ilişkin genel kanun niteliğinde olduğu, kişisel verilerin aktarılması hakkında bu Kanun hükümlerinin esas olması gerektiği, dolayısıyla bu hususa ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümleri saklı tutan dava konusu kuralın, bireylerin hangi kişisel verilerinin hangi kanundaki hangi

düzenleme ile aktarıldığını bilmesini imkânsız kıldığı ve bireyler bakımından belirsizlik yarattığı, kamu yararı ve ölçülülük ilkesini gözetmediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

93. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede kişisel verilerin aktarılması düzenlenmiştir. Buna göre kişisel veriler, kural olarak ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz. Ancak kişisel verilerin 5. maddenin ikinci fıkrasında ve yeterli önlemler alınmak kaydıyla 6. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılması mümkündür. Dava konusu kuralla ise kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu belirtilmektedir.

94. Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olması hakkında kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında belirtilen gerekçeler dava konusu kural bakımından da geçerli bulunduğundan aynı gerekçelerle dava konusu kural da Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.

95. Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

F. Kanun'un 9. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

96. Dava dilekçesinde özetle 6698 sayılı Kanun'un kişisel veriler alanına ilişkin genel kanun niteliğinde olduğu, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması hakkında bu Kanun hükümlerinin esas olması gerektiği, dolayısıyla bu hususa ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümleri saklı tutan dava konusu kuralın bireylerin hangi kişisel verilerinin hangi kanundaki hangi düzenleme ile yurt dışına aktarıldığını bilmesini imkânsız kıldığı ve bireyler bakımından belirsizlik yarattığı, kamu yararı ve ölçülülük ilkesini gözetmediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

97. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede kişisel verilerin yurt dışına aktarılması düzenlenmiştir. Buna göre kişisel veriler, kural olarak ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz. Ancak kişisel verilerin 5. maddenin ikinci fıkrası ile 6. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı ve kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede yeterli korumanın bulunması hâlinde, yeterli korumanın bulunmaması durumunda ise Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması kaydıyla ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılmasının mümkün olduğu hükme bağlanmakta, dava konusu kuralla ise kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu belirtilmektedir.

98. Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının incelendiği bölümde kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olması hakkında kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında belirtilen gerekçeler dava konusu kural bakımından da geçerli bulunduğundan aynı gerekçelerle dava konusu kural da Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.

99. Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

G. Kanun'un 13. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

100. Dava dilekçesinde özetle, hakkında işlenen verilerinin ne olduğunu öğrenebilmesi için kişiden ücret talep edilmesinin, bireyin temel haklarından olan özel hayatın gizliliği hakkından etkin olarak yararlanmasını engellediği, bu hakkı sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlandırdığı, sınırlandırmanın hakkın özüne dokunduğu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu, yürütmenin şekillendirdiği Kurul tarafından ücretin belirlenmesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine ve 108 sayılı Sözleşme'deki güvencelere aykırı

olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 13., 20. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

101. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede veri sorumlusuna başvuru usulü belirlenmiştir. Buna göre ilgili kişi, 6698 sayılı Kanun'un uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletir. Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. Dava konusu kuralla ise işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde Kurulca belirlenen tarifedeki ücretin alınabileceği öngörülmektedir.

102. 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. Ancak bu hak sınırsız olmayıp Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırları 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 de kabul edilmektedir.

103. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılacak sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal sınırlamanın öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

104. Dava konusu kuralla 6698 sayılı Kanun'un uygulanmasıyla ilgili taleplerini veri sorumlusuna ileten ilgili kişiden, yapılacak işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde Kurulca belirlenen tarifedeki ücretin alınabileceği öngörülmek suretiyle kişisel veriler erişim hakkına bir sınırlandırma getirildiği açıktır. Kuralla kişilerin kendileri ile ilgili kişisel verilere erişme hakkına müdahalede bulunulmuş ise de kişisel verilere

erişimin bir maliyet gerektirmesi hâlinde söz konusu ücretin alınabileceği dikkate alındığında getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkının kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlandığı söylenemeyeceğinden hakkın özüne dokunmadığı açıktır. Bu nedenle değerlendirilmesi gereken bu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır.

105. 6698 sayılı Kanun kapsamında veri sorumlusu; kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. Kanun'un 11. maddesinde ilgili kişinin hakları düzenlenmiştir. Buna göre herkes veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, 7. maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, 11. maddenin (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini, silinmesini veya yok edilmesi işlemlerini kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme ve kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir.

106. Dava konusu kuralda, ilgili kişinin 6698 sayılı Kanun'dan kaynaklanan hakları çerçevesinde başvurduğu veri sorumlusu tarafından talebinin yerine getirilmesinin ayrıca bir maliyet gerektirmesi hâlinde bu maliyetin Kurulca belirlenen tarifeye göre talepte bulunan ilgili tarafından karşılanabileceği öngörülmektedir.

107. Kanun koyucunun kuralla, takdir yetkisi kapsamında ilgililerin isteğine bağlı olarak veri sorumluları tarafından ifa edilecek hizmetlerin ayrıca maliyet gerektirmesi hâlinde bu maliyetin ilgililer tarafından alınabilmesini sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Zira veri sorumlusunun Kanun'da öngörülen ilgili kişinin hakları çerçevesinde yerine

getireceği bazı işlemlerin maliyetinin olabileceği, bu hâlde ise söz konusu maliyet karşılanmadan ilgilinin taleplerini yerine getirebilmesinin mümkün olamayacağı açıktır. Veri sorumlusunun verdiği hizmetin ayrıca bir maliyet gerektirmesi hâlinde bu maliyetten sorumlu tutulması beklenemeyeceği gibi Kanun'un 13. maddesinde belirtildiği üzere ancak başvurunun veri sorumlusunun hatasından kaynaklanması hâlinde alınan ücret ilgiliye iade edilecektir. Diğer yandan 108 sayılı Sözleşme de bu tür masrafların alınmasına imkân tanımaktadır.

108. Öte yandan işlemin ayrıca bir maliyeti gerektirmesi hâlinde söz konusu ücretin belirsiz olduğu da söylenemez. Zira Kurul tarafından belirlenecek ücretin miktarı yapılan işlemin maliyeti kadardır. Bir işlemin maliyetinin belirlenebilir, ölçülebilir bir değer olması nedeniyle objektif bir kriter olması karşısında söz konusu ücretin Kurul tarafından belirlenecek tarifeye göre alınmasında hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

109. Dolayısıyla dava konusu kuralla sınırlama yapılırken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı olduğu ve sınırlamayla kişisel verilerin korunması hakkı arasında hakkaniyete uygun bir denge kurulduğundan kuralların makul, ölçülü olduğu ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil etmediği de açıktır.

110. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

111. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

H. Kanun'un 15. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasında Yer Alan *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç..."* İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

112. Dava dilekçesinde özetle, kişisel verilerin korunmasına dair normların kişiyi ve kişisel verileri korumak için oluşturulması gerektiği, devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin veri sorumlusu tarafından Kişisel Verileri Koruma Kuruluna (Kurul) gönderilmesine veya gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına istisna getiren dava konusu kuralın belirli ve ölçülü olmadığı, idarenin keyfî uygulamalarına sebep verecek nitelikte olduğu, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilmesine

engel olduğundan kişinin özel hayatının gizliliğine doğrudan müdahalede bulunduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

113. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede Kurul tarafından şikâyet üzerine veya resen incelemenin usul ve esasları düzenlenmektedir. Maddenin (3) numaralı fıkrasında; devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç veri sorumlusunun, Kurulun inceleme konusuyla ilgili istemiş olduğu bilgi ve belgeleri on beş gün içinde göndermek ve gerektiğinde yerinde inceleme yapılmasına imkân sağlamak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Fıkrada yer alan *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç…"* ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

114. Kişisel verilerin korunması hakkı sınırsız olmayıp Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırları 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 de kabul edilmektedir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkının Anayasa'da Devlete bir görev olarak yüklenen millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılması mümkündür.

115. Nitekim 108 sayılı Sözleşme'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği öngörülmüştür.

116. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, yalnızca kanunla ve Anayasa'da öngörülen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

117. 6698 sayılı Kanun'un 13. maddesinde ilgili kişinin veri sorumlusuna başvuru hakkı düzenlenmiş; 14. maddesinde ise söz konusu başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya başvuruya süresinde cevap verilmemesi hâllerinde ilgili kişinin Kurula şikâyette bulunabileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun'un 15. maddesine göre ise Kurul, şikâyet üzerine veya ihlal iddiasını öğrenmesi durumunda resen, görev alanına giren konularda gerekli incelemeyi yapar.

118. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 47. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır."* hükmü dikkate alındığında dava konusu kuralda yer alan *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler"* ibaresinin devletin iç ve dış güvenliği ile millî savunmasını sağlamaya ve anayasal düzenini korumaya yönelik bilgi ve belgeleri ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda söz konusu ibarenin belirsiz bir kavram olduğu söylenemez.

119. Kurulun inceleme konusuyla ilgili veri sorumlusundan isteyebileceği bilgi ve belgeler arasında özel hayatın gizliliği kapsamında kalacak kişisel verilerin bulunduğu devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler de bulunabilir. Dava konusu kural söz konusu bilgi ve belgelerin Kurula gönderilmesi veya incelenmesi imkânını ortadan kaldırdığından Kurul tarafından bu bilgi ve belgeler üzerinde ihlal iddiasıyla ilgili inceleme yapılamayacaktır. Bu durum ise Kurulda incelenmekte olan ihlal iddiasıyla ilgili olan kişilerin kendileriyle ilgili kişisel verilere ulaşmasını bir anlamda kısıtlayacağından kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına sınırlama getirildiği açıktır. Ancak bu sınırlamanın; devletin dış ilişkilerine, millî savunmasına, millî güvenliğine, anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek veya zarar verebilecek nitelikteki bilgi ve belgelerin açıklanmasının önlenmesini sağlamak amacıyla yapıldığı dikkate alındığında demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kaldığı kuşkusuzdur.

120. Öte yandan devlet sırrı kavramı altında her türlü kişisel verinin gizli tutulması söz konusu değildir. Zira ceza yargılamasında 5271 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki *"Bir suç olgusuna ilişkin bilgiler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz."* hükmü ile (2) numaralı fıkrasındaki *"Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini*

taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbıt kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir." hükmü gereğince bir suç olgusuna ilişkin bilgiler devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacağı gibi tanıklık konusu bilgilerin devlet sırrı niteliği taşıması hâlinde bunların mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından dinlenme imkânı da bulunmaktadır.

121. Öte yandan dava konusu kuralla sadece Kurulun inceleme konusuyla ilgili gönderilmesini isteyebileceği veya inceleyebileceği bilgi ve belgelere istisna getirilmiş olup bu istisna dışında kişisel verilerle ilgili olarak 6698 sayılı Kanun'da yer alan kişisel verilerin işlenmesinde uyulması zorunlu ilke ve kurallar, kişisel verilerin işlenme şartları ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler ile kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 5237 sayılı Kanun'un 135 ila 140. maddeleri hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hükümler geçerliliğini korumaktadır.

122. 6698 sayılı Kanun, 5237 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda yer alan bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin korunması hakkında yeterli yasal güvencenin sağlandığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda bir devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin ifşa edilmesini önlemeye yönelik dava konusu kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli ve gerekli olduğu, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve öngörülen amaçla kişisel verilerin korunması hakkına yapılan sınırlamanın orantılı olduğu açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralla kişisel verilerin korunması hakkına sınırlama yapılırken, Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği, böylece hem özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği hem de bu haklar ile ülkede millî güvenliğin sağlanmasına yönelik önlemler arasındaki makul dengenin kurulduğu anlaşıldığından dava konusu kuralın özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

123. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

I. Kanun'un 16. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

124. Dava dilekçesinde özetle, Veri Sorumluları Sicilinin kişisel verilerin kimler ve hangi kuruluşlar tarafından işlendiğini gösteren bir liste olduğu, bu listeye kayıt zorunluluğuna getirilecek istisnanın kişisel verileri işlenen kişiyi korumasız hâle getireceği, bu durumun kişinin maddi ve manevi varlığına doğrudan, ölçüsüz bir müdahale olduğu, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı ve istisnanın uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

125. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede Kurulun gözetiminde, Başkanlık tarafından kamuya açık olarak Veri Sorumluları Sicili tutulacağı ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Dava konusu kuralla ise işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebileceği öngörülmektedir.

126. Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi gereğince kanun koyucu düzenlemeler yaparken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise *"elverişlilik"*, *"gereklilik"* ve *"orantılılık"* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *"Elverişlilik"*, başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *"gereklilik"* başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, *"orantılılık"* ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da *"ölçülülük ilkesi*" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

127. 95/46/EC sayılı Direktif de ulusal veri koruma otoritelerine sicillere bildirim yapılması yükümlülüğünü kaldırma veya basitleştirme imkânı tanımaktadır.

128. Dava konusu kuralın yer aldığı 16. maddeye göre kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorunda olup kayıt başvurusunda maddede belirtilen hususları içeren bildirimde bulunurlar. Bu bildirim; veri sorumlusu ve varsa temsilcisinin kimlik ve adres bilgilerini, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceğini, veri konusu kişi grubu ve grupları ile bu kişilere ait veri kategorileri hakkındaki açıklamaları, kişisel verilerin aktarılabileceği alıcı veya alıcı grupları, yabancı ülkelere aktarımı öngörülen kişisel verileri, kişisel veri güvenliğine ilişkin alınan tedbirler ve kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreyi içerir. Bu bilgilerde meydana gelen değişiklikler derhâl Başkanlığa bildirilir. Veri Sorumluları Siciline ilişkin diğer usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.

129. Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorunda olan gerçek ve tüzel kişiler birbirinden farklı büyüklük ve ölçekte olabileceği gibi bunlar tarafından işlenen verilerle ilgili olarak nitelik, sayı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılması gibi farklı yoğunluk ve önem derecesine sahip durumlar da olabilir. Kanun koyucunun dava konusu kuralla, söz konusu farklılıkları dikkate alarak kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin tümünün Veri Sorumluları Siciline kaydolmasına gerek görmediği ve bazılarını Kurul tarafından belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle yine Kurul tarafından verilecek kararla kayıt zorunluluğundan istisna tutmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında düzenlediği dava konusu kuralın amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve orantılı olduğu anlaşıldığından ölçülülük ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

130. Öte yandan dava konusu kuralla sadece Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilmiş olup veri sorumlularının veri güvenliğine ilişkin olarak Kanun'da öngörülen yükümlülüklere istisna getirilmemiştir. Zira Kanun'un 12. maddesinde veri sorumlusunun veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri belirlenmiştir. Buna göre veri sorumlusu kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almak zorundadır. Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde 12. maddenin birinci fıkrasında belirtilen tedbirlerin

alınması hususunda bu kişilerle müştereken sorumlu olup kendi kurum veya kuruluşunda bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır. Ayrıca veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamazlar. Bu yükümlülük, veri işleyen kişilerin görevden ayrılmalarından sonra da devam eder. Bu bağlamda veri sorumlularının yükümlülükleri bakımından bunların Sicile kayıtlı olup olmamalarının bir önemi bulunmamakta olup dava konusu kural, ilgili kişinin haklarını korumak üzere oluşturulan icrai mekanizma ve özel tedbirleri ortadan kaldıran veya zedeleyen bir düzenleme şeklinde değerlendirilemez. Dolayısıyla kuralla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge kurulduğundan ve veri sorumlularının yükümlülükleri de ortadan kaldırılmadığından kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

131. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

132. Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

133. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

İ. Kanun'un 24. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan *"Kurulca gerekli görülenlerin..."* İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

134. Dava dilekçesinde özetle, Kurulun gerek görmemesi hâlinde kararlarının yayımlanmamasına olanak sağlayan kuralın başvurucu kişi ve kamuoyu bakımından belirsizlik yarattığı, Kurula yapılan başvurular arasında ayırım yapıldığı, bu ayrıma dair objektif kriterlerin belirlenmediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

135. Dava konusu kuralın yer aldığı maddenin (3) numaralı fıkrasında Başkanın görevleri sayılmıştır. Bu görevlerden biri de fıkranın (b) bendinde

"Kurul kararlarının tebliğini ve Kurulca gerekli görülenlerin kamuoyuna duyurulmasını sağlamak ve uygulanmalarını izlemek" şeklinde belirlenmiştir. Fıkrada yer alan *"Kurulca gerekli görülenlerin"* ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

136. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

137. Dava konusu kuralda, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından verilen kararlardan Kurulca gerekli görülenlerin Başkan tarafından kamuoyuna duyurulması öngörülmektedir. Dolayısıyla Kurul tarafından gerekli görülmeyen kararlar kamuoyuna duyurulmayacaktır.

138. 6698 sayılı Kanun'un Kurulun çalışma esaslarının düzenlendiği 23. maddesinde Kurulun toplantı günlerini ve gündemini Başkanın belirleyeceği, Başkanın gereken hâllerde Kurulu olağanüstü toplantıya çağırabileceği, Kurul toplantılarındaki görüşmelerin gizli olduğu, Kurulda görüşülen işlerin tutanağa bağlanacağı ve Kurulun gerekli gördüğü kararları kamuoyuna duyuracağı, Kurulun çalışma usul ve esasları ile kararların yazımı ve diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda Kurulca kamuoyuna duyurulacak kararların söz konusu yönetmelikteki usul ve esaslara göre yapılacak çalışma çerçevesinde belirleneceği dikkate alındığında kuralın belirsiz olduğundan söz edilemez.

139. Öte yandan dava dilekçesinde Kurula yapılan başvurular arasında ayrım yapıldığı ve bu ayrıma dair objektif kriterlerin belirlenmediği ifade edilmişse de kuralla, verdiği kararların hangilerinin kamuoyuna duyurulacağını belirleme konusunda Kurula yetki verildiği anlaşılmaktadır.

Zira Kanun'un 22. maddesinde Kurulun görev ve yetkileri düzenlenmekte olup bu görev ve yetkilerin bir kısmının idari işleyiş ve yönetime ilişkin olması karşısında Kurulca verilen tüm kararların kamuoyuna duyurulmasında kamu yararı olduğu söylenemez. Bu bağlamda kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğunda kuşku yoktur. Dolayısıyla kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

140. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

J. Kanun'un 28. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) ve (ç) Bentlerinin İncelenmesi

1. (a) Bendinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

141. Dava dilekçesinde özetle, sadece aynı konutta yaşamanın bir başkasının kişisel alanına müdahale edilebileceği anlamına gelmediği, özel yaşamın sadece aile yaşamı veya konut mahremiyeti olmadığı, kişisel özerkliğin özel yaşama saygı kapsamındaki güvencelerin yorumlanmasında önemli bir ilke olduğu, aynı konutta yaşayan bireyler kapsamında eşler, eşlerin üstsoyu, evlilik birliği içinde veya dışında doğan veya evlat edinilen yahut koruyucu aile olarak bakımı üstlenilen çocukların da olabileceği, özel yaşamın gizliliği konusunda özellikle çocuklar ve korunmasız bireylerin etkili bir şekilde korunma hakkına sahip olduğu, velayet ilişkisinin çocuğun varlığını, onurunu, maddi ve manevi bütünlüğünü ortadan kaldıran bir hukuki müessese olmadığı, çocukların kişisel verilerinin işlenmesi öncesinde yaşları ve gelişim durumlarına göre uygun kapsam ve yöntemlerle bilgilendirilmeleri ve açık rızalarının alınmasının gerektiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 20., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

142. Dava konusu kuralın yer aldığı maddede 6698 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hâller hüküm altına alınmıştır. Dava konusu kuralla kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından

tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi hâlinde 6698 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmaktadır.

143. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı güvence altına alınmıştır.

144. Anayasa'nın 41. maddesinde *"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."* denilmektedir.

145. Anayasa'nın 41. maddesinde aile Türk toplumunun temeli olarak tanımlanmış, ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş ve devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Böylece aile kurumuna anayasal koruma sağlanmıştır. Bu düzenlemeyle eşler ve çocuklardan oluşan ailenin birlik ve bütünlüğünün korunması amaçlanmaktadır. 41. maddeye 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la eklenen dördüncü fıkrada da devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle *"Ailenin korunması"* şeklindeki madde başlığı *"Ailenin korunması ve çocuk hakları"* şeklinde değiştirilip maddeye çocukların korunması konusu da eklenerek çocukların temel hakları vurgulanmış ve devletin çocukları koruyucu tedbirleri alacağı belirtilmiştir.

146. Dava konusu kuralla kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklere uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi hâlinde 6698 sayılı Kanun'da yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile bir kişinin gerek kendi gerekse aynı konutta birlikte oturduğu aile fertlerine ilişkin kişisel verileri

işlemesinin, söz konusu birlikte yaşamanın doğal ve zorunlu bir sonucu olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca dava konusu kuralın söz konusu hakların kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlandığı da söylenemeyeceğinden hakkın özüne dokunmadığı açıktır. Bu nedenle değerlendirilmesi gereken husus bu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır.

147. Dava konusu kuralla, kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında kişisel verilerin işlenmesi hâlinde 6698 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre eşler ve çocuklardan oluşan aile fertlerinin, kendileriyle veya diğer aile fertleriyle ilgili olarak 4721 sayılı Kanun'da veya diğer kanunlarda belirtilen faaliyet ve yükümlülükleri olabileceği gibi günlük hayatın akışı içinde gerçekleştirilecek faaliyetleri de olabilir. Bu faaliyet ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi ise söz konusu aile fertleriyle ilgili bazı kişisel verilerin işlenmesini gerektirebilir. Kanun koyucunun kuralla takdir yetkisi kapsamında gerçek kişilerin kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili söz konusu faaliyet ve yükümlülüklerin sıklık ve yoğunluk derecesini de dikkate alarak bunlarla ilgili veri işleme prosedürünü kolaylaştırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında tanınan dava konusu istisnanın başta çocuklar olmak üzere aile fertlerinin özerk varlığını, onurunu, maddi ve manevi bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaçlayan ya da bu amaca matuf bir hukuki müessese olmadığı aksine Anayasa'nın 41. maddesi ve başta 4721 sayılı Kanun olmak üzere diğer kanunlardan kaynaklanan aile fertleriyle ilgili hukuki faaliyet ve yükümlüklerin tam ve zamanında yerine getirilebilmesi suretiyle ailenin ve özellikle çocukların korunmasını sağlamaya yönelik olduğu açıktır.

148. Öte yandan anne ve babaların, çocukları üzerinde velayet hakkını yerine getirirken 4721 sayılı Kanun'dan kaynaklanan yükümlülüklere uygun hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. 4721 sayılı Kanun'da çocukların korunması ve yetiştirilmesine ilişkin söz konusu yükümlülüklere aykırı hareketlerin hukuki sonuçlarına ilişkin hükümlere yer verildiği gibi

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yer alan ilkeler uyarınca çocuğun haklarının korunması konusunda da ayrıntılı düzenlemeler hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda kuralla sınırlama yapılırken ilgili kanunlarda sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği de görülmektedir. Dolayısıyla kuralla ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge kurulduğu de dikkate alındığında kuralın demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesine aykırı bir yönü bulunduğu söylenemez.

149. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

150. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

2. (ç) Bendinin İncelenmesi

a. İptal Talebinin Gerekçesi

151. Dava dilekçesinde özetle, önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetlerin geniş ve belirsiz bir kavram olarak idarenin keyfî uygulamalarına yol açabilecek nitelikte olduğu, bu istisnalar kapsamına giren konularda kamu kurumlarının hangi hâllerde veri toplayacağı ve işleyeceğinin sayılması ve sınırlandırılması gerektiği, kuralın kişilerin özel yaşamlarının gizliliği hakkının özüne dokunduğu, hakkın kullanımını olanaksız hâle getirdiği, belirlilik ilkesine aykırı olduğu, sınırları belirsiz şekilde bireylerin özel yaşamlarının gizliliğine doğrudan bir müdahale niteliğinde olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

152. Dava konusu kuralda 6698 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hâllerden biri olarak kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi sayılmaktadır.

153. Kişisel verilerin korunması hakkı sınırsız olmayıp Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırları 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 de kabul edilmektedir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkının Anayasa'da Devlete bir görev olarak yüklenen millî güvenliğin ve kamu düzeninin sağlanması ile suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarıyla sınırlandırılması mümkündür.

154. Ancak bu sınırlama yapılırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

155. Nitekim 108 sayılı Sözleşme'nin 9. maddesinde de devlet güvenliği, kamu güvenliği, devletin ekonomik menfaatlerinin korunması ve suçlarla mücadele edilmesi, ilgilinin veya üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması ile verilerin istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanılması durumlarında kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir. AİHM de işe alınırken gizli bir polis dosyasında yer alan daha önceki sendikal faaliyetlerine ilişkin verilerin saklanması ve kullanılması hakkında yapılan bir başvuruda demokratik bir toplumda istihbarat servislerinin varlığının ve verilerin saklanmasının yasalara uygun olabileceğini, meşru menfaat başka bir deyişle suç işlenmesinin önlenmesi ya da ulusal güvenliğin korunması amaçlarını gözetmesi koşuluyla vatandaşların menfaatlerinin önüne geçebileceğini belirterek söz konusu müdahaleyi demokratik bir toplumda ulusal güvenlik gibi devlete geniş bir takdir yetkisi tanıyan bir konuda ağır basan sosyal ihtiyacı da göz önüne alarak AİHS'ne aykırı görmemiştir (*Leander/İsveç,* B. No: 9248/81, 23.3.1987).

156. Kuralın yer aldığı madde gerekçesinde kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya

ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesinin istisna olarak düzenlendiği; buna göre Millî İstihbarat Teşkilatı ile diğer istihbarat birimlerinin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini ve ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik faaliyetler kapsamında işlediği verilerin Kanun kapsamı dışında tutulduğu; aynı şekilde suç gelirlerinin aklanması, terörizmin finansmanının önlenmesi ve mali suçların araştırılması konusunda yetkili birim tarafından yürütülen faaliyetler kapsamında işlenen verilerin de bu istisna kapsamında olduğu, bu konulardaki yetkili birimin millî savunmayı, millî güvenliği kamu güvenliğini, kamu düzenini ve ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olmak üzere mali araştırma yapmak, mali istihbarat elde etmek ve üretmek, veri toplamak, şüpheli işlem bildirimleri ve diğer bildirimleri almak, analiz etmek, değerlendirmek, inceleme yapmak ve ilgili kurumlarla paylaşmak suretiyle işlediği verilerin de 6698 sayılı Kanun kapsamı dışında tutulduğu ifade edilmektedir.

157. Kuralla millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak görev ve yetki verilmiş olan kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülecek önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında kişisel verilerin işlenmesinde 6698 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmaktadır. İşlenecek bu bilgiler arasında özel hayatın gizliliği kapsamında kalacak bilgiler ve kişisel veriler de bulunabileceğinden kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına sınırlama getirildiği açıktır. Ancak bu sınırlama, Anayasa'da devlete verilen görevlerin gereği olarak millî güvenliğin, kamu düzeninin ve suç işlenmesinin önlenmesini sağlamak amacıyla yapıldığından demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

158. Kuralda yer alan *"önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler"*, *"millî savunma"*, *"millî güvenlik"*, *"kamu güvenliği"*, *"kamu düzeni"*, *"ekonomik güvenlik"* ibarelerinin soyut ve genel kavramlar olması kuralın belirsiz olduğu anlamına gelmemekte, bu durum kanun yapma tekniğinin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira yasa kurallarının genel ve soyut olması; somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle kuralın amaca uygun sonuca

ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

159. Öte yandan 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu gibi ilgili kuruluş kanunlarında görev ve yetki verilmiş polis teşkilatı ve MİT gibi veya 4208 sayılı Kanun'la kurulan, görev ve yetkileri 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun ile yeniden belirlenen Malî Suçları Araştırma Kurulu (MASAK) gibi kamu kurum ve kuruluşlarının dava konusu kuralda yer alan millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini ve ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilen kamu kurum ve kuruluşları olduğu açıktır. Bu kanunlarda, söz konusu kamu kurum ve kuruluşlarının görev ve yetkileri ayrıntılı şekilde düzenlenmiş ve bu düzenlemelerde söz konusu görevlerin Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını oluşturmak veya suç gelirlerinin aklanmasının önlenmesini sağlamaya yönelik olduğu belirtilerek bu kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülecek önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler de düzenlenmiştir. Bu bağlamda dava konusu kuralla düzenlenen "*önleyici*, *koruyucu* ve *istihbari*" faaliyetlerin ilgili kuruluş kanunlarında veya diğer kanunlarda kapsam, sınır ve içeriklerinin ayrıntılı şekilde düzenlenmesi karşısında söz konusu faaliyetlerin kapsamının belirsiz olduğu söylenemez.

160. Ayrıca söz konusu kurum ve kuruluşların yetki ve sorumlulukları ile bunlara aykırı davranılması hâlinde öngörülen cezai yaptırımlar ilgili kanunlarda ayrıntılı şekilde düzenlendiği gibi 5237 sayılı Kanun'un 136. maddesi uyarınca da kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla dava konusu kural kapsamında elde edilecek bilgilerin amacı dışında kullanılmasını önleyecek ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin sağlandığı görülmektedir. Bu bağlamda ilgili kanunlarda sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verildiği ve yeterli korumanın da sağlandığı dikkate

alındığından dava konusu kurallarla kişisel verilerin korunması hakkına getirilen sınırlamaların özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkının özünü zedelenmediği gibi bu haklar ile ülkede millî güvenliğin sağlanmasına yönelik önlemler arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir. Dolayısıyla dava konusu kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına getirilen sınırlamanın söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

161. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

162. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

K. Kanun'un 30. Maddesinin (7) Numaralı Fıkrası ile Değiştirilen 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. Maddesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

163. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralların kişilerin sağlık hizmeti almaktan imtina etmesine neden olabileceğinden sağlık hakkına ve yaşam hakkına bir müdahale niteliğinde olduğu, kişilerin sağlıkla ilgili bilgilerinin kamu yararı bulunan bazı durumlar dışında devletten dahi gizli tutulmasını isteme hakkı bulunduğu ancak kuralla geniş şekilde sayılan amaçların kamu sağlığını korumayı aşacak nitelikte olduğu, sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacının yerine getirebilmesi için bireylerin her türlü verisinin işlenmesine ihtiyaç bulunmadığı, Sağlık Bakanlığının topladığı her türlü kişisel veriyi üçüncü kişilere aktarması hususunun sadece 6698 sayılı Kanun'daki düzenlemelere tabi olduğu ancak Kanun'daki düzenlemelerin kişilerin açık rızasının alınmasına gerek duyulmayacak şekilde ve kapsamı geniş tutulan istisnalar şeklinde düzenlendiğinden her türlü kişisel verinin üçüncü kişilere aktarılabileceği, kurulacak sistemin üçüncü kişilere kişisel verilere erişim imkânı yarattığı, bu durumun özellikle kadın üzerinde toplumsal baskı yaratacağı, töre ve namus cinayetlerine zemin hazırlayacağı, oluşturulacak merkezî sisteme kimler tarafından erişilebileceğinin belirsiz olduğu, yetkili kılınacak sağlık personeli bakımından sınırlama yapılmadığı, kişinin

doktorunun bu verilere erişmesi hedeflenmiş olsa da kurulan merkezî sistemin bu amacı ve kastı aştığı, merkezî sistemin güvenliği ve güvenilirliği ile ilgili standartların Kişisel Verileri Koruma Kurulunun belirlediği ilkelere uygun olarak Sağlık Bakanlığınca belirlenmesi ile Sağlık Bakanlığı'nın kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması için gerekli tedbirleri almasına ilişkin düzenlemesinin belirsiz olduğu, Kurulun çoğunluğunun yürütme tarafından oluşturulan bir yapı olduğu, belirlenecek ilkelerin yürütmenin çoğunlukta olduğu bu yapı tarafından belirlenmesinin keyfîliğe yol açabileceği, kuralların uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu, yönetmelikle düzenleneceği öngörülen kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, güvenliği ve kapsamı belirli olmayan ilgili diğer hususların neler olduğunun kanun ile belirlenmesinin zorunlu olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 17., 20., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

164. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 5. ve 7. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

165. Dava konusu kuralların yer aldığı 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının teşkilat, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenlemektedir. KHK'nın 2. maddesine göre Bakanlığın görevi; herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamaktır. Bu kapsamda Bakanlık halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi, uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesinin önlenmesi, sağlık eğitimi ve araştırma faaliyetlerinin geliştirilmesi, sağlık hizmetlerinde kullanılan ilaçlar, özel ürünler, ulusal ve uluslararası kontrole tabi maddeler, ilaç üretiminde kullanılan etken ve yardımcı maddeler, kozmetikler ve tıbbi cihazların güvenli ve kaliteli bir şekilde piyasada bulunması, halka ulaştırılması ve fiyatlarının belirlenmesi, insan gücünde ve maddi kaynaklarda tasarruf sağlamak ve verimi artırmak, sağlık personelinin ülke sathında dengeli dağılımını sağlamak ve bütün paydaşlar arasında iş birliğini gerçekleştirmek suretiyle yurt sathında eşit, kaliteli ve verimli hizmet sunumunun sağlanması, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile gerçek kişiler tarafından açılacak sağlık kuruluşlarının ülke sathında planlanması

ve yaygınlaştırılması ile ilgili olarak sağlık sistemini yönetir ve politikaları belirler.

166. Bakanlık, bu amaçları gerçekleştirmek üzere strateji ve hedefleri belirler; planlama, düzenleme ve koordinasyon, uluslararası ve sektörler arası iş birliği, rehberlik, izleme, değerlendirme, teşvik, yönlendirme ve denetleme yapar, müeyyide uygular, acil durum ve afet hâllerinde sağlık hizmetlerini planlar ve yürütür, bölgesel farklılıkları gidermeye ve herkesin sağlık hizmetine erişimini sağlamaya yönelik tedbirler alır, ilgili kurum ve kuruluşların insan sağlığını doğrudan ve dolaylı olarak etkileyen faktörler ve sosyal belirleyicilerle ilgili uygulamalarına ve düzenlemelerine yön verir, bunu teminen gerekli bildirimleri yapar, görüş bildirir ve müeyyide uygular, görevin ve hizmetin gerektirdiği her türlü tedbiri alır.

167. Dava konusu kuralların yer aldığı 663 sayılı KHK'nın 47. maddesinde sağlık hizmetine ilişkin kişisel veriler hakkında bilgi toplama, işleme ve paylaşma yetkisi düzenlenmiştir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında sağlık hizmeti almak üzere kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verilerin işlenebileceği, (2) numaralı fıkrasında ise sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması; koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetlerin hesaplanması amacıyla Bakanlığın bu fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebileceği ve bu verilerin, Kişisel Verilerin Korunması Kanununda öngörülen şartlar dışında aktarılamayacağı öngörülmektedir.

168. Anayasa'nın 20. maddesinde belirtildiği üzere kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre özel nitelikli kişisel verilerden olan kişilerin sağlığı ile ilgili verilerin kural olarak ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Maddenin (3) numaralı fıkrasına göre özel nitelikli kişisel veriler kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir, cinsel hayata ve sağlığa ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık

hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Kanun koyucunun dava konusu kurallarla kişisel verilerin korunması hakkında genel kanun niteliğinde olan 6698 sayılı Kanun'da belirtilen hükümleri Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının teşkilat, görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen özel kanun niteliğindeki 663 sayılı KHK'da da benzer şekilde düzenlemek suretiyle uygulamada ortaya çıkabilecek sıkıntıları önlemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

169. Diğer taraftan 108 sayılı Sözleşme'nin 9. maddesinde, maddede belirtilen bazı hâllerde kişisel verilerin korunmasına sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiştir. 95/46/EC sayılı Direktif'in 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da veri işlemenin önleyici hekimlik, tıbbi teşhis, tıbbi yardım veya bakım ya da sağlık hizmetlerinin idari olarak yürütülmesi için gerekli olması ve bu verilerin ya sağlık personeli veya sağlık personeli gibi sır saklama yükümlülüğüne tabi kişiler tarafından işlenmesi mümkün kılınmıştır. Maddede ayrıca üye devletlerin uygun önlemleri almak koşuluyla kamu yararı için başka istisnalar da belirleyebileceği belirtilmiştir.

170. Dava konusu kurallarla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına sınırlama getirildiği şüphesizdir. Kurallarla her ne kadar söz konusu haklara müdahalede bulunulmuş ise de kuralların sadece sağlık hizmeti almak üzere müracaat edenlerin sağlık hizmetlerinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya kendilerine verilen hizmete ilişkin kişisel verilerin işlenebilmesini düzenlediği dikkate alındığında dava konusu kurallarla getirilen sınırlamanın söz konusu hakların kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlandığı söylenemeyeceğinden hakkın özüne dokunmadığı açıktır. Bu nedenle değerlendirilmesi gereken husus bu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır.

171. Sağlık hizmetlerinin yerine getirilebilmesi, hasta takip sisteminin iyi bir şekilde işleyebilmesi ve hastaların sağlık hizmetlerinden en iyi şekilde yararlanabilmesi için söz konusu verilerin kamu veya özel sağlık kuruluşları ile sağlık mesleği mensupları tarafından işlenmesi gerektiği açıktır. Ayrıca söz konusu verilerin Bakanlık tarafından işlenmesinin Bakanlığın 663

sayılı KHK'da belirtilen sağlık hizmetleriyle ilgili strateji ve hedefleri belirlemek, planlama, düzenleme ve koordinasyon yapmak, acil durum ve afet hâllerinde sağlık hizmetlerini planlamak ve yürütmek, bölgesel farklılıkları gidermeye ve herkesin sağlık hizmetine erişimini sağlamaya yönelik tedbirler almak, ilgili kurum ve kuruluşların insan sağlığını doğrudan ve dolaylı olarak etkileyen faktörler ve sosyal belirleyicilerle ilgili uygulamalarına ve düzenlemelerine yön vererek bunu temin için gerekli bildirimleri yapmak, görüş bildirmek ve müeyyide uygulamak gibi görev, yetki ve sorumluluklarını yerine getirmesi bakımından da gerekli olduğunda kuşku yoktur.

172. Anayasa'nın 5. maddesi insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Devlet, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmeleri ve sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri amacıyla yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri almak zorundadır. Ayrıca Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak sağlık hizmetlerinin sunumunda yüklediği pozitif yükümlülük kapsamında devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerinde öngörülen kişilerin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile sağlık hakkından yararlanma konusunda en geniş ölçekli uygulamaların gerçekleştirilmesi gerekir. Kişiler için bir hak olan sağlık hizmetinden yararlanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılması ve bu hizmetin daha iyi bir şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınması devletin Anayasa'dan kaynaklanan bir ödevidir. Dolayısıyla Anayasa'da devlete verilen görevlerin gereği olarak kişilerin sağlıklı bir şekilde yaşam sürdürmeleri için genel sağlığın korunması amacıyla düzenlenen dava konusu kurallar demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

173. Öte yandan 6698 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre Kanun hükümleri, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanır. Dolayısıyla dava konusu kurallar kapsamında sağlık verilerinin işlenmesi bakımından 6698 sayılı Kanun'da yer alan tüm ilke ve

kurallar ile güvencelere uyulması zorunlu olup Kanun'da yer alan kişisel verilerin işlenme şartlarına, aktarılmasına, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğüne, veri güvenliğine ilişkin kurallar uygulanacaktır. Aksi hâlde Kanun'un 17. maddesinde yer alan kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 5237 sayılı Kanun'un 135 ila 140. maddeleri hükümleri uygulanacak ve Kanun'un 7. maddesi hükmüne aykırı olarak kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanun'un 138. maddesine göre cezalandırılacaktır. Kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına verme, yayma veya ele geçirme suçu ise 5237 sayılı Kanun'un 136. maddesi uyarınca cezalandırılacaktır. Bu bağlamda dava konusu kurallar kapsamında işlenecek verilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgilerin ve kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencelerin sağlandığı görülmektedir. Dava konusu kurallarda kişisel verilerin korunması hakkına sınırlama getirilirken Kanun'da sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere de yer verildiği, böylece hem özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarının özünün zedelenmesinin önlendiği, hem de bu haklar ile ülkede genel sağlığın sağlanmasına yönelik önlemler arasındaki makul dengenin kurulduğu görülmektedir.

174. Dolayısıyla dava konusu (1) ve (2) numaralı fıkralarda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının özüne dokunan ya da bu hakkı ölçüsüz şekilde sınırlandıran bir husus bulunmamaktadır. Kurallarla söz konusu verileri işleme yetkisinin amacı ve faaliyet alanı belirlenmiş ve bu şekilde kamu yararı ile özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları arasında adil bir denge kurulmuştur. Bu nedenle dava konusu kurallarda öngörülen sağlık verilerinin işlenmesi yetkisinin ölçülülük ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

175. Maddenin (3) numaralı fıkrasında Bakanlığın ikinci fıkra gereğince toplanan ve işlenen kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistem kuracağı; (4) numaralı fıkrasında, üçüncü fıkraya göre kurulan sistemlerin güvenliği ve güvenilirliği ile ilgili standartların Kişisel Verileri Koruma Kurulunun belirlediği ilkelere uygun olarak Bakanlıkça belirleneceği, Bakanlığın bu Kanun uyarınca elde edilen kişisel sağlık verilerinin güvenliğinin sağlanması

için gerekli tedbirleri alacağı, bu amaçla sistemde kayıtlı bilgilerin hangi görevli tarafından ne amaçla kullanıldığının denetlenmesine imkân tanıyan bir güvenlik sistemi kuracağı; (5) numaralı fıkrasında ise sağlık personeli istihdam eden kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişileri ve gerçek kişilerin istihdam ettiği personeli ve personel hareketlerini Bakanlığa bildirmekle yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır.

176. Dava konusu kurallarla kanun koyucunun KHK'nın 47. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları gereğince toplanan ve işlenen kişisel verilere, ilgili kişilerin kendilerinin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimlerini sağlayacak bir sistemin kurulması ile kurulacak bu sistemin güvenliği ve güvenilirliğinin sağlanmasına yönelik ilke ve tedbirlerin belirlenmesi suretiyle özel nitelikli kişisel veri kategorisindeki sağlık verilerini daha özel olarak koruma altına almayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, kamu yararı amacıyla sağlığa ilişkin kişisel verilerin korunmasının önemini dikkate alarak bu verilerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik olarak düzenlediği anlaşılan dava konusu kuralların Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

177. AİHM'nin kararlarında da kişisel sağlık verilerine izinsiz erişilmesine karşı etkin ve somut bir korumanın önemi vurgulanarak kamu kurumları ve devletin bu verilerin gizliliğini güvence altına alabilmek için kişisel verileri koruyacak kuralları yürürlüğe koyma ve gerekli güvenceleri sağlama yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmiş ve kişisel sağlık verilerini saklamakta başarısız olunması veya bu bilgilere erişime engel olacak güvenli ve sağlam bir sistem kurulamamasının AİHS'nin ihlali olarak değerlendirildiği görülmektedir. (*I/Finlandiya*, B.No: 20511/03, 17.07.2008).

178. Maddenin (6) numaralı fıkrasında kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, güvenliği ve maddenin uygulanması ile ilgili diğer hususların Bakanlıkça yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

179. Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına 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 mümkün değildir. Anayasa'nın 20. maddesinde kişisel verilerin

ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği öngörülmüştür.

180. 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, kanunla düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz ve yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

181. Maddenin (1), (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarında sağlık hizmetinin gereği olarak verilmesi zorunlu kişisel verilerin işlenmesi ve güvenliğine ilişkin genel çerçevenin belirlendiği; hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir olduğu ve kamu otoritelerinin keyfî 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 kuralın belirsiz olduğu söylenemeyeceği gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

182. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 7., 13., 17., 20. ve 56. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

183. Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

184. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

185. Dava dilekçesinde özetle iptali istenen kuralların Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu ve yürürlüklerinin durdurulmaması hâlinde hukuk

devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararların ortaya çıkacağı belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun;

A. 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan *"…veya işlendikleri amaç için gerekli olan…"* ibaresine,

B. 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c), (ç), (e) ve (f) bentlerine,

C. 6. maddesinin;

1. (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…mezhebi,…"* ve *"…kılık ve kıyafeti…"* ibarelerine,

2. (3) numaralı fıkrasına,

D. 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasına,

E. 8. maddesinin (3) numaralı fıkrasına,

F. 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasına,

G. 13. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

H. 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç…"* ibaresine,

I. 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesine,

J. 24. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"... Kurulca gerekli görülenlerin…"* ibaresine,

K. 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (ç) bentlerine,

L. 30. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesine

yönelik iptal talepleri, 28.9.2017 tarihli, E.2016/125, K.2017/143 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra, bent, cümle ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 28.9.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

24.03.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun;

A. 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan *"…veya işlendikleri amaç için gerekli olan…"* ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c), (ç), (e) ve (f) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 6. maddesinin;

1. (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…mezhebi,…"* ve *"…kılık ve kıyafeti…"* ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 8. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

F. 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

G. 13. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

H. 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

I. 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

J. 24. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"... Kurulca gerekli görülenlerin…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

K. 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (ç) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

L. 30. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

28.9.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

A. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. Maddesinin Üçüncü Fıkrası Yönünden

1. Dava konusu kural, cinsel hayata ve sağlığa ilişkin kişisel verilerin ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceğini düzenlemektedir.

2. Devletin kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi amaçlarıyla bazı verilere ihtiyaç duyması ve bunun için ilgili kişilerin açık rızasını aramaması bir an için kabul edilebilir olsa bile aynı şeyi sağlık hizmetleri ile finansmanının

planlanması ve yönetimi amaçları doğrultusunda kişilerin sağlık ve cinsel hayatlarına ilişkin hassas kişisel verilerin açık rıza olmadan işlenmesi için söyleyemeyiz.

3. Cinsel hayata ve sağlığa ilişkin özel nitelikli hassas veriler kişinin özel hayatına ait en mahrem bilgileri de içerdiğinden bunların ancak açık rıza ile işlenmesi gerekmektedir. Kişiler, bu tür bilgilerin kendi rızaları dışında kaydedilmesinden, toplanması, aktarılması ve işlenmesinden endişe duyarak bazı temel hak ve hürriyetlerini kullanmaktan kaçınabilecekleri gibi sağlık hizmeti almakta tereddüt yaşayabilirler.

4. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" denilerek özel hayatın gizliliği güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı hükme bağlanarak kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

5. Cinsel hayata ve sağlığa ilişkin özel nitelikli hassas kişisel verilerin işlenmesinde temel ilke ilgilinin açık rızasının bulunmasıdır. İptali istenen kuralla bu kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği hâller belirtilmek suretiyle yukarıda ifade edilen temel ilkeye istisna getirilmiştir. Özel nitelikli hassas kişisel veri olduğundan en küçük şüphe duyulmayan sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin belirtilen hallerde ilgilinin açık rızası olmadan işlenebileceğini düzenleyen kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına bir müdahalede bulunulmaktadır.

6. Bu müdahale söz konusu hakların kullanılmasını son derece zorlaştırmadığı veya onları kullanılamaz hale getirmediğinden hakkın özüne dokunmamakla beraber, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

7. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın ölçülülük ilkesine uygun şekilde, yasayla sınırlandırılabileceği belirtilmektedir. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından *gerekli* olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir *oran* içinde bulunmamasını ifade eder. Burada kısıtlama için kullanılan araçla amaç arasında hak ve özgürlüğü en az sınırlayacak dengeli bir orantı aranmaktadır.

8. Elverişlilik ölçütüne göre bir yasal düzenlemenin sınırlama amacı bakımından elverişli sayılması için bu düzenlemenin arzulanan amaca katkı yapması gerekmektedir. İncelediğimiz kural bu niteliği kısmen taşımaktadır. Gereklilik ise bir temel hakkı en az sınırlayan aracın seçilmesini gerektirmekle birlikte dava konusu kuralın, hakkı en az sınırlayan yumuşak bir araç olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü söz konusu kural, çok geniş ve adeta sınırsız bir çerçeveyi kapsayarak bireyin neredeyse her türlü özel nitelikli hassas sağlığa ve cinsel hayata ilişkin kişisel verisinin toplanması, aktarılması ve işlenmesini kapsamı dâhilinde görmektedir.

9. Kuralın, Anayasa'nın amir hükümleri gereğince genel sağlığın korunması amacına dönük olarak kamu yararı taşıdığı açıktır ancak kuralın özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları ile toplum sağlığının korunmasına yönelik önlemler arasındaki makul bir denge kurmayarak, birincisini ikincisine feda ettiğini ifade etmek mümkündür.

10. Özel hayatın gizliliği ve bu kapsamda özel nitelikli hassas kişisel verilerin korunması konusu her şeyden önce insan onuruna saygı ve kişilik haklarına dayanmaktadır. Bu hak, kişinin saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini mümkün kılan şeref ve haysiyet, özel yaşam ve sağlık gibi kişisel değerler üzerindeki çıkarlarını belirterek, bireye kişiliğini dilediği şekilde, serbestçe geliştirebileceği, kendisi ve sevdikleriyle bir arada olabileceği özerk bir yaşam alanına sahip olma şansı vermektedir. Bu alanda birey, maddi ve manevi kişiliğini geliştirmek ve başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların güvence altına alınmasını istemek hakkına sahiptir.

11. Kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi sırasında bireyin bu veriler üzerindeki hakkı, onun devlet veya üçüncü kişiler tarafından sıradan bir veri

nesnesine indirgenmesini önlemek amacını taşımaktadır. Sağlık ve cinsel hayatla ilgili özel nitelikli hassas kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmadan toplanması, işlenmesi ve aktarılması, kişinin basit bir veri nesnesi olarak değerlendirilmesine yol açtığından insan haysiyetini zedelemektedir. Bireyin, ahlaki ve toplumsal kişiliğinin gelişiminde ve diğer insanlarla olan ilişkilerini düzenlemede önemli bir kavram olan mahremiyetin ihlali insan haysiyetinin ve kişiliğinin ihlali anlamına gelmektedir.

12. Hassas kişisel verilerin korunması kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine imkân tanıyarak, bireyin hayatını kendi özgür iradesiyle düzenlemesine katkı sağlamaktadır. Bireyin özel nitelikli hassas kişisel verileri üzerindeki hakkı yeteri kadar korunmazsa, kişiliğini serbestçe geliştirmesi zora gireceğinden, özgür iradeleriyle yaşamlarını biçimlendiren bireylerden oluşan demokratik bir toplum düzeninin ortaya çıkması ve korunması da güçleşecektir.

13. Anayasa'nın 20. maddesinde kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmekle beraber dava konusu kural sağlık ve cinsel hayatla ilgili özel nitelikli hassas kişisel verilerle ilgili olduğundan bunların toplanması, aktarılması ve işlenmesinde ilgili kişinin açık rızasının aranmaması demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık taşımaktadır. *"Kanunda öngörülen haller"* ibaresi her türlü kişisel verinin rıza olmadan işlenmesine imkân tanıyan açık bir çek olarak yorumlanmamalıdır.

14. Sonuç olarak kuralın Anayasa'nın 20. ve 13. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle karara muhalif kalınmıştır.

B. Kanun'un 16. Maddesinin İkinci Fıkrasının İkinci Cümlesi Yönünden

1. İptali istenen kuralın yer aldığı maddede Kurulun gözetiminde, Başkanlık tarafından kamuya açık olarak Veri Sorumluları Sicili tutulacağı ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorunda olduğu hüküm altına alınmıştır. Dava konusu kural ise işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri

işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebileceğini öngörmektedir.

2. Kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiler veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline Kaydolmak Zorundadır. Bu sicil kişisel verilerin kimler ve hangi kuruluşlar tarafından işlendiğini gösteren bir listedir. Getirilen istisna sayesinde kuruluş kanunu ile kendisine kişisel verileri toplama yetkisi verilen kurumlar kişisel verileri toplarken kanunda düzenlendiği gerekçesiyle kişinin açık rızasını aramadan da bu işlemlerini yapabilecektir.

3. Birey kişisel verisinin kim tarafından işlendiğini görmek için veri sorumluları siciline bakmak istediğinde kanundan kaynaklanan istisnai düzenlemeden yararlanılması durumunda bunu öğrenemeyeceği gibi listede yer almayan veri sorumlusunun kişisel verileri üçüncü kişilere aktarıp, aktarmadığını da bilemeyecektir.

4. Kuralla getirilen istisna kişisel verileri işlenen kişiyi korumasız hâle getirdiğinden hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık taşıdığı düşüncesindeyim.

C. Kanun'un 30. Maddesinin (7) Numaralı Fıkrası ile Değiştirilen 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. Maddesinin Birinci, İkinci ve Üçüncü Fıkraları Yönünden

Dava konusu kuralın birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının yukarıda (**A**) başlığı altında yazılan gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

KARŞI OY GEREKÇESİ

I. 24.3.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları" başlıklı 6 ncı maddesinin, iptal istemine konu (1) numaralı fıkrasında yer alan **"… mezhebi…"** ve **"…kılık ve kıyafeti…"** ibarelerinin, fıkrada yer alan diğer unsurlarla birlikte **"özel nitelikli (hassas) veri"** olarak kabul edildiği, gerek madde metninden, gerek madde gerekçesinden anlaşılmaktadır. Kanun'un 6 ncı maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkra metinlerinden, kişilerin "mezhebi" ve "kılık ve kıyafeti"nin, kendilerinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği gibi bir anlam çıkıyorsa da, maddenin yine iptal istemine konu (3) numaralı fıkrasında sayılan birçok durumda bu kurala istisna getirilmiş ve **"Kanunlarda öngörülen hallerde"** kişilerin "mezhebi" ile "kılık ve kıyafetinin" de işlenebileceği hükme bağlanmıştır. Her ne sebep ve gerekçeye dayanırsa dayansın, kişilerin "mezhebi" ile "kılık ve kıyafeti" gibi hassas verilerin bir şekilde işlenmesine (kaydedilmesi, başka kurum ve birimlerle paylaşılması, kategorize edilmesi vb.) imkân tanıyan yasal düzenlemenin Anayasa'nın 2., 20., 24. ve 25. maddeleri ile bağdaştırılmasına imkân yoktur. Toplumun hassas bir yönü olan işaret edilen hususların (verilerin) değil işlenmesi, kaydının tutulması dahi Anayasaya açık aykırılıkla malüldür. Ülkemizin yakın tarihine bakıldığında da, vahim toplumsal çatışmaların çıkmasına neden olan bir konunun "kişisel veri" olarak kabulü ve geniş istisnalar tanınarak işlenmesine imkân tanınmasının hukuk devleti kavramı ile de bağdaşır bir yönü bulunmamaktadır.

Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı "Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme"sinin, (1) numaralı fıkrasında "Dini veya felsefi inançları" **özel veri** kabul edilmiş; ancak metinde "mezhep" kavramına yer verilmemiş; istisnaları düzenleyen (2) numaralı fıkrasında da, bu özel verilerin işlenebileceği haller arasında, iptal istemine konu (3) numaralı fıkradaki gibi geniş bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Dolayısiyle, kuralın Avrupa Birliği ilkeleri ile uyumlu olduğundan da söz edilemez.

6 ncı maddenin iptal istemine konu (3) numaralı fıkrasında, yukarıda açıklandığı gibi hem "mezhep" ile "kılık ve kıyafet" gibi kişisel verilerin rahatça işlenmesine yol açacak istisna hükümlerine yer verilmiş, hem

de "sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin" bir çok halde (hemen hemen sağlık birimlerinin uygun göreceği her durumda) ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği ifade edilmiştir. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına, görevlerini yürütebilmeleri için gerekli olan bilgileri toplama, işleme, paylaşma yetkisi veren kuralın (663 sayılı KHK'nin 47. maddesinin 1, 2 ve 3 numaralı fıkralarının) iptali istemi ile açılan davada Anayasa Mahkemesi 4.12.2014 tarih ve E.2013/114, K.2014/184 sayılı kararında, şu gerekçeyle kuralların iptaline karar vermiştir: "…663 sayılı KHK'nın 47. maddesinin dava konusu (1) numaralı fıkrasıyla Bakanlık ve bağlı kuruluşlarına, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve daha hızlı biçimde yerine getirebilmeleri amacıyla bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, hizmetin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplama, işleme ve paylaşma yetkisi verilmektedir. Verilen yetkiyle özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına bir sınırlama getirildiği açık olup, bu sınırlama, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır… Ancak kuralda söz konusu kişisel bilgilerin 'her türlü vasıtayla' toplanmasına, işlenmesine ve paylaşılmasına izin verilmesi, **sınırlamayı, öngörülme amacının ötesinde kişisel bilgilerin gizliliğinin keyfi şekilde ihlâl edilmesi sonucunu doğurabilecek bir araca dönüştürmektedir. Bu ise** sınırlama aracıyla sınırlama amacı arasında bulunması gereken makul dengeyi bozmakta, **özel hayatın ve kişisel verilerin korunmasını isteme haklarına kuralda belirtilen sınırlama amacı dışında ölçüsüz bir şekilde müdahale edilebilmesine imkân tanımaktadır…** 47. maddenin dava konusu (2) numaralı fıkrasında da (1) numaralı fıkrada belirtilen yöntemlerle toplanan ve işlenen verilerin, ilgili üçüncü kişiler ile kamu kurum ve kuruluşlarıyla paylaşılması öngörüldüğünden, yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle bu düzenleme de ölçülülük ilkesini ihlâl etmektedir… 47. maddenin dava konusu (3) numaralı fıkrasında ise Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının, mevzuatla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkili olduğu ve ilgili kişi ve kuruluşların istenilen bilgileri vermekle yükümlü oldukları düzenlenmektedir. **Bakanlık ve bağlı kuruluşlarına verilen görevler çok geniş bir alanı kapsamakta olup, bu görevlerin tamamının kişilerin özel**

hayatlarına müdahale edilmesini gerektirecek bir toplumsal zorunluluğu bünyesinde barındırdığı söylenemez. Dolayısiyle dava konusu kuralla sadece demokratik toplum düzeni yönünden zorunlu olan sınırlamalara değil, özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına yapılabilecek her türlü sınırlamaya izin verilmesi, bir başka ifadeyle, kuralda anılan haklara sınırlama getirilirken sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı olarak kullanılmasını temin edecek güvencelere yer verilmemesi ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir. Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir…" İptal istemine konu (3) numaralı fıkranın incelenmesinde, "**Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler"**in, maddede sayılan pek çok halde, "sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler" veya "yetkili kurum ve kuruluşlar" tarafından, ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği hüküm altına alınmaktadır. Kural, bu haliyle, Anayasa Mahkemesinin yukarıda işaret edilen iptal kararına açıkça aykırı düştüğü gibi, kişi hakkında sağlık bilgilerine sahip olup, bunu kayıtla yükümlü olan ilgili hekim ve sağlık kuruluşu dışında merkezi bir kayıt tutma (işleme) ve bunu başka kişi veya birimlerle paylaşma gibi istisnalar (imtiyazlar) getirmesi itibariyle Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırılıkla malûldür. Keza, kişilerin cinsel hayatına ilişkin durum ve tercihlerinin işlenmesi imkânı tanınması aynı nedenlerle Anayasa'ya aykırıdır.

II. 6698 sayılı Kanun'un "Veri sorumluları sicili" başlıklı 16 ncı maddesinin iptal istemine konu (2) numaralı fıkrasıyla, (1) numaralı fıkrada öngörülen kamuya açık "Veri sorunluları sicili" ne tüm kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin kaydedilmesi zorunluluğuna istisnalar getirilmekte ve işlenen kişisel verilerin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebileceği belirtilmektedir. Kişisel verileri kaydedip işleyen kimi görevliler yönünden getirilen bu istisna, ilgili görevlileri koruyacak ancak hakkındaki veriler işlenen kişileri tamamen korumasız duruma getirecek, haksız ve sübjektif nedenlerle veri işlendiği iddiasıyla yasal yolların kullanılması halinde dava edilecek bir muhatap bile bulunamayacaktır. Kişisel verilerin işlenmesi gibi çok önemli bir idari fonksiyonu ifade eden kişiler yönünden getirilen ve imtiyaz mahiyetindeki bu kuralın hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılabilmesi

imkânı bulunmamaktadır. Dolayısiyle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

III. 6698 sayılı Kanun'un 30. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile değiştirilen 11.10. 2011 tarih ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesi de, "Karşıoy Gerekçesi"nin (I) no'lu başlığındaki gerekçelerle Anayasa'nın, 13. ve 20. maddesine aykırı düşmektedir.

Yukarıdaki açıklanan nedenlerle, anılan kuralların iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

I. GİRİŞ

1. 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel verilerin Korunması Kanunu'nun,

- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…mezhebi…" ve "…kılık ve kıyafeti…" ibarelerinin,

- (3) numaralı fıkrasının,

- 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin,

- 30. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile değiştirilen 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına dair çoğunluk görüşüne katılmamaktayım. Karşıoy gerekçelerim aşağıda maruzdur.

II. GENEL AÇIKLAMALAR

2. Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptali istenen kuralların incelenmesi, öncelikle bahse konu kural veya kuralların anlam ve kapsamının tesbitini gerektirir. Bir kuralın, içinde yer aldığı yasanın veya diğer yasaların ilgili maddeleriyle birlikte uygulandığında Anayasa'ya aykırı sonuçlara yol açıp açmadığının değerlendirilmesi yapılmadan, iptal talebine konu edilen kuralın Anayasa'ya uygunluğu konusunda hükme ulaşılamaz. Bir sözcük, ibare veya cümlenin, veya bir rakamın atıf yaptığı veya kapsamı itibariyle sirayet ettiği diğer kuralların, anlam ve işlerlik kazandığı veya kazandırdığı diğer kurallarla birlikte değerlendirilmesi Anayasa'ya aykırılık sonucunu ortaya koyabileceği gibi, ilk bakışta Anayasa'ya aykırı olduğu izlenimi veren bir kuralın da birlikte uygulanacağı, aynı yasadaki veya başka yasalardaki farklı hükümler nedeniyle, Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna da varılabilir.

3. İnceleme konusu 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, büyük ölçüde Avrupa Birliği mevzuatından iktibas edilmek suretiyle, sistematik bir yaklaşım içerisinde düzenlenmiştir. Kanunda amaç, kapsam ve tanımlar; kişisel verilerin işlenmesi ilkeleri ve işlenmesi şartları; haklar ve yükümlülükler; başvuru, şikayet ve veri sorumluları sicili; suçlar ve kabahatler ve nihayet, Kişisel Verileri Koruma Kurulu düzenlenmiştir. Yasadaki hükümlerin pek çoğu diğerlerine işlerlik ve anlam kazandıran veya diğerlerine istisna getiren hükümler olup, iptal istemine konu kurallar özellikle böyledir.

4. Bu nedenle, iptal istemlerine konu olan kurallar yönünden bir denetim yapabilmek için Kanunun iptal istemine konu olmayan ilgili kurallarının ve koşullarının 6698 sayılı bu Kanun'daki güvenceleri etkisiz kılıp kılmayacağı yönünden değerlendirme yapılmalıdır. Aksi halde kişisel verilerin korunması için somut ve etkili görünen düzenlemelerin içi boşaltılmış olacak, kanundaki genel ilkeler birer temenni, kurulan yeni kurullar da bürokratik ve hantal yapılardan ibaret kalabilecektir.

5. Kanunlar kamu yararı amacıyla çıkarıldığında ve ancak bir kanunun kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığının denetiminin, Anayasa Mahkemesinin yetkisi dışında olduğunda kuşku yoktur. Diğer bir

ifadeyle, kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli olmayan bir kanun da yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kalmak ve Anayasaya aykırı olmamak koşuluyla, iptal edilemeyecektir. Ancak Anayasa'nın 20. maddesinin son fıkrasında Devlete, kişisel verilerin korunmasını kanunla düzenleme yönünde bir yükümlülük getirildiğinden, bu doğrultuda yasa ile yapılacak düzenlemelerin Anayasal gerekleri karşılayıp karşılamadığının denetimi, Anayasa Mahkemesinin yetkisi dahilindedir. Bu nedenle kişisel verilerin kaydının demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü olup olmadığına, ayrıca verilerin korunması için öngörülen düzenlemelerin yeterli olup olmadığına da bakılması gerekir.

6. Anayasa'nın 20. maddesinin son fıkrası şöyledir:

"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".

Buna göre, özel hayatın gizliliğinin korunmasını isteme hakkı kapsamında bir hak olan kişisel verilerin korunması hakkı, bir temel hak olması nedeniyle, kanunla bir müdahale söz konusu olduğunda Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ve 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması konusundaki ölçütlere tabidir. Anayasa'da *"…kanunda öngörülen hallerde veya…"* denilmiş olmasına bakılarak, meşru bir amaç taşımadıkça ve demokratik bir toplumda zorunlu ve ölçülü olmadıkça her türlü kişisel verinin işlenmesine yol açan kanuni düzenlemeler yapılamayacağı açıktır.

7. Öte yandan, kişisel verilerin korunmasında Anayasa'nın Eşitlik İlkesini düzenleyen 10. maddesi, Din ve Vicdan Hürriyetini düzenleyen 24. ile Düşünce ve Kanaat Hürriyetini düzenleyen 25. maddeleri, aşağıda açıklanacağı üzere konu ile doğrudan ilgilidir. Ancak 10. maddenin ve mezhep ibaresi dışında 24. maddenin ilgisiz görülmesi, kanaatimce bazı özel nitelikli veriler yönünden ciddi sakıncalara yol açacak bir sonuca varılmasına neden olmuştur.

III. İPTALİ İSTENEN KURALLARIN İNCELENMESİ

Altıncı Maddenin (1) Numaralı Fıkrasındaki "…mezhebi" İbaresinin İncelenmesi

8. (1) numaralı fıkrayla, kişilerin mezhepleri ile kılık ve kıyafetleri, *"özel nitelikli kişisel veri"* olarak sınıflandırılmaktadır. Özel nitelikli kişisel verinin yasada ayrı bir tanımı yer almamakla birlikte, maddenin (2) numaralı fıkrasındaki *"Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır"* hükmünden, özel nitelikli bir kişisel verinin, açık rıza olmaksızın işlenemeyecek veri olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Açık rıza ise Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre *"Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı"* ifade eder.

9. Mezhepler, gerek İslam aleminde gerek ülkemizde, inkar edilemeyecek bir realitedir. Mezhepler konusu aynı zamanda son derece hassas olup, mezhep farklılıklarının körüklenmesinin toplumlar için yıkıcı sonuçlara yol açabildiği, tarihte ve bölgemizin yakın tarihinde görülmüş ve görülmektedir. Bu nedenle kişilerin mezheplerine ilişkin verilerin alenileşmesinden ve yaygınlaştırılmasından ve özellikle kamusal veri tabanlarına işlenmesinden kaçınılarak, Anayasa'nın değiştirilemeyecek hükümlerinde esasları ve nitelikleri belirlenen Türkiye Cumhuriyeti devletinin özgür ve eşit vatandaşlarının din, vicdan ve inanç alanında bırakılmalıdır.

Anayasa'nın 10. maddesinde *"Kanun önünde eşitlik"* ilkesi düzenlenmiştir. Buna göre *"Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir".* Bu ilkeyle kişiler arasındaki eşitlik güvence altına alınmakta, aynı zamanda hem kişilere hem de Devlete ayırımcılık yasağı getirilmektedir.

Anayasa'nın 24. maddesinin birinci fıkrasında herkesin vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğu; maddenin üçüncü fıkrasında da kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı belirtilmiştir.

10. Çoğunluk gerekçesinde iptali istenen kuralın, her ne kadar kişinin mezhebinin özel nitelikli veri sayılmasını ve böylece bu verinin ancak kişinin açık rızasıyla işlenebileceğini öngörmek suretiyle daha üst bir koruma sağladığı ve bu suretle toplanacak verilerin kişilerin ayrımcılığa uğramasına neden olabilecek alanlarda ihtiyaçların belirlenmesi, boşluk ve eksikliklerin giderilmesi gibi konularda önemli olacağı belirtilmekteyse de, somutluk taşımayan, farazi ihtiyaçların, temel bir hakka yani kişisel mezhep bilgilerine yapılacak somut bir müdahale bakımından Anayasa'nın 13. maddesinde güvence altına alınan "demokratik bir toplumda zorunlu olmak" ve "ölçülülük" ilkelerini karşıladığından söz edilemez. Zira çoğunluk gerekçesinde belirtilen türden ihtiyaçlar için kişisel verilerin kaydedilmesi zorunlu olmayıp, verilerin anonim olarak işlenmesiyle de aynı sonuçlar elde edilebilecektir. Mezhebin, kişinin açık rızası aranmaksızın veri olarak işlenebilmesi meşru bir amaca dayanmalıdır. İnanç alanında kalan ve ancak kişinin kendisinin bilebileceği mezhep, esas itibariyle ancak kişinin açık rızasının varlığı halinde kaydedilebilecek bir veridir. Kişinin mezhebi ve dini inançları, o mezhebin ibadet yerleri veya mezhebi tören ve ritüeller gibi, kamusal alana sirayet eden konularda dahi, ilgilinin açık rızası olmadan kaydedilemez. Zira kişinin sadece bir mezhebin ibadet yerlerine gitmesi veya törenlerine katılması dahi kişinin mezhebinin kendi rızası hilafına kaydedilmesi için yeterli değildir. Anayasa'nın 24. maddesi buna engeldir. Bu nedenle, mutlak ayrımcılık yasağı bulunan ve Devleti ilgilendirebilecek yönleri çok sınırlı olan bir konuda, kanunla genel bir ifadeyle mezhep verilerinin işlenebileceğinin öngörülmesinin Anayasa'ya uygun olmadığı açıktır.

11. 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yapılan düzenleme ile, görünüşte özel veri sayılarak daha yüksek bir koruma sağlanan mezhep verileri, kişinin açık rızası aranmaksızın işlenemeyecek veriler arasından çıkartılmıştır. Maddenin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde *"Birinci fıkrada sayılan … kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir"* denilmiş olup, mezhep de birinci fıkrada sayılan bu kişisel veriler arasında yer almaktadır. Tabir caizse aynı madde içindeki düzenlemelerle bir elle verilen diğer elle geri alınmakta, *"mezhep"* verisinin korunmasına yönelik en önemli güvence yani *"açık rıza"* esası ortadan kaldırılmaktadır.

12. Mezhep verilerinin yine de özel nitelikli veri sayılması nedeniyle Kanunda öngörülen düzenlemeler kapsamında uygulanabilecek daha üst bir korumadan yararlanabileceği, bu nedenle yasadaki düzenlemenin bütünüyle anlamsız olmadığı şeklindeki gerekçelere katılmak mümkün değildir. Zira, Maddenin (4) numaralı fıkrasında özel nitelikli veriler için Kurulca (Kişisel Verileri Koruma Kurulu) belirleneceği öngörülen önlemlerin yeterli olmadığı görülmektedir.

6698 sayılı Kanun'un 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde Kurula, "Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için aranan yeterli önlemleri belirlemek" görev ve yetkisi verilmiştir. Yeterli önlemlerin neler olabileceği hakkında kanunla ilke ve esaslar belirlenmeden, çerçevesi çizilmeden idareye ucu açık, belirsiz, etkili olup olmayacağı şüpheli bir yetkinin verilmiş olması, Anayasa'nın öngördüğü anlamda kanunla düzenleme sayılamayacağından, yeterli kanuni güvenceleri de içermeden kişisel verilere müdahale imkanı veren iptal istemine konu düzenlemenin Anayasa'nın 20. maddesine uygun olmadığı açıktır.

13. Sonuç olarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı gereği, ilgilinin açık rızası olmadıkça her hangi bir eylem, işlem veya uygulamaya konu yapılamayacak olan mezhep bilgisinin işlenmesinin, Anayasa'nın 13. maddesindeki esaslara aykırı olarak kanunla öngörülemeyeceği açıktır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devletine, 3. maddesindeki millet bütünlüğüne ve ayrıca 10. ve 24. maddelerine aykırıdır.

"…kılık ve kıyafeti…" İbaresinin İncelenmesi

14. Kılık ve kıyafet, kişinin inançları gereği benimsediği belirli bir giyim tarzı olabileceği gibi, her hangi bir siyasi veya felsefi anlam taşımaksızın, sırf kişinin özel yaşamı kapsamındaki bir tercihinden ibaret de olabilir. Ayrıca, kişi, kılık ve kıyafetini her zaman serbestçe değiştirebilmek hakkına da sahiptir. Kılık ve kıyafetin tercihindeki nedenler tamamen kişinin iç alemine ait olup, Anayasa'nın 24. ve 25. maddelerinde güvence altına alınan hürriyetlerle yakın ilgisi bulunan bu bilgilerin işlenmesinde ancak çok açık zorunluluk bulunmalı ve bahse konu özgürlüğe yapılacak müdahale ölçülü olmalıdır.

15. Kılık ve kıyafetin, kişinin açıkça görülebilen bir özelliği olması, bu verinin işlenmesi için kişinin rızasının bulunduğu anlamına gelmemektedir. Esasen 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde *"açık rıza"* nın, belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı ifade ettiği belirtilmektedir. Bu nedenle, iptali istenen kuralla kılık ve kıyafetin, özel nitelikli yani açık rıza olmadıkça işlenemeyecek veri kapsamına alan bir düzenleme konusu yapılmış olması, bu temel hak ve özgürlük yönünden ek bir güvence getirmemiştir.

16. Öte yandan, *"…mezhebi…"* ibaresi ile ilgili olarak Anayasa'nın 2., 3., 10., 13., 20., 24. ve 25. maddeleri bağlamında yukarıda belirtilen Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, *"…kılık ve kıyafeti…"* yönünden de aynen geçerlidir.

Altıncı Maddenin (3) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesi

17. Bahse konu birinci cümle şöyledir:

"Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir".

Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki veriler ise şunlardır:

"Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, … ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri…"

18. Buna göre, daha önce incelenen mezhep ve kılık kıyafet hariç tutulursa, kişinin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, diğer inançları, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri, biyometrik ve genetik verileri kişinin açık rızası olmaksızın işlenebilecektir.

Verilerden bir kısmı esasen işlenmesinde zorunluluk bulunan, kişinin özel yaşamının yanı sıra kamusal alanı da ilgilendiren verilerdir. Bunlar; dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkumiyeti ve

güvenlik tedbirleridir. Bu nedenle bu veriler ayrı bir kategori halinde değerlendirilebilir. Kuşkusuz, bu tür verilere ilişkin işlemelerde de yine Anayasa'nın 13. maddesi esasları gözetilmek zorundadır.

Diğer taraftan, kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, siyasi düşüncesi ve diğer inançları somut olarak tesbit edilemeyecek verilerdir. Din, siyasi ve diğer inançlar ise tamamen kişinin iç alemine ilişkin ve yine kişinin serbest iradesiyle her zaman değişebilecek verilerdir. Bu nedenle bunların, kişinin açık rızası dışında diğer kişiler veya devlet tarafından işlenmesi, tahmin, yakıştırma ve yaftalamadan öteye gidemez. Bu veriler mahiyetleri icabı, açık rıza dışında işlenebilecek veriler değildir.

Mezhep ve kılık-kıyafet konusunda daha önce belirtilen Anayasaya aykırılık gerekçeleri, ırk, etnik köken, dini ve diğer inançlar, siyasi ve felsefi düşünceler yönünden de aynen geçerlidir.

20. Fıkranın iptali istenen birinci cümlesinin yaptığı atıfla, -Anayasa'ya aykırı olarak- açık rıza aranmaksızın işlenebilir veri haline getirilen konuların tahdidi olarak sayıldıkları anlaşılmaktadır. Halbuki bunlar arasında birinci fıkrada sayılmayan ancak, kişinin rızası dışında işlenmesi halinde kişinin maddi ve manevi mağduriyetine neden olabilecek, daha pek çok veri kategorisi saymak mümkündür (kişinin merakları, hobileri, yeme içme ve tüketim alışkanlıkları, hoşlandığı ve hoşlanmadığı kişi ve konular ve bunun gibi sayılamayacak kadar çok, özel hayat kapsamındaki veriler). İptali istenen kuralla, bunlara ilişkin tüm veriler de açık rıza aranmaksızın kanunla işlenebilecek veriler haline getirilmektedir.

21. Özetle, 6. maddenin (1) numaralı fıkrasıyla bazı kişisel veriler özel nitelikli yani kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyecek veri olarak düzenlenir ve böylece üst düzey bir korumaya kavuşturulur gözükürken, aynı maddenin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile bu kapsamdan çıkartılmakta; diğer her türlü kişisel veriler ise açık rıza şartı aranmaksızın kanunla işlenebilir veri haline getirilmektedir. Bu şekliyle kanundaki düzenlemelerle, Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen ve Anayasanın diğer hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi gereken "kanunla düzenleme" ile "açık rıza" koşullarından "kanunla düzenlemeye mutlak üstünlük verilip, "açık rıza" şartının etkisiz hale getirdiği, Anayasa'da üstün kamu yararı ile

kişi hak ve özgürlükleri arasında kurulması gereken makul ve adil dengenin bozulduğu anlaşılmaktadır.

Bu nedenle iptali istenen kurallar Anayasa'nın 2., 10., 20., 24. ve 25. maddelerine aykırıdır.

Altıncı Maddenin (3) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin ve 30. Maddenin (7) Numaralı Fıkrası ile Değiştirilen 663 Sayılı KHK'nin 47. Maddesinin İncelenmesi

22. Bahse konu (3) numaralı fıkranın ikinci cümlesinde, *"Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir"* denilmektedir.

663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sağlık hizmeti almak üzere kamu veya özel sağlık kuruluşları veya sağlık mesleği mensuplarına müracaat edenlerin, sağlık hizmetinin gereği olarak vermek zorunda oldukları veya hizmete ilişkin kişisel verilerin işlenebileceği, (2) numaralı fıkrasında sağlık hizmetinin verilmesi, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetlerinin planlanması ve maliyetinin hesaplanması amacıyla Sağlık Bakanlığının birinci fıkra kapsamında elde edilen verileri alarak işleyebileceği, (3) numaralı fıkrasında Bakanlığın bu verilere ilgili kişilerin erişimini sağlayacak bir sistem kuracağı, (4) numaralı fıkrasında üçüncü fıkraya göre kurulan bu sistemlerin güvenliği ve güvenilirliği ile ilgili standartların Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun belirlediği ilkelere uygun olarak Bakanlıkça belirleneceği, Bakanlığın verilerin güvenliğinin sağlanması amacıyla sisteme kayıtlı bilgilerin hangi görevli tarafından ne amaçla kullanıldığının denetlenmesine imkan tanıyan bir güvenlik sistemi kuracağı, (5) numaralı fıkrasında sağlık kurum ve kuruluşları ile özel kişilerin istihdam ettikleri personeli ve personel hareketlerini Bakanlığa bildirmekle yükümlü olduğu, (6) numaralı fıkrasında ise sağlık verilerinin işlenmesi ve güvenliği ile ilgili hususların Bakanlıkça yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

23. Buna göre, 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin ilgililerin açık rızası aranmaksızın işlenmesinin hangi amaçlarla gerçekleştirilebileceği düzenlenmiş, 30. maddesi ile düzenlenen 663 sayılı KHK'nin 47. maddesinde ise verilerin alınması ve güvenliği ile ilgili olarak Sağlık Bakanlığının görev ve yetkileri belirlenmiştir. Başka bir deyişle, sağlık ve cinsel hayata ait veriler sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenemeyecek olmakla birlikte, verilerin korunması için gerekli düzenlemeleri yapmak ve birtakım önlemler almakla sadece Sağlık Bakanlığı görevlidir.

24. Bu durumda, kapsamı belli olmayan *"yetkili kurum ve kuruluşlar"* tanımı altında gerek idarenin farklı birimlerine gerek yetkilendirilebilecek diğer özel kurum ve kuruluşlara, ilginin açık rızası aranmaksızın cinsel hayata ait verileri işleme yetkisi verilebileceği, ancak bunların Sağlık Bakanlığına bağlı olmamaları nedeniyle Sağlık Bakanlığının verileri koruma yükümlülüğü kapsamında alacağı önlemleri uygulamak zorunda olup olmayacakları konusunda belirsizlik bulunduğu anlaşılmaktadır.

25. Kurallar birlikte değerlendirildiğinde; bir kısım meşru amaçlar belirtilmek ve verilerin korunmasına ilişkin güvenceler getirilmek suretiyle kamusal üstün yararlar ve kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılması arasında makul bir denge kurulmaya çalışılmış ise de kuralların bunu sağlayamadığı, bu nedenle iptali istenen hükümlerin Anayasanın 20. maddesine aykırı oldukları anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 4.12.2014 tarihli ve Esas:2013/114, Karar:2014/184 sayılı kararında kişisel verilerle ilgili bazı kuralların iptaline karar verilirken, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına verilen görevlerin çok geniş bir alanı kapsadığı, ilgili kurallarla öngörülen veri toplama görevlerinin toplumsal bir zorunluluğu bünyesinde barındırdığının söylenemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca bahse konu düzenlemelerde öngörülen güvenceleri de yeterli bulmamıştır. Bu kere incelenen kurallarda da aynı durumun devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim, *"… kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, … sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi …"* gibi görevlerin sağlık ve özellikle cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin işlenmesini zorunlu kıldığından ve

bu verileri korumak amacıyla getirilen düzenlemelerin açık, net ve etkili olduğundan söz edilemez.

26. Sonuç olarak, iptali istenen kurallar, kişinin sağlık ve özel hayatın en mahrem alanı olan cinsel hayatına ait verilerinin işlenmesi ve korunması konusunda yeterli yasal dayanakları ortaya koymayan, kamu yararı ile kişi hak ve hürriyetleri arasında Anayasal ölçütlere göre kurulması gereken adil ve makul dengeyi kişi aleyhine bozan, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan temel haklara yapılmış ölçüsüz bir müdahaledir.

Onaltıncı Maddenin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesi

27. İptal istemine konu cümle şu şekildedir:

"Ancak, işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle, Kurul tarafından, Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna istisna getirilebilir."

Veri Sorumlusu, 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendinde *"Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır. Kanun'un 10. maddesine göre veri sorumlusunun, kişisel verilerin elde edilmesi sırasında ilgili kişileri ayrıntılı biçimde aydınlatması gerekmekte, yine Kanun'un 12. maddesine göre veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri ve sorumlulukları bulunmaktadır. Kanun'un 13. maddesinde, kişilerin, veri sorumlusuna, kanuni yükümlülük ve sorumluluklarıyla ilgili taleplerini iletebilecekleri, talebin yerine getirilmemesi halinde Kurula şikayette bulunabilecekleri belirtilmiş ve bunun yöntemleri ile süreleri düzenlenmiştir.

Veri Sorumluları Sicili, Kanun'un 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, Kurulun gözetiminde *"kamuya açık olarak"* tutulacaktır.

28. İptal isteminin reddine ilişkin çoğunluk gerekçesinde veri sorumlularının yükümlülükleri bakımından bunların sicile kayıtlı olup olmadıklarının bir önemi bulunmadığı ifade edilmiş ise de bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira kişilerin veri sorumlularına kolayca

ulaşmaları, verilerin korunması bakımından en önemli güvencelerden biri olup, Kurulun kendi takdirine göre bazı veri sorumlularına sicil muafiyeti getirmesi, Kanun'da kişiler lehine tanınan hakların birçoğunun kullanılmasını güçleştirecek, veri gizliliğinin ihlali halinde sorumluların takibini engelleyecek, veri güvenliğine ilişkin kurulan sistemlerin ve kanuni güvencelerin etkisizleşmesine yol açabilecektir.

29. Bugünkü teknolojik gelişmeler doğrultusunda maliye, vergi, sigorta, bankacılık gibi işlemlerde en küçük veriler dahi kolayca işlenebilir ve binlerce terabayt hacminde veriler muhafaza edilebilirken, veri sorumlularının tam bir sicilinin tutulamayışı için her hangi bir nesnel güçlük ve haklı neden söz konusu olamaz. Bu nedenle sırf gerek bulunmadığı düşüncesiyle bazı veri sorumlularının sicilden muaf tutulmasının, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının *"bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini ve silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme"* unsurları yönünden ağır biçimde zedelenmesine yol açan, ölçüsüz bir düzenleme olduğu, dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle çoğunluk görüşlerine katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2016/20
Karar Sayısı : 2017/145
Karar Tarihi : 1.11.2017

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Levent GÖK, Engin ALTAY, Özgür ÖZEL ile birlikte 118 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 10.3.2011 tarihli ve 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 7. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarında değişiklikler yapan 30.12.2015 tarihli ve 6656 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

6656 sayılı Kanun'un iptali istenen 8. maddesi şöyledir:

"10/3/2011 tarihli ve 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanununun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "onaltı yaşından büyükler için belirlenen asgari ücret brüt tutarının" ibaresi "15.330 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarın" şeklinde ve beşinci fıkrasında yer alan "onaltı yaşından büyükler için uygulanmakta olan brüt asgari ücret tutarının" ibaresi "15.330 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarın" şeklinde değiştirilmiştir."

6656 sayılı Kanun'un iptali istenen 8. maddesiyle değiştirilen 6191 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

"*(3) Sözleşmeli erbaş ve erlere, sözleşme tarihinden geçerli olarak,* ***15.330 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak***

tutarın *hizmet yıllarına göre bu Kanuna ekli (1) sayılı Cetvelde belirlenen oran ile çarpımı sonucu bulunacak tutar üzerinden aylık ücret verilir. Ekli (l) sayılı Cetvelde belirlenen oran, komando birliklerinde görevli sözleşmeli erbaş ve erlere yüzde sekiz, sınır birliklerinde görevli sözleşmeli erbaş ve erlere yüzde üç arttırımlı uygulanır. Sözleşmeli erbaş ve erlere ödenecek ücretten, damga vergisi dışında herhangi bir vergi kesilmez.*

(5) Kendi kusurları olmaksızın veya ilk sözleşmesini yahut müteakip sözleşme süresini bitirmesinden dolayı Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayrılan sözleşmeli erbaş ve erlere, ayrıldıkları tarihteki ***15.330 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarın****, bu Kanuna ekli (2) sayılı Cetvelde hizmet yıllarına göre belirlenen oran ile çarpımı sonucu bulunacak tutarda ödeme yapılır. Bu ödemeden, damga vergisi hariç herhangi bir vergi kesilmez."*

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 16.3.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine; yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Abuzer YAZICIOĞLU tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle; dava konusu kuralın sözleşmeli erbaş ve erlerin aylık ücret ve sözleşme sonu ödemelerinin ciddi oranda azalmasına sebebiyet verdiği, sözleşme şartlarının tek taraflı değişikliği anlamına

gelen yeni düzenlemenin ahde vefa ve kazanılmış haklara saygı ilkeleri ile bağdaşmadığı, asgari ücretteki artışın gerekçesinde günün ekonomik koşulları, geçim standartları, enflasyon hedefleri gibi nedenler gösterilirken sözleşmeli erbaş ve erlerin bu kapsamdan ayrı tutularak beklentilerinin karşılanmaması ve tam tersine daha az ücrete mecbur edilmesinin hukuk güvenliği ilkesine uygun olmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. Dava konusu kuralda 6191 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"onaltı yaşından büyükler için belirlenen asgari ücret brüt tutarının"* ve (5) numaralı fıkrasında yer alan *"onaltı yaşından büyükler için uygulanmakta olan brüt asgari ücret tutarının"* şeklindeki ibarelerin *"15.330 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutarın"* şeklinde değiştirilmesi suretiyle daha önce asgari ücret esas alınarak belirlenen aylık ücret ve sözleşme sonu ödemelerinin yeni dönemde 15.330 sabit gösterge ile memur aylık katsayısının çarpımı sonucunda bulunacak değer esas alınarak hesaplanması öngörülmektedir.

5. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti; insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan ve kamu yararını gözeten, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

6. Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. 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 ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda

yapılan değişiklikler kazanılmış hakları ve hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.

7. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden bir diğeri olan hukuki güvenlik ilkesi ise 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. Ancak güvenin korunması, mevcut hukuk kurallarının değişmezliği anlamına gelmemektedir. Aksi anlayış, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen kurallar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin mali ve özlük haklarıyla ilgili olarak değişiklikler yapabilir ve bu değişiklikler kişilerin beklentilerini etkileyebilir.

8. Her hukuk kuralının muhatabında bir beklentiye yol açması mümkün olmakla birlikte bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından biri haklı beklenti seviyesine ulaşmasıdır. Haklı beklenti, bireyin kendisine güvenerek hareket ettiği lehine olan bir kanunda öngörülemez bir değişiklik yapılması ve bu öngörülemez değişikliğin herkes yönünden objektif olarak geçerli olabilecek bir beklentiyi sonuçsuz bırakması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gündeme gelmektedir. Ancak bir beklentinin hukuken korunabilmesi için anılan koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayıp bu beklentinin korunmasına engel teşkil eden bir kamu yararının da bulunmaması gerekmektedir. Bu yönüyle anayasa yargısında kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda ancak önemli bir kamu yararının bulunmadığı durumlarda haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. Aksi takdirde kanun koyucunun kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşulara göre yeni politikalar belirlemesi imkânı önemli ölçüde zedelenebilir.

9. Bu bağlamda bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken *"kamu yararı"* konusunda Anayasa Mahkemesinin

yapacağı inceleme, yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin ise anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı ve bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

10. Dava konusu kural, sözleşmeli erbaş ve erlerin aylık ücret ve artışları ile Kanun'da öngörülen durumlar çerçevesinde Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ayrılan sözleşmeli erbaş ve erlere yapılacak ödemelerin farklı bir hesaplama yöntemiyle belirlenmesini öngörmektedir. Kural, daha önce asgari ücrete göre belirlenen ve asgari ücrete yapılan artış oranlarından etkilenen özlük haklarının, değişiklik sonrasında memur aylık katsayılarındaki artış oranlarından etkilenmesini düzenleme altına almaktadır. Bu nedenle öncelikli olarak sözleşmeli erbaş ve erlerin kamu görevlileri içindeki konumunun belirlenmesi gerekmektedir.

11. Kara Kuvvetleri Komutanlığının sözleşmeli er başvuru kılavuzunda sözleşmeli erbaş ve er *"vatanî görevini yapmakta olan yükümlü erbaş ve erlerin yapmış oldukları görevleri yerine getirmek için belirli bir ücret karşılığı 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu esaslarına göre istihdam edilen, erbaş ve er kadrolarında görev yapan kişi"* olarak tanımlanmıştır. Uygulamada, terörle mücadelede görevli birliklerde normal askerlik yükümlülerine görev verilmemesi nedeniyle sözleşmeli erbaş ve erlerin diğer erbaş ve erlerden farklı olarak terörle mücadele ile ilgili operasyonlara katılma görevi de bulunmaktadır.

12. Sözleşmeli erbaş ve erlerin sosyal ve mali hakları 6191 sayılı Kanun ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunların aylık ücret hakkı, sözleşme süresince geçerli olmakta; sözleşme sonunda da ikramiye benzeri ayrı bir ödeme yapılmaktadır. Sözleşmeler ise ilk olarak en az 3, en fazla 4 yıllık ve sonrasında birer veya üç yıl uzatmak suretiyle imzalanmakta ve azami 7 yıllık hizmet süresi öngörülmektedir. İçeriği, Sözleşmeli Erbaş ve Er Yönetmeliği ile belirlenmiş sözleşmenin matbu kısmında sözleşmeli erbaş ve erlerin 6191 sayılı Kanun'da gösterilen ücret ve mali haklar dışında herhangi bir ücret talep edemeyecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla dava konusu düzenlemenin, sözleşmeli erbaş ve erlerin mevcut aylık ücretlerinde bir düşüşe neden olup olmayacağı hususu ile kanunun yürürlük tarihinden sonra sözleşme süresi sona ereceklere bu Kanunun yürürlük tarihinden önce

sözleşmeleri sona erenlere nazaran daha düşük miktarda ödeme yapılıp yapılmayacağı hususunun gözetilmesi gerekmektedir.

13. Millî Savunma Bakanlığının yürüttüğü savunma ve güvenlik hizmetleri, niteliği itibarıyla belli bir düzen ve disiplin içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez hizmetlerdendir. Bu hizmetleri yerine getirmek üzere özellikle terörle mücadele kapsamındaki faaliyetlerde belirli ölçüde tecrübe kazanmış ve fiziki güç gerektiren görevlerde yaşı itibarıyla verimliliğini kaybetmemiş uzman asker olarak istihdam edileceklerde TSK'da görev yapan emsali kadrolu erbaş ve erlerde aranan genel ve özel şartlar aranmaktadır. Sözleşmeli çalışacak erbaş ve erler ile TSK'nın birlik, karargâh, kurum ve kuruluşları arasında imzalanan idari hizmet sözleşmesinde sözleşmeli erbaş ve erlerin TSK yetkililerince gösterilecek görev yerlerinde 4.1.1961 tarihli ve 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nda erbaş ve erler için belirtilen görevleri ve üstleri tarafından verilecek emirler çerçevesinde görevleriyle ilgili kendilerine tevdi edilen işleri yapacakları hüküm altına alınmıştır. Anılan sözleşmeyi fesih yetkisi sadece kamu makamlarına bırakılmıştır. Personelin çalışma saat ve süreleri, rütbe alma usulleri ve bekleme süreleri, emsali kadrolu askerler için belirlenen çalışma saat ve süreleri ile uyum göstermektedir.

14. Tüm bu hususlar gözetildiğinde sözleşmeli erbaş ve erler tarafından sunulacak millî savunma ve güvenlik hizmetlerinin, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu açıktır. Bu durumda söz konusu asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli erbaş ve erlerin Anayasa'nın 128. maddesindeki "*diğer kamu görevlileri*" kapsamında yer aldığını kabul etmek gerekmektedir. Kanun koyucu; statü hukuku çerçevesinde yürütülen kamu hizmetine girmeye, memuriyette yükselmeye, özlük haklarına ve bunun gibi diğer hususlara ilişkin koşulları belirlerken kişilerin kazanılmış haklarını ve meşru beklentilerini gözetmek zorundadır.

15. Diğer taraftan kamuda ücret politikası; uzun vadeli planlama gerektiren, kurum içi ve dışı statüleri dikkate alan, ülkenin ekonomik koşullarına ve toplumsal iş bölümünün özelliklerine göre değişkenlik

gösteren devlet idaresinin önemli konularından biridir. Bu kapsamda askerî personelin sosyal ve özlük haklarının belirlenmesinde, kurumsal yapının kendine özgü hiyerarşik düzeni, üst-ast ilişkisindeki sıkı disiplin anlayışı ve rütbeye bağlı emir-komuta zincirinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

16. Kuralın gerekçesinde; sözleşmeli olarak istihdam edilen erbaş ve erlerin memur ve diğer kamu görevlileri gibi sosyal güvenlik yönünden 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olmalarına rağmen maaşlarının brüt asgari ücret esas alınarak belirlendiği; TSK'da görev yapan subay, astsubay ve uzman erbaşlar da dâhil olmak üzere kamu görevlilerinin mali haklarının memur aylık katsayıları esas alınarak düzenlendiği, dava konusu kural ile tüm kamu görevlilerinin mali haklarında yapılan artışlar konusunda uygulama birliğinin sağlanması ve mali hakların kurum içi hiyerarşik yapıya uyumunun muhafaza edilebilmesi bakımından söz konusu personelin mali haklarının da memur aylık katsayısı esas alınmak suretiyle belirlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Bu bağlamda kanun koyucunun yaptığı dava konusu düzenlemede kamu yararına aykırı bir yön bulunduğu söylenemez.

17. Dava konusu kural ile yeniden belirlenen yöntem kapsamında 15.330 gösterge rakamı benimsenirken sözleşmeli erbaş ve erlerin Kanun değişikliği tarihindeki aylık ücret ve sözleşme sonu ödeme miktarlarının korunmasına dikkat edildiği ve geriye dönük olarak herhangi bir hak kaybına neden olunmadığı anlaşılmaktadır. Kuralla sözleşmeli erbaş ve erlere ödenecek aylık ücret ve sözleşme sonu ödemeleri, bünyesinde çalıştıkları kamu kurumundaki hiyerarşik yapıyla uyumlu, ülkenin ekonomik koşulları ve uzman erbaş, astsubay çavuş ve asteğmen rütbesinde bulunan kişilerin özlük hakları göz önüne alınarak ileriye dönük olacak şekilde yeniden düzenlenmiştir.

18. Bu kapsamda sözleşmeli erbaş ve erler yönünden bulundukları statülerden doğan, tahakkuk etmiş, kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan söz edilemeyeceğinden aylık ücret ve sözleşme sonu ödemelerin hesaplanmasında asgari ücret yerine 15.330 sabit gösterge ile memur aylık katsayısının çarpımı sonucu bulunan matrahı esas alan yöntemi öngören kuralın hukuki güvenlik ilkesinin

unsurlarından kazanılmış haklara saygıyı ve haklı beklentiyi ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

19. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

20. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

21. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın uygulanması hâlinde Anayasal ilkelerin ihlal edilmiş olacağı ve telafisi imkânsız zararların doğacağı, yürürlüğün durdurulması kararı verilmeden daha sonra verilecek bir iptal kararının etkisiz kalmasının muhtemel olacağı, yürürlüğün durdurulması kararının hukuk sisteminde herhangi bir boşluk oluşturmayacağı belirtilerek kuralın yürürlüğünün durdurulması talep edilmiştir.

10.3.2011 tarihli ve 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 7. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarında değişiklikler yapan 30.12.2015 tarihli ve 6656 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesine yönelik iptal talebi, 1.11.2017 tarihli ve E.2016/20, K.2017/145 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE, 1.11.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

10.3.2011 tarihli ve 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 7. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarında değişiklikler yapan 30.12.2015 tarihli ve 6656 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 1.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 7. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarında 30.12.2015 tarihli ve 6656 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle yapılan değişiklikle, sözleşmeli erbaş ve erlerin aylık ücret ve sözleşme sonu ödemelerinin hesaplanmasında yeni bir ölçüt getirilmiş, aylık ücret ve sözleşme sonu ödemeler daha önce asgari ücret brüt tutarına endeksli iken bu kere 15.330 gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutar olarak belirlenmiştir. Bu değişiklik sonucunda sözleşmeli erbaş ve erlerin aylık ücretleri ile sözleşme sonu ödemelerinde ciddi miktarda azalmalar meydana gelmiştir.

2. Anayasa'ya aykırılık iddiasının esası, sözleşmeli erbaş ve er statüsüne girerken asgari ücrete göre belirlenen maaş ve sözleşme sonu ödemeleri düzenli olarak alacağı beklentisi içinde bu statüye geçen kişilerin, yapılan bu değişiklik sonucu kayba uğramalarının, hukuk güvenliği

yönünden, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk Devleti'ne aykırı olacağıdır.

3. Hukuk Devleti'nin gereklerinden olan hukuk güvenliği ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını zorunlu kılar. Öte yandan, *"öngörülebilirlik"* gereğinin statü hukuku bakımından mutlak bir garanti anlamına gelmediği açıktır. Haklı beklentilerin söz konusu olduğu durumlarda dahi, üstün bir kamu yararının zorunlu kılması halinde haklı beklentilere de müdahale edilebilir. İptal istemine konu kurallarda olduğu gibi, statü hukukunun gereği olarak, statü içerisindeki kişilerin ücretlerinde tek taraflı olarak değişiklik yapılabilir.

4. Ne var ki, *"öngörülebilirlik"* ölçütünün yine Hukuk Devleti'nin *"ölçülülük"* unsurundan ayrı değerlendirilmesi mümkün değildir. Buna göre, sözleşmeli erbaş ve er statüsüne giren kişilerin haklı beklentilerinin gerçekleşmemesi sonucunu doğurabilecek bir düzenlemenin daha üstün bir kamu yararına dayanması zorunlu olduğu gibi, yapılacak düzenleme haklı beklentileri mümkünse en az etkileyecek şekilde gerçekleştirilmelidir.

5. Kamu yararının bir yasa kuralı ile gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin denetiminin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmayacağına ilişkin anayasa yargısı ilkesi başka; kişi hakları ile kamu yararı arasında makul ve adil bir dengenin kurulup kurulmadığının Anayasa Mahkemesince denetlenmesi başkadır. Bu dengenin mevcudiyeti, öngörülmesi güç veya imkansız olan bir değişikliğin aynı zamanda ölçülü ve zorunlu olup olmadığına bakılarak yapılabilecektir.

6. Zorunlu askerlik yükümlülüğünü yaparak sivil hayata geçmek yerine ücret karşılığı daha uzun bir süre daha askerlik yapmayı ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 37. maddesinde yer alan askerlik yemininde ifadesini bulduğu gibi *"… icabında vatan, cumhuriyet ve vazife uğurunda seve seve hayatını feda …"* etmeyi kabul eden bahse konu sözleşmelilerin ücret ve sözleşme sonu ödemelerinin, sadece Anayasanın 128. maddesi anlamında *"memur ve diğer kamu görevlilerinin" "aylık ve ödenekleri"* olarak değerlendirilmesi, yapılan işin ve statünün özelliğinin göz ardı edilmesi, adil bir yaklaşım olmayacaktır.

7. Belli bir ücret karşılığı yapılan ve üstün özveri, disiplin, eğitim ve bedensel kabiliyet gerektiren sözleşmeli erbaş ve erlik, Anayasa'nın en az

128. maddesi kadar, Anayasa'nın 48. ve 49. maddelerinde yer alan çalışma hakkına ilişkin ilkelerin de gözetilmesini gerektiren bir alandır. Diğer bir ifadeyle sözleşmeli erbaş ve erlerin ücreti, Anayasa'nın 72. maddesinde yer alan "vatan hizmeti"nin fevkinde, vatan savunması için serbest irade ile seçilen bir meslekte sarf edilen emeğin karşılığıdır. Esasen Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nda da *"maaş"* tan değil *"ücret"* ten bahsedilmektedir. Ayrıca, azami yedi yılla sınırlı olan sözleşmeli statüsünde, memuriyetteki güvenceler de bulunmamaktadır. Bu nedenle, dünyada genel olarak kabul edilen "beyaz yakalılar" ve "mavi yakalılar" ayrımında daha ziyade "mavi yakalı" yani işçi benzeri bir durumu olan sözleşmeli erbaş ve erlerin hukuk güvenliğine aykırı olarak memur maaşına endekslenmesi için açık ve önemli bir kamu yararı bulunmalı, benimsenen sistemin haklı beklentileri ihlal edecek şekilde ani biçimde değiştirilmesiyle hukuk devleti ilkesinin zedelenecek olmasında uzun vadede kamu yararı bulunmadığı da hatırda tutulmalıdır.

8. Sözleşmeli erbaş ve erlerin aylık ücret ve sözleşme sonu ödemeleri işçiye değil memura benzer bir sisteme oturtulacak ve kişinin sözleşmeli statüye girişinden sonra bu meblağlarda bir azaltmaya gidilecek ise, yasa koyucu tarafından başvurulabilecek farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Şayet bu ücretler silahlı kuvvetlerin diğer mensuplarının maaş ve ücretleri ile dengesizliğe sebep oluyorsa, bu denge, kademeli olarak yapılacak bir düzenleme ile sağlanabilir. Ancak iptali istenen kurallarla sözleşmeli erbaş ve erlerde sürpriz mahiyetinde yaklaşık yüzde 15 gelir kaybına yol açılmıştır. Bu uygulamanın ölçülü olduğundan söz edilemez.

9. *S*özleşmeli erbaş ve erlerin ücret ve sözleşme sonu ödemelerinde farklı bir hesaplama yöntemine geçmek suretiyle kayda değer bir azalmaya yol açan kuralların, tüm kamu görevlilerini kapsayan genel bir tasarruf amacı taşımaması, açık bir mali zorunluluk bulunmaması, mevcut sözleşmelerin sona ermesi beklenmeden ücretlere ve sözleşme sonu ödemelere derhal yansıtılacak olması nedenleriyle, Anayasa'nın 2. maddesindeki Hukuk Devleti'ne aykırı olduğu kanaatindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2017/142
Karar Sayısı : 2017/150
Karar Tarihi : 1.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kocaeli 2. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 235. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "*…eşyanın gümrüklenmiş değerinin…*" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: İdari para cezasının iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un 235. maddesinin itiraz konusu ibarenin de yer aldığı (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"1. Serbest dolaşıma giriş rejimine tabi tutulan eşyaya ilişkin olarak, yapılan beyan ile muayene ve denetleme veya teslimden sonra kontrol sonucunda;

a) Eşyanın genel düzenleyici idari işlemlerle ithalinin yasaklanmış olduğunun tespiti halinde, eşyanın gümrük vergilerinin alınmasının yanı sıra, gümrüklenmiş değerinin dört katı idari para cezası verilir.

b) (a) bendindeki eşyanın değersiz, artık veya atık madde olması durumunda, idari para cezası; dökme halinde gelen eşya için ton başına otuz bin Türk Lirası, ambalajlı gelmesi halinde kap başına altı yüz Türk Lirası olarak hesaplanır ve eşya yurtdışı edilir.

c) Eşyanın ithali, lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olduğu halde uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi değilmiş veya belge alınmış gibi beyan edildiğinin tespit edilmesi halinde, eşyanın gümrük vergilerinin yanı sıra, ***eşyanın gümrüklenmiş değerinin*** *iki katı idari para cezası verilir.*

d) (c) bendindeki eşyanın değersiz, artık veya atık madde olması durumunda, idari para cezası; dökme halinde gelen eşya için ton başına sekiz bin Türk Lirası, ambalajlı gelmesi halinde kap başına iki yüz Türk Lirası olarak hesaplanır ve eşya yurtdışı edilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 26.7.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 4458 sayılı Kanun'un 6455 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 235. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "*…eşyanın gümrüklenmiş değerinin…*" ibaresinin iptalini talep etmiştir.

4. İtiraz konusu ibare; eşyanın ithali lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olduğu hâlde uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi değilmiş veya belge alınmış gibi beyan edildiğinin tespit edilmesi hâlinde uygulanması öngörülen idari para cezasının belirlenmesinde esas alınacak ortak hüküm niteliğindedir.

Bakılmakta olan dava, eşyanın ithali belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olduğu hâlde uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi değilmiş gibi beyan edilmesinden kaynaklanmaktadır. Eşyanın ithalinin lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olmasına rağmen uygunluk ve yeterlilik belgesi alınmış gibi beyan edilmesi hususları, bakılmakta olan davanın konusunu oluşturmadığından itiraz konusu ibareye ilişkin esas incelemenin "… *uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi değilmiş…*" ibaresi yönünden sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

5. Açıklanan nedenlerle 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun, 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 235. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "*…eşyanın gümrüklenmiş değerinin…*" ibaresinin esasının incelemesine, esasa ilişkin incelenmenin bentte yer alan "*…uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi değilmiş…*" ibaresi yönünden sınırlı olarak yapılmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

6. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu ibarenin yer aldığı kural kapsamında yasaklanan fiillerin gerçekleştirilmesi hâlinde uygulanacak idari para cezasının eşyanın gümrüklenmiş değeri üzerinden belirlenmesinin, hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri olan ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğu, para cezasının belirlenmesinde eşyanın gümrüklenmiş değerinin esas alınmasının, söz konusu suçun işlenmesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacına ulaşmak için elverişli ve gerekli olmadığı gibi suç ve ceza arasında orantı da bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

8. Kanun'un 235. maddesinin (1) numaralı fıkrasının itiraz konusu ibarenin yer aldığı (c) bendinde eşyanın ithali lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olduğu hâlde uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi değilmiş veya belge alınmış gibi beyan edilmesi hâlinde eşyanın gümrük vergilerinin yanı sıra eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı idari para cezası verileceği öngörülmüştür. Eşyanın ithalinin, belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olduğu hâlde uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi değilmiş gibi beyan edilmesi hâlinde verilecek idari para cezasının belirlenmesinde *"eşyanın gümrüklenmiş değerinin"* esas alınması, itiraz konusu ibareyi oluşturmaktadır.

9. 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.

10. Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku açısından da Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

11. Kanun koyucu, takdir yetkisi içindeki bu düzenlemeleri yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik ilkesi*", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik ilkesi*", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, "*orantılılık ilkesi*" ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "*ölçülülük ilkesi*" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

12. İtiraz konusu ibarenin yer aldığı kuralda, serbest dolaşıma girecek eşyanın ithalinin belirli şartlara bağlanmış olmasına rağmen bu şartlara aykırı olarak ithalatı gerçekleştirenlere eşyanın gümrüklenmiş değeri üzerinden hesaplanacak idari para cezasının uygulanacağı düzenlenmiştir. Gümrüklenmiş değer kavramı Kanun'un 3. maddesinde "*Uluslararası Kıymet Sözleşmesine göre belirlenecek; ithal eşyası için eşyanın CIF kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ihraç eşyası için FOB kıymeti ile gümrük vergileri toplamını ifade etmektedir*" şeklinde tanımlanmıştır. Eşyanın *CIF* kıymeti malın değeri, sigortası ve navlunu; *FOB* kıymeti ise limana taşıma, liman gümrüğü ve liman masraflarının tedarikçiye ait olduğunu ifade eder.

13. Kanun'un 74. maddesinde ithal eşyanın serbest dolaşıma girişinin "*ticaret politikası önlemlerinin uygulanması, eşyanın ithali için öngörülen diğer işlemlerin tamamlanması ve kanunen ödenmesi gereken vergilerin tahsili ile mümkün*" olduğu düzenlenmiştir. Buna göre Türkiye gümrük bölgesine getirilen eşyanın serbest dolaşıma girebilmesi, maddede belirlenen şartların yerine getirilmesiyle gerçekleşecektir. Bu şartların yerine getirilmesi sonucunda serbest dolaşıma giren bir mal Türkiye'de üretilmiş ürünler gibi ve aynı şartlarda ticarete konu olabilecektir.

14. Uluslararası ticarete konu olan malın ülkeye girişi, ülkeden çıkışı, ülkede geçici veya sürekli olarak bulunuşu ya da ülkeden doğrudan geçişi için uygulanması gereken kuralların belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisindedir. Bu bağlamda, gümrük mevzuatına aykırı fiilleri belirleyerek bunlar için adli veya idari yaptırımlar öngörmek, dış ticaretin işleyişine ilişkin kurallar koymak ve tedbirler almak konusu da kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi kapsamındadır.

15. Gümrük rejimi düzenlemelerinin önemli fonksiyonlarından biri de dış ticarette koruma önlemlerini gerçekleştirmesidir. Dış ticarette koruma önlemleri dikkate alındığında ulusal sanayi, tarım, ticaret ve hizmetlerin haksız rekabete karşı korunmasında gümrük rejimi düzenlemelerinin önemli bir işlevi bulunmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun gümrük rejiminin düzenli bir şekilde işlemesi için ithalatçı ve ihracatçılara bazı yükümlülükler yüklemesinin, ulaşılmak istenen amaç yönünden gereksiz olduğu söylenemez. Bununla birlikte bir gümrük rejimi olan serbest dolaşıma giriş

rejimine aykırı davrananlara verilecek idari para cezasının hesaplanmasında eşyanın gümrüklenmiş değerinin esas alınmasının gümrük rejimine aykırı davranışların önüne geçilmesi amacına ve bu davranışlar yönünden caydırıcılığın sağlanmasına yönelik olduğu, bu nedenle de elverişlilik ilkesine aykırı olmadığı anlaşıldığından itiraz konusu ibarenin ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik ve gereklilik ilkeleriyle çelişen bir yönü de bulunmamaktadır.

16. Öte yandan dış ticaret politikalarının etkin bir biçimde uygulanması, gümrük rejimlerinin öngörülen amaçlarına uygun şekilde işlemesiyle sıkı bir ilişki içindedir. Gümrük rejimlerinin kuralları; mal ve finans piyasalarının, böylece millî ekonominin korunmasına, vergi kaybının önlenmesine, yerli üretimin haksız rekabet karşısında dezavantajlı konuma düşürülmemesine hizmet eder. Bu amaç gözetildiğinde serbest dolaşıma giriş rejimine aykırı hareket edenlere uygulanacak idari yaptırımın belirlenmesinde eşyanın gümrüklenmiş değerinin esas alınmasının orantısız olduğu söylenemez. Bu itibarla idari para cezası belirlenirken *"...eşyanın gümrüklenmiş değerinin..."* esas alınmasıyla amaç ile araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurulduğu anlaşılmaktadır.

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

18. Kuralın Anayasa'nın 13. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun, 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 235. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *"…eşyanın gümrüklenmiş değerinin…"* ibaresinin, *"…uygunluk ve yeterlilik belgesine tabi değilmiş…"* ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 1.11.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

Esas Sayısı : 2015/76
Karar Sayısı : 2017/153
Karar Tarihi : 15.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 22. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: Resen erişim engelleme kararına ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

İtiraz konusu kuralın yer aldığı Kanun'un başvuru tarihinde yürürlükte bulunan 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. 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) 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) 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) 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.

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 3.9.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Mücahit AYDIN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen 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 Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı Dr. Ömer Fatih SAYAN, Başkan Yardımcısı Dr. Ahmet KILIÇ, İnternet Dairesi Koordinatörü Lütfi GÜVENER ve İnternet Dairesi Koordinatörü Av. Bahadır Aziz SAKİN'in 15.11.2017 tarihinde yaptıkları sözlü açıklamalar dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Uygulanacak Kural ve Sınırlama Sorunu

3. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

4. 15.8.2016 tarihli ve 671 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile 5651 sayılı Kanun'da değişiklikler yapılmıştır. Kararname'nin 22. maddesi ile Kanun'a eklenen ek 3. maddenin birinci fıkrası uyarınca Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) kapatılmıştır. Kararname'nin 21. maddesinin (d) numaralı fıkrasıyla, itiraz konusu kuralı da içeren 8. maddenin (4) numaralı fıkrasında yer alan *"Başkanlık"* ibaresi *"Başkan"* şeklinde değiştirilmiştir. Kanun'un Kararname'nin 20. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre ise Başkan, Bilgi ve Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı'nı ifade eder. Dolayısıyla Kararname ile yapılan değişiklikle, Kanun'un 8. maddesinin itiraz konusu kuralı içeren (4) numaralı fıkrasında sayılan hâllerde erişimin engellenmesi kararının resen Bilgi ve Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından verileceği kurala bağlanmıştır. İtiraz konusu kural esas inceleme aşamasında değiştirilmiş olmakla beraber itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu dava yönünden uygulanacak kural olma niteliğini sürdürdüğünden Anayasa'ya aykırılık iddiasının incelenmesi gerekir.

5. Kanun'un 8. maddesinin itiraz konusu (4) numaralı fıkrasında, içeriği maddenin birinci fıkrasında belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik

veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik veya fuhuş suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının resen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından verileceği düzenlenmektedir.

6. Mahkemenin bakmakta olduğu dava ise TİB tarafından yurt dışında bulunan yer sağlayıcısına müstehcenlik gerekçesiyle verilen erişimin engellenmesi kararının iptaline yönelik olduğundan davada uygulanacak kural fıkranın tamamı değil birinci cümlesinde yer alan *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde…"* ve *"… yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibareleridir. Bu nedenle itiraz konusu kuralın birinci cümlesinin yukarıda belirtilen ibareleri dışında kalan bölümü ile ikinci cümlesi uygulanacak kural değildir.

7. Bunun yanında erişimin engellenmesi kararı müstehcen yayın nedeniyle verildiğinden başvurunun 8. maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden sınırlı olarak incelenmesi gerekir.

8. Öte yandan, *"...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresi, uygulanacak kural kapsamı dışında kalan, içerik veya yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması halinde içeriği birinci fıkranın (a) bendinin (2), (5) ve (6) numaralı alt bentlerinde yazılı suçları oluşturan yayınlar açısından da ortak kuraldır. Bu nedenle, *"... yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresinin *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde…"* ibaresi yönünden incelenmesi gerekir.

9. Açıklanan nedenlerle 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının;

A. Birinci cümlesinin *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."*

ve "...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir." ibareleri dışında kalan bölümü ile ikinci cümlesinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu bölüm ve cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B. Birinci cümlesinde yer alan *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresi ile *"...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresine ilişkin esas incelemenin Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden yapılmasına,

C. Birinci cümlesinde yer alan *"...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresine ilişkin esas incelemenin de *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. Anlam ve Kapsam

10. Kanun'un 1. maddesinde, bu Kanun'un amaç ve kapsamının içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek olduğu ifade edilmiştir.

11. Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan ve içeriği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçlarından veya 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da sayılan suçlardan birini oluşturduğu yönünde yeterli şüphe bulunan yayınların erişiminin

engellenmesine karar verileceği, (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde de erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği düzenlenmiştir.

12. Maddenin (4) numaralı fıkrasında, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması hâlinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik veya fuhuş suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının resen TİB tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır. İtiraz konusu kurala göre ise içerik veya yer sağlayıcısı yurt dışında bulunan ve müstehcenlik suçunu oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı resen TİB tarafından verilecektir.

13. Kanun'un *"Tanımlar"* başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (o) bendinde; erişimin engellenmesinin, alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade ettiği belirtilmiştir.

C. İtirazın Gerekçesi

14. Başvuru kararında özetle, internetin bilgiye ulaşma açısından çok etkili ve yaygın bir yöntem olmasının yanı sıra kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için de vazgeçilmez nitelikte olduğu, internetin temel hak ve özgürlüklerin kullanılması açısından büyük önem arz ettiği, internete erişimin engellenmesinin özellikle haberleşme hürriyeti ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetiyle doğrudan ilgili olduğu, kuralda, internet içeriğinin belirli suçları oluşturması hâlinde idare tarafından re'sen erişimin engellenmesi kararı verilmek suretiyle hâkim onayı olmaksızın haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmasının öngörüldüğü belirtilerek kuralın Anayasa'nın 22. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

D. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca itiraz konusu kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

16. Anayasa'nın *"Haberleşme hürriyeti"* başlıklı 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."* denilmiştir.

17. Anayasa'nın *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir."* denilerek düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kapsamı belirtilmiştir.

18. Maddenin ikinci fıkrasında ise *"Bu hürriyetlerin kullanılması, millî 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."* denilmiştir.

19. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak belirtilmiş ve "*başka yollar*" ibaresiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

20. Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlanması düzenlenmiş ve "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı maddede *"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.

21. Çağımızın temel araçlarından biri olan internet, hayatın hemen her alanında etkin olarak kullanılmaktadır. Verilerin saklanmasını ve erişilebilirliğini büyük ölçüde kolaylaştıran internet, bilgiye ulaşma ve bilgi ve düşüncelerin paylaşılması açısından çok etkili ve yaygın bir yöntem olduğu gibi kişilerin haberleşme ve iletişim sağlaması için de vazgeçilmez niteliktedir. İnternetin modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemi tartışmasızdır.

22. Kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olarak yaygın şekilde kullanılan ve geleneksel yöntemlere göre gittikçe daha çok tercih edilen internetin haberleşme hürriyeti kapsamında olduğuna kuşku yoktur. Anayasa'nın 22. maddesinde 4709 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesinden de internetin anılan madde kapsamında kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bununla beraber internet yalnızca haberleşme ve iletişim sağlamaya münhasır olmayıp başka amaçlar için de etkin olarak kullanılmaktadır.

23. İnternetin suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amaçları için sık başvurulan bir araç olduğu bilinmektedir. İnternetin özellikle uluslararası menşeli fuhuş, çocuk pornografisi ve müstehcenlik gibi cinsel suçlar için yaygın olarak kullanılması karşısında devletler bu alanda iş birliğine gitmiş ve birtakım tedbirler öngörmüştür.

24. Bu kapsamda 5651 sayılı Kanun'da tedbir niteliğinde olan erişimin engellenmesi kararları düzenlenmiştir. Kanun'un gerekçesinde erişimin engellenmesi tedbirinin Anayasa'nın *"Ailenin korunması"* başlıklı 41. maddesi ile *"Gençliğin korunması"* başlıklı 58. maddesi hükümleri uyarınca aileyi, çocukları ve gençleri internet dâhil elektronik iletişim araçlarının suistimal edilmesi suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınlardan korumak ve elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye

yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıları önlemek amacıyla öngörüldüğü ifade edilmiştir. Kanun'un 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, fıkrada sayılan hâllerde erişimin engellenmesi kararının hâkim onayına sunulmaksızın resen TİB tarafından verileceği düzenlenmektedir. İnternette paylaşılan içeriklerin çok hızlı yayılabildiği ve bu içeriklere çocuklar gibi korumasız bireyler de dâhil olmak üzere toplumun her kesimi tarafından kolayca erişilebildiği göz önünde bulundurulduğunda suç oluşturan içeriklere TİB tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde kamu yararı bulunduğuna kuşku yoktur.

25. İnternetin haberleşme ve iletişimin yanı sıra suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak da dâhil olmak üzere hayatın hemen her alanında etkin olarak kullanıldığı veya kullanılabileceği gözetildiğinde telefon veya telgraf gibi geleneksel haberleşme yöntemlerinden farklı olduğu, bu nedenle internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Haberleşme hürriyeti, haberleşme veya iletişim sağlama niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan internet içeriğini ya da uygulamalarını güvence altına almakta olup bunun dışında kalan, özellikle de yalnızca suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları açısından bir koruma sağlamaz. Diğer bir ifadeyle içeriği suç oluşturan haberleşmeye müdahale edilmesine ilişkin olarak Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen hâkim onayı güvencesi, mahiyeti itibarıyla suç işlemeye veya işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik olan ve haberleşme hürriyetinin kullanım mecrası olarak kabulü mümkün olmayan internet yayınlarına genişletilemez. Dolayısıyla yalnızca suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları yapan sitelere yönelik olarak hâkim kararı olmaksızın idare tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir husus bulunmamaktadır.

26. Buna karşılık haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesi, içeriği suç oluşturan bazı yayınlara da yer vermekle beraber haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan, özellikle sosyal medya gibi kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olan internet siteleri ya da uygulamalarını da kapsamaktadır. İtiraz konusu kural ise içeriği suç oluşturan bir yayının, suç işlemek veya işlenmesini

kolaylaştırmak amacıyla faaliyette bulunmayan, kitlesel haberleşme ve iletişim sağlayan internet sitelerinde paylaşılması durumunda da hâkim onayı gerekmeksizin idarece resen erişimin engellenmesi kararı verilmesine olanak tanımaktadır.

27. Günümüzde sosyal medya olarak da ifade edilen internet siteleri dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği ve haberleşme sağladıkları bir mecra hâline gelmiştir. Kitlesel haberleşme aracı olarak kullanılan bu tür sitelerde içeriği suç oluşturan yayınların paylaşılması da söz konusu olabilmektedir. Esas amacı haberleşme ve bilgi paylaşımı olan bu sitelerde yer alan içeriği suç oluşturabilecek yayınlar nedeniyle hâkim onayı olmaksızın sitenin tümüne yönelik olarak resen erişimin engellenmesi kararı verilmesi Anayasa'nın 22. maddesinde, haberleşmenin kanunla yetkili kılınmış mercii tarafından engellenmesi hâlinde engelleme kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulacağı şeklinde açıkça ifade edilen güvenceyle bağdaşmamaktadır.

28. Diğer yandan bilgi ve düşünceleri açıklama, yayma, bu bilgi ve düşüncelere ulaşma ve karşılıklı yorum, görüş, eleştiri paylaşma için de etkin olarak kullanılan internete erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğü ile de doğrudan ilgili olduğu kuşkusuzdur. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında vurgulandığı üzere ifade 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. Çağımızda düşünceyi açıklamanın en etkili ve yaygın yöntemlerinden biri hâline gelen internet ve sosyal medya konusunda yapılacak düzenleme ve uygulamalarda devletin ve idari makamların hassas davranmaları gerektiği açıktır.

29. Bununla beraber haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü mutlak ve sınırsız değildir. Anayasa'nın 22. ve 26. maddelerinin koruma altına aldığı haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü, bu maddelerde belirtilen sebeplerle Anayasa'nın temel ve hak özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen 13. maddesindeki ölçütlere uygun olarak sınırlanabilir. Anılan maddeye göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir ve demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özüne de dokunamaz.

30. 13. maddede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin "*kanun*"la sınırlanması ölçütüne göre bir düzenlemenin yalnızca şeklî anlamda değil maddi anlamda da kanun şartlarını taşıması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfî müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.

31. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere 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 keyfî uygulamalarına imkân tanımaması gerekir. 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. (AYM, E.2015/72, K.2016/44, 26/5/2016, § 7).

32. Kamu gücüne temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlama yetkisi tanıyan yasal düzenlemelerin bu yetkinin kullanılmasına ilişkin kapsam ve usulleri yeterli bir açıklıkta tanımlaması da gerekmektedir. Kanun'un erişimin engellenmesine imkân tanıyan 8/A ve 9. maddelerinde; engelleme kararının öncelikle ilgili yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) verilmesi ancak teknik olarak ilgili içeriğe erişimin engellenmesinin yapılamadığı veya yalnızca ilgili içeriğe erişimin engellenmesiyle Kanun'da belirtilen amaca ulaşılamayacağı durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verileceği düzenlenmiştir.

33. İtiraz konusu kuralda ise TİB tarafından müstehcenlik suçu oluşturan yayınlara resen erişimin engellenmesi kararı verileceği belirtilmekle yetinilmiş, Kanun'un yukarıda anılan hükümlerinde öngörüldüğü gibi erişimin kademeli olarak engellenip engellenmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylece itiraz konusu kuralla idareye kapsam ve sınırları belirsiz şekilde erişimin engellenmesi yetkisi tanınmıştır. Erişimin engellenmesi kararı verilmesinin dayanağı

olan itiraz konusu kural anlaşılır, açık ve net olma zorunluluğunu karşılamadığından Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması güvencesiyle bağdaşmamaktadır (bkz. *Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B.No: 2014/4705, 29/5/2014, § 63).

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

35. Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

36. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" Denilmekte; 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

37. 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan; *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde…"* ibaresinin, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi ve *"...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresinin "*İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."*

ibaresi ve Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükümlerinin kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

38. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğacağı belirtilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmektedir.

4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan;

1. *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresinin, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden,

2. *"...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresinin *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresi ve Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden,

incelenmesine yönelik iptal hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 15.11.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin, 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının;

A. Birinci cümlesinin *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..." ve "... yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibareleri dışında kalan bölümü ile ikinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bölüm ve cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. Birinci cümlesinde yer alan *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresi ile *"...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresine ilişkin esas incelemenin, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi yönünden yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

C. Birinci cümlesinde yer alan *"...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresine ilişkin esas incelemenin de *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

D. Birinci cümlesinde yer alan;

1. *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresinin, Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi,

2. *"...yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir."* ibaresinin *"İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde..."* ibaresi ve

Kanun'un 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (5) numaralı alt bendi,

yönünden Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE,

Serruh KALELİ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 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 BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

15.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY

İptal başvurusunda kısaca, internetin modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip olup, düşünceyi açıklama ve paylaşmada vazgeçilmez olduğunu, bu alana kamu otoritesinde yapılacak müdahalede hassas davranılması gerektiğini, ifade özgürlüğü aynı zamanda düşünce ve kanaatini yayma, açıklama özgürlüğünü de kapsadığını, Ancak dava konusu kuralda katalogda sayılan suçlar nedeniyle TİB tarafından erişimin engellenmesi kararının resen verilmesinin, yetkili mercii kararının 24 saat içinde görevli hakim onayına sunulması gereğinin hüküm altına alındığı Anayasa'nın 22. maddesiyle uyumsuz olduğu, anılan nedenlerle iptali gerektiğini talep ettiği görülmektedir.

İptali istenen kuralda, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun'un 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan ve Mahkememizce görülmekte olan davada uygulanacak kural olarak belirlenmiş kuralın sınırlı alanında, içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde, birinci fıkranın (a) bendinin (5) numaralı alt bendinde yazılı TCK 226. maddesinde yerini bulan müstehcenlik suçunu oluşturduğu hususunda yeterli şüphe olması durumunda yayınla ilgili erişimin engellenmesi kararının verileceği ve buna da TİB (671 sayılı yasa ile değişmiş, OHAL Kararnamesi ile TİB kapatılmış aynı yetki BTİK Başkanına verilmiştir.) Başkanının resen yetkili olduğu ifade edilmektedir.

Kısaca internet ortamındaki yayın, müstehcenlik yani çocukları yazı, söz, her türlü pornografik görüntü ve bu nitelikli ürünü görme ve tanıma içeriğine sahipse, onları bu zararlı yayınlardan uzak tutmak ve faillerini cezalandırmak için hızla hareket etmek adına, yayın içeriğine erişim BTİK başkanlığının resen vereceği karar ile engellenecektir.

İptal başvurusunu değerlendiren ve kuralın iptaline karar veren Mahkememiz çoğunluk görüşü ise, internet yayınlarının haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere hakların kullanılması bakımından tartışmasız bir öneme sahip olduğunu, internet yayınının elbette fuhuş, çocuk pornografisi ve müstehcenlik gibi cinsel suçların işlenmesi mecrası

olarak kullanılmasının kabul edilemeyeceğini, Anayasa'nın 22. maddesinde sayılı hüküm güvencesinin bu kabil internet yayınlarını koruyacak şekilde genişletilemeyeceğini, hakim kararı olmaksızın verilecek idari erişimin engellenmesi kararında Anayasa'ya aykırılık bulunmadığını, ancak verilecek kararda erişimin kademeli engellenmesine ilişkin düzenleme de olmadığı, idarenin yetki sınırının belirsiz olduğu ve bu hali ile hakka yapılmış bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesindeki belirlilik güvencesi ile bağdaşmadığını söylemektedirler.

Gerekçe içeriği, sadece demokratik toplum düzeni, ölçülü, belirli ve gerekli olma şeklinde sınırlamayı belirleyecek ölçü normuna odaklanmış, yayın şeklinde ifadesini bulan suç niteliği açık olan görüntü ya da açıklamaların engellenmesi aslında korunmaya çalışılan aile hayatı, bireyin kişi güvenliği, özel hayatın gizliliği, kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığa ait hak ve özgürlükleri, suçla mücadele ve kamu sağlığı ve kamu düzeninin korunması, ve kişilerin haberleşme hürriyeti gibi Anayasal güvenceler arasında bir denge tahlili yapmamıştır. Bu haklar karşısında aralarında üstünlük sıralaması bulunmayan Anayasa normlarından Anayasa'nın 22. maddesine adeta tartışılmaz üstünlük atfetmiştir.

Haberleşme ve ondan bağımsız düşünemeyeceğimiz düşünceyi yayma ve açıklama özgürlüğü bireylerin temel haklarından olmakla birlikte, mutlak olmayan ve Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında sınırlanabilen haklardan ise de öncelikle internet yayıncılığının günümüzde kullanıldığı amaca bağlı olarak bu hürriyetler kapsamında bireyin Anayasal güvenceye sahip hakları karşısında ki özgül ağırlığına bakmak gerekir.

Anayasa'nın 22. maddesinde ifade edilen haberleşme hürriyetinin koruduğu menfaat gizlilik temeline sahiptir ve bir özel alanı işaret etmektedir. Bu hakkın, her türlü haberleşeme aracı ile düşünce ve kanaatlerin serbestçe alınması ve yayılması şeklinde kullanılabilirliği ifade edilmekte ise de bu bilgiye izinsiz ulaşmanın, ifade özgürlüğün ihlalini oluşturabileceği ve korunması gerektiği açıktır.

Haberleşmenin internet ortamında genelde tüm kullanıcılara açık ve aleni yapılmakta olduğu bilindiğinden, suç kapsamındaki yayınların haberleşme, düşünceyi söz ve kanaati açıklama özgürlüğü kapsamında mütalaa edilmesi düşünülmemelidir. Tek taraflı, haber iletişim kaynağı kendi kontrolünde olan, kaynağın tespit ve erişilmesi, ulaşılması

imkanlarının oldukça zor olduğu ve kullanıcısının teknolojik zaaf, gelişim ve sürekli değişim imkanlarından yararlanabildiği bu ortamın, gazete, mektup, dergi, kitap, makale kaynaklı görsel işitsel yayın araçları ile yaptığı hak ihlali ve suç nitelikli, bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmeye ve güvenceli haklardan yararlanma imkanı sunan denetimli, suç kapsamı dışı haberleşme ve düşünce ve kanaat hürriyeti kapsamındaki aktarımların hak ihlali ve suç nitelikli yayınlarla bir benzerliğinin kurulmaması aynı güvencelerden yararlanmaması gerekir.

İnternet ortamı, 5651 sayılı Yasa'da haberleşme ile kişisel ve ya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği sistem olarak tanımlanmaktadır.

Bu kapsamdaki bir ortamda haberleşme özgürlüğü, suç oluşturan fiillere Anayasal güvence sağlayan bir hak kapsamında değildir.

Ortamda yayınlanan, pornografik görüntü, fuhuş, cinsel istismar içerikli tek yanlı gizlilik içermeyen veriler kişilerin maddi ve manevi varlığına ve özel hayatına yöneldiği takdirde, bunu Anayasa'nın 22. maddesi kapsamındaki özgürlükten ziyade, zarar içerikli kasıtlı, teşhire ve ahlak anlayışının dejenerasyonu ile aile ve hukuk düzeni ve kamu güvenliğinin terörize edilmesi, kötü alışkanlıklar edinilmesine yönelik tek yanlı suç fiili olduğu, sokakta işlenmiş, bireye ya da topluma karşı bir suç fiilinden farklı düşünülemeyeceği bu halleri nedeniyle de Anayasa'nın 22. maddesi kapsamında mütalaa edilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

İnternet ortamı sayısal değerleri, konuya amaçsal olarak bakmak ve değerlendirmek için önemlidir.

İnternet ortamında 1 dakikalık zaman diliminde 16 milyon mesaj, 156 milyon e-posta, 4.1 milyon video görüntülenmektedir. (Bilgi Teknolojileri ve İletişim kurum bilgileri) bir arama motoruna 3.5 milyon kez girilirken 452.000 tweet atılmaktadır. Arama motorlarındaki aramaların % 35'i pornografik içeriklidir. Günlük 2.5 milyar pornografik e-posta gönderilmekte 75,80 milyon adet pornografik içerik sahibi web sitesi bulunmaktadır. Çocuklar 6 yaşından itibaren porno izlemeye başlamakta bu sektör cirosunun (çocuk pornosunda) 90 milyar dolar olduğu bildirilmektedir.

Unicef tahminlerine göre de porno sektöründe cinsel köle olarak kullanılan 2 milyon çocuk vardır.

Sektörlerin, önündeki engel olan toplumsal ve ahlaki dirençleri kırmak ve yasal engelleri aşmak için her türlü teknolojik imkanın kullandığı ve var güçleri ile çalıştıklarının da yapılan araştırmalardan anlaşıldığı gözükmektedir.

Ülkemizin de üyesi olduğu 43 ülkede faaliyet gösteren uluslararası internet ihbar merkezi birliği WHOPE çocukların cinsel istismarı ve katalog suçlar kapsamında aldıkları ihbarları değerlendirip bir mahkeme kararı olmadan erişimin engellenmesi için erişim sağlayıcılara bildirmektedirler.

Bu kapsamda ülkemizde günlük 1.500 civarında ihbar yapılmakta, son 10 ayda 450 bin civarında ihbar yapılmış ve ihbarların %95.5'inin çocukların cinsel istismarı, fuhuş, müstehcenlik ve kumar içerikli olduğu bilgisi edinilmiştir.

AB üyesi ülkeler ve ABD dahil olmak üzere dünyanın bir çok ülkesinde internet ortamında yer alan içeriklerin başta çocukların cinsel istismarı olmak üzere belirli suçlarda herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın, erişim sağlayıcılar tarafından engellenmekte olduğu da ayrı bir gerçektir.

İnternetin bu hızlı ve dinamik yapısı nedeniyle paylaşımların yaygınlaşmasını önlemek, yasadışı içeriklerle anında mücadele etmek ve bu amaçla hüküm altına alındığı anlaşılan ancak iptali istenen kuralın içinde yer alan katalog suçlardan TCK'nun suç saydığı müstehcen yayınlar karşısında bu yayını yapmanın hakkın içeriği itibari ile düşünceyi yayma ve açıklama özgürlüğünü koruyan haberleşme hürriyeti kapsamında bir hak olarak mütalaa edilemeyeceği bu niteliği ile Anayasa'nın 22. maddesi güvencesinden istifade olanağı bulunmadığından iptali istenen kuralda yer alan ibare Anayasa'ya aykırı değildir.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞI OY

1. Danıştay Onüçüncü Dairesi'nce 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının iptali istemiyle itiraz başvurusunda bulunulmuştur.

2. Mahkememiz çoğunluğunca, fıkranın, oybirliğiyle alınan sınırlama kararı ile esasının incelenmesine karar verilen kısımlarının iptaline karar verilmiştir.

3. Çoğunluk görüşüne dayalı karara aşağıda açıklayacağımız nedenlerle katılmıyoruz.

4. 5651 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre, dünyada yaşanan gelişmelere koşut olarak ülkemizde de internet dâhil hızla yaygınlaşan elektronik iletişim araçlarının sağladığı imkânların suiistimal edilmesi suretiyle bir çok suç kolayca işlenir hale gelmiştir. Anayasa'nın 41 ve 58. maddeleri hükümleri uyarınca aileyi, çocukları ve gençleri internet dâhil elektronik iletişim araçlarının kullanılması suretiyle uyuşturucu ve uyarıcı madde alışkanlığı, intihara yönlendirme, cinsel istismar, kumar ve benzeri kötü alışkanlıkları teşvik eden yayınların içeriklerinden korumak için gerekli önleyici tedbirlerin alınması gerekmektedir. İşte bu sebeple 5651 sayılı Kanun'da elektronik ortamda çocuğa, gençliğe ve aileye yönelik ağır ve vahim nitelikteki saldırıların önlenmesini teminen çıkarılmıştır. Bir başka söyleyişle 5651 sayılı Kanun, Anayasa'nın özel olarak korunmasını öngördüğü başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik bir kısım suçların kolayca işlenmesini önleyici tedbirleri hayata geçirmek için çıkarılmıştır. Bu husus, Kanun'un amaç ve kapsamına ilişkin 1. maddesinde, Kanun'un, içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcılarının yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadele edilmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemeye yönelik olduğu şeklinde ifade edilmiştir.

5. Kanun'un gerekçesinde Kanunla yeni suç kategorilerinin oluşturulmadığı belirtilmiştir. Kanun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda

belirtilen bazı suçların internet dâhil elektronik ortamda işlenmesi halinde, söz konusu suçların etkilerini sürdürmesinin önlenmesini amaçlamakta ve bu kapsamda idari ve yargısal koruma tedbirleri öngörmektedir.

6. Kanun'un dördüncü fıkrasının iptali istenilen 8. maddesinde, internet ortamında yapılan ve içeriği;

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 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 Kanun'da yer alan suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verileceği, bu kararın hangi hallerde kimler tarafından nasıl verileceği ve nasıl yerine getirileceği hususları düzenlenmektedir.

7. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, internet ortamında yapılan ve içeriği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama suçlarından veya 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da sayılan suçlardan birini oluşturduğu yönünde yeterli şüphe bulunan yayınların erişiminin engellenmesine karar verileceği, (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde de erişimin engellenmesi kararının soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verileceği düzenlenmiştir.

8. İptali istenilen (4) numaralı fıkrada ise içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması hâlinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde

bulunsa bile içeriği çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik veya fuhuş suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının resen Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) tarafından verileceği hüküm altına alınmıştır.

9. Mahkememiz çoğunluğunca, internette paylaşılan ve suç oluşturan içeriklere TİB Başkanlığı tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde kamu yararı bulunduğu ve internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, haberleşme hürriyetinin suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları açısından bir koruma sağlamayacağı, dolayısıyla yalnızca suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları yapan sitelere yönelik olarak hâkim kararı olmaksızın idare tarafından resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir husus bulunmadığı kabul edilmiştir.

10. Bununla beraber, Mahkememizin çoğunluğu tarafından haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesinin, içeriği suç oluşturan bazı yayınlara da yer vermekle beraber haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan, özellikle sosyal medya gibi kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olan internet siteleri ya da uygulamalarını da kapsadığı, itiraz konusu kuralın ise içeriği suç oluşturan bir yayının, suç işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla faaliyette bulunmayan, kitlesel haberleşme ve iletişim sağlayan internet sitelerinde paylaşılması durumunda da hâkim onayı gerekmeksizin idarece resen erişimin engellenmesi kararı verilmesine olanak tanıdığı ifade dilerek esas amacı haberleşme ve bilgi paylaşımı olan bu sitelerde yer alan içeriği suç oluşturabilecek yayınlar nedeniyle hâkim onayı olmaksızın sitenin tümüne yönelik olarak resen erişimin engellenmesi kararı verilmesinin Anayasa'nın 22. maddesinde ifade edilen güvenceyle bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

11. Ayrıca, Kanun'un erişimin engellenmesine imkân tanıyan 9 ve 9/A maddelerinde engelleme kararının öncelikle ilgili yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) verilmesi, ancak teknik olarak ilgili içeriğe erişimin engellenmesinin yapılamadığı veya yalnızca ilgili içeriğe erişimin engellenmesiyle Kanunda belirtilen amaca ulaşılamayacağı durumlarda internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi

kararı verileceğinin düzenlendiği, itiraz konusu kuralda ise TİB tarafından müstehcenlik suçu oluşturan yayınlara resen erişimin engellenmesi kararı verileceğinin belirtilmesiyle yetinildiği, erişimin kademeli olarak engellenip engellenmeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği, böylece idareye kapsam ve sınırları belirsiz şekilde erişimin engellenmesi yetkisinin tanındığı, bu nedenle anlaşılır, açık ve net olma zorunluluğunu karşılamayan itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması güvencesiyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

12. Konunun uzmanlarınca internet hakkında söylenilenlerin bir kısmının aşağıdaki gibi olduğu görülmektedir:

A. Bilindiği üzere, internet 1990'lardan itibaren küresel bir ağ haline gelmiş, bilinen geleneksel iletişim araçlarından farklı olarak, iletişime çok büyük bir hız kazandırmış, farklı kesimlerce üretilen etkileşimli multimedya içeriklerinin dünyanın herhangi bir yerinden sayısız başka yerlerine saniyeler içerisinde ulaşabilmesini sağlamıştır. Bilginin çok daha hızlı ve ucuz bir şekilde yayılmasına olanak sağladığı için de toplumların geleneksel, ekonomik, siyasal ve kültürel yapılarını etkilemiş; böylece köklü değişim ve dönüşümlerin önünü açarak yönetimden siyasete, ekonomiden hukuka, aileden arkadaşlık ilişkilerine insanların tutum, davranış ve alışkanlıklarında önemli değişmelere sebep olmuştur. Bu değişim ve dönüşümler de işin doğası gereği yeni yönetimsel ve hukuksal sorunları ortaya çıkarmıştır.

B. İnternet ortamında "ulusal sınır" olgusunun bulunmaması nedeniyle, dünyanın herhangi bir yerinde herhangi biri tarafından üretilen içerikler serbestçe yayına konulup dünya genelinde milyonlarca kişiye ulaşabilmektedir. "Ulusal sınır"sızlık olgusunun yanı sıra internetin teknik alt yapısı ve yaygın ağının sağladığı paylaşım ve erişim kolaylığı da kişilerin internet ortamında kimliklerini gizleyerek yasa dışı içerik oluşturup bu içerikleri çok hızlı bir şekilde dünyanın dört bir yanına yaymasına olanak sağlamaktadır.

C. Ayrıca, her durumda ve zorunlu bir doğrulama mekanizması içermeyen internet ortamının, iletişim, bilgi edinme, paylaşım ve eğlence gibi iyi ve zararsız amaçlarla kullanılmasının yanında, sahte isim ve hesaplarla yasa dışı içerik oluşturup paylaşabilme amacıyla da

kullanılabilmektedir. Bu ise suçlulara kendilerini kolayca gizleyerek yasa dışı iş ve eylemleri hayata geçirebilme fırsatı vermektedir. Diğer bir ifadeyle, terör ve suç örgütleri bir kısım faaliyetlerini internet ortamına taşıyabilmekte, siber saldırılar yanında ülkelerin milli güvenlik ve kamu düzenlerini yok etmeyi hedef alan içerikleri çok kısa zamanda çok geniş kitlelere ulaştırabilmektedirler.

D. Bunun yanında, bir kısım içerikler mahremiyet ihlallerine, bilgi hırsızlığına, telif hakları ihlallerine, özel hayatın gizliliğinin ortadan kaldırılmasına, dolandırıcılığa, kişilik haklarına saldırılara, bahis, kumar, fuhuş, çocukların cinsel istismarı, pornografi, intihar ve uyuşturucuya yönlendirme, siber zorbalık, şiddet, ırkçılık, ayrımcılık ve nefret söylemi gibi yasalara aykırı veya zararlı kabul edilen bir takım durumların geniş kitlelerin önüne getirilmesine ve etkilenmelerine, böylece de sosyal dokunun zedelenmesine, ahlaki yapının bozulmasına ve hukuksal sorunların çıkmasına neden olabilmektedir.

E. İnternet trafiğinin farklı ülkeleri saniyeler içerisinde geçerek akması, böylesine karmaşık bir yapı içerisinde belli bir noktadaki bir sorunun, dünyanın uzak başka bir noktasındaki internet trafiğini olumsuz yönde etkileyebilmesi, web sitelerini barındıran sunucuların dünyanın her tarafına yayılmış olması, genel veya bölgesel internet noktalarının kontrol ve bakımının gerekli olması gibi internetin diğer kitle iletişim araçlarından farklı doğası ve özellikleri, çok boyutlu, çok aktörlü dinamik ve dağıtık yapısı, tekniği, işleyiş biçimi, alt yapısı ve "ulusal sınır"sızlık/uluslararası niteliği, suç yeri ve zamanı ve suçlunun tespit edilmesi yönünden belirli zorlukları beraberinde getirmekte, bu da internet platformunun düzenlenmesini ve bu alana ilişkin bazı sınırlamalar getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

F. Mukayeseli hukuk açısından başka ülkelere bakıldığında da toplumun tümünün ve özellikle de çocuklar ile gençlerin ve ailelerin bu alandaki risk ve tehlikelere karşı korunması amacıyla internetin güvenli kullanımının sağlanmasına yönelik tedbirler alındığı, internetle ilgili strateji ve politikalar geliştirildiği, farklı biçimlerde de olsa giderek artan bir oranda internetle ilgili müdahaleler içeren uygulamalara gidildiği görülmektedir.

G. Öte yandan, internetin doğası ("ulusal sınırsızlık" özelliği) gereği her bir devlet için internetin denetim ve kontrolünde başka zorlukların da

bulunduğu, bu zorlukların en önemlilerinden birisinin internetin, devletin klasik ulusal egemenlik anlayışına meydan okuyan karmaşık, dağıtık, çok değişkenli, dinamik ve sınır tanımayan küresel ağ yapısı olduğu, devletlerin ülke sınırları içerisinde hukuk kuralı koyma ve bunu uygulama meşruiyetlerini esas alan klasik ulusal egemenlik yaklaşımlarına dayalı mevzuatın, ulusal sınır tanımayan bu teknoloji karşısında çoğu zaman yetersiz kaldığı da bir gerçektir.

H. Günümüzde, internetin sosyal, siyasal ve ekonomik hayatı yönlendiren etkili bir araç olduğunun iyice ortaya çıkmasıyla birlikte devletler, internet üzerindeki etkilerini ve etkinliklerini hem ulusal hem de uluslararası düzeyde arttırmanın gayreti içine girmişlerdir. Bunun yanı sıra, e- ticaretin milyarlarca dolarlık hacme ulaşması, internet alan adlarının değerlenmesi, internet üzerinden veri iletişiminin ulusal güvenliğin bir parçası haline gelmesi ve zararlı içeriğin denetlenmesi gibi nedenlerle alan adları ve IP adreslerinin yönetimi (internet üzerinde söz sahibi olma, alan adları ile IP numaralandırma politikalarını belirleme ve kontrol etme) sadece kamu ile özel sektör arasında değil, uluslararası alanda da önem kazanmış ve devletler arasında değişik boyutları olan bir sorun alanı haline gelmiş bulunmaktadır. Siber uzayın mimarisi bu teknolojileri geliştiren ve üreten devletlerin politikaları doğrultusunda şekillenmekte, dolayısıyla bu alanın sınırları ve kuralları büyük oranda bu alanda teknoloji üreten ülkelerin özel ve kamusal güçleri tarafından belirlenmektedir.

13. Kitlesel haberleşme ve iletişim aracı olarak yaygın şekilde kullanılan ve geleneksel yöntemlere göre gittikçe daha çok tercih edilen internetin haberleşme hürriyeti kapsamında olduğunda ve modern demokrasilerde başta haberleşme hürriyeti ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından büyük bir önem taşıdığında kuşku bulunmamaktadır. Bununla beraber, internetin yalnızca haberleşme ve iletişim sağlamak için değil başka amaçlar için de etkin olarak kullanıldığı gözden uzak tutulmamalıdır. Esasen, internette yapılan her türlü yayının haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği, haberleşme hürriyetinin suç işlemeye veya suç işlenmesini kolaylaştırmaya yönelik internet yayınları açısından bir koruma sağlamayacağı Mahkememiz çoğunluğunca da kabul edilmiş bulunmaktadır.

14. İptali istenilen kuralda TİB Başkanlığına tanınan erişimin engellenmesi kararı verme yetkisinin de, hangi internet ortamında olursa olsun, Atatürk aleyhine işlenen suçlar ile Anayasa'nın özel olarak korunmasını öngördüğü başta aile, çocuklar ve gençler olmak üzere belirli sosyal kesimlere yönelik bir kısım suçların kolayca işlenmesini ve bu tür suçlar işlendiğinde söz konusu suçların etkilerini sürdürmesini önlemek amaçlarına ilişkin olduğu gözetildiğinde, Mahkememiz çoğunluğunca da kabul edildiği üzere bu tür yayınların haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği tabiidir.

15. Konunun uzmanlarınca, faydalarının yanında zararlarının da bulunduğu açık olan, uluslar arası hukuku (uluslar arası hukuk ile düzenleme ve denetleme imkanı) bulunmayan bu alanda, kimi internet site ve uygulamalarında, zaman zaman ticari kaygılarla suçlulara ve yasadışı içeriklere göz yumulabildiği de dile getirilmektedir. Ayrıca, yine aynı uzmanlarca, bir dakika içerisinde 16 milyon mesajın yazıldığı, 156 milyon e-postanın gönderildiği ve 4,1 milyon videonun görüntülendiği internet ortamında, sosyal medya olarak da ifade edilen ve kitlesel haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan çok sayıda site ve uygulamanın oluşturulabileceği, bunların hiçbir ticari veya özel amaçlarının bulunmadığının ve bu hizmeti tamamen karşılıksız sunduklarının söylenemeyeceği de belirtilmektedirler.

16. Teknik ve fiili özelliklerine yukarıda kısmen değinilen internette, sosyal medya olarak da ifade edilen ve kitlesel haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı taşıyan ve bu amaçla kullanılan ve dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebilmesine ve haberleşmesine olanak sağlayan sitelere ya da uygulamalara, engel olunmadığı sürece belirsiz sayıda suç oluşturan içeriğin yüklenebilmesinin de teknik olarak mümkün olduğunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hal böyle olunca da, bir yandan haberleşme ve iletişim platformu olma niteliğini haiz olan ve böyle işlev gören, bir yanda da suç niteliğini haiz içerik barındıran sosyal medya site ve uygulamalarının, salt suç niteliğini haiz içerikleri yayınlamak amacıyla oluşturulmuş site ve uygulamalar ile tamamen aynı nitelik ve konumda değiller ise de, haberleşme özgürlüğüne ilişkin hâkim onayı güvencesinde bulunan ve suç niteliğini haiz içerik barındırmayan diğer sosyal medya site ve uygulamaları ile aynı konumda bulunduklarını söylemek de oldukça güçleşmektedir.

17. Zira belirtilen türdeki site ve uygulamalar bakımından, bu tür site ve uygulamalardan yararlanan kişilerin haberleşme ve diğer hakları ile intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik ve fuhuş ve kumar oynanması için yer ve imkân sağlama ve Atatürk aleyhine işlenen suçlardan zarar gören kişilerin ve kamunun hakları/yararları arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. Bu durum, konuya ilişkin düzenlemelerde bu hususun mutlaka gözetilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

18. Bu duruma bağlı olarak, suç niteliğini haiz içeriklerin internet üzerinden çarpan etkisiyle çok hızlı bir şekilde yayılabildiği gerçeği de gözetilerek, suç niteliğini haiz içerikten zarar gören kişilerin ve kamunun haklarının zedelenmesinin önlenmesi amacıyla gerekli önlemlerin bir an önce (mümkün olan en kısa sürede) alınabilmesi için, sosyal medya olarak da ifade edilen ve kitlesel haberleşme veya iletişim niteliği ya da amacı bulunan ve genellikle de bu amaçla kullanılan ve dünyadaki tüm kullanıcılarının bir arada iletişime geçebilmesine ve haberleşmelerine olanak sağlayan internet site ve uygulamalarının 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesinde sayılan suçları oluşturan içerikleri barındırmaları halinde, münhasıran bu içeriklere yönelik olarak haberleşme hürriyetine ilişkin hâkim onayı güvencesi olmadan TİB Başkanlığına erişimin engellenmesi yetkisi tanınması, kamusal bir gerekliliği karşılamak amacıyla ortaya çıkmış olmaktadır.

19. Öte yandan, çoğunluk görüşünde göndermede bulunulan Kanun'un 9 ve 9/A maddelerinde erişimin engellenmesi kararlarının URL bazlı olarak verilip uygulanacağı ve zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik engelleme kararı verilemeyeceği hükme bağlanırken, iptali istenilen kuralda böyle bir sınırlama öngörülmemiş ve erişimin engellenmesi kararının kapsamı konusunda konunun önemine binaen TİB Başkanlığına takdir yetkisi tanınmıştır.

20. Zira, Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (o) bendi hükmüne göre, 5651 sayılı Kanun'un uygulamasında, "Erişimin engellenmesi" ibaresi, alan adından erişimin engellenmesini, IP adresinden erişimin engellenmesini, içeriğe (URL) erişimin engellenmesini ve benzeri

yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade etmektedir. Kanunda Kuruma verilen erişimin engellenmesi yetkisinin ne şekilde kullanılacağı gösterilmiş, idareye, işin mahiyet ve önemine binaen bu tanımda belirtilen yöntemlerden amaca en uygun (elverişli ve ölçülü) olanını tercih etme konusunda yetki verilmiştir.

21. Dolayısıyla iptali istenilen kural uyarınca, halin icaplarına göre, öncelikle ilgili yayın, kısım veya bölümle ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilebileceği gibi, doğrudan sitenin bütününe yönelik erişimin engellenmesine de karar verilebilecektir. Bunun yanında kuralda, idareye, suç oluşturan içerik nedeniyle diğer yöntemlere başvurmaksızın doğrudan sitenin tamamına yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı vermesini emreden bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu itibarla kuralda bir belirsizlik söz konusu değildir.

22. Öte yandan, genel hükümler uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açık olduğundan, kuralla verilen yetki çerçevesinde tesis edilen erişimin engellenmesi kararına karşı da yargı yoluna başvurulabilecektir. Hal böyle olunca, kural bakımından yargısal denetimsizlikten de söz edilemez.

23. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13., 22. ve 26. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerektiğinden çoğunluk görüşüne dayalı iptal kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Kadir ÖZKAYA

Üye	Üye
Rıdvan GÜLEÇ	Recai AKYEL

Esas Sayısı : 2016/133
Karar Sayısı : 2017/155
Karar Tarihi : 15.11.2017

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK ve Özgür ÖZEL ile birlikte 125 milletvekili (E. 2016/133)

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 4. İdare Mahkemesi (E. 2017/123)

DAVA VE İTİRAZIN KONUSU: 14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 7. maddesiyle 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine "*Bina*" tanımından sonra gelmek üzere eklenen "*Su yolu; imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşımın sağlandığı su geçididir.*" tanımının,

B. 8. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasına "*yol*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*su yolu,*" ibaresinin,

C. 9. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasına "*yol*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*… su yolu,*" ibaresinin,

D. 13. maddesiyle 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'na eklenen ek 1. maddede yer alan "*…bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılır…*" ibaresinin,

E. 21. maddesiyle 16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin yeniden düzenlenen (7) numaralı fıkrasının,

F. 25. maddesiyle 6306 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin (2) numaralı fıkrasının;

1. (a) bendinin ikinci cümlesinin,

2. (b) bendinin,

G. 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan "*…15/1/2012 tarihinden sonra…*" ibaresinin,

Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 5., 7., 10., 13., 36., 44., 45., 49., 55., 56., 63., 125., 153., 166. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına,

H. 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinin Anayasa'nın 10., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline,

karar verilmesi talebidir**.**

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali talep edilen kuralların yer aldığı Kanun'un;

1. 7. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 5. maddesine "*Bina*" tanımından sonra gelmek üzere eklenen tanım şöyledir:

"***Su yolu; imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşımın sağlandığı su geçididir.***"

2. 8. maddesiyle eklenen ibarenin yer aldığı 3194 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"*İmar planlarında; meydan, yol,* ***su yolu,*** *park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumi hizmetlere ayrılmış yerlere rastlayan Vakıflar Genel*

Müdürlüğüne ait gayrimenkuller ile askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ile ülke güvenliği ile doğrudan doğruya ilgili Türk Silahlı Kuvvetlerine ait harekat ve savunma amaçlı yerler hariç Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsalar belediye veya valiliğin teklifi, Maliye ve Gümrük Bakanlığının onayı ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye; belediye ve mücavir alan hudutları dışında özel idareye bedelsiz terk edilir ve tapu kaydı terkin edilir. Ancak, bu yerlerin üzerinde bina bulunduğu takdirde, arsası hariç yalnız binanın halihazır kıymeti için takdir edilecek bedel ödenir. Bedeli ve ödeme şekli taraflarca tespit olunur."

3. 9. maddesiyle eklenen ibarenin bulunduğu 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tâbi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Milli Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, ***su yolu,*** *meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi umumî hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz."*

4. 13. maddesiyle 4342 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. madde şöyledir:

"30/4/2014 tarihli ve 28987 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 24/2/2014 tarihli ve 2014/6028 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen; İstanbul İli Avrupa Yakası Proje Alanı içerisinde yer alan mera, yaylak ve kışlak gibi orta mallarının vasıfları, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca ***bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılır*** *ve bu taşınmazlar Hazine adına tescil edilir."*

5. 21. maddesiyle 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin yeniden düzenlenen (7) numaralı fıkrası şöyledir:

"(7) Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler, değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla bu Kanun hükümlerine tabi olur."

6. 25. maddesiyle 6306 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. madde şöyledir:

"(1) a) Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde; planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan

veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanlar,

b) Üzerindeki toplam yapı sayısının en az %65'i imar mevzuatına aykırı olan veya yapı ruhsatı alınmaksızın inşa edilmiş olmakla birlikte sonradan yapı ve iskân ruhsatı alan yapılardan oluşan alanlar,

fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek, sağlık, eğitim ve ulaşım gibi kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla, Bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca riskli alan olarak kararlaştırılabilir. Riskli alan sınırı uygulama bütünlüğü gözetilerek belirlenir.

(2) a) Riskli alan kararına karşı Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren dava açılabilir. ***Uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararına karşı dava açılamaz.***

b) Birinci fıkranın (a) bendi uyarınca belirlenen riskli alanlarda kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, 4734 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden sayılır.*"*

7. 30. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendi şöyledir:

*"****b) 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kadro ve pozisyonlarına 15/1/2012 tarihinden sonra ilk defa veya yeniden atanan kurul başkanı, kurul üyesi ve başkan yardımcısı ile murakıp ve uzman unvanlı meslek personeline, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün ayni ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarı; kurul başkanı için bakanlık müsteşarı, kurul üyesi için bakanlık müsteşar yardımcısı, başkan yardımcısı için bakanlık genel müdürü, murakıp ve uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak mali haklar ile sosyal hak ve yardımlar***

kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemez ve bunlar, emeklilik hakları bakımından da emsali olarak belirlenen personel ile denk kabul edilir."

II. İLK İNCELEME

A. E.2016/133 Sayılı Başvuru Yönünden

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 2.8.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. E.2017/123 Sayılı Başvuru Yönünden

2. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 31.5.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunları görüşülmüştür.

3. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine 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. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak kanun kuralları,

davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde ve davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

4. İtiraz konusu kuralda, 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun (TMSF) kadro ve pozisyonlarına 15.1.2012 tarihinden sonra ilk defa veya yeniden atanan kurul başkanı, kurul üyesi ve başkan yardımcısı ile murakıp ve uzman unvanlı meslek personeline ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün aynî ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarının; kurul başkanı için bakanlık müsteşarı, kurul üyesi için bakanlık müsteşar yardımcısı, başkan yardımcısı için bakanlık genel müdürü, murakıp ve uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak malî haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemeyeceği ve bunların emeklilik hakları bakımından da emsali olarak belirlenen personel ile denk kabul edileceği hükme bağlanmıştır.

5. Kural, 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'nin kadro ve pozisyonlarına ilk defa veya yeniden atanan kurul başkanı, kurul üyesi ve başkan yardımcısı ile murakıp ve uzman unvanlı meslek personelini kapsamaktadır.

6. İtiraz yoluna başvuran Mahkemede görülmekte olan dava ise Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunda (BDDK) 15.1.2012 tarihinden sonra bankacılık uzman yardımcısı olarak göreve başlayan davacının, bu tarihten önce işe başlayan aynı unvan ve görevdeki kişilerle malî haklarının eşitlenmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline yönelik olup kuralda yer alan "*...kurul başkanı, kurul üyesi ve başkan yardımcısı ile murakıp ... kurul başkanı için bakanlık müsteşarı, kurul üyesi için bakanlık müsteşar yardımcısı, başkan yardımcısı için bakanlık genel müdürü, murakıp...*" ibarelerinin uyuşmazlıkta uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

7. Kuralın kalan bölümü ise bentte sayılan unvanlı kadrolarda bulunanların tamamı yönünden geçerli ortak kural niteliği taşımaktadır. Bu nedenle kuralın kalan bölümüne ilişkin esas incelemenin, bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek *"…ve uzman..."* ibareleri ile sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

8. Açıklanan nedenlerle 14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinin,

A. "*...kurul başkanı, kurul üyesi ve başkan yardımcısı ile murakıp…*", "*... kurul başkanı için bakanlık müsteşarı, kurul üyesi için bakanlık müsteşar yardımcısı, başkan yardımcısı için bakanlık genel müdürü, murakıp...*" ibarelerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibarelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. Kalan bölümünün esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin aynı bentte yer alan "*…ve uzman…*" ibareleri ile sınırlı olarak yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARI

9. 14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan "*…ve uzman…*" ibarelerinin iptallerine karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2017/123 sayılı davanın, aralarındaki hukukî irtibat nedeniyle E.2016/133 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2016/133 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 31.5.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

10. Dava dilekçesi, başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatih ŞAHİN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava ve itirazın konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 7. Maddesiyle 3194 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine "*Bina*" Tanımından Sonra Gelmek Üzere Eklenen "*Su yolu*" Tanımının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

11. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla tanımı yapılan su yolunun esasen "*Kanal İstanbul*" olarak adlandırılan projeyi tanımlayarak projeye yasal altyapı oluşturulduğu; projenin Trakya Bölgesi'nin ekosistemi, İstanbul'un kent fizyolojisi ve boğazların hukukî rejimi üzerinde belirleyici etkilerinin olacağı; konuyla ilgili olarak bilim insanları tarafından yapılan çalışmalarda projenin çevresel ve kentsel felaketler ile uluslararası düzeyde geri dönüşü olmayan hukukî sorunlara yol açacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 5., 13., 44., 45., 56., 166. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

12. Dava konusu kuralda "*su yolu*"nun tanımı yapılmıştır. Kurala göre su yolu, imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşımın sağlandığı su geçididir.

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

14. Anayasa Mahkemesince "*kamu yararı*" konusunda yapılacak inceleme, kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığının araştırılmasıyla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayrık hâl dışında bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasî tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

15. Kanun koyucu; yasamanın genelliği ilkesinin bir gereği olarak Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanı, Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla öngörülebilir ve uygulanabilir şekilde kanunla düzenleyebilir. Bu bağlamda su yolunu tanımlama, unsurlarını belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kuralla, daha önce mevzuatta tanımı yapılmamış olan su yolu kavramı tanımlanarak nelerin imar hukuku kapsamında su yolu olarak kabul edilebileceği hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Kuralın, imar planları kapsamında yapılacak olan su yollarına kanuni bir statü kazandırmak amacıyla ihdas edildiği dikkate alındığında kamu yararına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

16. Dava dilekçesinde, kuralın esas itibarıyla "*Kanal İstanbul*" olarak adlandırılan projeyi tarif ettiği projeye yasal altyapı oluşturulması amacıyla ihdas edildiği belirtilerek anılan projenin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmekte ise de kuralda sadece su yolunun tanımı yapılmış, bir yapının su yolu olarak kabul edilebilmesi için gereken özellikler sayılmıştır. Bu tanım çerçevesinde ülkenin herhangi bir yerinde imar planı kapsamında su yolu yapılmasına karar verilebilir.

17. Su yolu, idarenin düzenleyici işlemi niteliğinde olan imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulduğundan esasında imar planının da bir

parçasıdır. Su yolunun planlama ve şehircilik ilkelerine aykırı olduğu iddiasıyla imar planının iptali talebiyle idari yargı mercilerinde dava açılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır.

18. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

19. Kuralın Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 5., 13., 44., 45., 56., 166. ve 169. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun'un 8. Maddesiyle 3194 Sayılı Kanun'un 11. Maddesinin Birinci Fıkrasına "*yol*" İbaresinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen "*su yolu*," İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

20. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 7. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen "*su yolu*" tanımın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin gerekçelerle kuralın Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 5., 13., 44., 45., 56., 166. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

21. 3194 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, imar planlarında; meydan, yol, su yolu, park, yeşil saha, otopark, toplu taşıma istasyonu ve terminal gibi umumî hizmetlere ayrılmış yerlere rastlayan Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait gayrimenkuller ile askerî yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ile ülke güvenliği ile doğrudan doğruya ilgili Türk Silahlı Kuvvetlerine ait harekât ve savunma amaçlı yerler hariç Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsaların belediye veya valiliğin teklifi, Maliye ve Gümrük Bakanlığının onayı ile belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeye; belediye ve mücavir alan hudutları dışında ise özel idareye bedelsiz olarak terk edilmesi öngörülmüştür. Cümlede yer alan "*su yolu*" ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır. Kuralla, su yolu umumî hizmete ayrılan yerler arasında sayılmış; böylece imar planlarında su yolu olarak ayrılan yerlere rastlayan Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsaların mücavir alan sınırları içinde belediyeye, mücavir alan sınırları dışında özel idareye bedelsiz devredilmesine olanak tanınmıştır.

22. Kanun'un 7. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen "*su yolu*" tanımının Anayasa'ya uygunluk denetiminde belirtilen hususlar dava konusu kural yönünden de geçerlidir. Kanun koyucu, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanı Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla kanunla düzenleyebilir. Bu bağlamda imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşıma olanak tanıyan su yolunu umumî hizmete ayrılmış yer olarak belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kuralın, imar planı kararıyla yapılacak su yoluna isabet eden Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsaların satılamaması ve başka bir maksat için kullanılamaması amacıyla ihdas edildiği dikkate alındığında kamu yararına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

23. Bu itibarla su yolunu umumî hizmete ayrılmış yerler arasında sayarak imar planlarında su yolu olarak ayrılan yerlere rastlayan Hazine ve özel idareye ait arazi ve arsaların mücavir alan sınırları içinde belediyeye, mücavir alan sınırları dışında özel idareye bedelsiz devredilmesine olanak tanıyan kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

24. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

25. Kuralın Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 5., 13., 44., 45., 56., 166. ve 169. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un 9. Maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 18. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına "*yol*" İbaresinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen "*su yolu*" İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

26. Dava dilekçesinde özetle, Kanun'un 7. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen "*su yolu*" tanımının Anayasa'ya aykırılığına ilişkin gerekçelerle kuralın Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 5., 13., 44., 45., 56., 166. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

27. 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasında; düzenleme ortaklık paylarının, düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Millî Eğitim

Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, su yolu, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi umumî hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Fıkrada yer alan "*su yolu*" ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır. Kuralla su yolu, umumî hizmete ayrılmış yerler arasında sayılmış; böylece düzenleme ortaklık paylarının imar planlarında su yolu olarak ayrılan yerler için kullanılmasına olanak tanınmıştır.

28. Kanun'un 7. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen "*su yolu*" tanımının Anayasa'ya uygunluk denetiminde belirtilen hususlar, dava konusu kural yönünden de geçerlidir. Kanun koyucu; yasamanın genelliği ilkesi uyarınca Anayasa'da düzenlenmemiş bir alanı, Anayasa'nın temel ilkeleri ile yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla kanunla düzenleyebilir. Bu bağlamda imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşıma olanak tanıyan su yolunu umumî hizmete ayrılan yer olarak belirleme yetkisi de kanun koyucuya aittir. Kuralın, imar planı kararıyla su yolu olarak ayrılan yerlerin düzenleme ortaklık payından karşılanması amacıyla ihdas edildiği dikkate alındığında, kamu yararına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

29. Bu itibarla düzenleme ortaklık paylarının imar planlarında su yolu olarak ayrılan yerler için kullanılmasına olanak tanıyan kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

30. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

31. Kuralın Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 5., 13., 44., 45., 56., 166. ve 169. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 13. Maddesiyle 4342 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddede Yer Alan "*…bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılır…*" İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

32. Dava dilekçesinde özetle, İstanbul İli Avrupa Yakası Proje Alanı içinde yer alan mera, yaylak ve kışlak gibi orta mallarının 4342 sayılı

Kanun'da belirtilen usule bağlı kalınmaksızın doğrudan Hazine adına tescil edilmesinin devletin bu arazileri koruma ve tahribini önleme yükümlülüğü ile bağdaşmadığı; bu taşınmazların vasıflarının hangi esas ve usullere göre değiştirileceği ve lehine vasıf değişikliği yapılanlara hangi yükümlülüklerin getirileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadan bu hususların Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının takdirine bırakılmasının yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 7. ve 45. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

33. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 56. maddesi yönünden de incelenmiştir.

34. 4342 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinde, 30.4.2014 tarihli ve 28987 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 24.2.2014 tarihli ve 2014/6028 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen; İstanbul İli Avrupa Yakası Proje Alanı içinde yer alan mera, yaylak ve kışlak gibi orta mallarının vasıflarının Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılması ve bu taşınmazların Hazine adına tescil edilmesi öngörülmüştür. Maddede yer alan "*bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılır*" ibaresi, dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

35. Anayasa'nın "*Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması*" başlıklı 45. maddesinde "*Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır.*" hükmüne yer verilmiş; maddenin gerekçesinde ise "*Madde, Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklemektedir. Bu ifadeyle amaçlanan tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir. Devlet, bu amaçla yasal düzenleme yapmalıdır…*" denilmiştir. Dolayısıyla çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesinin devlete bir görev olarak yüklendiği açıktır.

36. Anayasa'nın 56. maddesinde ise herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını koruma ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmıştır.

37. Anayasa'nın 45. maddesinde sayılan yerlere ilişkin korumanın nasıl sağlanacağı 4342 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 14. maddesinde, tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaklardan Kanun'da gösterilenden başka şekilde yararlanılamayacağı belirtilmiş ve Kanun'la buralarda inşaat yapılması yasaklandığı gibi bu yerlerin yerleşim yeri olarak iskâna açılmasına da izin verilmemiştir. Bu düzenlemelerin Anayasa'nın 45. maddesinde belirtilen mera ve çayırların amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesi bakımından gerekli olduğu, bu yerleri başka türlü korumanın zor olduğu ve bu yerlerin korunamamasının hem yöre halkının geçim kaynaklarından olan hayvancılığı hem de Anayasa'nın 56. maddesinde koruma altına alınan çevreyi olumsuz yönde etkileyeceği açıktır.

38. Bununla birlikte kanun koyucunun devletin Anayasa'da belirtilen görevlerini yerine getirmek amacıyla, bir başka ifadeyle kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda Anayasa'nın 45. maddesinde belirtilen ve 4342 sayılı Kanun'la koruma altına alınan yerlere ilişkin tasarrufta bulunması ve bunların tahsis amacını değiştirmesi de mümkün bulunmaktadır. Ancak bunu yaparken anılan yerlerin tahsis amacının değiştirilmesi ile amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesini gerekli kılan kamu yararı arasındaki makul dengenin kurulması gerekir.

39. Dava konusu kuralda, 2014/6028 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında belirtilen İstanbul İli Avrupa Yakası Proje Alanında yer alan mera, yaylak ve kışlaklarla ilgili tahsis amacının 4342 sayılı Mera Kanunu hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılması ve bu taşınmazların Hazine adına tescil edilmesi öngörülmekle birlikte bu yerlerin tahsis amacının değiştirilmesini gerekli kılan nedenin ne olduğu belirtilmemiştir. Bu çerçevede kuralın amacının ortaya konulabilmesi için Avrupa Yakası Proje alanı sınırlarını belirleyen Bakanlar Kurulu kararının dikkate alınması gerekmektedir.

40. 8.9.2012 tarihli ve 28405 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 13.8.2012 tarihli ve 2012/3573 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla İstanbul'da bulunan ve

karara ekli kroki ile sınır ve koordinatları gösterilen alanın olası afet riskini bertaraf etmek için ruhsatsız, iskânsız ve afet riski altındaki yapıların tasfiye edilerek yeni yerleşim alanı olarak kullanılması amacıyla 644 sayılı Çevre ve Şehircilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 2. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi kapsamında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı yetkilendirilmiştir. Anılan Bakanlar Kurulu Kararının iptali talebiyle açılan dava Danıştay Altıncı Dairesinin 21.3.2017 tarihli ve E.2016/13015, K.2017/1927 sayılı kararıyla reddedilmiştir. 30.4.2014 tarihli ve 28987 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 24.2.2014 tarihli ve 2014/6028 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla da alanın sınırları yeniden belirlenmiştir. Buna göre Bakanlar Kurulu Kararıyla sınırları belirlenen İstanbul İli Avrupa Yakası Proje Alanı içinde yer alan mera, yaylak ve kışlaklarla ilgili tahsis amacının olası afet riskini bertaraf etmek için ruhsatsız, iskânsız ve afet riski altındaki yapıların tasfiye edilerek yeni yerleşim alanı olarak kullanılması amacıyla değiştirildiği anlaşılmaktadır.

41. İstanbul'un "Kuzey Anadolu Fay Hattı"nda yer almasından dolayı deprem riski altında olduğu ve İstanbul İli Avrupa Yakası Proje Alanının da olası afet riskini bertaraf etmek için ruhsatsız, iskânsız ve afet riski altındaki yapıların tasfiye edilerek yeni yerleşim alanı olarak kullanılması amacıyla ilan edildiği dikkate alındığında belirtilen alan sınırları içerisindeki mera, yaylak ve kışlaklarla ilgili tahsis amacının 4342 sayılı Mera Kanunu hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılarak Hazine adına tescil edilmesinde kamu yararına aykırı bir husus bulunmamaktadır.

42. Dava konusu kuralla Anayasa'nın 45. maddesinin koruması altında bulunan mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanımına sebebiyet verildiği açıktır. Diğer taraftan afet risklerine karşı önlem almak ve bireylerin can ve mal güvenliğini ön planda tutarak sağlıklı bir çevrede yaşamalarını temin etmek de Anayasa'nın 56. maddesiyle devlete yüklenen bir ödevdir. Bu açıdan bakıldığında bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşamalarına yönelik üstün bir kamu yararına dayandığı anlaşılan kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

43. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 45. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

44. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

45. Kuralın Anayasa'nın 7. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

E. Kanun'un 21. Maddesiyle 6306 Sayılı Kanun'un 3. Maddesinin Yeniden Düzenlenen (7) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. Genel Açıklama

46. 6306 sayılı Kanun, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemelere dair usul ve esasları belirlemek amacıyla ihdas edilmiştir.

47. Kanun'un 3. maddesinde riskli yapıların tescili, 4. maddesinde bu taşınmazlar üzerindeki tasarrufların kısıtlanması, 5. maddesinde tahliye ve yıktırma, 6. maddesinde Kanun kapsamında yapılacak uygulama işlemleri düzenlenmiştir.

48. Kanun'un 3. maddesinin yeniden düzenlemeden önceki (7) numaralı fıkrasında, 6306 sayılı Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenlerin de 6306 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacağı hüküm altına alınmakta iken anılan fıkra Anayasa Mahkemesinin 27.2.2014 tarihli ve E.2012/87, K.2014/41 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Kararda; 6306 sayılı Kanun'un riskli yapıların dönüşümüyle ilgili kurallar içerdiği, riskli olmayan yapılar hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmeyerek riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapıldığı ancak anılan kuralların yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlendiği, kamu yararı ile bireylerin hakları arasındaki dengenin de tamamen riskli yapılara uygun şekilde oluşturulmaya çalışıldığı, menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanmasının ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturduğu ve kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozduğu ifade edilmiştir.

49. Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra anılan fıkra, dava konusu kuralla yeniden düzenlenmiştir. Yeni düzenlemede, 6306 sayılı Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenlerin yine 6306 sayılı Kanun'a tâbi olması öngörülmüştür. Ancak düzenlemede, iptal edilen kuraldan farklı olarak riskli olmayan yapılara ilişkin değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığının da gözetileceği belirtilmiştir.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

50. Dava dilekçesinde özetle, Anayasa Mahkemesinin 27.2.2014 tarihli ve E.2012/87, K.2014/41 sayılı kararıyla 6306 sayılı Kanun'da riskli yapılar için getirilen kuralların riskli olmayan yapılar hakkında da uygulanmasının Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verilmesine karşın Mahkeme kararı görmezden gelinerek iptal edilen kuralla aynı içerikte düzenleme yapıldığı, yeni düzenlemede riskli olmayan yapılarla ilgili "*değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığının gözetilmesi*" şartı getirilmesinin esasa etkili bir sonuç doğurmadığı, 6306 sayılı Kanun'un Uygulama Yönetmeliği'nin 12. maddesine göre zaten yapının değerine göre değerleme tespitinin yapıldığı, dolayısıyla iptal edilen düzenleme ile yeni düzenleme arasında herhangi bir fark bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

51. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

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

53. 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. maddesinin birinci fıkrasında mülkiyet hakkı güvence

altına alınmış, ikinci ve üçüncü fıkralarında ise bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği ve mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Ancak, mülkiyet hakkına getirilecek sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan düzenlemeye aykırı olamaz.

54. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir.

55. 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.

56. 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.

57. 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 olmasını ifade etmektedir.

58. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*", temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

59. 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.

60. Demokratik toplum, mülkiyet hakkının tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alındığı bir düzeni gerektirir. Demokrasilerde devlete düşen görev; bireyin sahip olduğu mülkiyet hakkını korumak, özellikle de bu imkânı ortadan kaldırmaya yönelik tutumlardan kaçınmak ve bu yönde gelebilecek olumsuz müdahaleleri engellemektir. Mülkiyet hakkına demokratik toplum düzeni yönünden zorunlu olmadıkça devletin müdahale etmemesi gerekir.

61. Dava konusu kuralla, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup "*riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar*"dan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenlerin de değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla Kanun hükümlerine tâbi olacağı düzenlenmiştir.

62. Kuralda, anılan nitelikteki yapıların da 6306 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olacağı belirtilmiştir. Kanun'un amacı birinci maddesinde, bu amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalar ise 3., 4., 5. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun'un 3. maddesinde riskli yapıların tespiti ve kamuya ait taşınmazların tahsis ve devri kurala bağlandığından anılan maddenin bu nitelikte olmayan dava konusu kural kapsamındaki taşınmazlara uygulanma

imkânı bulunmamaktadır. Dolayısıyla riskli olmayan yapılar hakkında, Kanun'un 4., 5. ve 6. maddeleri uyarınca uygulama yapılacaktır. Anılan maddelerin içeriğinde imar kısıtlamaları, yapının tahliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırması gibi mülkiyet hakkını sınırlandıran düzenlemeler bulunmaktadır.

63. Kanun'un genel amacı; afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenilemedir. Dava konusu kural ise bu genel amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalarda "*uygulama bütünlüğü*"nü sağlamak için getirilmiştir. Bunda bir kamu yararı olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

64. Bununla birlikte kanunla getirilen bu sınırlamanın kamu yararı amacı taşıması dışında kamunun yararı ile bireylerin temel hakları arasında kurulması gereken adil dengeyi bozmaması, ölçülü olması da gerekir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararında da belirtildiği üzere kuralla "*riskli olmayan yapılar*" hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmemiş, riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapılmıştır. Atıf yapılan kurallar ise yapıların riskli olması dikkate alınarak düzenlenmiş, kamu yararı ile bireylerin hakları arasında buna uygun denge oluşturulmaya çalışılmıştır. Menfaatler dengesi bu şekilde oluşturulan kuralların riskli olmayan yapılara uygulanması, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hakların sınırlandırılmasının ölçütleri arasında yer verilen "*ölçülülük*" ilkesine aykırılık oluşturmakta ve kamu yararı ile riskli olmayan yapı sahiplerinin hakları arasında kurulması gereken dengeyi bozmaktadır.

65. Kuralda, riskli olmayan yapılarla ilgili değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı hususunun da gözetileceği ifade edilerek riskli olmayan yapılar bakımından menfaatler dengesi kurulmaya çalışılmıştır. Ancak herhangi bir riski bulunmayan sağlam yapılar için uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülmesi halinde 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması durumunda bu yapıların maliklerinin uğradığı zararların tamamının karşılanması sorumluluk hukukunun gereğidir. Uygulama alanındaki sağlam yapılara yönelik değer tespitinde yapının

riskli olmadığının gözetilmesi de esasında bu amaca hizmet etmektedir. Bu itibarla Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan yapılar hakkında 6306 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması nedeniyle maliklerin mülkiyet hakkına yönelik kısıtlamaların, taşınmazın değer tespitinde yapının riskli olmadığının gözetilmesi suretiyle dengelendiği söylenemez.

66. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

67. Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

68. Kuralın Anayasa'nın 153. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

F. Kanun'un 25. Maddesiyle 6306 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin (2) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

69. Dava dilekçesinde özetle, riskli alan kararlarına karşı uygulama işlemleriyle birlikte dava açılmasının engellenmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, hak arama özgürlüğünü ihlal ettiği, yapılan düzenlemeyle riskli alan kararlarının yargı denetiminden kaçırılmak istendiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

70. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

71. 6306 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin birinci cümlesinde, riskli alan kararlarına karşı Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren dava açılabileceği ifade edildikten sonra dava konusu ikinci cümlesinde, uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararına karşı dava açılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

72. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu vurgulanmıştır. İdarenin eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tâbi olması hukuk devletinin de gereğidir. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*." denilerek kişilerin yargı organlarına başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri de mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, hukukî bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne götürülmesi ve verilen kararın uygulanması hakkını da kapsar.

73. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte her hakkın doğasından kaynaklanan sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Ancak temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen güvencelere aykırı olmaması gerekir.

74. 6306 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (9) numaralı fıkrasında, bu Kanun uyarınca tesis edilen işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde dava açılabileceği belirtilmiş; ek 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin birinci cümlesinde, riskli alan kararlarına karşı Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren dava açılabileceği ifade edilmiş; dava konusu kuralla da uygulama işlemleri üzerine riskli alan kararına karşı dava açılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre bir alanın Bakanlar Kurulu kararıyla riskli alan olarak ilan edilmesi üzerine bu karara karşı Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren otuz gün içinde dava açılabilecektir. Bu süre geçtikten sonra ilgililer; taşınmazlarına yönelik uygulama işlemleri üzerine sadece uygulama işlemine karşı dava açabilecek, işlemin dayanağı olan riskli alan kararına karşı dava açamayacaktır.

75. Bir bölgenin riskli alan olarak ilan edilmesinden sonra bu alanda jeolojik-jeoteknik etüd raporu, imar planları, kentsel tasarım projesi, hak

sahipliği tespiti ve gayrimenkul değerlemesi, dönüşüm strateji planı gibi birçok rapor ve proje hazırlanmaktadır. Bu işlemlerin yapılması belli bir zaman aldığı gibi idarelere de malî anlamda külfet getirmektedir. Kanun koyucunun riskli alan kararlarına karşı 30 gün içinde dava açma hakkı tanıyarak riskli alan kararlarına karşı açılacak davaların bir an önce karara bağlanmasını ve riskli alanların devamlı dava tehdidi altında kalmasını önlemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır.

76. İdarî işlemlerin sürekli dava tehdidi altında bulunması hukukî istikrar ve güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Ancak hukukî istikrar ve güvenlik korunurken kişilerin hak arama özgürlükleri de güvencesiz bırakılmamalıdır. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkını sınırlayıcı düzenlemeler yapılırken hukukî istikrar ile hak arama özgürlüğü arasında makul bir dengenin gözetilmesi zorunludur.

77. Dava konusu kuralla, riskli alan kararlarına karşı ilgililerin dava açma hakkına yönelik sınırlama getirilmekle birlikte bu sınırlamanın ölçülü olup olmadığı hususunun 6306 Kanun'da yer alan diğer kurallarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanun'un 6. maddesinin (9) numaralı fıkrasında, Kanun uyarınca tesis edilen idarî işlemlere karşı tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde dava açılabileceği belirtilmiş, ek 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin birinci cümlesinde, riskli alan kararlarına karşı bu kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren dava açabileceği kural altına alınmıştır. Dolayısıyla riskli alan kararlarına karşı yargı yolunun tamamen kapatılması söz konusu değildir.

78. Riskli alan kararlarına karşı açılacak davalarda, Resmî Gazete'de yayımı tarihinden itibaren başlayacak otuz günlük dava açma süresinin dava dilekçesinin hazırlanması ve eklerinin temin edilmesini imkânsız kılacak veya büyük ölçüde güçleştirecek kadar kısa olmadığı ve kuralın da riskli alan kararlarının uzun süre dava tehdidi altında kalmasını önlemeyi amaçladığı dikkate alındığında uygulama işlemi üzerine riskli alan kararına karşı dava açma hakkı tanınmaması mahkemeye erişim hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmemektedir.

79. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

G. Kanun'un 25. Maddesiyle 6306 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin (2) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

80. Dava dilekçesinde özetle, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde, planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma olan veya yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanların riskli alan ilan edilmesi durumunda bu alanlarda yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin yüksek maliyetli işler olduğu; böylesine yüksek maliyetli işlerin zorunlu bir sebep olmaksızın dava konusu kural uyarınca pazarlık usulüyle yaptırılmasının kamu ihalelerinde gözetilmesi gereken saydamlık, rekabet, eşit muamele, güvenirlik ve kamuoyu denetimi ilkelerine aykırı olacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

81. Kanun'un ek 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde, planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanların fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek; sağlık, eğitim ve ulaşım gibi kamu hizmetlerinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca riskli alan olarak kararlaştırılabileceği belirtilmiştir. Dava konusu kuralda bu alanlarda kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen hâllere dayanan işlerden sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Kurala göre kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanların riskli alan olarak ilan edilmesi durumunda bu alanlarla sınırlı olarak kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde 4734 sayılı Kanun'un 21. maddesinde düzenlenen pazarlık usulü uygulanacaktır.

82. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti; eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda âdil 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 devleti ilkesinin bir başka gereği ise kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır.

83. Kamu hukukuna tabi olan veya kamunun denetimi altında bulunan ya da kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek amacıyla 4734 sayılı Kanun yürürlüğe konulmuştur. Anılan Kanun'un 18. maddesinde, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde uygulanacak ihale usulleri "*açık ihale usulü*", "*belli istekliler arasında ihale usulü*" ve "*pazarlık usulü*" olarak sayılmış; 5. maddesinin dördüncü fıkrasında açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün temel usuller olduğu, diğer ihale usullerinin Kanun'da belirtilen özel hâllerde uygulanabileceği kurala bağlanmış; diğer usuller arasında yer alan pazarlık usulünün kullanılabileceği özel hâller ise Kanun'un 21. maddesinde düzenlenmiş; anılan maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde "*Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen veya idare tarafından önceden öngörülemeyen olayların ortaya çıkması üzerine ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması*" bu özel hâllerden biri olarak kabul edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca; anılan bentte belirtilen istisnai hâllerde ilan yapılması zorunlu olmayıp en az üç isteklinin davet edilmesi, yeterlik belgelerini ve fiyat tekliflerini birlikte vermeleri yeterlidir.

84. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da belirtildiği üzere devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak, bir mal ve hizmet alımı ihalesinin 4734 sayılı Kanun'da öngörülen usullerin dışına çıkarılırken kamu yararının gerektirdiği haklı nedenlerin bulunması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkelerin gözetilmesi

kaydıyla mal ve hizmet alımlarında hangi ihale usulünün uygulanacağının belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun tüm mal ve hizmet alımları için tek bir ihale usulünü benimsemesi zorunlu olmayıp kanun koyucu çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesinde ihtiyaç duyulan farklı nitelikteki mal ve hizmetler yönünden durumun gerektirdiği ölçüde farklılaşan ihale usulleri belirleyebilir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde ise kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığı incelenecektir.

85. Kuralın, özellikle terör eylemleri nedeniyle altyapısı kullanılamayacak hâle gelen yerleşim yerlerinde 6306 sayılı Kanun kapsamında yapılacak imar uygulamalarının ivedilikle gerçekleştirilmesini mümkün kılmak ve idarelere hareket alanı tanıyarak kamu hizmetinde devamlılığın sağlanmasına imkân tanımak amacıyla ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Belirtilen bölgelerin yeniden imarı kapsamında ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin alımında ihale ve yapım sürecinin hızlandırılması ve uygulamanın kolaylaştırılmasında, diğer ihale usullerine göre daha kısa sürede sonuçlandırılan pazarlık usulünün benimsenmesinde kamu yararının bulunduğu açıktır.

86. Kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde, planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma bulunan yahut yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanların riskli alan olarak ilan edildiği durumlarda işin ivedilikle yapılmasını mümkün kılmak ve idarelere hareket alanı tanıyarak kamu hizmetinde devamlılığın sağlanmasına imkân tanımak amacıyla belirtilen alanlarla sınırlı olmak üzere kamu kaynağı kullanılarak gerçekleştirilen her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinde pazarlık usulünün uygulanmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir husus bulunmamaktadır.

87. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

H. Kanun'un 30. Maddesiyle 375 Sayılı KHK'nın Ek 11. Maddesinin Birinci Fıkrasının Değiştirilen (b) Bendinde Yer Alan "…*15.1.2012 tarihinden sonra*…" ile "…*ve uzman*…" İbarelerinin İncelenmesi

1. İptal ve İtiraz Taleplerinin Gerekçesi

88. Dava dilekçesinde ve başvuru kararında özetle; haklı bir neden bulunmaksızın aynı kurumda aynı unvanla görev yapan personele ödenecek ücret bakımından 15.1.2012 tarihinden önce atananlar ile bu tarihten sonra atananlar arasında ayrım yapılmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, kurum içi çalışma barışını bozduğu, kanunların geriye yürümezliği ilkesinin ihlal edilerek 15.1.2012 ile 26.4.2016 tarihleri arasında üst kurullarda ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunda (TMSF) göreve başlayan kurul başkanı, kurul üyesi, başkan yardımcısı, murakıp ve uzman unvanlı personelin kazanılmış haklarının yok sayıldığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 10., 49. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

89. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

90. 375 sayılı KHK'nın ek 11. maddesinin (b) bendinde, düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'nin kadro ve pozisyonlarına 15.1.2012 tarihinden sonra ilk defa veya yeniden atanan kurul başkanı, kurul üyesi ve başkan yardımcısı ile murakıp ve uzman unvanlı meslek personeline, ilgili mevzuatı uyarınca ödenen her türlü maaş, aylık, ücret, ek ücret, prim, zam, tazminat, ikramiye, fazla çalışma ücreti, kâr payı ve her ne ad altında olursa olsun yapılan diğer ödemeler ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılan bütün aynî ve nakdî ödemelerin bir aylık toplam net tutarının; kurul başkanı için bakanlık müsteşarı, kurul üyesi için bakanlık müsteşar yardımcısı, başkan yardımcısı için bakanlık genel müdürü, murakıp ve uzman unvanlı meslek personeli için Başbakanlık uzmanlarına mevzuatında kadrosuna bağlı olarak malî haklar ile sosyal hak ve yardımlar kapsamında yapılması öngörülen ödemelerin bir aylık toplam net tutarını geçemeyeceği ve bunların emeklilik hakları bakımından da emsali olarak belirlenen personel ile denk kabul

edileceği hüküm altına alınmıştır. Dava ve itiraz konusu kurallar anılan bentte yer alan "…*15/1/2012 tarihinden sonra*…" ibaresi ile "…*ve uzman*…" ibareleridir.

91. Anayasa'nın 128. maddesinde; devletin kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

92. Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile idare arasındaki ilişki, yasama organı tarafından hizmetin gereklerine göre kanunla düzenlenmektedir. İlgili kanunlar uyarınca kişileri önceden düzenlenmiş bulunan bir statüye sokan, bu statüde devamını sağlayan ve bu statüden çıkaran işlemler, *"şart işlemler"* olarak kabul edilip kişilerin kamu görevine atanmaları ve görevleri süresince belirli kurallara tâbi bulunmaları da bu kapsamdadır. Kamu görevlileri, belirli bir statüde nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte; o statünün sağladığı aylık, ücret, atanma, yükselme, nakil gibi kimi öznel haklara sahip olmaktadır.

93. Kanun koyucu, bir kamu hizmetinde görevin gerektirdiği nitelikleri ve koşulları saptamayı ya da saptanmış olanları değiştirmeyi anayasal ilkeler içinde kalmak kaydıyla görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebilir. Kamu hukuku alanında anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici tasarruflarla konmuş kurallar; kamu hizmetinin gerekleri, gereksinmeleri gibi nedenlerle ve konuldukları yöntemlere uyulmak, Anayasa'ya ve kanunlara uygun düşmek kaydıyla her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir.

94. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin malî ve sosyal haklarına ilişkin düzenlemeler statü hukukuna ilişkindir. Statü hukukuna göre yürütülen görevlere atanmanın usulleri, görevin kapsamı ve görevi yerine getiren kişilerin malî ve sosyal hakları ile ilgili konularda anayasal ilkelere aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapmak kanun koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'de görev yapan kurul başkanı, başkan yardımcısı, kurul üyesi, murakıp ve uzman unvanlı kadrolarda görev yapanların malî ve sosyal haklarını belirleme yetkisi de kanun koyucunun takdir

yetkisi kapsamındadır. Bu yetki, doğal olarak mevcut kurallarda değişiklik yapılmasını da kapsamaktadır. Kamu görevlilerinin özlük haklarına ilişkin olarak yapılan kanuni değişikliklerin ilgililerin beklentilerini etkileyebilecek nitelikte olması nedeniyle kanun koyucu bu yetkisini kullanırken anayasal ilkelere uygun hareket etmek zorundadır.

95. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri, kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kamu görevlilerinin kazanılmış hakları, istihdam türüne bağlı olarak tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardır. Objektif ve genel hukuksal durumun şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya kanuna aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır. Bu nedenle bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar kazanılmış hak kapsamında değerlendirilmez.

96. Kişilere belirli haklar sağlayan hukuk kurallarının muhataplarında bir beklentiye yol açması mümkündür. Hak beklentisi, bir kişinin mevcut kurallar uyarınca bir hakkı elde etme beklentisini ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen koşulları taşıyan kişilerin o kuralın ilişkin olduğu hakkı hukuken ve fiilen elde etmeleri, kendileri yönünden kazanılmış hak oluşturmakla birlikte henüz bu hakkı kazanmamış kişilerin de söz konusu hakkı elde etme noktasında bir beklenti içinde olmaları olağandır. Kişilerin hukuka güveni, hukuk devleti yönünden önemli olup kişilerin bu güveninin yine hukuk tarafından korunması asıldır ve bu koruma, hukukî güvenlik ilkesi olarak adlandırılmaktadır. 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.

97. Kişilerin mevcut kurallar çerçevesindeki tüm beklentilerinin mutlak suretle hukuken korunması ise kuralların değişmezliğine yol açabileceği gibi kuralların değiştirilmesini anlamsız kılabilecek sonuçlara da yol açabilecektir.

Oysa hukuk, toplumun değişimine ve gelişimine koşut olarak değişime açık ve yaşayan bir varlıktır. Bu nedenle her değişiklikte olduğu gibi kişilerin değişen kurallardan etkilenmesi söz konusu olabilir. Bir kuralda yapılan değişikliğin kişilerin elde etmeyi bekledikleri haklara etkisinin saptanmasında, söz konusu kuralın değiştirilme gerekçelerinin de gözetilmesi zorunludur. Bu anlamda değiştirilen kuralın, beklenen hakların yanı sıra kazanılmış haklar yönünden dahi etkili olabileceği de belirtilmelidir. Kamu düzeni, genel sağlık gibi haklı nedenlerle daha önce elde edilmiş bir hakkın kullanımı yönünden getirilen ek koşulların mevcut hak sahipleri yönünden gözetilebilmesi de mümkündür.

98. O hâlde her beklentinin hukuken korunmasının söz konusu olmadığının öncelikle belirtilmesi zorunludur. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından birini haklı beklenti seviyesine ulaşması oluşturmaktadır. Haklı beklentinin tespitinde ise kişilerin bu hakkı elde etmeye ne kadar yakın olduklarının ve kural değişikliğinin bu hakkın elde edilmesine etkilerinin, kural değişikliğine neden olan gerekçelerin gözetilmesi gerekir. Bu kapsamda kuralda gerçekleşen değişiklik sonucu ilgililerin bu haktan mahrum kalıp kalmadıkları ya da söz konusu değişikliğin bu hakkı elde etmeleri yönünden zorlaştırıcı bir etkisi olup olmadığı da dikkate alınır. Haklı beklentinin var olup olmadığı, yapılan bu inceleme sonucunda tespit edilir. Bazen de kişinin haklı beklentisi, kişiye mutlak olarak eski kuralın bir hak kazandırmasını değil ancak yeni kurala geçiş sürecinde özellikli konumunun gözetilerek farklı ve geçici bir düzenleme yapılmasını gerekli kılabilir.

99. Anayasa'nın 10. maddesinde "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir… Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz…*" denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da vurgulandığı üzere Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesinin 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 ihlali yasaklanmıştır. Kanunlar; eşitlik ilkesine uygun bir şekilde, aynı veya benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını sağlayacak

kurallar içermelidir. Ancak durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir.

100. Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; devlete çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almak ödevi verilmiş, 55. maddesinde de ücretin emeğin karşılığı olduğu belirtildikten sonra devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı ifade edilmiştir.

101. 375 sayılı KHK'nın ek 11. maddesinin (b) bendinde düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'de ilk defa veya yeniden atanan kurul başkanı, kurul üyesi ve başkan yardımcısı ile murakıp ve uzman unvanlı meslek personeline malî ve sosyal haklar kapsamında yapılacak ödemelerin, 375 sayılı KHK'nın ek 11. maddesinin (b) bendinde sayılan emsali personele yapılan ödemelerle eşitlenmesi öngörülmüştür. Yapılan düzenleme 26.4.2016 tarihinde yürürlüğe girmekle birlikte dava konusu kuralla uygulamanın başlangıç tarihi olarak 15.1.2012 tarihi esas alınmıştır.

102. Konuya ilişkin ilk düzenleme 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK ile yapılmıştır. Anılan KHK ile 375 sayılı KHK'ya eklenen ek 11. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'de kurul başkanı, başkan yardımcısı, kurul üyesi, başkan yardımcısı, murakıp ve uzman kadrolarına ilk defa veya yeniden atananlara malî ve sosyal haklar kapsamında yapılacak her türlü ödemenin bentte sayılan emsali personelle eşitlenmesi öngörülmüş ve düzenlemenin 15.1.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi kural altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi, buna ilişkin KHK hükmünü, yetki kanununda kamu görevlilerinin malî haklarına ilişkin olarak Bakanlar Kuruluna doğrudan bir düzenleme yapma yetkisi verilmediği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmuş ve bentte yer alan "*murakıp ve*" ibarelerini 22.10.2015 tarihli ve E.2015/1 ve K.2015/91 sayılı kararıyla; "*uzman*" ibarelerini 3.12.2015 tarihli ve E.2015/101, K.2015/111 sayılı kararıyla; "*kurul üyesi*" ibarelerini de 16.3.2016 tarihli ve E.2016/15, K.2016/14 sayılı kararıyla iptal etmiştir. Mahkemenin verdiği iptal kararları,

itiraz konusu kuralların içeriklerinin Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesi ve bu inceleme sonucunda Anayasa'ya aykırı bulunmaları sonucu değil, söz konusu düzenlemelerin yetki kanunu kapsamında bulunmaması sebebiyle verilmiştir. Bir diğer deyişle anılan iptal kararları, esasa yönelik olmayıp usule ilişkindir.

103. Aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin vermiş olduğu iptal kararları, söz konusu üst kurullarda ve TMSF'de çalışan tüm personeli de kapsamamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu kurumlarda çalışan "*murakıplara*" ilişkin kararı, 7.11.2015 tarihli Resmî Gazete'de, "*uzmanlara*" ilişkin kararı 16.12.2015 tarihli Resmî Gazete'de ve "*kurul üyelerine*" ilişkin kararı 25.3.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış ve kuralın bu unvanlara ilişkin ibareleri anılan tarihlerde yürürlükten kalkmıştır.

104. Dava ve itiraz konusu kuralın yer aldığı 6704 sayılı Kanun'a ilişkin kanun tasarısı ise 23.3.2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına (T.B.M.M.) sunulmuş, Plan ve Bütçe Komisyonunca tasarı hakkında 5.4.2016 tarihli rapor düzenlenmiş, T.B.M.M. Genel Kurulunda tasarının görüşülmesine 6.4.2016 tarihinde başlanmış ve 14.4.2016 tarihinde kabul edilerek kanunlaşmış, 20.4.2016 tarihinde Cumhurbaşkanlığına gönderilen Kanun 25.4.2016 tarihinde Cumhurbaşkanlığınca yayımlanmak üzere Resmî Gazete'ye gönderilmiş ve 26.4.2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

105. Anayasa Mahkemesinin "*murakıplara*" ve "*uzmanlara*" yönelik kararından kısa bir süre sonra yasama sürecinin başlayıp sona erdiği, kanun tasarısının T.B.M.M. Başkanlığına sunulduğu tarihte "*kurul üyelerine*" ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının dahi henüz Resmî Gazete'de yayımlanmamış olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca söz konusu düzenleme kapsamındaki üst kurullarda ve TMSF'de çalışan "*kurul başkanları*" ve "*başkan yardımcıları*" hakkında Anayasa Mahkemesince verilmiş bir iptal kararı da bulunmamaktadır. Söz konusu personel ile ilgili yapılacak yeni düzenlemede bu tür bir ayrım yapılmasının 15.1.2012 tarihinden sonra söz konusu kurumlarda farklı unvanla göreve başlayanlar arasında eşitliğe aykırı sonuçların da ortaya çıkmasına yol açacağı açıktır.

106. Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan hukukî süreç sonucunda kanun koyucu iptal kararları doğrultusunda söz konusu düzenlemeyi bu

defa kanunla yapmış ve iptal edilen Kanun Hükmünde Kararname'nin ilgili hükmünün yürürlüğe girdiği ve herkes tarafından bilinen 15.1.2012 tarihini esas almak suretiyle kuralın bu tarihten sonra Kanun'da öngörülen kadro ve pozisyonlara ilk defa veya yeniden atananlara uygulanmasını öngörmüştür.

107. Bu kapsamda 15.1.2012 tarihi, daha önce bilinmeyen veya bilinmesi mümkün olmayan bir tarih değil, aynı konuya ilişkin daha önceki düzenlemenin yürürlük tarihinin tekrarından ibarettir. Söz konusu tarih, Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihe kadar uygulamada esas alınmış ve 15.1.2012 tarihinden sonra Kanun'da öngörülen kadro ve pozisyonlara ilk defa veya yeniden atanan kişilere söz konusu KHK kuralı uyarınca ödeme yapılmıştır. Gerek kuralda yer alan 15.1.2012 tarihinin herkesçe bilinen bir tarih olması ve yaklaşık dört yıl boyunca ülke çapında uygulanmış olması gerekse Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararının usul yönünden verilmiş bir karar olması hususları dikkate alındığında kanun koyucu tarafından getirilen ve önceki kuralla aynı içeriğe sahip olan yeni düzenlemede önceki kuralın yürürlük tarihi olan ve bu yönüyle objektif nitelik taşıyan 15.1.2012 tarihinin esas alındığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle 15.1.2012 tarihinin ilgililer yönünden öngörülmesi imkansız bir tarih olarak nitelendirilebilmesi mümkün olmadığı gibi ilgili kuralın geçmişte yürürlüğe girdiği tarihin esas alınmış olması nedeniyle gerçek anlamda bir kanunun geriye yürümesinden de söz edilemez. Bunun ötesinde 666 sayılı KHK'nın 2.11.2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmasına rağmen konuya ilişkin hükmünün 15.1.2012 tarihinde yürürlüğe gireceğinin öngörülmesi de geriye dönük bir uygulama yapılmasının amaçlanmadığını göstermektedir.

108. 15.1.2012 tarihinden sonra düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'de ilk defa veya yeniden göreve başlayanlar 375 sayılı KHK'nın ek 11. maddesinin (b) bendinde sayılan emsali personelle eşit malî ve sosyal haklara sahip olacaklarını bilerek ve bu durumu kabul ederek göreve başlamışlardır. Dolayısıyla bu kişilerin malî ve sosyal hakları bakımından kazanılmış haklarının ihlali söz konusu olmadığı gibi parasal haklarının daha önceki sisteme göre ödenmesi yönünde haklı bir beklentilerinin bulunduğu da söylenemez.

109. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen iptal kararlarından sonra kısa bir süre düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'de ilk defa veya yeniden atanan kurul üyesi, murakıp ve uzman unvanlı

meslek personeline malî ve sosyal haklar kapsamında önceki sisteme göre adı geçen personele ödeme yapılmış olması; bu konuda yeni bir düzenleme yapılmasına engel oluşturmayacağı gibi söz konusu ödemelerin aynı şekilde, süresiz ve mutlak olarak yapılması zorunluluğunu da doğurmayacağı açıktır. Öte yandan Anayasa Mahkemesince usul yönünden verilen iptal kararlarının söz konusu üst kurullarda ve TMSF'de çalışan ve kural kapsamında yer alan tüm çalışanları kapsamaması nedeniyle bu kişiler arasında bir ayrım yapılması sonucuna yol açacak şekilde bu kararların belirli unvanlı görevde bulunanlar yönünden haklı beklentiye yol açtığı, diğer unvanlı görevlerde bulunanlar yönünden ise uygulamanın devamına engel bulunmadığının kabulü mümkün bulunmamaktadır. Konuya ilişkin düzenlemelerin ve Anayasa Mahkemesi kararının niteliği gözetildiğinde geleceğe yönelik olarak ilgililerin hukuken korunması gerekli haklı beklentilerinin varlığından söz edilemeyeceği açıktır.

110. Eşit ücret uygulamasıyla kamu kurum ve kuruluşlarında benzer unvanlarla görev yapan personelin parasal haklarının eşitlenerek uygulamada birliğin sağlanması, her kurumun kendi kuruluş kanununa göre farklı ücret belirlemesinin önlenmesi, böylece kamu personel rejiminde malî ve sosyal haklar bakımından yeknesaklığın sağlanması amaçlanmaktadır. Bu yönüyle kuralın kamu yararına aykırı olduğu söylenemez.

111. Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'nin kadro ve pozisyonlarına 15.1.2012 tarihinden sonra ilk defa veya yeniden atanan kurul başkanı, kurul üyesi, başkan yardımcısı, murakıp ve uzman unvanlı meslek personeli ile 15.1.2012 tarihinden önce bu kadro ve pozisyonlara atananlar aynı hukukî konumda değillerdir. Kanun koyucu tarafından konuya ilişkin düzenlemelerden önce göreve başlayanların ileriye dönük haklı beklentilerinin korunması amacıyla 15.1.2012 tarihinin esas alındığı anlaşılmaktadır. Anılan kurumlarda 15.1.2012 tarihinden önce göreve başlayanlar ile bu tarihten sonra göreve başlayanlar aynı hukukî konumda bulunmadıklarından farklı kurallara tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

112. Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 10., 49., 55. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

113. Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

114. Dava dilekçesinde özetle, Kanal İstanbul Projesi'nin İstanbul Boğazı ve Marmara Denizi'nin ekosisteminde çok büyük zararlara yol açacağı; ormanların, tarım alanlarının, çayır ve mera alanlarının yok olmasına neden olacağı; riskli olmayan yapıların 6306 sayılı Kanun'a tâbi olmasının maliklerin mülkiyet hakkını ölçüsüz şekilde sınırlandıracağı; riskli alan kararlarına karşı uygulama işlemiyle birlikte dava açma hakkı tanınmamasının hak arama özgürlüğünü kısıtlayacağı; kamu düzeni veya güvenliğinin olağan hayatı durduracak veya kesintiye uğratacak şekilde bozulduğu yerlerde, planlama ya da altyapı hizmetleri yetersiz olan veya imar mevzuatına aykırı yapılaşma olan veya yapı ya da altyapısı hasarlı olan alanların riskli alan ilan edilmesi durumunda bu alanlarda yapılacak mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin pazarlık usulüyle yapılmasının ihalelerde saydamlığı ve rekabeti engelleyeceği; düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF'de 15.1.2012 tarihinden önce ilk defa veya yeniden atanan kurul başkanı, kurul üyesi, başkan yardımcısı, murakıp ve uzman unvanlı personele yapılacak ödemelere geriye dönük sınırlama getirilmesinin kazanılmış hak ilkesini ihlal edeceği; dava konusu kuralların bu hâliyle uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına sebebiyet vereceği belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 21. maddesiyle 16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin yeniden düzenlenen (7) numaralı fıkrasına yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 7. maddesiyle 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine "*Bina*" tanımından sonra gelmek üzere eklenen *"Su yolu; imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşımın sağlandığı su geçididir."* tanımına,

2. 8. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasına *"yol"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"su yolu,"* ibaresine,

3. 9. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasına "*yol*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"… su yolu,"* ibaresine,

4. 13. maddesiyle 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'na eklenen ek 1. maddede yer alan *"…bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılır…"* ibaresine,

5. 25. maddesiyle 6306 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinin ikinci cümlesine ve (b) bendine,

6. 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan *"…15/1/2012 tarihinden sonra…"* ibaresine,

yönelik iptal talepleri 15.11.2017 tarihli, E.2016/133, K.2017/155 sayılı kararla reddedildiğinden bu bent, tanım ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

15.11.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 7. maddesiyle 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine "*Bina*" tanımından sonra gelmek üzere eklenen *"Su yolu; imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşımın sağlandığı su geçididir."* tanımının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. 8. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasına *"yol"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"su yolu,"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C. 9. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasına "*yol*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"… su yolu,"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D. 13. maddesiyle 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'na eklenen ek 1. maddede yer alan *"…bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılır…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

E. 21. maddesiyle 16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin yeniden düzenlenen (7) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F. 25. maddesiyle 6306 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin (2) numaralı fıkrasının, (a) bendinin ikinci cümlesi ile (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G. 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan *"…15/1/2012 tarihinden sonra…"* ibaresi ile *"…ve uzman…"* ibarelerinin, Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

15.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

6704 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle 375 sayılı KHK'nin EK 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendi ile 15.1.2012 tarihinden sonra, 5018 sayılı Kanun'a ekli (III) Sayılı Cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar ile TMSF kadro ve pozisyonlarına ilk defa veya yeniden atanan "ve uzman" unvanlı meslek personelinin aylık ve özlük haklarında düşüş öngörülmektedir. Oysa 6704 sayılı Kanunla yapılan düzenleme 26.4.2016 tarihinde yürürlüğe girmiş; diğer bir deyişle yürürlük hükmü dört yıl geriye yürütülerek 15.1.2012 tarihi olarak itibar edilmiştir. "Eşit işe eşit ücret" gerekçesiyle yapılan bu düzenlemenin Anayasa'ya uyarlı düşmediği çok açıktır. Gerçekten, Anayasa Mahkemesinin 3.12.2015 tarih ve E.2015/101, K.2015/111 sayılı kararı ile KHK ile getirilen önceki benzer düzenleme **"uzman"**lar yönünden iptal edilmiş; bu iptal kararından sonra da

yeni bir düzenleme yapılmadığından, ilgili kurumlar bu (uzman) statüdeki çalışanlarının maaşlarını, eski uygulama doğrultusunda, kendi kuruluş kanunlarındaki düzenlemelere göre hizmet sözleşmesi ile belirlemişlerdir. Yani, evvelce düşürülmüş olan maaşlar yeniden yükseltilmiştir. 6704 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeden sonra ise yürürlük tarihinin 15.1.2012'ye (geriye) yürütülmesiyle, yükseltilen aylıklar ikinci defa düşürülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının şekli ya da esasa ilişkin olmasının statü hukukuna tâbi kişiler bakımından bir önemi yoktur. Çünkü, onlar yönünden önemli olan, maaşlarında eksiltmeye yol açan yasal düzenlemenin hukuk âleminden kaldırılmış olmasıdır. Onların özlük haklarını ödeyen kurumlar yönünden de aynı şey geçerlidir. Onlar da Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen yasal kural artık mevcut olmadığından, yeni hukuki duruma göre personelin aylıklarını ödemekle yükümlü bulunmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, yasaların kişiler aleyhine geçmişe yürürlü olarak vazedilmesine mânidir. Statü hukukuna tâbi kişilerin, Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra yeni hukuki durum nedeniyle haklı ve meşru bir beklentilerinin olması doğal ve makûldür. Bu nedenle kendileri yönünden en azından bir "beklenen hak" sözkonusudur. Beklenen hak konusunda Anayasa Mahkemesinin 7.11.2014 tarih ve E.2014/61, K.2014/166 sayılı kararında şu sapmalarda bulunulmaktadır.: "…Bir beklentinin hukuken konuma 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 bir çok 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… 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** plânladıkları faaliyet ve çalışmaları ile bunlar gereğince **yaratılan hukuki durumlarını dava konusu kurallar gereğince sona erdirmek zorunda olması**, aksi halde haklarında insan hayatında çok önemli bir hukuki sonuç doğuran istifa etmiş sayılma veya ilişik kesme işlemlerinin uygulanması **hakkaniyete aykırıdır.** Bu nedenle sözkonusu öğretim üyeleri için **yargı kararlarına güvenerek** mesai sonrası çalışma ve faaliyette bulunmaları, bu statünün kazanılmış hak olarak değerlendirilmesini olanaklı kılması da **bu statülerin belli bir süre devam edeceğine ilişkin meşru bir beklenti oluşturduğu ve bu beklentinin hukuk güvenliği ilkesi gereğince korunması gerektiğinin kabulü gerekir…** Dolayısıyla **dava konusu kurallar hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerine aykırıdır…**" (RG.19.6.2015, Sayı:29391 s. 103-105)

Davanın somutunda da, Anayasa Mahkemesinin evvelce vermiş olduğu "uzman"lar yönünden iptal kararının yürürlüğe girmesi ve bu konumdaki personelin özlük haklarının önceki statü gibi yükseltilerek ödenmesi sonrasında, bu kişiler yönünden meşru bir beklenti oluştuğu, bu statünün devam edeceğine dair bu haklı beklentinin 6704 sayılı Kanunla "geçmişe yürürlü" bir biçimde ortadan kaldırılmış olması karşısında, hukuk devletinin gereği olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin açıkça ihlâl edildiği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kuralların Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Kanun'un 13. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanunu'na eklenen Ek 1. Maddede yer alan *"… bu Kanun hükümlerine bağlı kalmaksızın resen kaldırılır…"* ibaresi ile Avrupa Yakası Proje Alanı içerisinde yer alan mera, yaylak ve kışlak gibi orta mallarının vasıflarının Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca Mera Kanunu hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılması ve bu taşınmazların Hazine adına tescil edilmesi öngörülmüştür.

2. Buna göre, Proje alanı içerisinde yer alan ve Anayasa'nın 45. maddesiyle amaç dışı kullanım ve tahribine karşı Devletçe önlemler alınması gereken yerlerin yeni yerleşim alanları kurulması dahil, farklı amaçlarla kullanılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

3. Anayasa Mahkemesince daha önce, mera, yaylak ve kışlaklarda kanuna aykırı yapıların önlenememesi veya buralarda inşa edilen yapılardan veya yerleşmelerden ekonomik gelir temin edilmesi amacıyla meraların vasfının değiştirilmesine imkan sağladığı için Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davada, ilgili kuralın iptaline karar verilirken aşağıdaki gerekçelere dayanılmıştır (4.12.2014 tarihli, Esas:2013/114; Karar:2014/184 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı):

"Mera, yaylak ve kışlaklarda kanuna aykırı yapıların önlenememesi veya buralarda inşa edilen yapılardan veya yerleşmelerden ekonomik gelir temin edilmesi nedenleriyle mera, yaylak ve kışlakların tahsis amacının değiştirilerek Anayasa'nın 45. ve 56. maddeleriyle güvence altına alınan yerlerin ve doğal çevrenin tahrip edilmesinde, kamu yararının gerektirdiği bir zorunluluğun bulunmadığı ve bunun Anayasa'nın 45. ve 56. maddeleriyle Devlete yüklenen ödevin yerine getirilmesi imkânını önemli ölçüde ortadan kaldıracağı açıktır. Zira kanuna aykırı yapıların önlenememesi gerekçesiyle yapı sahiplerine hak tanınması, bu yerlerin tümüyle yok olmasına neden olacak, dolayısıyla Anayasa'nın Devlete bu yerleri korumaya yönelik olarak yüklediği görev yerine getirilemeyecektir. Ekonomik gelir temininde ise Devletin aynı geliri doğal çevrenin geri dönüşü olmayacak biçimde tahrip edilmesine yol açmayacak alternatif faaliyetlerden elde etmesi mümkün bulunduğundan mera, yaylak ve kışlakların yapılaşmaya açılmasını gerektirecek bir zorunluluğun varlığından söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla ***kamu yararının gerektirdiği bir zorunluluğa***

***dayanmaksızın** dava konusu kuralla Anayasa'nın 45. ve 56. maddeleriyle güvence altına yerlerin ve çevrenin tahribine neden olacak düzenlemeler yapılması, Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.*

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 45. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

4. Öte yandan Anayasa Mahkemesi başka bir kuralın iptali istemini reddederken de yine Anayasa'nın 45. ve 56. maddeleri arası arasında makul bir dengenin kurulup kurulmadığını değerlendirmiş ve aşağıdaki gerekçeleri açıklamıştır (14.5.2015 tarihli, Esas:2014/177; Karar:2015/49 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı):

"Dava dilekçesinde, Kanun ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun ilgili hükümleri birlikte dikkate alındığında dava konusu kuralla endüstri ve şehirleşme amacına yönelik olarak meraların vasfının değiştirilmesine imkân sağlandığı, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları yapmak için meraların, yerleşme ve yapılaşmaya açılarak daraltılmasının Anayasa'nın 45. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4342 sayılı Kanun'un "Tahsis Amacının Değiştirilmesi" başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanun'da gösterilenden başka şekilde yararlanılamayacağı kurala bağlandıktan sonra, ikinci cümlesinde bentler hâlinde bu kuralın istisnalarına yer verilmiştir. Kanun'un 112. maddesiyle eklenen (ı) bendiyle, "Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen" yerler de istisnalar arasına eklenmiştir. Buna göre, 5373 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi uyarınca ilgili belediyenin talebi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen yerlerdeki meraların, ilgili müdürlüğün talebi, mera komisyonu ve defterdarlığın uygun görüşü alınmak suretiyle valilikçe tahsis amacının değiştirilerek mera vasfının ortadan kaldırılması ve Hazine adına tescili olanaklı hâle gelmiştir.

Anayasa'nın "Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması" başlıklı 45. maddesinde," Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek…için gereken tedbirleri alır." hükmüne

yer verilmiş; maddenin gerekçesinde ise "Madde, Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklemektedir. Bu ifadeyle amaçlanan tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir. Devlet, bu amaçla yasal düzenleme yapmalıdır." denilmiştir. Dolayısıyla çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesinin Devlete bir görev olarak yüklendiği açıktır.

Hayvancılığın önemli geçim kaynaklarından birini oluşturduğu ülkemizde mera, yaylak ve kışlakların korunması, tarımla uğraşan halkın ve dolayısıyla ülkenin refahı ve gelirinin artması bakımından büyük önem taşımaktadır. Anayasa koyucu, mera, yaylak ve kışlakların sınırlılığını gözeterek bunların korunmasına ve amacı dışında kullanımının engellemesine yönelik tedbirler alınmasını bir ödev olarak Devlete yüklemiş ise de bunun mutlak bir yasaklamayı ifade ettiği ve mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanımına hiçbir koşulda izin verilemeyeceği söylenemez. Sosyal veya ekonomik bazı ihtiyaçlar, mera, yaylak ve kışlakların başka amaçlarla kullanımını zorunlu hâle getirebilmektedir. Bu gibi durumlarda, bir bölgenin mera, yaylak ve kışlak olarak kullanımına devam edilmesi, birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçların karşılanamamasına ve neticede daha büyük kamusal yararların zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle, bir alanın mera, yaylak veya kışlak vasfının ortadan kaldırılmasının, söz konusu alanın mera, yaylak veya kışlak olarak kullanımına devam edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, ilgili bölgenin başka amaçlarla kullanılmasına imkân sağlanmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesinde ise herkesin, "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı"na sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır. Kanun koyucunun Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı"nın Devlete yüklediği ödevin yerine getirilmesi amacıyla meralara müdahalede bulunulması mümkündür. ***Ancak bu durumda çatışan iki ödev arasında makul bir denge kurulmalı ve ancak kamu yararı bakımından zorunluluk taşıması durumunda meraların amaç dışı kullanımına izin verilmelidir.***

….

Dava konusu kural ile 5373 sayılı Kanun'un 73. maddesinin birinci fıkrası birlikte dikkate alındığında, Bakanlar Kurulunun kentsel dönüşüm ve gelişim alanı

ilan edebilmesinin, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amaçlarıyla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan Kanun'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere, "alternatif alanının bulunmaması kaydıyla mera, yaylak ve kışlakların kentsel dönüşüm ve gelişim projesi kapsamına alınabilmesi ve tahsis amacının değiştirilmesi" mümkündür. Ayrıca, ***4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlara ilişkin Anayasa'nın 45. maddesinde sağlanan özel koruma gözetildiğinde, Bakanlığın takdir yetkisini kullanırken öncelikle kamuya ait diğer taşınmazlarla ihtiyacın karşılanıp karşılanmayacağını değerlendirmesi gerekmektedir.***

Diğer taraftan, Bakanlar Kurulu, tüm bu hususları dikkate alarak 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlara ihtiyaç bulunduğu sonucuna varsa bile bu, anılan taşınmazların 5373 sayılı Kanun'un 73. maddesi kapsamında kullanılabilmesi için yeterli olmayacak, 4342 sayılı Kanun'da öngörülen usul uygulanarak, orada belirtilen yetkili makamlar tarafından da aynı değerlendirme yapılıp taşınmazların tahsis amaçlarının değiştirilmesine karar verilmesi gerekecektir. Kaldı ki bu süreç içerisinde yapılan idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup belirtilen hususlar ilgili yargı mercileri tarafından da değerlendirilebilecektir.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 45. maddesinin koruması altında bulunan mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanımına imkân tanınmış ise de bunun, Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete yüklenen, bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşamalarını temin etme ödevinin ifası amacına dayandığı ***ve çatışan iki ödev arasında makul bir dengenin de gözetildiği anlaşıldığından*** *kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır."*

5. Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarından anlaşılacağı üzere, mera, kışlak, yaylak gibi Anayasal koruma altında bulunan yerlerin tahsis amacının değiştirilmesi mümkün ise de, bu bir zorunluluktan kaynaklanmalı veya daha üstün bir kamu yararına hizmet etmelidir. Buna karşılık, salt ekonomik kazanç sağlanması, geri dönüşü mümkün bulunmayan farklı amaçla yapılacak bir tahsis veya mera vasfının kaldırılması için yeterli bir neden değildir.

6. Bu Anayasal gerekler ışığında Kanal İstanbul olarak bilinen Avrupa Yakası Proje Alanı konusuna bakıldığında; kanalın geçeceği güzergah ile proje alanında kalan diğer yerler yönünden farklı değerlendirme yapılması mümkündür.

Kanalın geçeceği yerlerin, bölgenin topoğrafik özellikleri dikkate alınarak, yani Marmara Denizi ile Karadeniz arasında kalan toprakların deniz seviyesine göre en alçak yerlerinden ve mevcut göl ve dereler dikkate alınarak belirlenmesi teknik ve ekonomik bir zorunluluk teşkil ettiğinden, bu kapsamda kalan yerlerde mera, yaylak ve kışlak gibi arazilerin vasfının değiştirilmesinde Anayasaya aykırılık bulunmadığı söylenebilir.

Öte yandan, kanalın geçeceği yerler ve güzergahla ilgisi bulunmamakla birlikte geniş proje alanında kalan tüm mera, yaylak ve kışlakları kapsayacak şekilde, hangi üstün kamu yararına dayandığı ortaya konmadan, bu konuda gelecekteki kullanım şeklinin genel esasları ve ilkeleri yasa ile belirlenmeden, yani Anayasa'nın 45. ve 56. maddeleri arasında makul bir denge kurulmadan, genel ve belirsiz bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Geniş bir bölgedeki tüm mera, kışlak ve yaylakların Anayasa'nın 45. maddesindeki güvencelerin kapsamı dışına çıkartılmasını öngören kural, Anayasa'nın 45. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY

Mahkememiz çoğunluğunca, 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 6704 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle yeniden düzenlenen (7) numaralı fıkrası, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.

Aşağıdaki gerekçelerle çoğunluğun iptal yönündeki görüşlerine katılmıyoruz.

İptali istenilen kural, *"Bu Kanunun uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli yapılar dışında kalan diğer yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler, değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı gözetilmek kaydıyla bu Kanun hükümlerine tabi olur."* hükmünü içermektedir.

Açıkça görüldüğü üzere dava konusu kuralla, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup *"riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar"* dan, uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenlerin de, değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığı hususunun gözetilmesi kaydıyla bu Kanun hükümlerine tabi olacağı öngörülmektedir. Buna göre, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde olup riskli olmayan yapılardan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülmeyenler Kanunun uygulama alanı (kapsamı) dışında kalacaktır.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde yapılan riskli yapı tanımı dikkate alındığında, riskli yapılar dışındaki yapıların, ekonomik ömrünü tamamlamamış, yıkılma veya ağır hasar görme riski taşımayan yapılar olduğu anlaşılmaktadır.

Kanunun ilgili maddelerine bakıldığında, uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülen riskli olmayan yapılar hakkında, riskli yapılar hakkında gerçekleştirilecek uygulamalara ilişkin hükümler içeren 4., 5. ve 6. maddelerin uygulanacağı anlaşılmaktadır. Anılan maddelerde imar kısıtlamaları, yapının tahliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırması gibi konulara ilişkin düzenlemeler bulunduğu görülmektedir.

Birinci madde hükmüne göre, Kanun'un genel amacının, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenileme çalışmalarının yapılması olduğu anlaşılmaktadır. Dava konusu kural da bu genel amaç doğrultusunda yapılacak uygulamalarda *"uygulama bütünlüğü"* nü sağlamak için getirilmiştir. Kuralın kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulduğu konusunda mahkememiz çoğunluk görüşünde de bir tereddüt ifade edilmemiştir.

Mahkememiz çoğunluğunca, uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenlerin bu Kanun hükümlerine tabi olacağının öngörülmesi değil, bu yapıların riskli yapılar için öngörülen prosedüre göre bu Kanun hükümlerine tabi olacağının öngörülmesi Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı bulunmuştur.

Bu bağlamda, "*riskli olmayan yapılar*" hakkında yapılacak uygulamalara ilişkin özel bir düzenleme öngörülmeyip, riskli yapılara ilişkin kurallara atıf yapılması suretiyle oluşturulan uygulama sistematiğinin, riskli olmayan yapı malikleri açısından ölçülü olup olmadığının belirlenebilmesi için, yapıların riskli olup olmamaları dışında, uygulama bütünlüğünden ne anlaşılması gerektiğinin ve söz konusu uygulama bütünlüğü içerisinde yapıların riskli olup olmamalarının ne gibi bir farklılık oluşturduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

6306 sayılı Kanun'un, ülkemizin önemli bir kısmının başta deprem olmak üzere tabii afetlerin riski altında olduğu, yaşanan orta şiddetteki depremlerde bile mevcut yapıların ağır derecede hasar görüp yıkıldıkları gözlemlendiğinden bu yapıların büyük bir kısmının muhtemel afetlere karşı dayanıklı olmadıklarının anlaşıldığı, ayrıca bazı yerleşim merkezlerinin jeolojik durumu ile zemin özelliklerinin buralarda iskânı oldukça tehlikeli hale getirdiği, bu nedenle afet riski altında bulunan yerleşim merkezlerinin bir an önce bulundukları yerlerde dönüştürülerek buralardaki iskânın yeniden düzenlenmesini ve hatta bunlardan bazılarının başka yerlere nakledilmesini zorunlu kıldığı; ayrıca, hâlihazırda yaşanabilirlikten uzak, köhnemiş, can ve mal emniyeti bakımından riskli ve görüntü itibarı ile de çirkin olan yapıların da ortadan kaldırılarak, estetik yapıların inşa edilmesi suretiyle halkın daha sıhhatli ve emniyetli şartlar altında ikametinin temin edileceği gerekçesiyle yürürlüğe konulduğu ve gerekçede Kanunun afet meydana geldikten sonra *"yara sarma"* değil de, *"yara almama"* anlayışına dayandığı, böylece de Anayasadaki *"sosyal hukuk devleti"* ilkesinin hayata geçirilmesi için önemli ve etkili bir adımın atıldığının vurgulandığı görülmüştür.

Söz konusu Kanun, kamuoyunda epeyce tartışılmış ve bu tartışmalarda içeriğinde öngörülen kentsel dönüşüm uygulamalarının sağlıklı bir kentsel yenilenmeyi sağlayamayacağı ifade edilmiş olmasına karşın, esasen söz

konusu Kanunun bir anlamda afet riski nedenine bağlı olarak bir kentsel dönüşümü amaçladığı hususunda fikir birliği olduğu değerlendirilmiştir.

Bilindiği üzere kentsel dönüşüm, kent içindeki alanların toplumsal, ekonomik ve mekânsal olarak yeniden ele alınmasını, kentteki sorunlu alanların sağlıklı ve yaşanılabilir hale getirilmesini amaçlamaktadır. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için bu alanlarda kısmen de olsa yıkıp yeniden yapmanın ve canlandırmanın bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı, bunun için de bu alanlara ilişkin olarak proje üretilmesinin ve proje uygulaması yapılmasının gerekliliği aşikârdır.

Öte yandan değişen sosyo-ekonomik koşullar ile uygulamada karşılaşılan bir kısım sorunların da kentsel dönüşüm projelerinin uygulanmasını zorunlu hale getiren unsurlardan olduğu görülmekte; konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbir almak amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulanabileceği de kabul edilmektedir.

Belirtildiği üzere, Kanunun genel amacı, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde, fen ve sanat norm ve standartlarına uygun, sağlıklı ve güvenli yaşama çevrelerini teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenileme çalışmalarının yapılmasıdır. Bu genel amacın gerçekleştirilmesi için kendi içinde bütünlük arz eden bir takım projelerin geliştirilmesi ve hayata geçirilmesi kamu yararı açısından kimi zaman bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir. Bu zorunluluğun bir gereği olarak da, kimi zaman, afet riski altındaki alanlar ile bu alanlar dışındaki riskli yapıların bulunduğu arsa ve arazilerde bulunan kimi risksiz yapıların da yıkılıp yeniden yapılması gerekebilir. Bu durum, uygulanacak projenin zorunlu bir sonucu olabilir. Böyle bir durumunda, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde yer alan "*riskli yapılar*" ile "*riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar*", uygulama bütünlüğünün sağlanması bakımından aynı konumda yer alabilirler. Bir başka ifadeyle, belirtilen hallerin varlığı durumunda, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde yer alan "*riskli yapılar*" ile "*riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar*", imar

kısıtlamaları, yapının tahliyesi ve yıkılması, taşınmazın kamulaştırılması gibi durumlar bakımından aynı konumda yer alabilirler. Ancak bu bağlamda, söz konusu yapıların ekonomik değerleri ile riskli olan yapıların ekonomik değerlerinin her durumda farklı olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Dolayısıyla, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde yer alan "*riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar*" dan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler için, ekonomik değerlerinin riskli yapılarınkinden farklı olduğu gözetilmek kaydıyla, 6306 sayılı Kanun'un uygulanmasında özel bir yöntem öngörülmeyerek riskli yapılara ilişkin kuralların uygulanması esası getirilebilir.

Kanun koyucu da bu şekilde hareket ederek, riskli olmayan yapılar bakımından, değerleme çalışmalarında yapının riskli olmadığının da gözetilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla kuralda, riskli olmayan yapı sahiplerinin mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, yapının gerçek değeri karşılanmak suretiyle dengelenmeye çalışıldığı açıktır.

Hal böyle olunca, Kanun'un uygulanması için belirlenen alanların sınırları içinde yer alan "*riskli yapılar dışında kalan diğer yapılar*" dan uygulama bütünlüğü bakımından Bakanlıkça gerekli görülenler için, ekonomik değerlerinin riskli yapılarınkinden farklı olduğu gözetilmek kaydıyla, 6306 sayılı Kanun'un uygulanmasında mülkiyet hakkına yönelik ölçüsüz bir müdahalede bulunulmadığı; bu nedenle de iptali istenilen kuralda Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine bir aykırılık bulunmadığı kanaatine varılmaktadır.

Belirtilen nedenlerle iptali yönündeki çoğunluk görüşüne iştirak edilememiştir.

Üye Hicabi DURSUN	Üye Muammer TOPAL	Üye Kadir ÖZKAYA
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2016/195
Karar Sayısı : 2017/158
Karar Tarihi : 16.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. Bakırköy 4. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2016/195)
2. Bakırköy 6. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2017/31)
3. İstanbul Anadolu 29. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2017/39)
4. İstanbul Anadolu 17. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2017/94)
5. Büyükçekmece 2. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2017/107)
6. Büyükçekmece 5. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2017/119)
7. Bakırköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2017/161)

İTİRAZLARIN KONUSU: 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 20.8.2016 tarihli ve 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 35. maddesiyle eklenen geçici 12. maddenin Anayasa'nın 2., 10., 11., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talepleridir.

OLAY: 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamaları sonucu hisseleri bedele dönüştürülen davacıların açmış oldukları bedel artırımı davalarında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'a 6745 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle eklenen geçici 12. madde şöyledir:

"24/2/1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan idarelerin taraf olduğu her türlü alacak ve bedel artırım davalarında taşınmazın değeri; uygulamanın tapuda tescil edildiği tarih değerlendirme tarihi olarak esas alınmak ve o tarihteki nitelikleri gözetilmek suretiyle tespit edilir. Tespit edilen bu bedel, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından açıklanan Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi tablosu esas alınmak suretiyle dava tarihi itibarıyla güncellenir ve ortaya çıkan gerçek bedel hak sahibine ödenir.

Bu Kanunun geçici 6 ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri, bu madde kapsamındaki davalar ve icra takipleri için de uygulanır. Devam eden dava ve icra takipleri ise, bu madde hükümlerine göre sonuçlandırılır."

B. İlgili Görülen Kanun Hükümleri

Kanun'un ilgili görülen geçici 6. maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkraları şöyledir:

"*Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti*

Geçici Madde 6- *(Ek: 18/6/2010-5999/1 md.; Değişik: 24/5/2013-6487/ 21 md.)*

…

Uzlaşma; idareye ait taşınmazın trampası, idareye ait taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tanınması veya imar mevzuatı çerçevesinde başka bir yerde imar hakkı kullandırılması suretiyle veya bunların mümkün olmaması hâlinde nakdi bedel üzerinden yapılabilir.

…

Bu madde kapsamında açılan davalarda mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekalet ücretleri bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirlenir.

Kesinleşen mahkeme kararlarına istinaden bu madde uyarınca ödemelerde kullanılmak üzere, ihtiyaç olması hâlinde, merkezi yönetim bütçesine dâhil idarelerin

yılı bütçelerinde sermaye giderleri için öngörülen ödeneklerinin (Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı bütçelerinin güvenlik ve savunmaya yönelik mal ve hizmet alımları ile yapım giderleri için ayrılan ödeneklerin) yüzde ikisi, belediye ve il özel idareleri ile bağlı idareleri için en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının, diğer idareler için en son kesinleşmiş bütçe giderleri toplamının en az yüzde ikisi oranında yılı bütçelerinde pay ayrılır. Kesinleşen alacakların toplam tutarının ayrılan ödeneğin toplam tutarını aşması hâlinde, ödemeler, sonraki yıllara sâri olacak şekilde, garameten ve taksitlerle gerçekleştirilir. Taksitlendirmede, bütçe imkanları ile alacakların tutarları dikkate alınır. Taksitli ödeme süresince, 3095 sayılı Kanuna göre ayrıca kanuni faiz ödenir. İdare tarafından, mahkeme kararı gereğince nakdi ödeme yerine, üçüncü fıkrada belirtilen diğer uzlaşma yolları da teklif edilebilir ve bu maddenin uzlaşmaya ilişkin hükümlerine göre işlem yapılabilir.

…

Bu madde uyarınca ödenecek olan bedelin tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca E.2016/195 sayılı dosyanın 14.12.2016 tarihinde, E.2017/31 sayılı dosyanın 9.2.2017 tarihinde, E.2017/39 sayılı dosyanın 1.3.2017 tarihinde, E.2017/161 sayılı dosyanın 7.9.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğün durdurulması taleplerinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına; E.2017/94 sayılı dosyanın 29.3.2017 tarihinde, E.2017/107 sayılı dosyanın 12.4.2017 tarihinde, E.2017/119 sayılı dosyanın 31.5.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantılarında ise dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARLARI

2. E.2017/31 sayılı dosyanın 9.2.2017 tarihinde, E.2017/39 sayılı dosyanın 1.3.2017 tarihinde, E.2017/94 sayılı dosyanın 29.3.2017

tarihinde, E.2017/107 sayılı dosyanın 12.4.2017 tarihinde, E.2017/119 sayılı dosyanın 31.5.2017 tarihinde, E.2017/161 sayılı dosyanın 7.9.2017 tarihinde aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2016/195 sayılı dosya ile BİRLEŞTİRİLMELERİNE, esaslarının kapatılmasına, esas incelemesinin E.2016/195 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

3. Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Sadettin CEYHAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un Geçici 12. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

1. Genel Açıklama

4. İmar ve gecekondu mevzuatına aykırı olarak inşa edilmiş ve inşa hâlindeki bütün yapılar hakkında uygulanacak işlemleri düzenlemek ve bu işlemlere dair müracaat, tespit, değerlendirme, uygulama ve duyuru esaslarını ve ilgili diğer hususları belirlemek amacıyla 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun çıkarılmıştır.

5. Anılan Kanun, imar düzenini bozmayacak nitelikte olan, olduğu gibi ya da ıslah edilerek korunmasında millî ekonomi açısından yarar bulunan imar hukukuna aykırı yapıların fiilî durumlarının hukukileştirilmesine yönelik düzenlemeler içermektedir. Bu çerçevede ıslah imar planlarının yapılması öngörülmektedir. Plan yapılırken de fiilî durumun mümkün olduğunca korunmasının esas olduğu belirtilmektedir. İmar uygulamasında; düzenleme ortaklık payı kesintisi yapıldıktan sonra kalan tahsis alanına, düzenleme bölgesindeki imar adalarının imar yapılaşma verilerine dayanılarak belirlenen minimum imar parseli alanlarına tahsisi yapılmaktadır. Parselin zemindeki fiilî kullanım sınırları da dikkate alınarak bu parsele verilemeyecek artık kısım komşu (minimum

parsel alanından küçük) parsellere bedele dönüştürülmek suretiyle tahsis edilmektedir. Dolayısıyla 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan ıslah imar uygulamasında müstakil imar parselinin verilmesinin mümkün olmadığı durumlarda hissenin bedele dönüştürülmesi söz konusudur.

6. Ancak lüzum görülmesi hâlinde yukarıdaki hükümlerin uygulanması beklenilmeksizin, üzerinde bir yerleşme alanı ya da yapı topluluğu niteliğinde gecekondular bulunan arsa veya araziler, belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyelerce, dışında ise valiliklerce kamulaştırılır. Kamulaştırılması kararlaştırılan ve sınırı belirlenen arsa veya araziler üzerinde bulunan gecekonduların işgal ettiği alan dikkate alınarak 2942 sayılı Kanun'a göre tespit edilen bedel gecekondu sahiplerinden tahsil edilmekte, gerektiğinde kamulaştırma bedeli sonradan gecekondu sahiplerinden tahsil edilip iade edilmek üzere Toplu Konut Fonu, belediye veya valilik kaynaklarından da karşılanabilmektedir. Belediye ve valiliklere gecekondu sahipleri ile arsa veya arazi sahiplerinin uzlaşmalarını beklemeden taşınmazları gecekondu sahipleri lehine kamulaştırabilmeleri yönünde bir takdir yetkisi de tanınmıştır. Böylelikle uygulama alanında fiilî yapılaşma korunarak imar uygulaması yapılmakta ve fiilî duruma hukuki bir statü kazandırılmaktadır. Uygulama gereğince arsaların mülkiyet durumuna bakılmaksızın imar uygulaması yapılacak alandaki taşınmazlar tespit edilmiş, mevcut yapı sahipleri yapının bulunduğu taşınmazın sahibi olmasalar dahi bu taşınmazların maliki yapılmışlardır. Yapılardan arta kalan yerler ise öncelikle kamu hizmet alanlarına ve yollara ayrılmıştır. Kalan yerler ise arsa maliklerine dağıtılmış, kesilen düzenleme ortaklık payı yeterli gelmediğinde ise arsa sahiplerinin taşınmazları ya tamamen ya da kısmen bedele dönüştürülmüş ve kamulaştırılmıştır.

7. İmar uygulamaları neticesinde düzenleme ortaklık paylarından kalan arsalardan kendilerine tahsis yapılmayan ve neticesinde de arsa veya arazileri kamulaştırılan taşınmaz sahipleri ise 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrası uyarınca 2942 sayılı Kanun hükümlerine göre alacak ve bedel artırımı davası açabilmektedirler.

8. Uygulamada, taşınmazına el atılıp hissesi bedele dönüştürülen kişi, bu işlemden haberdar olamayabilmektedir. Tebligatların da usulüne uygun yapılmaması durumunda, kişinin bedele dönüştürme işleminden uzun süre haberdar olmaması söz konusu olmaktadır. Hissesi bedele dönüştürülen

kişinin söz konusu bedeli düşük bulması hâlinde açacağı bedel artırımı davaları adli yargı mercilerince çözümlenerek karara bağlanmaktadır. Bu tür davalarda Yargıtay, bedele dönüştürülen hissenin *"dava tarihindeki rayiç değerinin"* esas alınarak 2942 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine göre taşınmazın bedelinin tespit edilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

9. 24.5.2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen geçici 6. maddesinin on ikinci fıkrasıyla, 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan ve ipotekle teminat altına alınanlar da dâhil olmak üzere her türlü alacak ve bedellerin borçlu idarelerce ipotek veya uygulama tarihinden itibaren 3095 sayılı Kanun'da belirtilen kanuni faiz oranı uygulanmak suretiyle güncellenerek ilgililere ödenmesi yolunda hüküm sevk edilmiştir. Anılan hükümde, hissenin bedele dönüştürülmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, taşınmazın dava tarihindeki rayiç değeri üzerinden ayrıca bir bedel tespitinin yapılmaması, idarece önceden belirlenen bedele 3095 sayılı Kanun uyarınca faiz uygulanmak suretiyle malike ödenmesi gereken tazminatın tespit edilmesi öngörülmüştür.

10. Anayasa Mahkemesi 13.11.2014 tarihli ve E.2013/95, K.2014/176 sayılı kararıyla söz konusu kuralı iptal etmiştir. Anılan kararda, geçici 6. maddenin on ikinci fıkrasının, kararın daha önceki bölümlerinde incelenen geçici 6. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan ve Anayasa'ya aykırı bulunmayan "*taşınmazın el atma tarihindeki nitelikleri esas alınmak*" ibaresiyle getirilen düzenlemeden farklı olduğu belirtilmiştir. Kararda geçici 6. maddenin on ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan düzenlemeden farklı olarak taşınmazın "*güncel rayici*" esas alınarak bedel tespit edilmesini öngörmediği, bunun yerine uygulama tarihinde takdir edilen bedele, 3095 sayılı Kanun uyarınca faiz uygulanmak suretiyle belirlenen miktarın tazminat olarak ödenmesi biçiminde bir bedel tespiti usulü getirdiği saptanmıştır. Ayrıca söz konusu kararda davacının, idarenin daha önce belirlediği hisse bedelini sorgulamasının ve bunu yargı organları nezdinde tartışma konusu yapmasının mümkün olmadığı vurgusu da yapılmıştır. Sonuç olarak bütün bu hususları gözetilerek bedele dönüştürülen taşınmazın uygulama tarihinde takdir edilen değerine her yıl için 3095 sayılı Kanun uyarınca faiz uygulanmak suretiyle belirlenen hisse bedelinin taşınmazın gerçek karşılığını ifade etmeyebileceği belirtilmiş ve

hukuka aykırı olarak el konulan taşınmazın gerçek bedelinin ödenmemesi sonucunu doğuran dava konusu kuralı, Anayasa'nın 35. maddesine aykırı bulunmuştur.

11. Bunun yanında kararda kuralın hak arama özgürlüğünü de ihlal ettiğinin altı çizilmiştir. Buna göre anılan kural, idarece takdir edilen bedelin uygulama tarihi itibarıyla da doğru olup olmadığının sorgulanmasını ve açılacak davada bunun tartışma konusu yapılmasını engellemektedir. Bu durum, davada taşınmazın gerçek değerinin tespitini imkânsız hâle getirdiğinden ve ayrıca davacının başarı şansını zayıflattığından adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir.

12. Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra kanun koyucu, itiraz konusu kuralla yeni bir düzenleme yapmıştır.

13. İtiraz konusu kuralda, önceki düzenlemeden farklı olarak uygulama tarihinde idare tarafından tek taraflı olarak belirlenen bedelin değil, Mahkeme tarafından belirlenecek bedelin esas alınması yönünde bir düzenleme de yapılmıştır.

2. İtirazların Gerekçeleri

14. Başvuru kararlarında özetle, 2981 sayılı Kanun kapsamında uygulamaya tabi tutulan taşınmazlara ilişkin her türlü alacak ve bedel artırım davalarında, taşınmazın dava tarihindeki nitelik ve değeri esas alınarak belirlenen tutar yerine uygulamanın tapuda tescil edildiği tarihteki değerine Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından açıklanan Yurt İçi Üretici Fiyat Endeksi (Yİ-ÜFE) değerleri uygulanmak suretiyle tespit edilen tutarın malike ödenmesini öngören kuralın malikin mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurduğu, ayrıca bu düzenleme nedeniyle hisseleri 2981 sayılı Kanun uyarınca bedele dönüştürme uygulaması kapsamında kamulaştırılan malikler ile doğrudan 2942 sayılı Kanun kapsamında taşınmazları kamulaştırılan malikler arasında eşitsizlik oluştuğu, bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, ayrıca söz konusu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ek 1 No.lu Protokolü'yle güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 11., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

15. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

16. İtiraz konusu kuralla, 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan ve idarelerin taraf olduğu her türlü alacak ve bedel artırım davalarında taşınmazın değerinin uygulamanın tapuda tescil edildiği tarih değerlendirme tarihi olarak esas alınmak ve o tarihteki nitelikleri gözetilmek suretiyle tespit edilmesi ve tespit edilen bu bedelin TÜİK tarafından açıklanan Yİ-ÜFE tablosu esas alınmak suretiyle dava tarihi itibarıyla güncellenerek ortaya çıkan bedelin hak sahibine ödenmesi öngörülmektedir.

17. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. Mülkiyet hakkı, genel olarak bir kimsenin başkasına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanım biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme yetkilerini kapsamaktadır. Öte yandan mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz mal varlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir.

18. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkına ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebileceği belirtilmiştir. Kamulaştırmasız el atmanın Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkına bir müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Ancak mülkiyet hakkına müdahalenin yasallığı, kamu yararı amacına dönük olup olmadığı, elverişliliği ve gerekliliği itiraz konusu kural bağlamında tartışma konusu değildir. Zira itiraz konusu kural *"kamulaştırmasız el atma bedeline/tazminata"* ilişkindir.

19. 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."

20. Kamulaştırmasız el atma nedeniyle ödenmesi gereken bedel, mülkiyet hakkına müdahalenin orantılılığıyla ilgili bir meseledir. Orantılılık, müdahaleyle elde edilen kamusal yarar ile kişinin yüklendiği külfet arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Malikin mülkiyet hakkına kamulaştırmasız el atma yoluyla yapılan müdahalede kamunun elde edeceği yarar ile kişinin yükleneceği külfet arasındaki adil denge ancak kişiye taşınmazın gerçek bedelinin ödenmesi suretiyle sağlanabilir.

21. İtiraz konusu kural, 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan ve idarelerin taraf olduğu her türlü alacak ve bedel artırım davalarında taşınmazın bedelinin tespitinde taşınmazın el atma tarihindeki niteliklerinin esas alınmasını kurala bağlamakla birlikte değer tespitinin de uygulamanın tapuda tescil edildiği tarihteki rayiçler üzerinden yapılmasını öngörmektedir. Diğer bir ifadeyle itiraz konusu kural uyarınca söz konusu davalarda ödenmesi gereken bedel, taşınmazın el atma tarihindeki nitelikleri esas alınarak o tarihteki "*rayiçler*" üzerinden hesaplanmaktadır. Bu değerleme sonucunda ortaya çıkan bedele Yİ-ÜFE değerleri uygulanmak suretiyle tespit edilen tutarın malike ödenmesi öngörülmektedir.

22. Anayasa Mahkemesinin E.2013/95, K.2014/176 sayılı kararında da belirtildiği üzere kamulaştırma olmaksızın el atılan taşınmazların niteliğinde zamanla meydana gelen değişiklikler kamunun işlemleri sonucunda gerçekleşmiş olup bu işlemler dolayısıyla taşınmazın değerinde meydana gelen artış ya da azalmaların malike ödenecek tazminatın hesaplanmasında dikkate alınması, maliklerin haksız kazanç elde etmesine ya da haksız bir şekilde zarara uğramasına sebep olabilecektir. Bu nedenle, ödenecek bedel tespit edilirken idarenin işlemlerinden kaynaklanan değer artış ve azalışlarının belli ölçüde hesaba dâhil edilmemesi hakkaniyet ve adalet gereğidir.

23. Kamulaştırma veya kamulaştırmasız el atma işleminden sonra taşınmazın önceki malikince açılacak alacak veya bedel artırım davalarında taşınmazın niteliği olarak işlemin tapuda tescil edildiği tarihin esas alınması yönündeki düzenlemede gerçek karşılığa ulaşmaya engel teşkil eden bir

yön bulunmamaktadır. Bununla birlikte taşınmazın değerinin de işlemin tapuda tescil edildiği tarihin esas alınarak o tarihteki rayiçler üzerinden hesaplanması tek başına Anayasa'ya aykırı bir durum oluşturmaz. Üzerinde durulması gereken husus kanun koyucunun ortaya çıkan bedel üzerinden gerçek karşılığa ulaşmaya elverişli bir şekilde güncelleme yapıp yapmadığıdır. İtiraz konusu kural, ortaya çıkan bu bedelin Yİ-ÜFE değerleri uygulanmak suretiyle güncellenmesini öngörmektedir. Anayasa'nın 35. maddesi, gerçek bedelin ödenmesini gerektirmekle birlikte bunun hangi yöntemle yapılmasına ilişkin herhangi bir hüküm sevk etmemiştir. Bu çerçevede taşınmazın enflasyon karşısında kaybetmiş olduğu değerin hangi yollarla hesap edileceğinin takdiri kanun koyucuya aittir. Taşınmazın gerçek bedeline ulaşmaya elverişli olması koşuluyla yönteme ilişkin kanun koyucunun tercihi anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır. Kanun koyucu, fiyatlar genel seviyesindeki değişiklikleri genel olarak yansıtan ve TÜİK tarafından açıklanan Yİ-ÜFE oranlarını esas alarak taşınmazın uygulama tarihindeki rayiçlere göre belirlenecek değerinde zaman içinde meydana gelen kayıpları telafi edecek bir şekilde güncelleme yapılması yoluyla ortaya çıkacak bedelin gerçek karşılığa ulaşmasına elverişli bir yöntem belirlemiştir. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak el konulan taşınmazın gerçek karşılığının ödenmesini sağlayacak bir yöntem getiren itiraz konusu kural, mülkiyet hakkını ihlal etmemektedir.

24. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

25. Kuralın Anayasa'nın 10., 11., 36., 46. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun'un Geçici 12. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1. Birinci Cümlesinin İncelenmesi

a. Uygulanacak Kural ve Sınırlama Sorunu

26. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddelerine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı

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

27. İtiraz konusu kuralın birinci fıkrasında, 2981 sayılı Kanun'a göre yapılan imar uygulamalarından kaynaklanan alacak ve bedel artırım davalarında taşınmazın bedelinin tespit edilmesine ilişkin hususlar düzenlenmektedir. İtiraz konusu kuralın ikinci fıkrasının birinci cümlesi, Kanun'un geçici 6.maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkralarının bu kapsamda açılan davalarda da uygulanacağını öngörmektedir.

28. 2942 sayılı Kanun'un geçici 6. maddenin üçüncü fıkrası, dava aşamasından önceki bir süreç olan uzlaşmanın ne şekilde yapılacağını ve uzlaşılan tutarın nasıl ödeneceğine ilişkin esasları düzenlemektedir. Sekizinci fıkrası bedelin tespiti aşamasına ilişkin olmayıp bu davalarda idareler aleyhine hükmedilecek bedellerin ödenebilmesini teminen söz konusu idarelerin bütçelerine konulması gereken ödeneklere ve bu bedellerin tahsil aşamasına ilişkindir. Ödeneklere ve tahsile ilişkin uyuşmazlıklar, ancak hükmün infazı aşamasında tartışma konusu yapılabilir. On birinci fıkrası, kamulaştırmasız el atma nedeniyle doğan ve maddede öngörülen uzlaşma prosedürü sonucu veya mahkeme kararıyla belirlenen tazminatın ödenmesi aşamasına ilişkin bir hükümdür. Diğer bir ifadeyle bu kural, uzlaşma tutanağının veya mahkeme kararının infazına ilişkin hüküm içermektedir. Oysa itiraz başvurusunda bulunan Mahkemelerde görülmekte olan davalar, bedelin tahsiline ilişkin değil, tespitine ilişkindir. Belirtilen nedenlerle kuralda yer alan *"...üçüncü, ...,, sekizinci ve on birinci..."* ibarelerinin bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliği bulunmamaktadır.

29. Bunun yanında itiraz konusu kuralda Kanun'un geçici 6. maddesinin bu kapsamda açılan davalar ve icra takipleri için de uygulanacağını düzenlenmektedir. Kuralda geçen *"icra takibi"* alacak ve bedel artımı davalarının neticelenip hükmün yerine getirileceği süreçle ilgili iş ve işlemleri kapsamaktadır. İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerde görülmekte olan davalar ise 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamaları sonucu hisseleri bedele dönüştürülen davacıların açmış oldukları bedel artırımı davalardır. Bu nedenle kuralda yer alan "*...icra takipleri...*" ibaresi, bakılmakta olan davalarda uygulanacak kural niteliğinde değildir.

30. Diğer taraftan Kanun'un geçici 12. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin kalan bölümü ise kuralda yer alan *"...geçici 6 ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri..."* için de geçerli ortak kural niteliğini taşıması nedeniyle bu bölüme ilişkin esas incelemenin bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek *"…yedinci…"* ibaresiyle sınırlı olarak yapılması gerekir.

31. Açıklanan nedenlerle 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na, 20.8.2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle eklenen geçici 12. maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin;

A. *"…üçüncü,..."* , *"...sekizinci ve on birinci..."* ve *"...icra takipleri..."* ibarelerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu ibarelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. Kalan bölümünün esasına ilişkin incelenmenin cümlede yer alan *"... yedinci..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

b. Anlam ve Kapsam

32. İtiraz konusu kuralda Kanun'un geçici 6. maddesinin yedinci fıkrası hükmünün bu madde kapsamındaki davalar yönünden de uygulanacağı öngörülmektedir. İtiraz konusu kural cümlede yer alan

"*yedinci*" ibaresidir. İtiraz konusu kural gereğince Kanun'un geçici 6. maddesinin yedinci fıkrası uyarınca 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarına karşı açılacak alacak ve bedel artımı davalarında ve icra takiplerinde mahkeme ve icra harçları ile her türlü vekâlet ücretleri maktu olarak belirlenecektir.

33. 492 sayılı Kanun'a ekli ve yargı harçlarını düzenleyen (1) Sayılı Tarife'nin *"Karar ve ilam harcı"*nı düzenleyen (III) işaretli bölümünün 1. fıkrasının (a) bendinde, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi hâlinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden nispi; 2. fıkrasının (a) bendinde ise birinci fıkra dışında kalan davalarda verilen esas hakkındaki kararlarda maktu karar ve ilam harcı alınacağı belirtilmiştir.

34. Kamulaştırmasız el atma nedeniyle açılan tazminat davalarının konusu parayla ölçülebildiğinden kural olarak bu davalar nispi harca tabidir. 2942 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca idare tarafından açılan bedel tespiti davası ise daha çok tespit davası niteliğinde olduğundan bu davalarda maktu karar ve ilam harcına hükmedilmektedir.

35. İtiraz konusu kuralla kamulaştırmasız el atma nedeniyle açılacak bedel tespiti davaları da usulüne uygun kamulaştırmalarda idareler tarafından açılan bedel tespiti davalarında olduğu gibi maktu harca tabi kılınmaktadır.

36. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 169. maddesinde *"Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katından fazla olamaz."* hükmüne yer verilmekle yargı mercilerince hükmedilecek vekâlet ücretinin tespitinde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin (AAÜT) esas alınması öngörülmektedir. AAÜT, 1136 sayılı Kanun'un 168. maddesi uyarınca her yıl Türkiye Barolar Birliği (TBB) Yönetim Kurulunca hazırlanmakta ve Adalet Bakanlığınca onaylanarak yürürlüğe girmektedir.

37. Türkiye Barolar Birliğince her yıl hazırlanan ve Adalet Bakanlığınca onaylanarak yürürlüğe giren AAÜT'de, konusu para veya parayla değerlendirilebilen-konusu para olmayan ve parayla

değerlendirilemeyen hukuki yardım/dava ayrımı yapılarak avukatlık ücreti tespiti yapılmaktadır. Buna göre kural olarak konusu para veya parayla değerlendirilebilen işlerde nispi, konusu para olmayan ve parayla değerlendirilemeyen işlerde ise maktu vekâlet ücreti uygulanmaktadır. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da vekil ile temsil edilmiş olmaları durumunda davacı idare ve davalı taşınmaz maliki yararına maktu tarifeler üzerinden avukatlık ücretine hükmedilmesi yönündedir.

38. İtiraz konusu kuralla usulüne uygun kamulaştırmalarda idareler tarafından açılan bedel tespiti davalarına atıf yapılarak kamulaştırmasız el atma nedeniyle açılacak alacak ve bedel artırım davalarında da harç ve vekâlet ücretlerine maktu tutar üzerinden hükmedilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

c. İtirazların Gerekçeleri

39. Başvuru kararlarında özetle, 2942 sayılı Kanun'un geçici 6. maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkralarının itiraz konusu madde kapsamında açılacak alacak ve bedel artırım davalarında uygulanacak olmasının harç ile vekâlet ücretinin nispi olarak belirlenmesi amacıyla bağdaşmadığı, vekâlet ücreti ve harcın davayı kaybeden tarafa yüklenmesi amacının kişilerin haksız eylem ve işlemlerden kaçınmalarını sağlamak ve haklı olduğu hâlde mağdur edilen ve dava açmak zorunda bırakılan kişilerin mağduriyetini gidermek olduğu, oysa kamulaştırmasız el atma nedeniyle açılacak tazminat davalarında idare aleyhine hükmedilmesi gereken harç ve vekâlet ücretinin maktu olarak belirlenmesini öngören kuralın Anayasa'ya aykırı bir şekilde kişilerin mülkiyetine el atan idareleri ödüllendirdiği, bu durumun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, kamulaştırmasız el atma nedeniyle açılacak tazminat davasının haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası niteliğinde olduğu, özel hukuk kişilerinin haksız fiilleri nedeniyle açılacak diğer tazminat davalarında nispi vekâlet ücreti ve harca hükmedilirken aynı nitelikteki kamulaştırmasız el atma davasında maktu vekâlet ücreti ve harca hükmedilmesinin eşitlik ilkesiyle çeliştiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

d. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

40. 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. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

41. Yargılama giderlerinin haksız çıkan taraf üzerinde bırakılması, haksız yere dava açmanın veya dava açılmasına sebebiyet vermenin bir sonucu olup aynı zamanda bir yaptırım niteliği taşımaktadır. Zira haksız yere dava açan veya dava açılmasına sebebiyet veren kişi, karşı tarafın yaptığı masraflardan da sorumlu tutulmak suretiyle mali bir külfete katlanmak zorunda bırakılmaktadır. Ancak bu müeyyide, hukuki niteliği itibarıyla bir ceza değil tazminattır. Diğer bir ifadeyle, yargılama giderinin haksız çıkan taraf üzerinde bırakılması, davada haklı çıkan tarafın o dava nedeniyle uğradığı zararın (yaptığı masrafların) tazmini mahiyetindedir.

42. Hukuk devletinde, bir kimsenin, başka bir kişinin hukuka aykırı işlem ve eylemi nedeniyle uğradığı zararı o kişiden tazmin etmesini sağlayacak hukuksal mekanizmaların oluşturulması gerekir. Bu durum, aynı zamanda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının da bir gereğidir. Bu anlamda haksız yere dava açmak zorunda bırakılan veya kendisine karşı haksız yere dava açılan bir kimsenin o dava nedeniyle yaptığı masrafların karşı taraftan tazmini yolunda tedbir alınması hukuk devletinin bir gereğidir.

43. İstikrar bulmuş Yargıtay ve Danıştay içtihatlarına göre yargılama sonucunda kısmen dahi olsa tazminata hükmedilmesi durumunda, karar ve ilam harcının tamamından davalı sorumlu olup karar ve ilam harcı yönünden haklılık oranına göre bir paylaştırma yapılmamakta, ister nispi olsun ister maktu olarak hesaplansın harcın tamamının davalı tarafından ödenmesine karar verilmekte, önceden davacı tarafından peşin olarak yatırılan tutarın da davalıdan alınarak davacıya verilmesine

hükmedilmektedir. Bu durumda davalı aleyhine hükmedilen karar ve ilam harcının davacı tarafından yapılmış bir yargılama gideri olarak kabulü mümkün değildir. Bu, devletin harçlandırma yetkisi kapsamında, sunduğu yargı hizmeti karşılığında davalıdan aldığı bir katkı payıdır.

44. Devletin harç alma yetkisinin dayanağını oluşturan Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır."* denilmektedir. Vergilendirmede genel kural *"kanunla belirlenmiş"* konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Kanunla yapılması koşuluyla bir kamu hizmetinden harç alınması ve harcın hesaplanma ölçüsü ile miktarının belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan bu yetkinin keyfîliğe kaçacak biçimde kullanılmaması, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

45. İtiraz konusu kuraldan önce ödenmesi gereken harç nispi tarife üzerinden hesaplanmakta iken itiraz konusu kuralla maktu harca dönüştürülmüştür.

46. Kanun koyucu, devletin sunduğu yargı hizmeti karşılığında alınan karar ve ilam harcının miktarını belirlerken davalının eylemindeki hukuka aykırılığın derecesini de göz önünde bulundurarak harcın nispi tarife üzerinden alınmasını öngörebilir. Ancak kanun koyucunun bu şekilde bir tercihte bulunması anayasal bir zorunluluk olarak görülemez. Kanun koyucu, başka bazı anayasal değerleri göz önünde bulundurarak harcın miktarını daha farklı tayin edebilir. Nitekim itiraz konusu kuralı da içinde barındıran geçici 6. maddeyle, yıllardan beri süregelen mülkiyet ihlallerinin giderilmesi ve uyuşmazlıkların çözülmesi amacıyla çeşitli mekanizmalar öngörülmüştür. Bu kapsamda idarelerin harç yükü hafifletilerek mülkiyet hakkı ihlal edilenlere daha fazla tazminat ödenmesinin yolu açılmıştır. Kanun koyucu, maliklerin mülkiyet haklarının bir gereği olan tazminat haklarını devletin harç alma hakkından üstün görmüş ve maliklerin haklarına daha çabuk ulaşması için devletin alması gereken harçta kısıtlamaya gitmiştir.

47. Vekâlet ücreti yargılama gideri olup bununla, davacı veya davalının o dava nedeniyle aldıkları hukuki yardım karşılığında avukata ödedikleri ücretin telafisi amaçlanmaktadır. Bu nedenle kendisini avukatla temsil ettiren kişinin o davada haklı çıkması durumunda bu kişi lehine vekâlet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir. Haklı çıkan taraf lehine hükmedilecek vekâlet ücretinin miktarı AAÜT'ye göre belirlenmektedir.

48. AAÜT, 1136 sayılı Kanun'un 168. maddesi uyarınca, TBB Yönetim Kurulunca baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle her yılın ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderilmekte ve Adalet Bakanlığınca onaylanarak yürürlüğe girmektedir. TBB tarafından düzenlenen tarifelerde genellikle avukatlık ücretinin hesaplanmasında konusu para olmayan ve para ile ölçülemeyen davalarda maktu tarifenin, konusu para olan veya para ile ölçülebilen davalarda ise nispi tarifenin esas alınması öngörülmektedir. Bazı durumlarda ise konusu para olan veya para ile değerlendirilebilen davalarda dahi maktu tarifenin uygulanması kararlaştırılabilmektedir. Hangi davalarda nispi, hangilerinde ise maktu tarifenin uygulanacağına ilişkin olarak bazı istisnalar dışında kanunlarda bir hüküm bulunmamakta olup bu husus TBB'nin takdirine bırakılmıştır. TBB bu konudaki takdirini kullanırken avukatın sunduğu hukuki yardımın niteliğini dikkate almaktadır.

49. İtiraz konusu kuralla, ıslah imar uygulamaları neticesinde idareler aleyhine açılacak alacak ve bedel artırım davalarında vekâlet ücretlerinde maktu tarife uygulanması zorunluluğu getirilmiştir. Bu suretle bu davalar yönünden TBB'nin takdir yetkisine yasal bir sınır getirilmiş ve uygulanacak ücret tarifesinin niteliği de doğrudan kanunla tayin edilmiştir. Islah imar uygulamaları neticesinde açılacak alacak ve bedel artırım davalarında uygulanacak avukatlık ücretinin hangi tarife üzerinden hesaplanacağını belirlemek, adalet ve hakkaniyet ilkelerini gözetmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir.

50. Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasa koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak yetkisine sahiptir. TBB'nin kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olması ve Avukatlık Kanunu ile genel olarak AAÜT'yi belirleme

yetkisinin TBB'ye verilmiş olması, belirli uyuşmazlıkların niteliklerinin kanun koyucu tarafından gözetilerek bunlara ilişkin davalarda avukatlık asgari ücretinin maktu olarak belirleneceği yolunda yasal bir düzenleme yapılmasına engel oluşturmamaktadır.

51. Haksız yere dava açsa veya açılmasına sebebiyet verse bile bir kimsenin karşı tarafın o dava nedeniyle yaptığı masraflardan daha fazla bir külfete katlanmak zorunda bırakılmasının hukuk devleti yönünden bir zorunluluk olduğu savunulamaz. Şüphesiz ki kanun koyucu, haksız çıkan tarafın açıkça kötü niyetli olduğu bazı durumlarda, kötü niyeti cezalandırmak amacıyla adalet ve hakkaniyeti de gözetmek kaydıyla haksız çıkan tarafı diğer tarafın dava sebebiyle yaptığı masraflardan daha fazla bir külfete katlanmak zorunda bırakan düzenlemeler yapabilir. Ancak bu durum kanun koyucunun takdirinde olup hukuk devleti ilkesi yönünden anayasal bir zorunluluğu ifade etmemektedir.

52. Kanun koyucunun, süregelen mülkiyet ihlallerini gidermek, uyuşmazlıkların çözülmesini kolaylaştırmak ve hızlandırmak amacıyla geçici 6. maddeyle öngördüğü yollardan birisi de vekâlet ücretlerine ilişkindir. İtiraz konusu kuralla, geçici 6. madde kapsamında açılacak davalarda idarelerin vekâlet ücreti yükünün hafifletilmesinin amaçlandığı gözetildiğinde, kanun koyucunun takdir yetkisini bu yönde kullanmasında kamu yararı ve hukuk devleti ilkesine aykırılık görülmemektedir.

53. Ayrıca alacak ve bedel artırımı nedeniyle açılan davalar ile normal kamulaştırma bedelinin tespiti için açılan davaların her ikisinde de taşınmaz bedeli, 2942 sayılı Kanun'un 11. ve 12. maddelerinde belirtilen usule göre tespit edileceğinden vekâlet ücreti yönünden her iki davanın aynı esaslara tabi kılınmasında adalet ve hakkaniyete aykırı bir durum da söz konusu değildir.

54. 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, kişilere ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar

uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

55. Kamulaştırmasız el atma nedeniyle açılan bedel tespiti davaları ile haksız fiil nedeniyle açılan diğer davaların hukuki sebepleri aynı olsa da maddi sebepleri farklıdır. Kanun koyucu idarenin, bireylerin taşınmazlarına haksız el atmasından doğan uyuşmazlıkları tasfiye etmek amacıyla bu davalarda ödenecek karar ve ilam harcı ile vekâlet ücretinin maktu tarife üzerinden hesaplanmasını öngörmüştür. Kanun koyucunun maddi sebebi farklı olan kamulaştırmasız el atma davalarında ödenmesi gereken karar ve ilam harcı ile vekâlet ücretinin farklı olarak belirlemesi yolunda düzenleme yapması eşitlik ilkesine aykırı görülemez.

56. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

2. İkinci Cümlesinin İncelenmesi

a. Uygulanacak Kural ve Sınırlama Sorunu

57. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddelerine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

58. İtiraz konusu kuralda, devam eden alacak ve bedel artırım davaları ile icra takiplerinde de geçici 12. madde hükümlerinin uygulanması öngörülmektedir. Buna göre Kanun'un geçici 12. maddesi yürürlüğe girmeden önce açılmış ve henüz karara bağlanmamış alacak ve bedel artırım davaları ile icra takiplerinde geçici 12. madde hükümleri uygulanacaktır.

59. Kuralda geçen *"...icra takipleri..."* alacak ve bedel artırım davalarının neticelenip hükmün yerine getirileceği süreçle ilgili iş ve işlemleri kapsamaktadır. İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerde görülmekte olan davalar ise 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan

imar uygulamaları sonucu hisseleri bedele dönüştürülen davacıların açmış oldukları bedel artırım davalarıdır. Bu nedenle *"...icra takipleri..."* ibaresi bakılmakta olan davalarda uygulanacak kural niteliğinde değildir. İtiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, ibareye ilişkin başvurunun Anayasa Mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddine karar verilmiştir.

60. Diğer taraftan itiraz konusu kuralın kalan bölümü ise Kanun'un geçici 12. maddesinin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...geçici 6 ncı maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri..."* için de geçerli ortak kural niteliğini taşıması nedeniyle bu bölüme ilişkin esas incelemenin yukarıda belirtilen gerekçelerle bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…yedinci…"* ibaresiyle sınırlı olarak yapılması gerekir.

61. Açıklanan nedenlerle 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na 20.8.2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle eklenen geçici 12. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin;

A. *"...icra takipleri..."* ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. Kalan bölümünün esasına ilişkin incelenmenin maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...yedinci..."* ibaresi yönünden yapılmasına OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

b. İtirazların Gerekçeleri

62. Başvuru kararlarında özetle, devam eden dava ve icra takiplerinin itiraz konusu kural hükümlerine göre sonuçlandırılacak olmasının hukuki güvenlik ve belirlilikle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

c. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

63. İtiraz konusu kural gereğince 2981 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılan imar uygulamalarından doğan ve devam etmekte olan idarelerin taraf olduğu her türlü alacak ve bedel artırım davaları Kanun'un geçici 12. maddesi hükümlerine göre sonuçlandırılacaktır. Bu hükme göre söz konusu davalarda taşınmazın değeri uygulamanın tapuda tescil edildiği tarih değerlendirme tarihi olarak esas alınmak ve o tarihteki nitelikleri gözetilmek suretiyle tespit edilecektir. Diğer taraftan itiraz konusu kural, Kamulaştırma Kanunu'nun geçici 6. maddesinin üçüncü, yedinci, sekizinci ve on birinci fıkralarının, devam eden dava ve icra takiplerinde de uygulanacağını kayıt altına almıştır. Kanun'un geçici 6. maddesinin üçüncü, sekizinci ve on birinci fıkralarının itiraz başvurusunda bulunan Mahkemelerin bakmakta olduğu davalarda uygulanma olanağı bulunmadığından itiraz konusu kural maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkranın birinci cümlesinde geçen "*yedinci*" ibaresi yönünden incelenmiştir. Kanun'un geçici 6. maddesinin yedinci fıkrası mahkeme harçları ile her türlü vekâlet ücretlerinin bedel tespiti davalarında öngörülen şekilde maktu olarak belirleneceğini kayıt altına almıştır. İtiraz konusu kurala göre bu hüküm 2981 sayılı Kanun kapsamında açılacak alacak ve bedel artırım davalarında da uygulanacaktır. İtiraz konusu kuralın ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ise bu hükmün devam eden dava ve icra takiplerinde de uygulanacağını belirtmiştir.

64. 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 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.

65. 6100 sayılı Hukuk Usulü Kanunu'nun 323. maddesine göre vekâlet ücreti yargılama giderlerinden olup kararla birlikte vekâlet ücretine hükmedilmekte ve kararın kesinleşmesiyle birlikte vekâlet ücreti de kesinleşmektedir. Buna göre vekâlet ücretinin kazanılmış hakka dönüştüğü tarih hükmün kesinleştiği gündür. Dolayısıyla henüz karar verilmemiş ve hükmü kesinleşmemiş davalarda uygulanacak vekâlet ücretinin tespit

yönteminin taraflardan birinin aleyhine olacak şekilde değiştirilmesi, kazanılmış hak ihlali olarak değerlendirilemez.

66. Anayasa Mahkemesi, birçok kararında hukuk devleti ilkesini tanımlarken hakkaniyet ölçütünün gözetilmesini hukuk devletinin unsuru olarak saymaktadır. 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, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlettir. Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerektiğini pek çok kararında yinelemiştir.

67. Kazanılmış haklara dokunmamak kaydıyla, hukuki düzenlemelerde değişiklik yapmak kanun koyucunun takdirindedir. Ancak kanun koyucunun hakkaniyet ölçütlerini gözetme yükümlülüğü, önceki düzene dayanan beklentilerin göz önünde bulundurulmaması hâlinde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracak olan yasal değişikliklerin yapılmamasını veya geçiş hükümleriyle özel hâller için hakkaniyete uygun istisnalar getirilmesini gerektirir.

68. Diğer taraftan hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuki güvenlik ilkesi, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güveni değil aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Bu nedenle hukuki güvenlik ilkesi, yürürlükte bulunan hukuk kurallarına uygun olarak teessüs etmiş kazanılmış hakları korumanın yanında, kazanılmış hakka dönüşmemiş beklentileri de belli ölçüde korumaktadır. Kazanılmış hakka dönüşmemiş beklentiler, doktrinde haklı beklenti kavramı çerçevesinde ele alınmaktadır.

69. Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarihli ve E.2012/65, K.2012/128 sayılı kararında da ifade edildiği üzere kanunların uzun süreli uygulanmasına güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin bu kanunların uygulanacağı yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması gerekmektedir. Ancak hukuki güvenlik ilkesi, her türlü beklentinin korunmasını zorunlu kılmaz. Aksi takdirde

kanun koyucunun hukuk düzeninde değişiklik yapması olanaksız hâle gelir. Zira her hukuk kuralının yürürlüğe girdiği andan itibaren bireylerde az veya çok bir beklenti yaratması ve değişmesi durumunda da beklentilerin boşa çıkması ve bireylerin az veya çok hayal kırıklığı yaşaması işin doğası gereğidir. Bu nedenle her türlü beklentinin hukuki güvenlik ilkesi kapsamında koruma görmesi düşünülemez. Korunmaya değer beklenti, belli bir yoğunluğa ulaşan, diğer bir ifadeyle meşru (haklı) hâle gelen beklentilerdir. Bu durumda bir beklentinin ne zaman haklı beklenti seviyesine ulaşacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır.

70. Anayasa Mahkemesinin 4.5.2017 tarihli ve E.2015/41, K.2017/98 sayılı kararında haklı beklenti ve haklı beklentinin şartları ele alınmıştır. Buna göre haklı beklenti, bireyin kendisine güvenerek hareket ettiği lehine olan bir kanunda öngörülemez bir değişiklik yapılması ve bu öngörülemez değişikliğin herkes yönünden objektif olarak beklenebilecek bir beklentiyi sonuçsuz bırakması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gündeme gelmektedir. Ancak bir beklentinin hukuken korunabilmesi için anılan koşulların gerçekleşmesi yeterli olmayıp bu beklentinin ihlalini gerektiren bir kamu yararının da bulunmaması gerekmektedir. Bu yönüyle anayasa yargısında kişi yararıyla kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda ancak önemli bir kamu yararının bulunmadığı durumlarda haklı beklentinin korunması kabul edilebilir. Aksi takdirde kanun koyucunun kamu yararını gerçekleştirmek üzere değişen koşullara göre yeni politikalar belirlemesi imkânı önemli ölçüde zedelenebilir.

71. Vekâlet ücretinin miktarı, davanın başarıya ulaşıp ulaşmamasına ve davadaki başarı seviyesine göre değişmekte; vekâlet ücretine hükmedilip hükmedilmeyeceği veya hükmedilecekse miktarının ne olacağı ancak yargılamanın sonucunda belli olmaktadır. Yargılama sonucunda, davanın aleyhine sonuçlanan tarafa hiç vekâlet ücretine hükmedilmemesi durumuyla karşılaşılabileceği gibi lehine sonuçlanan taraf lehine davanın açılış tarihindeki değerine oranla daha düşük bir miktarda vekâlet ücretine hükmedilmesi de söz konusu olabilir. Bu nedenle davada kendisini avukatla temsil ettiren tarafın yargılama sonucunda vekâlet ücretine kavuşacağı veya istediği düzeyde kavuşacağı garanti edilemez.

72. Dolayısıyla önceden nispi tarife üzerinden hesaplanan vekâlet ücretinin maktu tarife üzerinden hesaplanmasını öngören kuralın kanunun

yürürlüğe girdiği tarihte açılan ve henüz kesinleşmeyen davalara da uygulanmasının gerçekleşme ihtimali yüksek, korunmaya değer haklı beklenti ihlaline yol açtığı söylenemez.

73. Öte yandan, devam eden davalarda mahkeme harçlarının maktu alınması ile ilgili olarak Kanun'un geçici 12. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin incelenmesi bölümünde belirtilen gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

74. Ayrıca itiraz konusu kuralın birinci fıkrasının incelenmesi sırasında belirtildiği üzere kamulaştırmasız el atılan taşınmazın bedeli belirlenirken değerlendirme tarihi olarak uygulamanın tapuda tescil edildiği tarihin esas alınması ve o tarihteki nitelikleri gözetilmesi suretiyle bir tespit yapılması ve ortaya çıkan tutarın Yİ-ÜFE esas alınmak suretiyle dava tarihi itibarıyla güncellenerek hak sahibine ödenmesi taşınmazın gerçek karşılığına ulaşmasına elverişli bir yöntem olduğundan dolayı, devam eden davaların da buna göre sonuçlandırılmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

76. Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI ve Hasan Tahsin GÖKCAN itiraz konusu kuralın, maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…yedinci…"* ibaresi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEPLERİ

77. Başvuru kararlarında özetle, hukuk devletine aykırı olan düzenlemelerin uygulanması halinde imar uygulaması nedeniyle bedel artırım talebinde bulunanların ekonomik durumlarının sonradan telafisi mümkün olmayacak şekilde etkileneceği belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na, 20.8.2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle eklenen geçici 12. maddenin;

A. Birinci fıkrasına,

B. İkinci fıkrasının;

1. Birinci cümlesinde yer alan *"...yedinci..."* ibaresine,

2. İkinci cümlesinin *"...icra takipleri..."* ibaresi dışında kalan bölümünün, maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...yedinci..."* ibaresi yönünden incelenmesine,

yönelik iptal talepleri, 16.11.2017 tarihli, E.2016/195, K.2017/158 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bölüm ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 16.11.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na, 20.8.2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanun'un 35. maddesiyle eklenen geçici 12. maddenin;

A. Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. İkinci fıkrasının;

1. Birinci cümlesinin;

a. *"…üçüncü,..."*, *"...sekizinci ve on birinci..."* ve *"...icra takipleri..."* ibarelerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibarelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b. Kalan bölümünün esasına ilişkin incelemenin cümlede yer alan *"... yedinci..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

c. *"...yedinci..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2. İkinci cümlesinin;

a. *"...icra takipleri..."* ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b. Kalan bölümünün esasına ilişkin incelemenin, maddenin birinci fıkrası ve ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...yedinci..."* ibaresi yönünden yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

c. Kalan bölümünün, maddenin birinci fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE, ikinci fıkranın birinci cümlesinde yer alan *"...yedinci..."* ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

16.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Önceden nispi tarife üzerinden hesaplanan vekalet ücretinin maktu tarife üzerinden hesaplanmasını öngören kuralın, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte açılan ve henüz kesinleşmeyen davalara da uygulanmasının korunmaya değer, haklı beklenti ihlaline yol açmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı iddiası ile yapılan iptal taleplerinin reddi gerektiğine dair çoğunluk görüşüne, aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım.

2. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 323. maddesinde de belirtildiği gibi, vekâlet ücreti yargılama giderleri arasında yer almaktadır. Yargılama giderleri ise Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında, adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir *(Serkan Acar, 2013/1613)*. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, başvuranların aleyhine hükmedilen yargılama giderlerinin yanı sıra, devletin taraf olduğu davalarda başvuranların lehine hükmedilmeyen yargılama giderlerini de mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirebilmektedir *(Stankiewicz/ Polonya,46917/2006).*

Bu nedenle, anayasaya uygunluk incelemesinin, yalnızca Anayasa'nın 2. maddesi yönünden değil, ilgili bulunan, 36. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir.

3. Konu, usul kurallarının yargılama sırasında başvurucu aleyhine sonuçlar verecek şekilde değiştirilmesi ile ilgilidir. AİHM, *National and Provincial Building Society/Birleşik Krallık, 117/1996* davasında, devletin taraf olduğu yargılamanın başlamasından sonra devlet lehine usuli değişiklikler yapılabileceğini, ancak bunun erken bir safhada yapılıp yapılmadığının ve başvurucu için davayı "kazanılamaz" hale getirip getirmediğinin, mahkemeye erişim hakkı bakımından değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. İnceleme konusu kural, nispi vekalet ücretini "kazanılamaz" hale getirmektedir.

4. Ayrıca, itiraz yoluyla iptali istenen kuralda, yargılamanın hangi aşamada bulunduğu dikkate alınmamaktadır. Bu durum,

beklentinin haklılık derecesini önemli ölçüde etkilediği gibi, beklentinin gerçekleşmemesinden dolayı olacak kaybın büyük olması ve bunun sürpriz niteliğinde ortaya çıkabilecek olması ihtimalinin, mahkemeye başvurarak hak aramada olumsuz bir etkisi olacağı açıktır.

5. Yargılama sonuçlanmadan gerçekleştirilen ve vekalet ücretini başvurucu aleyhine etkileyen usul kurallarının Anayasaya aykırılığı konusunda, Anayasa Mahkemesinin 7.2.2008 tarihli ve Esas:2005/128, Karar:2008/54 sayılı kararı bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, itiraz yoluyla başvuran Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin istemi üzerine, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5043 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 21. maddesinin *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır"* kuralını incelemiş ve Anayasa'ya aykırılığına şu gerekçelerle hükmetmiştir:

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

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

Bu durum, aynı zamanda, Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne de aykırılık oluşturur.

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

Yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararına göre, inceleme konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.

6. Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilen kararında her ne kadar hukuk güvenliğini avukatın alacağı yönünden değerlendirmiş ise de; nispi ve maktu vekalet ücretleri arasında açık bir fark bulunan hallerde kanun değişikliğinden kaynaklanan kaybın, hak arayan kişi tarafından üstlenilmesi gerekeceği, vekalet ücretinin avukata ait olması hukukumuzda genel kural olduğuna göre başvurucu ile avukatının da bu şekilde anlaşmış olmaları gerektiği, bu durumda başvurucunun yasa gereği alamadığı vekalet ücretinin tamamını veya bir kısmını avukata kendi lehine hükmedilebilecek miktardan keserek vermesi gerekeceği açıktır.

Mahkemeye erişim hakkının bir alacağın tamamını kapsadığı, halbuki yasa kuralının bu hakkın tümüyle elde edilmesine imkan vermediği gözetildiğinde, kuralın adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkına yapılmış, demokratik bir toplumda zorunlu olmayan, ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

7. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olan kuralın iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

2942 Sayılı Kamulaştırma Kanununa 20.8.2016 tarihli ve 6745 sayılı Kanunla eklenen geçici 12. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde, devam eden davaların da geçici 12. madde hükümlerine göre sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır. İkinci fıkranın ilk cümlesindeki 'yedinci … fıkra" atfı nedeniyle bu düzenleme, madde kapsamına giren hukuk uyuşmazlıklarındaki harçlar ile karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin maktu olarak belirlenmesini öngörmektedir. Belirtelim ki anılan

yedinci fıkra atfı soyut olarak geçmişe yürürlüğü amir olmadığından ikinci fıkranın ilk cümlesi yönünden çoğunluğa katılmaktayız. Ancak ikinci fıkranın 2. cümlesi kapsamındaki devam eden davalara ilişkin 'vekalet ücretleri' yönünden, aşağıdaki gerekçelerle tarafımızca farklı oy kullanılmıştır.

İlk olarak incelenen kurala konu vekalet ücretinin niteliği üzerinde durulmalıdır. Dava sonunda karşı tarafa aleyhine hükmedilecek avukatlık ücreti kanun hükmü gereği avukata ait olmakla birlikte, avukat davanın tarafı olmadığından davayı kazanan taraf yararına hüküm kurulur. Dolayısıyla usul hukuku yönünden yargılama giderleri arasında sayılmakla birlikte, vekalet ücreti maddi hukukla ilgilidir ve kişisel bir hak niteliğindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir kararında açıklandığı üzere, "Avukatlık Kanununun 164/son maddesinde yer alan, vekalet ücretinin davayı takip eden avukata ait olduğu kuralı ücretin vekil ile müvekkil arasında bir iç sorun olma niteliğini ve avukatlık ücretinin kişisel hak olma özelliğini" değiştirmemektedir (AYM 3.3.2004, 2004/8 E. – 2004/28 K.)

Diğer taraftan, yine Mahkememizin ifadesiyle "avukatın hukuki bilgisinden yararlanma, hak aramada meşru yol ve vasıtalardan" kabul edilmekle (AYM 3.3.2004, 2004/8 E. - 2004/28 K.), vekalet ücretlerinin de mahkemeye erişim hakkının kapsamı içerisinde görüldüğü bilinen bir husustur. Bir davada hukuki yardım alan davanın tarafı ile avukat arasındaki (yazılı ya da sözlü) ücret sözleşmesi sırasında, avukatın dava sonunda mahkemece karşı taraf aleyhine hükmedilecek vekalet ücretini de hak kazanacağı gözetilebilmektedir (bkz. AYM 3.3.2004, 2004/8 E. - 2004/28 K.). Özellikle aynı yerlere ilişkin emsal uygulamaları ortaya çıkmış olan bedel artırım ve kamulaştırma bedelinin tespiti gibi davalar bakımından davanın sonucu ve yaklaşık miktarları ile vekalet ücretleri dahi öngörülebilir durumdadır. Dolayısıyla ilgili mevzuat ve yargı içtihatları karşısında bir davanın sonucuna bağlı ve 'beklenen vekalet ücreti alacağı' kanunla önemli ölçüde azaltılmaktadır. Bu durum, davanın taraflarının hak arama özgürlüğünü ölçüsüzce kısıtladığı gibi, mahkemenin uyuşmazlık hakkında etkili bir biçimde karar verme yetkisini de sınırladığından Anayasanın 36. maddesine aykırı düşmektedir.

İkinci olarak, Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin alt unsuru ve bağımsız bir ilkesi olan HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİ gereği kanunların 'derhal yürürlüğü' ve *'geçmişe yürümemesi'* esasları geçerlidir.

Derhal yürürlük ilkesi, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanabilir olmasını ifade eder. Ancak bu ilkenin maddi hukuk ve usul hukuku bakımından sonuçları farklıdır. Usul hukuku yönünden derhal yürürlük ilkesi, sürmekte olan bir dava veya soruşturma sürecinde tamamlanmış usul işlemlerini etkilememek şartıyla geçerlidir. Maddi hukuk yönünden ise derhal yürürlük ilkesi gereği yeni kanun yalnızca yeni vakalar hakkında geçerlidir. Sözgelimi 5 Nisan tarihinde yürürlüğe giren yeni kanun hükmü ile haksız fiil failinin sorumluluğu artırılmış ise, bu hüküm, 5 Nisan ve sonraki tarihlerde meydana gelen kasıtlı veya taksirli fiillerde uygulanabilir iken, 4 Nisan ve önceki tarihlerde gerçekleşmiş fiiller hakkında (bunlar bakımından henüz dava açılmamış olsa dahi) uygulanamaz. Başka bir ifadeyle önceki tarihli olaylar hakkında önceki kanun hükmü uygulanır.

Hukuk güvenliği ilkesi, kanun koyucunun iradesini de sınırlayan etkisiyle kanunların genel, eşit, soyut, açık ve erişilebilir olmasını gerektirdiği gibi, ancak yürürlüğünden sonraki vakalara uygulanmayı öngörmektedir (bkz. Onur Sır, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi, Ankara 2011, s. 149). Kanunların geriye yürümemesi ilkesi, hukukun genel ilkeleri niteliğinde evrensel bir ilkedir (Ender E. Atay, Hukuk Başlangıcı, 4.B. Ankara 2017, s. 220). Kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanır ki hukuki istikrar ve güven tesis edilebilsin. Bu ilke sayesinde kişiler hukuk düzenini öngörebilir ve geleceğe dönük tasarrufta bulunup, hayatlarını ona göre tanzim edebilir. İlkenin yokluğu veya uygulanmaz hale getirilmesi hukuki istikrarı ortadan kaldırır, keyfiliğe zemin hazırlar ve hayatı çekilmez hale getirir. Ancak bu ilke mutlak olmayıp, bazı istisnaları bulunmaktadır.

Doktrinde yeni kanunun geriye yürümemesi kuralının istisnaları olarak; kazanılmış hakların korunması, kamu düzeni gerekliliği ve genel ahlakın korunması nedenleri gösterilmektedir. Belirtilen istisnai nedenlerden biri varsa yeni kural geçmişe yürütülebilecektir (bkz. Turhan Esener, Hukuk Başlangıcı, 8.B. İstanbul 2008, s. 247; Yasemin Işıktaş/Sevtap Metin, Hukuk

Metodolojisi, İstanbul 2016,s . 178; Erdoğan Göğer, Hukuk Başlangıcı Dersleri, 3.B. Ankara 1974, s. 66; Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, 4.B. Ankara 1983, s. 175). Ayrıca istisnai haller arasında gösterilen 'kamu düzeni' nedeni de "yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı olan ve halkın hukuk duygusunu katlanılamaz ölçüde sarsan hükümler" biçimde açıklanmaktadır (Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6.B. İstanbul 2007, s. 99). Diğer taraftan kimi kararlarda aksi görülmekle birlikte 'kamu yararı' da tek başına geçmişe yürütmenin haklı nedenini oluşturmamaktadır. Zira aksinin kabulü durumunda sınırı belirsiz kamu yararı kavramının bulunduğu hiçbir yerde bireyin hakkının korunmasından ve hukuki güvenlikten söz edilemeyecektir. Bu nedenle doktrinde geçmişe yürürlüğü gerektiren istisnai nedenler sınırlı biçimde sayılmaktadır. Ayrıca, Mahkememizin kararlarında da belirtildiği üzere 'haklı beklenti' de kanun koyucu tarafından gözetilmelidir.

Şu halde hukuki güvenlik ilkesi uyarınca, istisnai nedenler bulunmadığı takdirde kanun hükmünün geçmişe yürür biçimde vaz edilmesi hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında hukuk devleti bakımından kanunların yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanmasının kural olduğunu, ancak kazanılmış hakların korunması, kamu düzeni veya mali haklarda iyileştirme gibi istisnai hallerde geçmişe yürürlüğün kabul edilebileceğini belirtmiştir.

Örneğin geçmişe yürür şekilde haksız çıkan tarafa yargılama gideri, harç ve vekalet ücreti yükletilemeyeceğine ilişkin 5998 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi, hukuk devleti ve kanunların geçmişe yürütülememesi ilkesi uyarınca iptal edilmiştir; AYM 18.10.2012, 2010/82 - 2012/159. Diğer bir kararda şirket ortaklarının sorumluluğunu genişleten hükümlerin tahsil edilmeyen alacaklara da uygulanmasını öngören 5766 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi iptal edilmiştir; AYM 28.4.2011, 2009/39 - 2011/168. Yine, 5393 sayılı Belediye Kanununa 6552 s. Kn. 123. madde ile eklenen ve 15. madde hükümlerinin devam eden icra takipleri hakkında da uygulanması gerektiğini ve hacizlerin de kaldırılacağını içeren geçici 8. maddesi de Mahkeme tarafından iptal edilmiştir; AYM 17.6.2015, 2014/194 - 2015/55; 5393. Anayasa Mahkemesinin kanunların geçmişe yürütülememesi ilkesini

tekrarladığı başka çok sayıda karar da bulunmaktadır (bkz.4.6.2014, 2014-85/03; 9.5.2013, 2011/42 E. - 2013/60 K. ve 14.11.2013, 2013/24 E. - 2013/33 K.; 18.5.2011, 2008/80 E. - 2011/81 K.). Kanunların geçmişe yürütülememesi ilkesine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da vurgu yapılmıştır (YİBK 22.5.1946, 1943/26 E. - 1946/9.K.)

Sonuç olarak, hukuki güvenlik ilkesi ve hukuki istikrar için kanunların geçmişe yürümemesi esastır. Geçmişte kazanılan hakkın korunması için gerekiyorsa istisnaen geçmişe yürütme kanun koyucunun ödevidir. Böyle bir durum yoksa esasen, yeni kanun geçmişe yürütülemediğinde, önceki kanuna göre kazanılmış hak zaten muhafaza edilmektedir. Başka deyişle geçmiş kanun hükmüne göre kazanılmış bir hakkın yokluğu geçmişe yürür kanun çıkarılmasını meşru kılmamaktadır. Bu nedenlerle, hukuki güvenlik ilkesini gözardı eden ve hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını ihlal eden kuralın Anayasanın 2. ve 36. maddeleri uyarınca iptali gerektiği görüşünde olduğumuzdan, çoğunluğun oy ve gerekçelerine katılamamaktayız.

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2016/192
Karar Sayısı : 2017/160
Karar Tarihi : 29.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Afyonkarahisar İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.1.1943 tarihli ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun'un, 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 11. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacının İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığı (İLKSAN) üyeliğinin sonlandırılması ve ödediği aidatların belirli bir oranda iadesi için yaptığı başvurunun reddi işleminin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un 11. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrası şöyledir:

"Maarif Vekâleti bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenleri, ilkokul yardımcı ve stajyer öğretmenleri, yetiştirme yurtları öğretmenleri, ârızalı çocuklara ilk tahsillerini veren müesseselerin öğretmenleri, Maarif müdürleri, ilköğretmen müfettiş ve denetmenleri, uygulama okulu öğretmenleri, İlköğretim Umum Müdürlüğü ve maarif müdürlüklerinde vazifeli memurlar ile Sandık işlerinde çalışan memurlar Sandığa âzadırlar."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 14.12.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine 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. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz konusu kural; Maarif Vekâleti (Millî Eğitim Bakanlığı) bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin, ilkokul yardımcı ve stajyer öğretmenlerinin, yetiştirme yurtları öğretmenlerinin, arızalı çocuklara ilk tahsillerini veren müesseselerin öğretmenlerinin, maarif müdürlerinin, ilköğretmen müfettiş ve denetmenlerinin, uygulama okulu öğretmenlerinin, İlköğretim Umum Müdürlüğü ve maarif müdürlüklerinde görevli memurlar ile İLKSAN işlerinde çalışan memurların İLKSAN'a üye olduklarını hükme bağlamaktadır.

4. Buna karşılık bakılmakta olan dava, ilkokul öğretmeni (sınıf öğretmeni) olan davacının İLKSAN üyeliğinin sonlandırılması ve ödediği

aidatların belli bir oranda iadesi talebiyle yaptığı başvurunun reddi işleminin iptaline ilişkindir. Kuralda yer alan *"…ilkokul yardımcı ve stajyer öğretmenleri, yetiştirme yurtları öğretmenleri, ârızalı çocuklara ilk tahsillerini veren müesseselerin öğretmenleri, Maarif müdürleri, ilköğretmen müfettiş ve denetmenleri, uygulama okulu öğretmenleri, İlköğretim Umum Müdürlüğü ve maarif müdürlüklerinde vazifeli memurlar ile Sandık işlerinde çalışan memurlar…"* ibarelerinin uyuşmazlıkta uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu ibareler yönünden başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

5. İtiraz konusu kuralın kalan bölümünün ise fıkrada yer alan görevlilerin tamamı yönünden geçerli ortak kural niteliği taşıması nedeniyle bu bölüme ilişkin esas incelemenin bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek *"…ilkokul öğretmenleri,…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

6. Açıklanan nedenlerle 13.1.1943 tarihli ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun'un, 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 11. maddesinin ikinci fıkrasının;

A. *"…ilkokul yardımcı ve stajyer öğretmenleri, yetiştirme yurtları öğretmenleri, arızalı çocuklara ilk tahsillerini veren müesseselerin öğretmenleri, Maarif müdürleri, ilköğretmen [ilköğretim] müfettiş ve denetmenleri, uygulama okulu öğretmenleri, İlköğretim Umum Müdürlüğü ve maarif müdürlüklerinde vazifeli memurlar ile Sandık işlerinde çalışan memurlar…"* bölümünün, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bölüme ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. Kalan bölümünün esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin bölümde yer alan *"…ilkokul öğretmenleri,…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

7. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, 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 İLKSAN Yönetim Kurulu Başkanı Tuncer YILMAZ, Birinci Hukuk Müşaviri Kamil BARUTÇUOĞLU, Genel Müdür Mustafa ÇAĞLAYAN, Genel Müdür Yardımcısı Mintez ŞİMŞEK, Muhasebe ve Mali İşler Müdürü Murat TEKİN, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Kadir ARICI, Eğitimciler Birliği Sendikası (Eğitim-Bir-Sen) Genel Başkanı Ali YALÇIN, Genel Başkan Yardımcısı Hasan Yalçın YAYLA, Hukuk Müşaviri Av. Harun KALE ve Av. Serkan GÜÇLÜ'nün 29.11.2017 tarihinde yaptıkları sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1. İtirazın Gerekçesi

8. Başvuru kararında özetle; yardımlaşma sandığı olan İLKSAN'a üyeliğin özel hukuk kurallarına tabi bir sözleşme ilişkisi niteliğinde olduğu, Anayasa ile güvence altına alınmış bulunan sözleşme özgürlüğünün sözleşme yapmanın yanında yapmama özgürlüğünü de içerdiği, itiraz konusu kuralla bazı kişilerin İLKSAN'a üyeliklerinin zorunlu tutulduğu, bu suretle sözleşme özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. İtiraz konusu kural, Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin İLKSAN'a üye olduklarını hükme bağlamaktadır.

10. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir..."* denilmek suretiyle sözleşme özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır.

11. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, 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.

12. İtiraz konusu kural uyarınca Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin İLKSAN'a üye olmaları zorunludur.

13. Özel hukuk, kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerini eşitlik ve irade serbestisi esasına göre düzenleyen hukuk kurallarının bütünüdür. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Sözleşme özgürlüğü ise özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü; devletin kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanıması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapıp yapmama serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

14. Sözleşme özgürlüğünün özel hukuk alanında geçerli olması nedeniyle öncelikle İLKSAN üyeliğinin özel hukuk kurallarına tabi olup olmadığının belirlenmesi gereklidir.

15. Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin kamu görevlisi olduğu şüphesizdir. Kamu görevlileri ile kamu yönetimleri arasındaki ilişkiler kural tasarruflarla düzenlenmektedir. Kamu personeli, belirli bir statüde ve nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte; o statünün sağladığı ücret, atanma, yükselme gibi kimi haklara sahip olmaktadır. Kamu hizmetine giriş, hizmet içinde yükselme ve bulunulan statünün sağladığı haklar statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Kanun koyucu; statü hukuku çerçevesinde

yürütülen memuriyet hizmetine girmeye, memuriyette yükselmeye, özlük haklarına ve bunun gibi diğer hususlara ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir.

16. Kanun'da İLKSAN'ın tüzel kişiliğinin niteliği ve hangi hukuk hükümlerine tabi olacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuki niteliğinin belirlenmesi sırasında İLKSAN'ın kuruluşu, işleyişi, yetki ve ayrıcalıkları gibi özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

17. Kanun'un 11. ve 14. maddeleri uyarınca; İLKSAN'ın Millî Eğitim Bakanlığına bağlı olarak faaliyet göstermek üzere kanunla kurulmuş bir tüzel kişilik olduğu, üzerinde Millî Eğitim Bakanlığının idari vesayet yetkisinin bulunduğu, bu bağlamda işleyiş tarzının ve esaslarının belirlendiği ana statüsünün Millî Eğitim Bakanlığınca hazırlandığı, mevcutlarının ve alacaklarının devlet mallarına ait hak ve önceliklere sahip olduğu, gelirlerinin her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu gibi haciz ve temlik edilemediği gözetildiğinde anılan kuruluşun, üyelerinin serbest iradelerinin eseri olmadığı, fonksiyonları bakımından kamu gücüne dayanan bir statüye sahip olduğu, işlemlerinin kapsam ve sınırının kanunla belirlendiği ve bu özellikleri nedeniyle tüzel kişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu açıktır.

18. Kanun'un 11. maddesinin son fıkrasında, İLKSAN üyelerine hangi hâllerde ve ne miktarda karşılıksız veya karşılıklı yardım yapılacağının *"Ana statü"*de belirtileceği öngörülmüştür. İLKSAN Ana Statüsü'nün 15. maddesine göre üyelere ikraz, evlenme yardımı, doğal afet yardımı, şehit yardımı, emeklilik yardımı ve cenaze yardımı şeklinde sosyal içerikli yardımlar yapılmaktadır. Bu yönüyle İLKSAN'ın, üyeleri arasında sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirme amacını taşıdığı kuşkusuzdur.

19. Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin statü hukukuna tabi kamu görevlisi ve İLKSAN'ın, üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarını koruma ve üyeleri arasında dayanışmayı teşvik etme amacıyla kurulmuş bir kamu kurumu olduğu gözetildiğinde, İLKSAN üyeliği ilişkisinin bir tür sözleşme olmayıp kamu

hukuku ilke ve kurallarına tabi olduğu açıktır. Bu itibarla İLKSAN üyeliği konusunda irade serbestisinin ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün varlığından söz etmek mümkün olmadığından zorunlu üyelik esasının sözleşme özgürlüğüne aykırı olduğu da söylenemez.

20. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

21. Engin YILDIRIM, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

IV. HÜKÜM

13.1.1943 tarihli ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun'un, 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"…ilkokul öğretmenleri,…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 29.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. 13.1.1943 tarihli ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun'un, 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 11. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla yapılan itiraz başvurusunda Mahkememiz ilk inceleme aşamasında anayasallık denetiminin *"…ilkokul öğretmenleri,…"* ibaresi ile sınırlı yapılmasına oybirliğiyle karar vermiştir.

2. İtiraz konusu kuralla, Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin, üyeleri arasında sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirmek amacıyla kurulan bir yardımlaşma sandığı olan İLKSAN'a üye olmaları zorunlu tutulmaktadır.

3. İLKSAN'a üyeliğin hukuki niteliğine baktığımızda Sandığın amacının üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarını korumak ve üyeleri arasında dayanışmayı teşvik etmek olduğu, üyeliğin öğretmenlik mesleğinin icrasına yönelik kamusal bir boyut içermediğini ve Sandık üyelerinin temel sosyal güvenlik ihtiyaçlarının Sosyal Güvenlik Kurumuna üyelik yoluyla karşılandığını da düşünürsek Sandık üyeliğinin ana hedefinin özel çıkarları korumak olduğu ve bu nedenle özel hukuk yönünün öne çıktığı görülmektedir. Bu bağlam içerisinde değerlendirildiğinde İLKSAN üyeliğinin bir tür sözleşme olduğunu söyleyebiliriz.

4. Özel hukuk kurallarına tabi olan İLKSAN üyeliği konusunda esas olan, irade özerkliği ve bunun anayasa hukukundaki dayanağı olan sözleşme özgürlüğüdür. Özel hukuk alanı içerisinde kalan yardımlaşma sandığı üyeliğinin, kişilerin üye olup olmama iradesi ve isteği dikkate alınmaksızın zorunlu tutulması karşısında, itiraz konusu kuralın sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu ve bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiği açıktır. Zira itiraz konusu kuralla, ilkokul öğretmenlerinin serbest iradeleri dışında, belli bir mal topluluğu ile hukuki ilişkiye girme/sözleşme yapma zorunluluğu öngörülerek bu özgürlüğün negatif görünümü olan sözleşme yapmama özgürlüğü ellerinden alınmaktadır. Belirtilen niteliğiyle söz konusu düzenleme, sözleşme özgürlüğünün özüne dokunmakta ve Anayasa'da öngörülen öze dokunma yasağını ihlal etmektedir.

5. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir..."* denilmektedir. Bu maddenin gerekçesinde, hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti altına alınmasının tabiî olduğu ve bu hürriyetlerin ancak, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ifade edilmiştir.

6. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, 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.

7. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

8. İLKSAN üyeliği kanun gereğince zorunlu olmasına karşılık üyeliğin ihtiyari olduğu yönünde kimi kararlar alınabilmektedir. Şöyle ki; 2012 ve 2013 yıllarına ilişkin olup kamu görevlileri yönünden geçerli olacak toplu sözleşme görüşmelerinde anlaşmaya varılamaması üzerine taraflarca başvurulan Kamu Görevlileri Hakem Kurulu, 29.5.2012 tarihli ve 2012/1 sayılı kararının 32. maddesinin (1) numaralı fıkrasında İLKSAN üyeliğinin ihtiyari olduğunu belirtmiştir. Aynı şekilde yine, kamu görevlilerinin geneline ve hizmet kollarına yönelik mali ve sosyal haklara ilişkin 2014 ve 2015 yıllarını kapsayan 2. Dönem Toplu Sözleşme ile 2016 ve 2017 yıllarını kapsayan 3. Dönem Toplu Sözleşmenin 9. maddelerinde İLKSAN üyeliğinin ihtiyari olduğu vurgulanmıştır.[1]

9. Anayasa Mahkemesi 8.10.2015 tarihli ve E.2014/126, 2015/86 sayılı kararıyla Türk Eczacıları Birliğine üye eczacıların, 6643 sayılı Kanun'un 58. maddesi gereğince kurulan yardımlaşma sandığına üye olmalarını ve bu üyelikle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmelerini zorunlu tutan kuralı iptal etmiştir. Mahkeme, *"…Özel hukuk kurallarına tabi olan yardımlaşma sandığına üyelik konusunda esas olan irade özerkliği ve bunun anayasa hukukundaki dayanağı olan sözleşme özgürlüğüdür. Özel hukuk alanı içerisinde kalan yardımlaşma sandığı üyeliğinin, kişilerin üye olup olmama iradesi ve isteği dikkate alınmaksızın zorunlu tutulması karşısında, itiraz konusu kuralın sözleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu ve bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiği açıktır. Zira itiraz konusu kuralla, bireylerin serbest iradeleri dışında, belli bir mal topluluğu ile hukuki ilişkiye girme/sözleşme yapma zorunluluğu öngörülerek, bu özgürlüğün negatif görünümü olan sözleşme yapmama özgürlüğü ellerinden alınmaktadır. Belirtilen niteliğiyle söz konusu düzenleme, sözleşme*

1 3. Dönem Toplu Sözleşmenin yukarıda anılan, İLKSAN üyeliğinin ihtiyari olduğunu belirten 9. maddesinin iptali istemiyle İLKSAN tarafından Danıştay'a dava açılmış; Danıştay On Yedinci Dairesinin 17.12.2015 tarihli ve E.2015/13814 sayılı kararıyla dava konusu kuralın yürütmesi durdurulmuştur.

özgürlüğünün özüne dokunmakta ve Anayasa'da öngörülen öze dokunma yasağını ihlal etmektedir." biçimindeki gerekçeyle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir.

10. Türk Eczacılar Birliği Yardımlaşma Sandığı'nın özel hukuk tüzel kişisi olması bu Sandığa üyeliğin Anayasa'nın 48. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesine imkân tanırken aynı şeyin bir kamu hukuk tüzel kişisi olan İLKSAN üyeliği için söylenemeyeceği, bir an için, düşünülebilir. Bununla birlikte, yukarıda (§ 3) açıklamaya çalıştığımız gibi İLKSAN üyeliğinin özel hukuk boyutu baskın bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır.

11. İtiraz konusu kural sözleşme özgürlüğünün yanı sıra örgütlenme özgürlüğüne de aykırılık taşımaktadır. Anayasa'nın 33. maddesinin ikinci fıkrasında "*hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz*" ibaresi yer alırken, yedinci fıkrada derneklere ilişkin maddede yer alan hükümlerin vakıflar hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir. Yardımlaşma sandığı, dernek ya da vakıf statüsünde olmamakla beraber mal topluluğu olması ve kuruluş ve işleyiş biçimi açısından vakıflarla benzerlikler taşımaktadır.

12. Bilindiği üzere Anayasamızda özel olarak düzenlenmiş bir örgütlenme özgürlüğü maddesi bulunmamaktadır. Her ne kadar İLKSAN bir dernek veya vakıf olmasa da ona üyeliğin özel hukuk özelliklerinin baskın olduğunu düşündüğümüzde dernek ve vakıflarla ilgili olan 33. maddedeki hükümlerin bu yardımlaşma sandığına zorunlu üyelik için de geçerli olabileceğini iddia etmek mümkündür.

13. Anayasada yer alan kavramlar ve korunan haklara verilecek anlamlar demokratik toplumların değerleri ve bakış açılarıyla belirlenmeli ve geniş anlamda yorumlanmalıdır. Derneklere ilişkin hükümlerin vakıflara da uygulanacağının belirtilmesi ve modern toplumlarda örgütlenmelerin çok farklı şekillerde ortaya çıkması ve boyutlar taşıması dikkate alındığında, Anayasa'nın 33. maddesindeki dernek kavramının diğer insan örgütlenmelerini kapsayacak şekilde yorumlanabileceğini ifade edebiliriz.

14. Anayasa koyucu sadece dernekler ve vakıflar için değil sendika (51. madde) ve siyasi partiler (68. madde) için de üyelikten serbestçe

ayrılmayı güvence altına almıştır. Bütün bunları dikkate aldığımızda anayasa koyucunun örgütlenme özgürlüğünü korurken eş anlı olarak örgütlenmeme özgürlüğünü de güvence altına aldığını belirtebiliriz. Örgütlenmeme özgürlüğünü de bünyesinde barındıran örgütlenme özgürlüğü özerk bir kavram olarak zorunlu üyeliklerin özel hukuk yönünün öne çıktığı kurallarda ve durumlarda 33. madde bağlamında anayasal denetimde kullanılabilmelidir.

15. AİHM de Sözleşme'nin 11. maddesinde örgüt olarak sadece dernek ve sendikalara yer verilmiş olsa da diğer örgütler için de örgütlenme özgürlüğünün varlığının maddenin esasında bulunduğuna dikkat çekmiştir.[2] Nitekim bir başka davada Sözleşme'nin 11. maddesinde güvenceye kavuşturulan örgütlenme özgürlüğünün maddenin lafzında geçmemesine rağmen siyasi partileri de kapsadığına hükmetmiştir.[3]

16. Bireylerin herhangi bir kuruluşa, amaç ne kadar ulvi olursa olsun, kendi isteklerine aykırı şekilde devlet tarafından üye olmaya zorlanmaları kişi hak ve özgürlüklerine demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmayan bir müdahalede bulunmayla eşdeğerdedir.

17. Paternalist ve korporatist bir devlet anlayışının tezahürü olan bu tür zora dayalı uygulamalar özgürlüğe zarar vermektedir. Özgürlük bireylerin yaptıkları kötü tercihler için başkalarına zarar vermedikçe kamu otoritesinden baskı ve zorlama görmeden özgürlüğün risklerini anlama ve kabul etmeleri anlamına gelir. Özerk ve özgür bireyin başkalarının, özellikle de kamu otoritelerinin, koruyup kollamasına ihtiyacı olduğunu varsaymak onun iradesini ve tercih özgürlüğünü hiçe sayan paternalist bir değerlendirmedir. Burada özgürlüğü kısıtlanan insanın mutluluğu, çıkarı, refahı ve iyiliği için kişinin iradesinin başka bir kişi veya kurum tarafından hiçe sayılması söz konusudur.

18. Bir yardımlaşma sandığına üyeliği zorunlu tutmanın çok çeşitli meşru amaçları olabilir ve bu üyelik kişiler için birtakım yararlar da sağlayabilir. Bazı insanlar bu yararları kısa dönemli çıkarlarını düşünerek

2 Sidiropoulos ve diğerleri /Yunanistan, B.No: 57/1997(841/1047, Karar tarihi: 10/7/1998, § 40.

3 Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye, B. No: 133/1996/752/951, Karar tarihi: 30/1/1998, §§ 24-31.

veya başka bazı nedenlerle öngöremeyebilirler. Bu durumda devletin yapması gereken özgürlüğe ve bireysel tercihlere saygı duymaya en az zararı verecek uygulamalara gitmek olmalıdır. İnsanları belli bir yönde seçimler ve tercihler yapmaya yönlendirmek için teşvik edici, seçimi kolaylaştırıcı düzenlemelere gitmek zorlamalardan kaçınmak gerekmektedir. Tercih ve seçim özgürlüğünü kısıtlamadan bir "seçim mimarisi" şeklinde politikalar tasarlayarak kişileri "dürtmek" hem özgürlüğü korumak hem de kamusal amaçları sağlamak açısından en optimal çözüm gibi görünmektedir.[4]

19. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 13., 33. ve 48. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle karara muhalif kaldım.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

4 2017 Nobel Ekonomi ödülünü alan Richard Thaler, Cass Sunstein ile birlikte yayınladığı "Dürtme" isimli kitabında bu konuyu çeşitli örneklerle açıklamaktadır. Bkz:. Thaler, Richard H. ve Cass R. Sunstein, Dürtme (Nudge), 2013, İstanbul, Pegasus Yayınları.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasa Mahkemesince itiraz konusu 13.1.1943 tarihli ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun'un 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 11. maddesinin ikinci fıkrasının iptal istemi reddedilmiştir. İptal istemi reddedilen hüküm *"Maarif Vekâleti bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenleri, ilkokul yardımcı ve stajyer öğretmenleri, yetiştirme yurtları öğretmenleri, ârızalı çocuklara ilk tahsillerini veren müesseselerin öğretmenleri, Maarif müdürleri, ilköğretmen müfettiş ve denetmenleri, uygulama okulu öğretmenleri, İlköğretim Umum Müdürlüğü ve maarif müdürlüklerinde vazifeli memurlar ile Sandık işlerinde çalışan memurlar Sandığa âzadırlar."* şeklindedir.

2. Dava konusu kural Milli Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan tüm ilkokul öğretmenlerinin İLKSAN'a üye olmasını öngörmektedir. Burada dava konusu olan, Kanun'un Milli Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenleri için öngördüğü İLKSAN'a zorunlu üyelik durumunun Anayasa ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususudur. Bu bağlamda öncelikle İLKSAN'ın konumu ve işlevine bakmak gerekir.

3. 13.1.1943 tarihli ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun'un 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 11. maddesinin ilk fıkrasında *"Hükmi şahsiyeti haiz ve Maarif Vekaletine bağlı olmak üzere (İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı) adı ile bir sandık kurulur."* hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümle İLKSAN'ın bir tüzelkişilik şeklinde kurulduğu anlaşılmakla birlikte bu tüzelkişiliğin bir kamu tüzelkişiliği olduğu bu hükümden anlaşılamamaktadır.

4. Anayasa Mahkemesi çoğunluk görüşünde ise hukuki niteliğinin belirlenmesi sırasında İLKSAN'ın kuruluşu, işleyişi, yetki ve ayrıcalıkları gibi özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerektiği (§ 16), Kanun'un 11. ve 14. maddeleri uyarınca İLKSAN'ın Millî Eğitim Bakanlığına bağlı

olarak faaliyet göstermek üzere kanunla kurulmuş bir tüzelkişilik olduğu, üzerinde Millî Eğitim Bakanlığının idari vesayet yetkisinin bulunduğu, bu bağlamda işleyiş tarzının ve esaslarının belirlendiği ana statüsünün Millî Eğitim Bakanlığınca hazırlandığı, mevcutlarının ve alacaklarının devlet mallarına ait hak ve önceliklere sahip olduğu, gelirlerinin her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu gibi haciz ve temlik edilemediği gözetildiğinde anılan kuruluşun, üyelerinin serbest iradelerinin eseri olmadığı, fonksiyonları bakımından kamu gücüne dayanan bir statüye sahip olduğu, işlemlerinin kapsam ve sınırının kanunla belirlendiği ve bu özellikleri nedeniyle tüzelkişiliğe sahip bir kamu kurumu olduğu (§ 17) ifade edilmiştir.

5. Oysa her ne kadar İLKSAN kanunla kurulmuş ise de kanunla kurulmuş tüm tüzelkişiliklerin kamu tüzelkişiliği şeklinde kurulmuş olduğu söylenemez. Zira kanunla kurulmuş tüzelkişiliklerin bir kısmının özel hukuk tüzelkişiliğini haiz olduğu görülebilmektedir. Kamu tüzelkişiliklerinin en önemli özelliklerinden birisi kamu gücü ayrıcalıkları kullanabilmeleridir. İLKSAN'ın zorunlu üyelik dışında görevini ifa ederken üyeleri üzerinde kullanabildiği bir kamu gücü ayrıcalığı bulunmamaktadır. Kaldı ki zorunlu üyelik de Kanun'dan kaynaklanmakta olup zaten bu yönüyle kanun dava konusu yapılmıştır.

6. Anayasa'da o alanda çalışan tüm meslek mensuplarının zorunlu üyeliğini öngören ve kamu tüzelkişiliğini haiz olan kuruluşlar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları şeklinde Anayasa'nın 135. maddesinde öngörülmüştür. Bu kuruluşlar da belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan kamu tüzelkişilikleridir. Kaldı ki bu kuruluşlara kamu kurum ve kuruluşlarında asli ve sürekli görevlerde çalışanların girme mecburiyeti bulunmamaktadır.

7. Dolayısıyla İLKSAN Anayasa'nın 135. maddesi kapsamında bir tüzelkişilik olmadığına göre bu kuruluşun kendine özgü bir kuruluş

olduğunu ifade etmek gerekir. Esasında İLKSAN tarihsel süreçte sosyal güvenlik kuruluşlarının henüz kurulup faaliyete geçmediği bir tarihte 1941 yılında ilkokul öğretmenlerini de kapsayan bir sosyal yardım kuruluşu olarak kurulmuş olup o tarihten bu yana faaliyetlerini sürdürmektedir. Ancak İLKSAN'ın sosyal güvenlik hizmeti sunan bir işlevinin olduğu da söylenemeyeceğine göre bu kuruluşa sosyal güvenlik hizmeti sunması nedeniyle ilkokul öğretmenlerinin zorunlu olarak üyelikte bulunmasından bahsedilemeyecektir.

8. Bu açıdan İLKSAN'ın tipik bir sosyal güvenlik kurumu olarak bir sosyal güvenlik hizmeti sunmadığı sadece Anayasa Mahkemesi çoğunluk görüşünde de ifade edildiği üzere İLKSAN Ana Statüsü'nün 15. maddesi uyarınca üyelere ikraz, evlenme yardımı, doğal afet yardımı, şehit yardımı, emeklilik yardımı ve cenaze yardımı şeklinde sosyal içerikli yardımlarda bulunan ve bu sayede üyeleri arasında sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirmeyi amaçlayan (§ 18) bir tüzelkişilik olarak faaliyette bulunmaktadır.

9. Dolayısıyla İLKSAN'ın işlevi ve konumu ile ilgili yukarıda yapılan değerlendirmeler ışığında İLKSAN'a Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin zorunlu üyeliğinin Anayasa'daki temel haklar ve ödevlerde yer alan hükümler yönünden Anayasa'ya uygunluğu değerlendirilmelidir. Bu bağlamda Anayasa'nın 48. maddesindeki çalışma ve sözleşme özgürlüğü bağlamında inceleme yapılıp bu madde kapsamında getirilen sınırlamanın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ile ilgili Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelere uygun olup olmadığı incelenmelidir.

10. Yukarıda da açıklandığı üzere bir kamu tüzelkişiliği olarak kabulü mümkün olmayan İLKSAN'a Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin zorunlu üyeliğini öngören kural, Anayasa'nın 48. maddesindeki sözleşme özgürlüğüne bir müdahale olarak görülmektedir. Zira her ne kadar İLKSAN'a üye olma zorunluluğu getirilen Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenleri kamu görevlisi ise de kamu görevlilerinin bir özel hukuk tüzelkişiliği olan ve üyelerine sosyal yardım amaçlı faaliyetlerde bulunan bir kuruluşa zorunlu üyeliğinin öngörülmesi bu kamu görevlilerinin irade serbestisine ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne açık bir müdahale niteliği taşımaktadır.

11. Sosyal ve ekonomik amaçlı bir dayanışmayı amaçlamış olsa da bir tüzelkişiliğe Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan tüm ilkokul öğretmenlerinin zorunlu üyeliğini öngören dava konusu hüküm, Anayasa'nın 48. maddesindeki sözleşme özgürlüğüne aykırılık taşımaktadır. Zira sözleşme hürriyetine ilişkin 48. maddede hiçbir özel sınırlama sebebine yer verilmemiştir. Her ne kadar düzenlendikleri maddede özel sınırlama sebebine yer verilmemişse de bu hakkın doğasından kaynaklanan ya da Anayasa'nın başka maddelerinde yer verilen kurallarla da bu hakkın sınırlandırılmasının Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelere uygun olması durumunda bu hakka yönelik getirilen sınırlamanın Anayasa'ya uygun olduğu söylenebilecektir. Ancak dava konusu düzenlemenin bu biçimdeki bir anayasal dayanağı da bulunmamaktadır.

12. Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenleri ile İLKSAN arasında dava konusu hükme dayalı olarak "İLKSAN üyeliği" şeklindeki tesis edilmiş sözleşme, bu kapsamdaki ilkokul öğretmenlerinin tümünü zorunlu biçimde sözleşme yapmaya zorlamaktadır. Dava konusu hüküm var olduğu sürece Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan ilkokul öğretmenlerinin sözleşme yapmama biçimindeki tercihleri ellerinden alınmış olmaktadır. Dava konusu hüküm bu yönü ile Anayasa'nın 13. maddesindeki hakkın özüne dokunma yasağı ile de çelişmektedir.

13. Bu nedenle 13.1.1943 tarihli ve 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun'un 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 11. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"…ilkokul öğretmenleri,…"* ibaresinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaati ile çoğunluk görüşüne katılmamaktayız.

Üye	Üye	Üye
Muammer TOPAL	Rıdvan GÜLEÇ	Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

4357 sayılı Kanunun 11. maddesinin, Millî Eğitim Bakanlığı bütçesinden maaş alan bütün ilkokul öğretmenlerinin İlkokul Öğretmenleri Sağlık ve Sosyal Yardım Sandığına (İLKSAN/Sandık) üye olmalarını zorunlu kılan ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir.

Ana Statüsüne göre üyelerine ikraz, evlenme yardımı, doğal afet yardımı ve emeklilik yardımı gibi sosyal içerikli yardımlar yapan İLKSAN, üyeleri arasında sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirmek amacıyla faaliyette bulunan bir yardımlaşma sandığıdır. Bu özelliği itibariyle İLKSAN esas olarak özel hukuk hükümlerine tâbi bir mal topluluğudur.

Sadece kanunla kurulmuş olması Sandığı bir kamu tüzelkişisi hâline getirmediği gibi yukarıda belirtilen amaçları ve faaliyet konuları da İLKSAN'ın bir sosyal güvenlik kuruluşu olduğuna hükmetmek için yeterli değildir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 123. maddesinin son fıkrasına göre kamu tüzelkişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur. Ancak kamu tüzelkişiliğinden söz edilebilmesi için bu şartın yanında kuruluş kanununda tüzelkişiliğin kamu gücü ile donatılmış olması, vesayet ilişkisine tâbi bulunması, mallarının ve gelirlerinin kamu malları ile gelirlerine tanınan himayeden yararlanması ve personelinin özellikle ceza hukuku açısından devlet memurları gibi görülmesi yönünde hükümlere yer verilmesi gerekmektedir.

İLKSAN'ın kanunla kurulmuş olması itibariyle yukarıda belirtilen kanunla kurulma ölçütünün bulunduğu, buna karşılık kuruluş kanununda Sandığın kamu tüzelkişiliğine sahip olduğu belirtilmediği gibi yukarıda belirtilen kriterlerden bazılarını taşımadığı veya bunların Kanunda değil, Sandığın Ana Statüsünde öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, Sandığın bir kamu tüzelkişisi olduğu kabul edilse bile Anayasaya uygunluk denetimi bakımından bunun belirleyici olmadığı düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin (kararda da atıf yapılan) 28/11/1985 tarihli kararında Sandığın kamu tüzelkişiliğine sahip olduğu belirtilse de, bir sosyal güvenlik kurumu olmadığı açıktır.

Diğer taraftan, Sandığın amacı yukarıda belirtilen sosyal ve ekonomik dayanışmayı güçlendirmek olmakla birlikte, üyeliğin öğretmenlik mesleğinin yerine getirilmesine yönelik bir işlevinin bulunmadığı ve üyelerin sosyal güvenliklerinin Sosyal Güvenlik Kurumuna iştirakçilik yoluyla karşılandığı dikkate alındığında Sandık üyeliğinin sadece bazı ek imkânlar sağlayan ve temel hedefi özel çıkarları korumak olan bir hukukî ilişki olduğu, dolayısıyla özel hukuk ilişkisi olduğu anlaşılmaktadır.

Kararda çoğunluğun, Sandığın kamu tüzelkişiliğine sahip bir sosyal kamu kurumu olduğu görüşüyle zorunlu üyeliği Anayasaya aykırı bulmadığı ve aşağıda belirtilen kararımızda varılan sonuçtan farklı bir sonuca ulaştığı görülmekte ise de, üyelerin Sandıkla ilişkileri bakımından o karardan ayrılmayı gerektiren bir farklılık bulunmadığı düşünülmektedir.

Anayasanın 135. maddesinde temel ilkeleri belirlenen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından biri olan ve idare hukukunda da hizmet yerinden yönetim kuruluşları arasında sayılan Türk Eczacıları Birliğine üye eczacıların, kurulan yardımlaşma sandığına üye olmalarını ve üyelikle ilgili yükümlülüklerini yerine getirmelerini zorunlu kılan itiraz konusu kuralın oybirliği ile iptaline ilişkin kararımızda yardımlaşma sandığı, üyelerinin sosyal ve ekonomik çıkarlarının korunması, yardımlaşma, dayanışma ve bazı ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla oluşturulan mal topluluğu olarak tanımlanmış; söz konusu sandığa üyelik konusunda esas olanın irade özerkliği ve bunun Anayasadaki dayanağı olan sözleşme özgürlüğü olduğu belirtilerek itiraz konusu kuralın bu özgürlüğü kullanılamaz hâle getirdiğine, kuralda belli bir mal topluluğu ile serbest irade dışında hukukî ilişkiye girme zorunluluğu öngörülerek bu özgürlüğün negatif görünümü olan sözleşme yapmama özgürlüğünün kaldırıldığına ve düzenlemenin, sözleşme özgürlüğünün özüne dokunduğu için Anayasanın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğuna hükmedilmiştir (8/10/2015 tarihli ve E. 2014/126, K. 2015/86 sayılı karar).

İncelenen bu kuralın da söz konusu kararımızda belirtilen gerekçelerle Anayasanın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Diğer taraftan, Sandığın hukukî durumuna ilişkin olarak çoğunluğun görüşü farklı olmakla birlikte, bir sosyal güvenlik kuruluşu olmadığı ve üyelerin Sandıkla ilişkilerinin hukukî mahiyetinin serbest iradeleri ile üye olmalarını gerektirdiği düşüncesiyle, itiraz konusu kuralın örgütlenmeme özgürlüğünü de ihtiva eden Anayasanın 33. maddesine de aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Bu sebeplerle, itiraz konusu kuralda geçen "…ilkokul öğretmenleri,…" ibaresinin iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2017/150
Karar Sayısı : 2017/162
Karar Tarihi : 29.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 9. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.8.2016 tarihli ve 6736 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun'un 10. maddesinin (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"… bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar…"* ibaresinin Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Vergi ziyaı cezalı katma değer vergisi ile özel usulsüzlük cezasına karşı açılan davaya ilişkin temyiz incelemesi devam etmekte iken davacının 6736 sayılı Kanun uyarınca vergi borcunun yeniden yapılandırılması talebiyle vergi dairesi müdürlüğüne yaptığı başvurunun söz konusu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce tahsil edilmiş bulunan vergi ve cezaların yapılandırma kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle reddi üzerine açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un 10. maddesinin itiraz konusu ibarenin de yer aldığı (16) numaralı fıkrası şöyledir:

*"Bu Kanun kapsamına giren alacaklara karşılık **bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar**, bu Kanun kapsamında tahsil edilen tutarlar ile bu maddenin dokuzuncu fıkrası kapsamında yapılan tecile ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun veya diğer kanunlar uyarınca ödenen faizlerin bu Kanun hükümlerine dayanılarak red ve iadesi yapılmaz. Ancak, bu Kanunun 3 üncü*

maddesinin birinci fıkrası kapsamında olup dava konusu edilen tarhiyatlara karşılık bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce ödeme yapılmış olması hâlinde, ödenen bu tutarlar, vergi mahkemesinde esasa ilişkin olarak hiç karar verilmemiş veya verilen kararın bozulması nedeniyle yeniden karar verilmek üzere mahkemesine iade edilmiş davalara konu alacaklar için bu maddeden yararlanılmak üzere yapılan başvurular ile vergi mahkemesince verilmiş terkin kararları üzerine red ve iade edilebilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 7.9.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Sadettin CEYHAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Sınırlama Sorunu

3. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

4. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 10. maddesinin (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*...bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar...*" ibaresinin iptalini istemiştir.

5. 6736 sayılı Kanun; vergi ve vergi cezaları, gümrük vergileri ve cezaları, sosyal güvenlik alacakları, bunlara ilişkin gecikme zam ve cezaları, Kabahatler Kanunu kapsamında uygulanan idari para cezaları, belediyelerin ve büyükşehir belediyelerinin su, atık su ve katı atık bedellerine ilişkin alacaklar olmak üzere kamuya ait birçok alacağa ilişkin yapılandırma süreçlerini düzenlemektedir. İtiraz konusu kuralda ise Kanun kapsamına giren alacaklara karşılık olmak üzere Kanun'un yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarların ret ve iadesinin yapılmayacağı hüküm altına alınmaktadır.

6. İtiraz yoluna başvuran Mahkemede görülmekte olan dava, idarece yapılan vergi tarhiyatı sonucunda tahakkuk eden vergi ve vergi cezaları ile gecikme zamlarını ödeyen davacının, ödediği meblağın 6736 sayılı Kanun uyarınca ret ve iadesi talebiyle yaptığı başvurunun reddine yönelik işlemin iptaline ilişkindir. İtiraz konusu kural; vergi ve vergi cezaları dışında Kanun kapsamına giren gümrük vergileri, sosyal güvenlik alacakları gibi kamuya ait birçok alacak için geçerli olan ortak bir kural niteliği taşımaktadır. Bu nedenle itiraz konusu kurala ilişkin esas incelemenin Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "*Bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ilk derece yargı mercileri nezdinde dava açılmış ya da dava açma süresi henüz geçmemiş olan ikmalen, resen veya idarece yapılmış vergi tarhiyatları ile gümrük vergilerine ilişkin tahakkuklarda; vergilerin/gümrük vergilerinin %50'si ile bu tutara ilişkin faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; bu Kanunda belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla vergilerin/gümrük vergilerinin %50'si, faiz, gecikme faizi, gecikme zammı ve asla bağlı olarak kesilen vergi cezaları/idari para cezaları ile bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının tahsilinden vazgeçilir.*" şeklindeki birinci cümlesi yönünden sınırlı olarak yapılması gerekir.

7. Açıklanan nedenlerle 3.8.2016 tarihli ve 6736 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun'un 10. maddesinin (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "… *bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar*…" ibaresinin esasına ilişkin incelenmenin Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi yönünden sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. İtirazın Gerekçesi

8. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kural gereğince vergi ve vergilere ilişkin zam ve cezalar ile gecikme faizlerini ödedikleri hâlde dava açma yoluna gidenlerin, açmış oldukları davalardan vazgeçmeleri durumunda yapılandırma sürecinden yararlandırılmamalarının bu kişilerle vergi ve vergilere ilişkin zam, ceza ve gecikme faizlerini ödemeyenler arasında eşitsizlik oluşturduğu; bu durumun aynı şartlardaki mükellefler arasında farklı uygulamalara yol açması nedeniyle eşitlik ve vergide adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. Kanun'un 10. maddesinin (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, bu Kanun kapsamına giren alacaklara karşılık Kanun'un yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarların bu Kanun kapsamında tahsil edilen tutarlar ile bu maddenin dokuzuncu fıkrası kapsamında yapılan tecile ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun veya diğer kanunlar uyarınca ödenen faizlerin bu Kanun hükümlerine dayanılarak ret ve iadesinin yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. İtiraz konusu kural, cümlede yer alan "*…bu Kanun'un yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar…*" ibaresinin, Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi yönünden incelenmesine ilişkindir. Buna göre Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi kapsamına girebilecek nitelikteki borçlarını Kanun'un yayımı tarihinden önce ödemiş olanlar Kanun'un öngördüğü yapılandırma sürecinden yararlanamayacaklardır.

10. 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.

11. Sosyal hukuk devleti; insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve güvence altına alan, kişiyle toplum arasında denge kuran, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için sosyal, iktisadi ve malî

önlemler alarak çalışanları koruyan, millî gelirin adil biçimde dağılmasını temin eden, hukuka bağlı ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir. Ekonomik ve malî politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır.

12. Kanun koyucunun Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen ve devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirebilmesi için kullandığı araçlardan biri de anayasal ilkelere aykırı olmaması koşuluyla bütçe hakkıdır. Bütçe hakkını kullanan kanun koyucu devletin bir yıl içinde yapacağı harcamaların zamanında, en ekonomik ve adil yollardan karşılanabilmesi için toplumun genel refahını dikkate alacak şekilde gereken tedbirleri almak durumundadır. Bu kapsamda kanun koyucu söz konusu harcamaları karşılamak üzere yeni malî yükümlülükler getirebileceği gibi tahsil edemediği alacaklarının tahsilini gerçekleştirmek için birtakım kolaylaştırıcı tedbirler alma yolunu da seçebilecektir.

13. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*"; dördüncü fıkrasında *"Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz."* ve son fıkrasında "*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*" denilmektedir. Maddede yer verilen eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanunlar eşitlik ilkesine uygun bir şekilde, aynı veya benzer durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını sağlayacak kurallar içermelidir. Ancak durum ve konumlarındaki özellikler, bazı kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Farklı hukuksal durumda bulunanların ayrı kurallara tâbi tutulması ise Anayasa'da güvence altına alınmış olan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

14. 6736 sayılı Kanun başta vergiler, sosyal güvenlik primleri, vergi cezaları, gecikme zam ve cezaları ve Kabahatler Kanunu kapsamında

uygulanan idari para cezaları olmak üzere uzun süredir tahsil edilemeyen kamu alacaklarına ilişkin bir yapılandırma süreci öngörmektedir. Kanun'un 3. maddesi, kesinleşmemiş veya dava safhasında olan alacaklara ilişkin süreci düzenlemekte olup söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla ilk derece yargı mercileri nezdinde dava açılmış ya da dava açma süresi henüz geçmemiş olan ikmalen, resen veya idarece yapılmış vergi tarhiyatları ile gümrük vergilerine ilişkin tahakkuklarda vergilerin veya gümrük vergilerinin yarısı ile bu tutara ilişkin faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı yerine Kanun'un yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın ödenmesi şartıyla vergilerin/gümrük vergilerinin yarısı ile faiz, gecikme faizi, gecikme zammı ve vergi aslına bağlı olarak kesilen vergi cezaları veya idari para cezaları ile bu cezalara bağlı gecikme zamlarının tamamının tahsilinden vazgeçilmektedir.

15. Kanun'un gerekçesinden ve TBMM'de yapılan görüşmelerden Kanun'un ülke çapında yatırımların artarak kalkınmanın sağlanabilmesi ve bu anlamda gerekli sermayenin sağlanabilmesi için özel sektörün kamuya olan borç yükünün hafifletilmesi ve bu borçlara ilişkin taksitlendirme imkânı getirilmesi, ihtilafların sulh yoluyla sonlandırılması, vergi incelemesi safhasında olan konuların dava yoluna gidilmeksizin çözülmesi ve bazı kaynakların ekonomiye kazandırılması amacıyla yürürlüğe konulduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun kamu giderlerinin daha etkin, ekonomik ve toplumun genel refahını dikkate alacak bir şekilde karşılanması amacıyla çeşitli önlemler alması ve bu amaçla kamunun birtakım alacaklarını yapılandırmak suretiyle bu alacaklara tahsil edilebilir nitelik kazandırmasında üstün bir kamu yararı bulunmadığı söylenemez.

16. Kanun kapsamına giren alacakları herhangi bir şekilde ödeyenlerin kamuyla borç ilişkileri nihayete ermiş olmakla birlikte borçlarını ödemeyenlerin borç ilişkileri devam etmektedir. Dolayısıyla başlangıçta aynı hukuksal konumda olsalar dahi Kanun'un yayımı tarihinden önce vergilerini ödeyenler ile vergilerini ödemeyenler Kanun'un yayımlandığı tarihte aynı hukuksal konumda değillerdir. Farklı hukuksal konumda olmaları nedeniyle vergi borcunu ve diğer yükümlülüklerini zamanında yerine getirenler ile getirmeyenler farklı kurallara bağlı tutulduklarından itiraz konusu kural eşitlik ilkesine aykırı değildir.

17. Anayasa'nın 73. maddesinde, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının maliye politikasının sosyal amacı olduğu belirtilmek suretiyle vergi ödevi kişilerin mali güçlerine göre bir yükümlülük olarak belirlenmiştir.

18. Vergi ödevi, verginin salınıp tahsil edilmesi süreciyle ilgili olup bu yükün adaletli bir şekilde dağıtılması da kanun koyucunun görevidir. Vergi borçlarını ödemiş olan kişilerin yapılandırma kapsamına alınmak suretiyle fazladan ödedikleri tutarların kendilerine iade edilmemesi, kamu giderlerinin karşılanmasını teminen kişilere Anayasa'yla yüklenen vergi ödevi yükümlülüğüne ve bu yükümlülüğün adaletli dağılımı ilkesine aykırı değildir.

19.Diğer taraftan vergi borçlarını ödemiş olan kişilere iade yapılması, kamuya gelir sağlanması amacıyla çıkarıldığı anlaşılan Kanun'un amacına aykırı olup kamunun daha fazla giderle karşı karşıya kalmasına neden olacaktır ki böyle bir durum yapılandırma süreciyle amaçlanan yararının oluşmasına engel teşkil edecektir.

20. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

IV. HÜKÜM

3.8.2016 tarihli ve 6736 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun'un 10. maddesinin (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan;

A. "*… bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar…*" ibaresinin esasına ilişkin incelenmenin, Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi yönünden sınırlı olarak yapılmasına,

B. "*… bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar…*" ibaresinin, Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

29.11.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2015/79
Karar Sayısı : 2017/164
Karar Tarihi : 29.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacının nüfus sicilinde *"kadın"* olarak kayıtlı olan cinsiyetinin *"erkek"* olarak düzeltilmesi talebi ile açtığı nüfus kayıt tashihi davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 40. maddesi şöyledir:

"Cinsiyet değişikliğinde

Madde 40- Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla

doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 3.9.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Osman KODAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

3. Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında, mahkeme tarafından cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Buna göre mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin mahkemeye şahsen başvuruda bulunması, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması, evli olmaması, transseksüel yapıda olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması, üreme yeteneğinden sürekli biçiminde yoksun bulunması ve belirtilen son üç koşulun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir.

4. Kanun'un 40. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrası ise cinsiyet değişikliği için verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceğini öngörmektedir.

5. Kanun'un 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde "*cinsiyet değişikliği*"nin üç aşamalı olarak düzenlendiği görülmektedir. Birinci aşamayı cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması, ikinci aşamayı mahkemece verilen bu izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesi, üçüncü aşamayı ise nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuksal tanımanın sağlanması oluşturmaktadır.

B. İtirazın Gerekçesi

6. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralda mahkeme tarafından cinsiyet değişikliğine izin verilmesinden sonra amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporu ile doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılabileceğinin düzenlendiği, kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının korunmasının da vücut bütünlüğünün korunması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu çerçevede transseksüel yapıda olan kadınların sırf erkekliğe ilişkin cinsel organ ameliyatı olmamaları sebebiyle kadın kimliği taşımaya zorlanmalarının kişinin maddî ve manevî varlığının korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

7. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

8. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Kişinin yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma hakkı; birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır. Maddenin ikinci fıkrasında da "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*" denilerek kural olarak kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiştir. Anılan madde uyarınca Devletin tüm bireylerin yaşam hakkını kamusal makamların ve diğer

bireylerin eylemlerine karşı koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

9. Anayasa'nın *"Özel hayatın gizliliği"* başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* hükmü yer almaktadır.

10. Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı; bir yönüyle özel hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini, bir başka ifadeyle kişinin özel hayatında yaşananların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkını korurken diğer yönüyle resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır.

11. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir.

12. 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 kuralların da temel hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

13. Transseksüel yapıda olan kişinin nüfus sicilindeki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi, kişinin maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkı kapsamında kalmakta olup kuralda mahkeme tarafından verilen cinsiyet değişikliği iznine bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun olarak cinsiyet değişikliği ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği öngörülmektedir.

14. Kişilerin cinsel tercihleri, özel hayatları ve maddî, manevî varlıklarının korunması kapsamında Anayasal düzenle koruma altına alınmış olup sorgulanamayacağı gibi bu tercihleri nedeniyle kişilerin hukuk düzeninde negatif ayrımcılığa muhatap edilmeleri de mümkün değildir.

15. Cinsiyet; bireyin sahip olduğu fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerini ifade eden bir kavram olup biyolojik cinsiyet, bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak *"kadın"* veya *"erkek"* olarak yapılan tanımlamadır.

16. Kanun koyucu itiraz konusu kuralla nüfus kaydında cinsiyet değişikliğini düzenlerken biyolojik cinsiyet kavramından hareketle transseksüel yapıda olan kişinin nüfus sicilinde cinsiyet hanesinin değiştirilebilmesini, mahkemece bu konuda verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması şartına bağlamıştır.

17. Kuralla nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinin yapılabilmesinin belirtilen koşula bağlanması, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme ve özel hayata saygı hakkına getirilen bir sınırlandırma niteliği taşımaktadır.

18. Anayasa'nın 13. maddesine göre 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 ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

19. Yine maddede, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan 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.

20. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen *"demokratik toplum düzeninin gerekleri"* ölçütü, 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.

21. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen *"ölçülülük ilkesi"*, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte ikisi arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu düzeni amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

22. Ölçülülük, temel hak ve özgürlükleri sınırlama 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.

23. 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*" bir bütünün parçaları olup "*demokratik bir hukuk devleti*"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

24. Kişinin doğduğu anda biyolojik cinsiyeti gözetilerek nüfus kaydı düzenlenmekte ve nüfus kaydındaki cinsiyetine göre kişi, hukuk sisteminde erkekler ve kadınlar için farklı düzenlenen haklarını kullanmakta ve yükümlülüklerini yerine getirmektedir. Diğer taraftan kişinin doğuştan sahip olduğu biyolojik cinsiyeti çok istisnai hâllerde değiştirilebilmektedir. Belirli koşulların gerçekleşmesi hâlinde kişinin biyolojik cinsiyetini değiştirebilmesi,

diğer bir ifadeyle kişinin cinsiyet değiştirme operasyonu geçirebilmesi mümkündür.

25. Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması, sağlık açısından riskler taşıması bu tür ameliyatların koşullarının kanun koyucu tarafından belirlenmesini ve bu sürecin Devletin denetimine tâbi tutulmasını gerektirmektedir.

26. Bu nedenlerle söz konusu ameliyatların herhangi bir denetim olmaksızın gerçekleştirilmesi suretiyle sıradanlaştırılmasının önüne geçilmesi ve mahkemelerin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapılması noktasında sadece onay makamı olmaktan çıkarılması amaçlarıyla cinsiyet değişikliğinin kanun koyucu tarafından belirli bir mevzuata bağlanarak denetime tabi tutulduğu, bu bağlamda itiraz konusu kuralın düzenlendiği görülmektedir.

27. İtiraz konusu kuralla nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinin yapılabilmesinin bu konuda mahkemece verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması koşuluna bağlanmasının sebebini, nüfus kayıtlarının hukuk düzeni bakımından taşıdığı önem ve bu anlamda kamu düzeninin korunması oluşturmaktadır. İtiraz konusu kuralla getirilen sınırlama ile cinsiyet değişikliği ameliyatı gerçekleştirilmeden nüfus sicilinde değişiklik yapılması suretiyle nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

28. Kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın ön koşulu kamu düzeninin tesisidir. Anayasa'da bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin bireyler tarafından sağlıklı bir şekilde kullanılabilmesi, kamu düzeninin tesis edilmiş olmasına bağlıdır. Bir başka ifadeyle kamu düzeninin olmadığı bir ortamda Anayasa ve kanunlarla bireylere tanınan hakların sağlıklı bir şekilde kullanılması mümkün değildir.

29. Transseksüel yapıda olan kişiler, sahip oldukları biyolojik cinsiyetten farklı olarak kendilerini karşı cinsten hissetmekte ve kendilerini karşı cins ile özdeşleştirmektedirler. Transseksüel yapıda olan kişilerin Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen koşulları bulundurmaları hâlinde cinsiyet değişikliğine mahkeme tarafından izin verilmek suretiyle bu kişilerin cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmelerine imkân tanınmaktadır.

30. İtiraz konusu kuralla transseksüel yapıda olan kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı olması yönünde bir yükümlülük getirilirken kuralla aynı zamanda cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuş transseksüel kişinin nüfus kaydında görünen cinsiyetinin değiştirilmesine olanak da sağlanmaktadır.

31. Cinsiyet değişikliğinin nihai aşaması olan hukuksal tanıma, transseksüel yapıda olan kişilerin biyolojik cinsiyetlerinden farklı olarak kendilerini özdeşleştirdikleri cinsiyetin hukuk düzeni tarafından kabul edilmesini diğer bir ifadeyle nüfus sicilinde değişiklik yapılmasını ifade etmektedir.

32. İtiraz konusu kuralla transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasındaki seçim hakkına ve özel hayata saygı hakkı kapsamındaki cinsel yaşamına ilişkin tercihlerine herhangi bir müdahale söz konusu olmayıp kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi durumunda cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması yönünde bir yükümlülük getirilmektedir. Kuralla getirilen sınırlama nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması ve kamu düzeninin korunması gibi demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlardan kaynaklanmakta olup bu sınırlama, kişinin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapabilme hakkını ortadan kaldırmamakta ya da kullanılamaz hâle getirmemektedir. Nitekim mahkemece bu yönde verilen izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuş transseksüel kişi, bu ameliyatın resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus kaydındaki cinsiyetini değiştirme hakkına her zaman sahiptir.

33. Diğer taraftan transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyet hanesinin değiştirilebileceğinin kabul edilmesi, kişinin biyolojik cinsiyeti ile nüfus kaydında görünen cinsiyeti arasında farklılığın ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. Bir başka ifadeyle kişinin biyolojik cinsiyetine uygun olmayan bir durumun hukuken tanınmasına olanak sağlanmış olacaktır.

34. Bu durum Türk hukuk sisteminde bazı mesleklerin yapılması ve diğer konularda kadınları koruyucu pozitif ayrımcılık içeren, hak ve

yükümlülükler öngören kamusal düzenle çatışacaktır. Kadınların erkeklere göre daha az pirim ödeyerek erken yaşta emekli olabilmesi, maden ocaklarında kadınların çalıştırılamaması, kadının evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi arzusuyla iş akdini sona erdirmesi hâlinde kıdem tazminatına hak kazanabilmesine ilişkin düzenlemeler belirtilen hukuksal durumların örneklerini oluşturmaktadır.

35. Bunun yanı sıra kişi, hukuk düzeni tarafından öngörülen ve biyolojik cinsiyeti nedeniyle yararlanamadığı belirli haklardan yararlanmak veya yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla da nüfus kaydında görünen cinsiyetini değiştirebilecektir. Neticede bu durum, toplumsal hayatı olumsuz etkileyebileceğinden kamu düzenini bozucu bir etki yaratabileceği gibi bireylerin hak ve özgürlüklerini gereği gibi kullanmalarına da engel oluşturabilecektir.

36. Dolayısıyla transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetini değiştirilebileceğinin ve bu suretle biyolojik cinsiyetinden farklı bir cinsiyete sahip olabileceğinin hukuksal anlamda kabul edilmesinin hukuk düzeni bakımından yaratacağı sorunlar ve bu durumun toplum düzenine olumsuz yansımaları da göz önünde bulundurularak getirilen kural, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı gibi kamu düzeninin korunması amacını taşıyan kuralda demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık da bulunmamaktadır.

37. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

IV. HÜKÜM

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ,

Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 29.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir*" düzenlemesi hakkında Mahkememize bir itiraz başvurusunda bulunulmuştur.

2. İtiraz konusu kuralla cinsiyet değişikliği için verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı

gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği öngörülmektedir. Kural, transseksüel kişinin nüfus kaydındaki cinsiyet hanesini değiştirebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı olması yönünde bir zorunluluk getirmektedir.

3. Anayasal değerlendirmeden önce konuyla ilgili uluslararası ve karşılaştırmalı hukuktaki gelişmelere ve eğilimlere kısaca bakmakta fayda vardır.

A) Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk

4. Birleşmiş Milletler (BM) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi hukuki olarak cinsiyet tanınmasının cinsiyet değiştirme ameliyatına bağlanmaması yönünde görüş belirtmiştir.[1] Komite cinsel sağlık ve üremeye ilişkin 22 No'lu Genel Yorumunda da cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için kişiyi ameliyata zorlamanın insan haklarına saygı ilkesine aykırı olacağına dikkat çekmiştir.[2]

5. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, transseksüel kişilerin tercih ettikleri cinsiyetin hukuki olarak tanınmasının kolaylaştırılması ve diğer insan haklarını ihlal etmeyecek şekilde, tercih edilen cinsiyetle ilgili bilgilerin yeni kimlik belgelerine kaydedilebilmesi için tedbirler alınmasını tavsiye etmiştir.[3] Yüksek Komiserlik cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin kişilik, vatandaşlık, adalet, haysiyet ve eşitlikle ilgili olduğuna da işaret etmiştir.[4] BM İnsan Hakları Komitesi de 2016'da "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği

---

1 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding observations on the second periodic report of Lithuania*, 24 June 2014, http://www.refworld.org/country,,CESCR,,LTU,,53c789b94,0.html, erişim 01/03/2018.

2 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 22 (2016) on the Right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, 4 March 2016, §58, erişim 01/03/2018.

3 Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, (2011), *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity* A/HRC/19/41,17.11.2011,§84,http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/19session/A.HRC.19.41_English.pdf, erişim 02/03/2018.

4 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (2013), *Herkes Eşit ve Özgür Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği*, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf, erişim 24/01/2018.

Temelli Ayrımcılık ve Şiddete Karşı Korunma" başlıklı kararı kabul etmiştir.[5] BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele konusundaki Özel Raportörü de cinsiyet kimliğiyle ilgili tıbbi müdahalelerin işkence ve aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. [6]

6. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) cinsiyet kimliğinin kendi kaderini tayin hakkının veya kendini belirleme hakkının en temel unsurlarından biri olduğunu çeşitli kararlarında kabul etmiştir.[7] AİHM yeni verdiği bir kararda hukuki olarak cinsiyetin tanınması için zorunlu kısırlaştırma ve tıbbi tedavilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.[8] Mahkeme, bu tür tıbbi tedavi ve cerrahi müdahalelerin, Sözleşme'nin merkezindeki temel ilkelerden biri olan kişinin haysiyetine ve özgürlüğüne saygı ile bağdaşmadığını vurgulamaktadır.

7. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadelede Alınacak Önlemlere İlişkin 2010'da aldığı Tavsiye Kararınında, lezbiyen, gey, biseksüel ve trans (LGBT) kişilerin insan haklarından tam olarak yararlanabilmesi için özel eylem gerekliliğinden bahisle, üye devletlere cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın izlenmesi ve tanzim edilmesi için var olan yasal ve diğer önlemleri incelemeleri tavsiye edilmiştir.[9]

8. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi transseksüel bireylerin hukuk önünde tercih ettikleri cinsiyet ile tanınmalarının ön şartı olarak tıbbi

---

5 Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016 32/2: *Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity;* https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/15/PDF/G1615415.pdf?OpenElement, erişim 24/01/208.

6 Human Rights Council (2013) *Report of the Special Rapporteur on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment,* Juan E. Méndez, §78, A/HRC/22/53, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A.HRC.22.53_English.pdf, erişim 03/03/2018.

7 *Y.Y. v. Turkey*, B. No: 14793/08, 10/03/2015, § 102; *Van Kück v. Germany*, B.No: 35968/97, 12/09/2003, § 69, *Christine Goodwin v. the United Kingdom* [GC], B. No. 28957/95, 11/07/2002, http://hudoc.echr.coe.int adresinden erişilmiştir.

8 *A.P., Garçon and Nicot v. France*, B. No: 79885/12, 52471/13 ve 52596/143, 06/07/2017; http://hudoc.echr.coe.int adresinden erişilmiştir.

9 Council of Europe Committee of Minister (2010), *Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on ground of sexual orientation or gender identity*, CM/Rec(2010)5, 31 March 2010, https://rm.coe.int/168047f2a6, erişim 25/01/2018.

süreçlerden geçmek zorunda bırakılmalarının sona erdirilmesi konusunda üye devletlere çağrı yapmıştır.[10] Benzer şekilde Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de cinsiyet ve ad değiştirilmesinin zorunlu ameliyata tabi tutulmasının kaldırılması yönünde üye devletlere tavsiyede bulunmuştur.[11]

9. Endonezya'nın Yogyakarta kentinde 2006 yılında bir araya gelen ve uluslararası insan hakları hukuku alanında uzmanlardan oluşan bağımsız bir kurul tarafından yayınlanan "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri" de herhangi bir bağlayıcılığı olmamakla beraber uluslararası kabul edilmiş insan haklarının, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bazında da tanınması ve irdelenmesi bakımından önemlidir.[12] Kısaca Yokyakarta İlkeleri olarak bilinen bu metinde herkesin cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği esaslı ayrımcılığa tabi olmaksızın tüm insan haklarından yararlanma hakkının mevcut olduğu belirtilmiştir.

10. Almanya Anayasa Mahkemesi sürekli kısırlaştırmayı ve ameliyatı cinsiyet değişikliği için ön koşul gören bir düzenlemenin Alman Anayasasını ihlal ettiğine hükmetmiştir.[13] Federal Anayasa Mahkemesi, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksunluk ile dış görünüşle ilgili özellikleri değiştirmek amacıyla cerrahi müdahale şartının, fiziksel bütünlüğe ilişkin

---

10 Council of Europe Parliamentary Assembly, *Discrimination against Transgender people in Europe*, Resolution 2048(2015), http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736, erişim 02/03/2018.

11 Thomas Hammarberg, "*Human rights and gender identity*", CommDH/IssuePaper(2009), s. 23-25, 44, https://rm.coe.int/16806da753, erişim 03/03/2018.

12 Bu ilkeler, devletlerin, cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimliklerine bakmaksızın, bütün insanların insan haklarına saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini tanımlamak için önemli bir araç olarak görülmekte olup, insan haklarının insan onuruna hizmet ettiğini hatırlatmaktadır. Bkz: International Commission of Jurists, (2007), *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity* http://www.yogyakartaprinciples.org/principles en.pdf. Yokyakarta İlkeleri hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz Bkz.Brown, David (2010), "Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: An introduction to the Yokyagarta Principles", *Michigan Journal of International Law,* 31, ss: 821-879; O'Flaherty, Michael ve John Fisher (2008), "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles", *Human Rights Law Review,* 8(2): 207-248. Yokyakarta İlkeleri hakkında Türkçe bir kaynak için bkz. http://www.pembehayat.org/dosya/yogyakarta_ilkeleri.pdf, erişim 26/01/2018.

13 Federal Constitutional Court of Germany, http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg11-007en.BverfG, beschluss v.11.01.2011-1 BvR 32, 1 BvR 3295/07, 11 January 2011, erişim 06/03/2018.

anayasal güvencelere ve cinsiyet kimliğini kendi belirleme hakkına aykırı olduğu kanaatine varmıştır.

11. İtalyan Anayasa Mahkemesi kişilerin resmi belgelerdeki cinsiyetleri ile anatomik cinsiyetleri arasındaki uyumun onların sağlıklarına feda edilemeyeceğini belirterek cinsiyet değiştirme ameliyatının isteğe bağlı olduğu yönünde karar vermiştir.[14]

12. Hindistan Yüksek Mahkemesi cinsiyet kimliğinin bireyin kendi kaderini belirleme hakkının ve insan haysiyetinin korunmasının önemli bir parçası olduğuna dikkat çekerek hiç kimsenin cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması için kısırlaştırma ve cinsiyet değiştirme ameliyatı gibi tıbbi prosedürlere zorunlu olarak tabi tutulamayacağını bir kararında vurgulamıştır.[15]

B) Anayasal İnceleme

13. Kişinin nüfus sicilindeki cinsiyet hanesini değiştirmek istemesi, Anayasamızda güvence altına alınan maddî ve manevî varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı ile özel hayata saygı hakkı kapsamındadır.

14. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında da "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*" denilerek kural olarak kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiştir.

15. Anayasa'nın Başlangıç bölümünde "*Her Türk vatandaşının* ***onurlu bir hayat*** *sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*" (vurgu eklenmiştir), 5. maddesinde devletin

14 Italian Republic the Constitutional Court, Sentenza 221/2015, 5 November 2015; http://tgeu.org/wp- content/uploads/2015/12/206580v1-Translation-of-Const-Court-decision-221-2015-ROMLIB01_TGEU.pdf, erişim 06/03/2018.

15 *National Legal Services Authority v. Union of India and Others* (2014) 5 SCC 438, (Writ Petition No. 400 of 2012 with Writ Petition No. 604 of 2013), § 20, http://orinam.net/377/wp-ontent/uploads/2014/04/Judgement_Nalsa_Transgenderrights.pdf, erişim 06/03/2018.

temel amaç ve görevleri arasında "… *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*" sayılmakta ve 12. maddesinde de "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*" denilmektedir. Anayasa'nın 17. maddesini Başlangıç bölümünde yer alan yukarıdaki ibarelerle birlikte değerlendirdiğimizde insan onurunun anayasal bir kavram olarak, anayasada korunan hayati bir değer olduğunu söyleyebiliriz.

16. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz"* hükmü yer almaktadır. Özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı, kişinin özel hayatında yaşananların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkını koruduğu gibi resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin bireysel ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır.

17. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü, 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. Bu ölçüt, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir. Ölçülülük, temel hak ve özgürlükleri sınırlama amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Burada kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmektedir.

18. Birey doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemlerine göre "kadın" veya "erkek" olarak tanımlanmakta ve sınıflandırılmaktadır. Cinsiyetin biyolojik, fizyolojik ve genetik nesnel bir yönü olduğu kadar sosyolojik ve psikolojik boyutları olduğunu da düşünürsek cinsiyetin doğuştan gelen üreme organlarıyla, kişilerin bedenleriyle sınırlandırılamayacak kadar çok yönlü ve geniş bir kavram olduğunu kabul etmek gerekir.[16]

19. Cinsiyet kimliği kişinin sadece biyolojik cinsiyetini değil kendisini ait hissettiği cinsiyete ilişkin kimliğini belirtmektedir. Örneğin bir kişi biyolojik olarak erkek olabilir, ancak kendisini kadın gibi hissedebilir. Bu durumda biyolojik cinsiyeti erkek, ancak cinsiyet kimliği kadın olacaktır. Bedensel cinsiyet ile cinsiyet kimliğinin uyuşmaması hali "trans" bir durum olarak kabul edilir. Transseksüellik karşı cinsin bir üyesi olarak yaşama ve kabul edilme isteğini tanımlar. Transseksüellik cinsiyete dair kimliği belirlediğinden bireylerin cinsel yönelimi ile bir ilgisi yoktur. Transseksüel bir kişi heteroseksüel, biseksüel veya eşcinsel olabilir. Kişi sıklıkla kendi cinsiyetinden rahatsızlık duyar ya da bunun uygun olmadığını düşünür. Bazı transseksüeller bedenlerinin seçtikleri cinsiyete uygun hale gelmesi için tıbbi müdahaleye razı olurken bazıları bunu istemezler.

20. Transseksüellik yakın bir tarihe kadar tıp tarafından cinsel kimlik bozukluğu olarak nitelendiğinden bir hastalık olarak kabul edilmekteydi. Amerikan Psikiyatri Birliği'nin en son yayınladığı Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı 5' de (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders-DSM 5*) cinsel kimlik bozukluğu yerine cinsiyet uyumsuzluğu, cinsiyetten yakınma veya cinsiyet hoşnutsuzluğu olarak çevirebileceğimiz "*gender dysphoria*" kavramı kullanılmıştır. Yapılan bir bilimsel araştırmaya göre transseksüellerin beyinlerindeki nörolojik yapılar biyolojik veya anatomik cinsiyetlerine değil karşı cinsin beynindeki nörolojik yapılara benzemektedir.[17] Başka bir ifadeyle transseksüel kişilerde biyolojik

16 Feminist düşünür Simone de Beauvoir bu durumu "kadın doğulmaz, kadın olunur" şeklinde veciz olarak ifade etmiştir.

17 Vanderhorst, Blaise (2015), "Whither Lies the Self: Intersex and Transgender Individuals and a Proposal for Brain-based Legal Sex", *Harvard Law and Policy Review* 9, s. 260.

cinsiyetle beyindeki cinsiyet, hissedilen ve deneyimlenen cinsiyet arasında uyumsuzluk söz konusudur.

21. Nüfus sicilinde cinsiyet değişikliğinin yapılabilmesinin bu konuda mahkemece verilen izin doğrultusunda cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması koşuluna bağlanmasının sebebini nüfus kayıtlarının hukuk düzeni bakımından taşıdığı önem ve bu anlamda kamu düzeninin korunması oluşturmaktadır. Nüfus kayıt bilgilerinin kalıcı ve güncel olması, biyolojik ve hukuki cinsiyetler arasındaki farklılığın gündelik hayatta ve resmi işlerde neden olabileceği çeşitli sorunları dikkate aldığımızda kuralın kamu düzeninin korunması meşru amacına hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

22. Bu amaca ulaşmak demokratik toplum düzeninin gereklilikleri açısından zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın varlığının tespiti ve eğer bir ihtiyaç varsa amacı gerçekleştirmek için kullanılan aracın, yani cinsiyet değiştirme ameliyatının zorunlu tutulmasının demokratik toplum gerekleri bakımından ölçülü olup, olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

23. İncelediğimiz kural, cinsiyeti tamamen biyolojik bir temelden hareketle tanımlamakta ve bunun bir yansıması olarak transseksüel bireylerin kendileriyle özdeşleştirdikleri cinsiyetin hukuk düzeni tarafından kabul edilebilmesi için cinsiyet değiştirme ameliyatı yaptırmalarını zorunlu tutmaktadır. Kadın ve erkeklerin kendi cinsiyetleriyle bağdaşlaştırılan biyolojik niteliklerini özcüleştiren ve içselleştiren toplumsal cinsiyet kalıplarına şu veya bu nedenden dolayı uymayan davranışlar sergileyen, aykırı davranan ve bu kalıpların dışına çıkan bireylerden kamu düzeni gerekçe gösterilerek cari cinsiyet rejimine uymaları beklenmektedir. Toplumsal normlar biyolojik cinsiyet ve cinsiyet kimliğinin birbirleriyle uyum içerisinde olması umar ve beklentiler de bu yöndedir.

24. Çoğunluk görüşünde *"itiraz konusu kuralla transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasındaki seçim hakkına ve özel hayata saygı hakkı kapsamındaki cinsel yaşamına ilişkin tercihlerine herhangi bir müdahale…"* (E. 2015/79, K. 2017/164, K.T. 29/11/2017, §32) yapılmadığı savunulmaktadır. Bununla beraber transseksüel kişinin cinsiyet

değiştirme ameliyatı olup olmama hususunda seçim hakkına müdahalede bulunulmadığını söylemek pek mümkün gözükmemektedir, zira biyolojik cinsiyetlerini kendilerini ruhen ait hisettikleri cinsiyet yönünde değiştirmek isteyen transseksüel bireylerin bu yeni durumlarını hukuk alemine kabul ettirebilmelerinin tek yolu cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaktan geçmektedir. Dolayısıyla bu kişiler yönünden ortada bir seçim yapma hakkı değil, tam tersine kişinin istemediği tıbbi bir müdahaleye zorlanması söz konusudur.

25. Sayın çoğunluk, kuralla getirilen sınırlamanın "*nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olması ve kamu düzeninin korunması gibi demokratik toplum düzeni yönünden zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlardan kaynaklanmakta olup bu sınırlama, kişinin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapabilme hakkını ortadan kaldırmamakta ya da kullanılamaz hâle getirmemektedir*" düşüncesindedir (E. 2015/79, K. 2017/164, K.T. 29/11/2017, § 32). Kişinin cinsiyet değişikliği yapma hakkını kural kabul ettiğinden bununla ilgili olarak ortada bir sorun yoktur. Kanaatimce, meselenin düğüm noktası kişinin bu yönde bir ameliyat olmasının şart koşulmasıdır. Bazı transseksüel kişiler biyolojik ve psikolojik cinsiyetlerini birleştirmek ve hukuki cinsiyetleriyle de uyumlu hale getirebilmek için cinsiyet değiştirme ameliyatına girme de bir sakınca görmeyebilir ama diğerleri de çeşitli sebeplerle buna rıza göstermeyebilir.[18]

26. Mahkememiz çoğunluğu, transseksüel kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın nüfus sicilindeki cinsiyetinin değiştirilmesinin kamu düzeninin korunması açısından yaratcağı mahzurlardan hareketle kuralın kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmediğini ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık taşımadığı sonucuna ulaşmıştır (E. 2015/79, K. 2017/164, K.T. 29/11/2017, § 36).

27. İtiraz konusu kuralda geçen amaca ve tıbba uygun ameliyat kişinin vücut bütünlüğünü kalıcı olarak bozabilecek riskler içermektedir.

18 Cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istemeyenlerin gerekçeleriyle ilgili olarak bir değerlendirme için bkz. Atamer, Yeşim M. ve Z. Damla Taşkın (2016) "Transseksüellere İlişkin Hukuksal Düzenlemeler: Uygulama, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Aykırı Yönler ve Revizyon Teklifleri", *Yargıtay Dergisi*, 42(4), s. 758-759.

Bireyler kendi sağlıklarına zarar verme ihtimali olan bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılmamalıdır. Yasa koyucunun geleneksel cinsiyet kavramını koruması ve örneğin, "hamile erkekler" gibi bir durumun ortaya çıkmasını istememesi anlaşılabilir olmakla beraber bu amaç kişinin kendi cinsiyetini belirleme ve fiziksel bütünlüğünü koruma hakkı karşısında hemen feda edilebilir bir değere sahip değildir. Kişinin kendisini ait olduğunu düşündüğü cinsiyete hukuken kavuşup, bunu hukuk alemine kabul ettirmesi için beden bütünlüğünü bozma riski taşıyan bir ameliyat olmaya zorlanması kamu düzeni ile bireysel menfaat arasında birey aleyhine ciddi bir yük getirmektedir. Cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istemeyen transseksüel bireyler kendilerini ait olmadıklarını hisettikleri cinsiyetin nüfus cüzdanını taşımak ve bunun hukuki sonuçlarıyla gündelik hayatlarında sık sık mücadele etmek zorunda bırakılmaktadır.

28. Transseksüel kişilerin hisettikleri cinsiyete kavuşmak için cinsiyet değiştirme ameliyatına zorlanması onları temel hakları arasında seçim yapmaya mecbur bırakmaktadır. Transseksüel insan kamu düzeni adına kendisi açısından iki olumsuz durumdan birini tercih etmek durumunda kalmaktadır: Ya kendisinin hissettiği cinsiyetin hukuken tanınmamasına razı olacak ya da kendi fiziksel ve bedensel bütünlüğüne müdahaleye katlanacaktır. Bu şekilde transseksüel bireyler bedensel bütünlükleri ile ait olduklarını düşündükleri cinsiyetlerinin hukuken tanınmamasından birini seçmeye zorlanmaktadır. Kişilerin resmi belgelerdeki cinsiyetleri ile biyolojik cinsiyetleri arasında tutarlılık sağlamak amacı onların bedensel bütünlüklerine müdahale edilmesinden üstün görülmemelidir.

29. Kuralla gerçekleştirilmek istenen amaçların meşru olduğunun kabulü bu amaçların gerçekleştirilmesinde kullanılan araç olan cinsiyet değiştirme ameliyatının ilgilinin maddi ve manevi varlığı ve özel hayata saygı hakları üzerinde neden olduğu müdahalenin ve getirdiği sınırlamanın demokratik toplumda zorlayıcı bir ihtiyacı karşıladığı ve ölçülü olduğu anlamına gelmez. Kullanılan araç ulaşılmak istenen amaç için elverişli olsa bile transseksüel kişi yönünden bedensel ve ruhsal olarak katlanılması gerekli olmayan bir nitelik taşımakta ve ondan orantısız bir fedakarlıkta bulunmasını beklemektedir.

30. Transseksüel kişinin kendini ait hisettiği cinsiyetin hukuk düzeni tarafından tanınması için ameliyat olmak zorunda bırakılması, ona bedensel ve ruhsal olarak fiziksel ve psikolojik bir yük getirmektedir. Kişinin bedeniyle uyuşmayan bir cinsiyette doğmuş olması ona belki de tüm hayatı boyunca sürecek bir külfet zaten yüklemektedir. Bu açıdan bakıldığında toplumu korumak adına transseksüellerden istenen fedakarlık hiç de ölçülü değildir. Toplumun, devletin, hukukun beklentileri doğrultusunda cinsiyetleşmeyenler, yani biyolojik cinsiyetleri ile sosyo-psikolojik cinsiyetleri uyuşmayanların insanlıkları, vatandaşlıkları, herkeslikleri sorgulanır hale gelmemelidir.[19]

31. Elbette, kişinin kendi cinsiyet kimliğini belirleme hakkıyla toplumun ve hukukun o kişinin cinsiyetiyle ilgili algısının dengelenmesi gereklidir ancak bu yapılırken toplumun hukuki ve biyolojik cinsiyetleri örtüşmeyen kişilerden rahatsızlık duyması transseksüelin cinsiyet kimliği ve vücut bütünlüğünün otomatikman hiçe sayılmasını gerekli kılmamalıdır. Dolayısıyla buarada transseksüel kişiler yönünden getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemez.

32. Bireyin kişiliğinin meşru ve ayrılmaz bir yönü olan cinsiyet kimliği kişilik hakkının ve kendini ifade etmenin önemli bir unsuru olup, kişisel özerklik ve insan haysiyetiyle yakından ilgilidir. Kişiler kendi bedenleri üzerinde karar verme hakkına sahiptir ve kişinin bedensel ve ruhsal sağlığı vücut bütünlüğünün korunması kapsamındadır. Kural gereğince cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak istemeyen transseksüel kişiler kendilerini ruhen ve duygusal olarak ait hisetmedikleri bir cinsiyetin kimliğini hukuken taşımak zorunda bırakılmaktadır. Bu da kişinin maddî ve manevî varlığının korunmasını düzenleyen Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu madde kişinin beden bütünlüğü kadar bedensel özerkliğini ve (cinsel) kendi kaderini tayin hakkını korumaktadır. Bedensel özerklik kişinin kendi bedeniyle ilgili karar vermede tercih serbestisine sahip olması anlamına gelmektedir.

---

19 Butler, Judith (1993), *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"*, New York: Routledge, s.8.

33. Anayasa Mahkemesi Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ilk fıkrasında yer alan *"…ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…"* ibaresini, Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle oyçokluğuyla iptal etmiştir (E. 2017/130, K. 2017/165, K.T. 29/11/2017). Mahkememiz burada cinsiyetini değiştirmek isteyen transseksüel kişinin, cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması aşamasında, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma koşulunun aranmasının kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyuşmayan ve ölçülü olmayan bir müdahale olduğu saptamasında bulunarak yukarıdaki sonuca ulaşmıştır.

34. Bu kuralın iptalinin bir sonucu olarak cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak için önceden ayrı bir üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bırakacak bir ameliyata transseksüel kişilerin katlanma zorunluluğu ortadan kalmıştır. Diğer bir ifadeyle cinsiyet değiştirme ameliyatı olmak için kişinin zorla kısırlaştırılması anayasaya aykırı bulunduğundan artık gerekmemektedir. Buna karşılık, söz konusu maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve Mahkeme tarafından oyçokluğuyla anayasa uygun bulunan burada değerlendirmeye çalıştığımız itiraz konusu kural da bir yönden zorla kısırlaştırma sonucunu doğurmaktadır. Nitekim Mahkeme çoğunluğu da maddenin ilk fıkrasını iptal ederken maddenin ikinci fıkrası gereğince gerçekleştirilen cinsiyet değiştirme ameliyatının "doğal sonucu olarak" transseksüel yapıda olan ve üreme yeteneği bulunan kişinin, bu yeteneğinden "sürekli yoksun hale" geleceğini kabul etmiştir (E.2017/130, K. 2007/165, K.T. 29.11.2017, §§ 24-25). Kısaca belirtmek gerekirse, itiraza konu olan kural bir anlamda zorla kısırlaştırmaya neden olan tıbbi bir müdahaleyi meşru görmekte ve bu bakımdan iptal edilen birinci fıkradaki kuraldan çok da farklı olmayan sonuçlara yol açmaktadır.

35. Cinsiyet değiştirme ameliyatı gibi vücut bütünlüğüne müdahaleyi gerektiren zorlayıcı tıbbi uygulamalarda bireyin arzusunun temel alınması hususunda uluslararası insan hakları hukuk alanında artan bir şekilde kabul gören bir mutabakatın da ortaya çıktığını göz önüne alırsak, bireyin kendi cinsiyet kimliğini tayin konusundaki tercih serbestisine saygı göstermek gerekmektedir. Denebilir ki kural, transseksüel kişilere yaşamlarını

tercih ettikleri, kendilerini ait hissettikleri cinsiyete uygun bir şekilde sürdürmelerine imkan tanımaktadır. İlk bakışta bu doğru olmakla birlikte, kuralın bunu sağlamak için kişilerin beden bütünlüklerine müdahaleyi zorunlu tutması sunduğu imkanın bir fırsattan, nimetten ziyade bir eziyete ve külfete dönüşmesine neden olmaktadır. Transseksüel kişiler toplum veya devlet tarafından düzeltilmesi gereken "bozuk" bedenlere ve ruhlara sahip bir tür "*acaib el-mahlukat ve garaib el-mevcudat*" insanlar değildir.

36. Belirtilen nedenlerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırılık taşıdığı düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmadım.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki istikrarlı kararları (başta Y.Y./Türkiye, B.No.14793/08, Karar Tarihi: 10.3.2015 kararı olmak üzere bkz. A.P./Fransa, B.No: 79885/12, Karar Tarihi: 6.7.2017; E.G./Fransa, B.No:52471/13, Karar Tarihi: 6.7.2017; B./Fransa, B.No. 13343/87, Karar Tarihi: 25.3.1992; Van Kuck/Almanya. B.No: 35968/97, Karar Tarihi : 12.6.2003; L./Litvanya, B.No:27527/03, Karar Tarihi: 11.9.2007) dikkate alındığında, transseksüel bireylerin ait olduğunu talep ettiği cinsiyetin tescili için bir cinsiyet değiştirme ameliyatına zorlanmalarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ihlâli mahiyetinde olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Avrupa Parlamentosu'nun 12.9.1989 tarihli tavsiye kararıyla, üye devletler, transseksüel kişilere endokrinolojik tedavilere, plastik cerrahiye ve estetik tedavilere başvuru yoluyla cinsiyet değiştirme hakkı tanıyan ve özellikle yasal olarak tanınmalarını sağlayan, yani isim ve cinsiyet değişikliğinin nüfus cüzdanlarında ve kimlik kartlarında yer almasını öngören kanun hükümlerini kaldırmaya davet edilmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 29.4.2010 tarih ve 1728 sayılı Tavsiye Kararında,

üye devletler şu konularda karar almaya davet edilmektedir: Daha önceden kısırlaştırma veya cinsiyet değiştirme ameliyatı veya hormon tedavisi dahil olmak üzere, tıbbi prosedürleri geçirme yükümlülüğü olmaksızın, bir bireyin tercih ettiği cinsiyet kimliğini yansıtan resmi belgeleri düzenleme. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, transseksüel bireyler konusunda 17.11.2011 tarihleri Araştırma Raporunun "Sonuçlar ve Tavsiyeler" başlıklı bölümünde, transseksüel kişilerin tercih ettikleri cinsiyetin hukuki olarak tanınmasının kolaylaştırılması ve diğer insan haklarına ihlal teşkil etmeyecek şekilde, tercih edilen cinsiyet ve seçilen isimle ilgili bilgilerin yeni kimlik belgelerine kaydedilebilmesi için tedbirler alınması tavsiye edilmektedir. Avrupa Birliği Komisyonu'nun 2015 yılına ilişkin Türkiye İlerleme Raporu'nda da "...Lezbiyen, eşcinsel, biseksüel, transseksüel ve interseks bireylerin (LGBTİ) temel haklarına saygı gösterilmemesi ciddi bir endişe kaynağı olmaya devam etmektedir... Nefret suçları ve transseksüellere yönelik saldırı ve cinayetler ciddi bir endişe kaynağıdır. Bu tür nefret suçlarına karşı koruma sağlayan özel bir mevzuat bulunmamaktadır. Transseksüeller keyfi para cezaları, ev baskınları ve polis şiddetine maruz kalmaya devam etmiştir. AİHM Mart 2015'de cinsiyet değiştirmenin tanınması bakımından Türkiye'deki ulusal gerekliliklerin aşırı olduğuna hükmetmiştir... bu gelişmeler, LGBTİ bireylere ve bu bireylerin insan haklarına yönelik bir hoşgörü atmosferinin oluşmasına uygun değildir..." denilmektedir.

Bu gün tıp biliminin ulaştığı seviye dikkate alındığında, bir bireyin transseksüel bir yapıda olup olmadığının "cinsiyet değiştirme ameliyatı" geçirmeden de saptanması imkân dahilinde olup, bu bireyleri bu tür bir ameliyat olmaya zorlayan iptal istemine konu kural, Anayasanın 17. maddesi ile de uyumlu değildir. Gerçekten, Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz" denilmiştir. Bu Anayasa hükmü ile kural olarak, kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiştir. Anayasanın bu hükmü özel hayatın gizliliğini koruma altına alan 20. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Medeni Kanunun itiraz istemine konu 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin, Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki "...kanunda yazılı hallerde..." şeklindeki istisna kapsamında mütalâa edilebilmesine imkân yoktur. AİHM'nin,

Sözleşme'nin 8. maddesini yorumladığı çok sayıdaki kararında da "cinsel yönelim", "cinsel yaşam", "cinsiyetin belirlenmesi" gibi durumların bu hakkın korunması kapsamında olduğuna vurgu yapılmakta, "kamu düzeni" ve "aile yapısını korumak" gibi bir hukuki menfaat saikiyle yapılmış olsa da, bu yöndeki yasal düzenlemelerin Sözleşmenin 8. maddesi karşısında koruma göremeyeceği ifade edilmektedir. Diğer bir deyişle, bu tür yasal düzenlemelerin, demokratik bir toplumda gerekli olmadığına hükmedilmiştir. Nitekim Y.Y./Türkiye kararında bu hususa temas edilerek, başvuranın özel hayatına saygı hakkına yönelik yapılan müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli olarak değerlendirilemeyeceğine, dolayısıyla ilgilinin özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, transseksüel bireylerin cinsiyet değişikliği taleplerinde, kişinin bir cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmesini ve bunun sağlık kurulu raporuyla tevsik edilmesini öngören iptal istemine konu kural, Anayasanın 17. ve 20. maddelerine açıkça aykırı düştüğünden, iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

4721 sayılı Kanunun 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir.

Kararda, itiraz konusu kuralın, "kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkı ile özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı gibi kamu düzeninin korunması amacını taşıyan kuralda demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık da bulunma(dığı)" belirtilmektedir (§ 36).

Kanunun 40. maddesinin birinci fıkrasında, cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilebileceği ve bu iznin verilebilmesi için fıkrada

sayılan diğer şartların yanında "istem sahibinin… transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu" olduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesinin gerektiği; itiraz konusu ikinci fıkrasında ise "verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar veri(leceği)" hükme bağlanmaktadır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, madde ile öncelikle cinsiyet değişikliği yasal olarak mümkün kılınmakta; birinci fıkrada mahkemece bu iznin verilebilmesinin, ikinci fıkrada ise nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılabilmesinin şartları belirlenmektedir. Başka bir anlatımla, kararda belirtilenin aksine, 40. madde aslında bu kişilerin "cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmelerine" (§ 29) değil, cinsiyet değiştirmelerine imkân tanımaktadır. İtiraz konusu kural ise, kararda ifade edildiği gibi, nüfus sicilinde düzeltme yapılması için bu ameliyatın gerçekleştirilmesini zorunlu hâle getirerek bu yönde bir yükümlülük öngörmektedir (§ 30).

Yine kararda, itiraz konusu kuralla zorunlu kılınan cinsiyet değiştirme ameliyatının geri dönüşünün olmadığı ve sağlık açısından riskler taşıdığı kabul edilirken (§ 25), nüfus sicilinde değişiklik yapılabilmesinin ameliyat koşuluna bağlanmasının sebebinin "nüfus kayıtlarının hukuk düzeni bakımından taşıdığı önem ve bu anlamda kamu düzeninin korunması" olduğu belirtilerek, kuralın söz konusu ameliyat gerçekleştirilmeden "nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmesi"ni amaçladığı ifade edilmektedir (§ 27).

Özetle, çoğunluğun, nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin önüne geçilmesini ve böylece nüfus kayıtlarının kalıcı ve tereddütsüz olmasını kamu düzeninin korunması bakımından gerekli görerek, geri dönüşü olmayan ve sağlık açısından riskli bir ameliyat zorunluluğu getirilmesini demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında değerlendirdiği ve ölçülü bulduğu anlaşılmaktadır.

Öncelikle, anılan hükmün, nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesinin ve buna bağlı olarak kamu düzeninin bozulmasına

sebebiyet verilmesinin önüne geçilmesini hedeflediği yönündeki değerlendirmenin isabetli olmadığı düşünülmektedir. Nüfus kayıtlarının değiştirilmesi, cinsiyetini değiştirmek isteyenin transseksüel yapıda olması ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şartları başta olmak üzere, birinci fıkrada sayılan şartların bulunmasına ve buna dayalı olarak mahkemenin iznine bağlandığından, ikinci fıkradaki ameliyat şartının olmamasının "nüfus kayıtlarının isteğe bağlı olarak değiştirilmesi" sonucunu doğuracağı söylenemeyeceği gibi ameliyat olmak isteyenler için bu yolu kapatacağı da söylenemez.

Nüfus kayıtlarının "doğru ve tereddütsüz" olmasının hukuk ve kamu düzeninin korunması bakımından zorunlu olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte bu kayıtların "kalıcı" olmasının (veya geri dönülemeyecek şekilde değiştirilmesinin) kamu düzeninin korunması için gerekli olduğu yönündeki görüşün de yerinde olmadığı değerlendirilmektedir.

Kararda, ikinci fıkrada öngörülen ameliyat şartının kamu düzeninin korunması ve hukuk düzeni bakımından zorunlu olduğuna ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerin (§§ 33-36), esasen cinsiyet değiştirme ameliyatının zorunlu kılınmasının değil, cinsiyet değişikliğine ve cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmemesinin gerekçesi olabileceği düşünülmektedir. Oysa cinsiyet değişikliği müessesesine de bunun hukuk düzeni tarafından tanınmasına da, söz konusu 40. madde izin vermektedir.

Diğer taraftan, itiraz konusu kuralda öngörülen sınırlamanın ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımadığı yönündeki çoğunluk görüşüne (§ 36) katılmak da mümkün değildir.

Yukarıda belirtildiği gibi, kararda da cinsiyet değiştirme ameliyatının geri dönüşünün olmadığı ve sağlık açısından riskler taşıdığı kabul edilmekte ve bu özellikleri sebebiyle mezkûr ameliyatın şartlarının kanun koyucu tarafından belirlenerek Devletin denetimine tâbi tutulmasının gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşe katılmamak mümkün değildir. Ancak itiraz konusu kural söz konusu sürecin Devlet denetimine tâbi tutulmasının ötesine geçerek ameliyat olma zorunluluğu getirmektedir.

AİHM, bir kararında cinsiyet değiştirme ameliyatının sağlığın korunmasına ilişkin gerekçelerle bir mevzuata bağlanabileceğini ve Devletin denetimine tâbi tutulabileceğini kabul ederken (Y.Y./ Türkiye, B.No:14793/08, 10/3/2015, § 79), yakın tarihli bir kararında da başvuruculara benzer durumda olanların Fransız pozitif hukukuna göre, görünüşlerinde geri döndürülemez bir değişime neden olan ağır bir tıbbî tedaviye veya cerrahî bir müdahaleye maruz kalmaktan başka bir şanslarının kalmadığını tespit ederek, bu müdahalelerin başvurucuların Sözleşmenin 3. ve 8. maddeleriyle güvence altına alınan fiziksel bütünlüklerine zarar verdiğine, böyle bir cerrahî müdahaleye maruz kalmak istemeyen ve açıkça rızası alınmamış olan kişilere yapılan bu müdahalelerin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir (6/7/2017 tarihli ve 79885/12, 52471/13, 52596/13 sayılı karar).

İtiraz konusu ikinci fıkranın, yukarıda da açıklandığı üzere, esas olarak cinsiyet değiştirme ameliyatına izin veren bir hüküm değil, aksine bu ameliyatı olmak istemeyen, ancak cinsiyet değişikliği için birinci fıkraya göre mahkemeden izin isteyen transseksüel kişileri de nüfus sicilindeki değişiklik için ameliyata zorlayan bir hüküm olduğu açıktır.

Cinsiyet değiştirme talebini, aslında ikinci fıkrada öngörülen ameliyatı olabilmek için (ve belki sadece bu amaçla) mahkeme önüne götüren ve birinci fıkrada öngörülen şartları taşıdığını iddia edenlerden farklı olarak bu ameliyatı olmak istemeyen transseksüel kişilerin mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etmelerinin, AİHM'in son kararında belirtilen "rıza" anlamına gelmediği düşünülmektedir.

Nitekim Anayasaya aykırılık itirazında bulunan Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin bakmakta olduğu davada da davacı kadının, cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etmekle birlikte nüfus sicilinde düzeltme yapılmasına karar verilmesi için ikinci fıkrada zorunlu kılınan cinsiyet değiştirme ameliyatını olmak istememesinden dolayı Anayasaya aykırılık itirazında bulunduğu anlaşılmaktadır.

Mahkememizin, Kanunun 40. maddesinin birinci fıkrasında geçen "… ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…"

ibaresinin iptaline ilişkin 29/11/2017 tarihli ve E. 2017/130, K. 2017/165 sayılı kararında da, ikinci fıkrada öngörülen cinsiyet değiştirme ameliyatına göre daha az risk taşıyan tıbbî müdahalenin bile ölçülü olmadığı belirtilerek mezkûr ibarenin Anayasanın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı bulunduğu dikkate alındığında itiraz konusu kuralda öngörülen sınırlamanın da aynı gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

Bu sebeplerle, çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL	M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2017/130
Karar Sayısı : 2017/165
Karar Tarihi : 29.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…"* ibaresinin Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacının nüfus sicilinde *"kadın"* olarak kayıtlı olan cinsiyetinin *"erkek"* olarak düzeltilmesi talebi ile açtığı nüfus kayıt tashihi davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 40. maddesi şöyledir:

"Cinsiyet değişikliğinde

Madde 40- Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ***ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu*** *bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.*

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 14.6.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Osman KODAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

3. Kanun'un 40. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı birinci fıkrasında, cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin şahsen başvuruda bulunarak mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebileceği ancak iznin verilebilmesi için istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması, ayrıca transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesinin şart olduğu belirtilmiştir. İtiraz konusu kural, fıkrada yer alan *"…ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…"* ibaresidir.

4. Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrası ise cinsiyet değişikliği için verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet

değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceğini öngörmektedir.

5. Kanun'un 40. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde "*cinsiyet değişikliği*"nin üç aşamalı olarak düzenlendiği görülmektedir. Birinci aşamayı cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması, ikinci aşamayı mahkemece verilen bu izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesi, üçüncü aşamayı ise nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuksal tanımanın sağlanması oluşturmaktadır.

B. İtirazın Gerekçesi

6. Başvuru kararında özetle, Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasında cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için gerekli koşulların düzenlendiği, bu koşullardan birinin de kuralda belirtilen üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma koşulu olduğu, bu koşulun öngörülmesi nedeniyle üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmayan transseksüel kişilerin cinsiyetlerini değiştiremediği, bu durumun üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olup olmamasına bağlı olarak transseksüel yapıda olan kişiler arasında eşitsizliğe neden olduğu, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunmayan transseksüel kişilerin cinsiyet değişikliği ameliyatı olmadan hayatlarına devam etmelerinin beklenemeyeceği ve bu şekilde yaşamaya zorlanamayacakları belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

7. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural, Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

8. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Kişinin yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma hakkı; birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır. Maddenin ikinci fıkrasında da "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller*

dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz." denilerek kural olarak kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisine sahip oldukları kabul edilmiştir. Anılan madde uyarınca Devletin tüm bireylerin yaşam hakkını kamusal makamların ve diğer bireylerin eylemlerine karşı koruma şeklinde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır.

9. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* hükmü yer almaktadır.

10. Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı; bir yönüyle özel hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini, bir başka ifadeyle kişinin özel hayatında yaşananların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkını korurken diğer yönüyle resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır.

11. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir.

12. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında bu hak ve hürriyetlerin düzenlendiği maddelerde yer alan sınırlama sebeplerinin yanı sıra hakkın doğasından kaynaklanan sınırlar ve Anayasa'nın ilgili diğer maddelerinde yer alan kurallar da gözetilecektir. Bir başka deyişle temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Ancak kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme ve özel hayata saygı haklarına getirilecek sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

13. Anayasa'nın 13. maddesine göre 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 ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

14. Yine maddede, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan 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.

15. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen *"demokratik toplum düzeninin gerekleri"* ölçütü; 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.

16. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen *"ölçülülük ilkesi"*, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı ölçüt olarak düzenlenmiş olmakla birlikte ikisi arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

17. Ölçülülük, temel hak ve özgürlükleri sınırlama 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.

18. 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*" bir bütünün parçaları olup "*demokratik bir hukuk devleti*"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

19. Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında itiraz konusu kuralla cinsiyet değişikliği izni verilebilmesi için kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma koşulunun öngörülmesi suretiyle kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme ve özel hayata saygı hakkına sınırlandırma getirildiği görülmektedir.

20. Kanun koyucunun cinsiyet değişikliğini, cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması ve sağlık açısından taşıdığı riskleri de göz önünde bulundurarak söz konusu ameliyatların herhangi bir denetim olmaksızın gerçekleştirilmesi suretiyle sıradanlaştırılmasının önüne geçilmesi, kamu düzeninin korunması ve mahkemelerin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapılması noktasında sadece onay makamı olmaktan çıkarılması amaçlarıyla belirli kurallara bağlayarak denetime tâbi tuttuğu görülmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında; cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmek için mahkemeden izin alınması, bu iznin alınabilmesi için de fıkrada belirtilen koşullarla birlikte üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma koşulunun öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

21. Cinsiyet; bireyin sahip olduğu fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerini ifade eden bir kavram olup biyolojik cinsiyet, bireyin doğuştan sahip olduğu üreme organları ve sistemleri dikkate alınarak *"kadın"* veya *"erkek"* olarak yapılan tanımlamadır. Kişinin doğuştan sahip olduğu cinsiyeti değişmez olmamakla birlikte cinsiyetin değiştirilmesi ancak kanun koyucu tarafından öngörülen koşulların gerçekleşmesi hâlinde mümkündür.

22. Transseksüel yapıda olan kişiler, sahip oldukları biyolojik cinsiyetten farklı olarak kendilerini karşı cinsten hissetmekte olup bu kişiler

doğuştan üreme yeteneğinden yoksun olabilecekleri gibi üreme yeteneğine sahip de olabilirler. Doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybeden transseksüel kişilerin Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen diğer koşulları da taşımaları hâlinde mahkemeden cinsiyet değişikliği izni almak suretiyle cinsiyetlerini değiştirmeleri mümkündür.

23. Üreme yeteneğine sahip transseksüel kişilerin cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilebilmesi ise diğer koşulların yanı sıra üreme yeteneğinden sürekli yoksun olmalarına bağlı olduğundan bu kişilerin cinsiyet değiştirebilmesi, bu amaçla kendilerine tıbbî bir müdahalede bulunulmasını zorunlu kılmaktadır.

24. Oysa Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrasında, mahkemece verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği öngörüldüğünden, üreme yeteneği bulunan transseksüel kişinin tıbbî yöntemlere uygun şekilde cinsiyet değiştirme ameliyatı olduğunda bu ameliyatın doğal sonucu olarak üreme yeteneğinden de sürekli biçimde yoksun kalacağı kuşkusuzdur.

25. Bu itibarla cinsiyet değiştirme ameliyatının bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hâli, itiraz konusu kuralla mahkemeden cinsiyet değişikliği izni alınabilmesi için ayrı bir koşul olarak öngörülmüş olmaktadır. Cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğunu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden katlanılması gerekli olmayan bir müdahale niteliği taşımakta olup kişinin maddî ve manevî varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bu sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğinden, ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşımaktadır.

26. Öte yandan tıbbî bir müdahale sonucu üreme yeteneğinden sürekli yoksun kalan bir kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda cinsiyetini değiştiremediği hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşacağı açıktır. Bu da cinsiyet değişikliği için ön

şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabileceğini göstermekte olup kural bu yönüyle de ölçülü değildir.

27. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ile Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 29.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞI OY

Mahkememiz çoğunluğunca, Edirne 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin başvurusu üzerine 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…"* ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

Aşağıda açıklayacağımız nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı iptal kararına iştirak edilememiştir.

Tıbbi bir müdahale ile kadının erkeğe veya erkeğin kadına dönüştürülmesi işlemi cinsiyet değiştirme olarak adlandırılmaktadır. Türk hukukunda, cinsiyet değiştirme ile ilgili ilk düzenleme 1988 yılında, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 29. maddesine 3444 sayılı Kanunla eklenen

fıkrayla gerçekleştirilmiştir. Söz konusu fıkra ile doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde de gerekli düzeltmenin yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Hükümde, doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus kütüğünde gerekli düzeltmenin yapılacağı, bu konularda açılacak davalarda, cinsiyeti değiştirilen kişinin evli olması halinde eşine de husumet yöneltileceği ve aynı mahkemede varsa çocukların velayetinin kime verileceğinin de karara bağlanacağı ayrıca cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmekteydi.

Söz konusu düzenleme, yürürlüğe girmesinden sonraki süreçte, cinsiyet değişikliğinin şartları ve sonuçları bakımından oldukça yetersiz olarak değerlendirilmiş ve birçok tartışmaya neden olmuştur. Bu nedenle de konuya ilişkin tartışmaları göz önünde bulunduran kanun koyucu, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 40. maddesinde cinsiyet değişikliğine ilişkin daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir.

İptali istenilen kuralın da içinde yer aldığı 40. madde, 4721 sayılı Kanun'un "Kişisel Durum Sicili" başlıklı ikinci bölümünün "Düzeltme" başlıklı kısmında yer almaktadır.

Maddenin birinci fıkrasında, mahkeme tarafından cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için gerekli olan şartlar düzenlenmektedir. Buna göre mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin mahkemeye şahsen başvuruda bulunması, mahkemeye şahsen başvuruda bulunan kişinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması, evli olmaması, transseksüel yapıda olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması, üreme yeteneğinden sürekli biçiminde yoksun bulunması ve belirtilen son üç koşulun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise cinsiyet değişikliği için verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla

doğrulanması hâlinde mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği öngörülmektedir.

Maddenin birinci ve ikinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde "*cinsiyet değişikliği*"nin üç aşamalı olarak düzenlendiği görülmektedir. Birinci aşamayı cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması, ikinci aşamayı mahkemece verilen bu izne bağlı olarak cinsiyet değiştirme ameliyatının gerçekleştirilmesi, üçüncü aşamayı ise nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuksal tanımanın sağlanması oluşturmaktadır.

Madde bir bütün olarak incelendiğinde, kanun koyucunun, transseksüel yapıda olan kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı olup olmama noktasındaki seçim hakkına ve özel hayata saygı hakkı kapsamındaki cinsel yaşamına ilişkin tercihlerine herhangi bir müdahalede bulunmadığı, sadece bu kişilerin nüfus kayıtlarındaki cinsiyet hanesini değiştirmek istemeleri durumunda, cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması yönünde; cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmek için de mahkemeden izin alınması yönünde ve mahkemece izin verilebilmesi için de cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin şahsen başvuruda bulunması, on sekiz yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olduğunu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alacağı resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi yönünde yükümlülük getirdiği görülmektedir.

Cinsiyet kavramı, genel olarak bireyin fizyolojik, biyolojik ve genetik özelliklerine ilişkin olup doğuştan sahip olduğu üreme organları ile sistemlerinin dikkate alınması suretiyle *"kadın"* veya *"erkek"* olarak tanımlanmasını ifade etmektedir. "Transseksüel" ise çok genel anlamda, kendisini karşı cinsten biriymiş gibi hisseden kişilere verilen addır. Uzmanlara göre, transseksüel yapıda olan kişiler, doğuştan üreme yeteneğinden yoksun olabilecekleri gibi doğuştan üreme yeteneğine sahip de olabilirler.

İptali istenilen kural, ilk aşamada, yani mahkemeden izin alma aşamasında aranılan koşullardan birisini oluşturmakta olup, cinsiyet değişikliği ameliyatı için mahkemeden izin almak isteyen transseksüel

kişinin sürekli olarak üreme yeteneğinden yoksun olmasını (üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olduğunu belgelendirmesini) öngörmektedir.

Bu bağlamda karşımıza, madde hükmünün, sadece, doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın herhangi bir nedenle sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişileri mi kapsadığı, yoksa onlarla birlikte üreme yeteneğine sahip transseksüel kişileri de kapsadığı mı sorunu çıkmaktadır.

Kanaatimizce, transseksüel kişiye açıkça herhangi bir tıbbi operasyon yaptırmasını söylemeyen, anılan kişiden sadece üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunduğunu belgelendirmesini isteyen kural sadece doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın herhangi bir nedenle sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişileri kapsamaktadır.

Zira çoğunluk görüşüne dayalı kararda da belirtildiği üzere, doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişilerin Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen diğer koşulları da taşımaları hâlinde herhangi bir tıbbî müdahaleye maruz kalmaksızın mahkemeden cinsiyet değişikliği izni almaları mümkün bulunmaktadır. Hal böyle olunca da bu durumda bulunanlar yönünden kuralın herhangi bir sınırlama veya müdahale öngördüğü söylenemez.

Cinsiyet değişikliği izni için mahkemeye müracaat aşamasında üreme yeteneğine sahip transseksüel kişilerin de madde hükmü ile getirilen cinsiyet değiştirme müessesesinden yararlanabileceklerinin kabulü halinde ise bu kişiler bakımından gerekli iznin alınabilmesi için (diğer koşulların yanı sıra) üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma koşulunun da sağlanması gerektiğinden, dolaylı olarak bu koşulun sağlanabilmesi için bu kişilere tıbbî bir müdahalede bulunulması zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Oysa Kanun'un 40. maddesinin ikinci fıkrasında, mahkemece verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme

ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde ancak nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilebilecektir. Dolayısıyla cinsiyet değiştirmek için Mahkemeden izin almış olan transseksüel kişinin nüfus sicilinde gerekli düzeltmeyi yaptırabilmesi için maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ameliyatı yaptırması zorunluluğu bulunmaktadır (ki bu ameliyatın yaptırılması zorunluluğunu öngören kural, Mahkememizce, 29.11.2017 tarihli ve E:2015/79, K:2017/164 sayılı kararla Anayasa'ya uygun bulunmuştur). Konunun uzmanlarına göre, üreme yeteneği bulunan transseksüel kişiler cinsiyet değişikliği ameliyatını olduklarında, bu ameliyatın doğal sonucu olarak üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalmaktadırlar. Hal böyle olunca da cinsiyet değiştirme ameliyatının doğal bir sonucu olan üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalma hâli, iptali istenilen kural ile mahkemeden cinsiyet değişikliği izni alınabilmesi için ayrı bir koşul olarak öngörülmüş olmaktadır ki bu durumun hukuki veya tıbbi bir gerekçesi bulunduğu söylenemez. Zira üreme yeteneğinin sürekli biçimde kaybedilmesine neden olacak cinsiyet değişikliği ameliyatı olacak kişinin bu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden yoksunluğu sağlamak üzere ayrı bir tıbbî müdahaleye maruz bırakılması, gerek kamusal ve gerekse bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden gerekli olmayan bir müdahale olarak ortaya çıkmaktadır. Böyle olunca da itiraz konusu kural ile gereksiz bir düzenleme yapılmış olmaktadır.

Hal böyle olunca, sadece doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya yasal bir zorunluluğa bağlı olmaksızın herhangi bir nedenle sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybetmiş olan transseksüel kişilerin cinsiyet değiştirmelerine olanak sağlanmak istendiği, üreme yeteneği bulunan transseksüel kişilerin kapsama alınmadığı, ancak bu kişilerin üreme yeteneklerini kendi iradeleri ile sonlandırarak madde kapsamına girmek istemelerine de bir engel konulmadığı; bu duruma bağlı olarak da, uygulamada, kanun koyucunun doğrudan cinsiyet değiştirme müessesesi kapsamına almadığı üreme yeteneğine sahip transseksüel kişilerin, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olan transseksüel kişilere tanınan bir müesseseden yararlanabilmek için bu nitelikteki transseksüeller için getirilmiş olan bir koşulu taşıyor hale gelebilmek bakımından (kendiliklerinden gidip üreme yeteneklerinden yoksun hale

gelmek için) kendilerini tıbbi bir operasyona maruz bırakmak durumunda kaldıkları anlaşılmaktadır.

Böyle olunca da, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olan transseksüeller açısından Mahkememiz çoğunluğunca da hiçbir anayasal sorun taşımadığı tespit edilen *"… **ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu**, …"* ibaresinin, eşitlik karşılaştırması yapılmaksızın, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin kapsamına almadığı üreme yeteneğine sahip transseksüeller bakımından Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle kapsamına aldığı kişiler yönünden Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığı Mahkememiz çoğunluğunca da kabul edilen itiraz konusu kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Kadir ÖZKAYA
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞI OY

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 39. maddesi, mahkeme kararı olmadıkça, nüfus sicilinde herhangi bir düzeltme yapılamayacağını öngörmektedir.

Anılan Kanun'un 40. maddesinde ise, cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebileceği ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesinin şart olduğu; verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması halinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Nüfus Planlanması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde, sterilizasyon tanımlanmış; sterilizasyon ameliyatı, bunun yapılacağı yerler ve buralarda bulunması gereken koşullar, 18 Aralık 1983 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan rahim tahliyesi ve sterilizasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve denetlenmesine ilişkin tüzüğün ilgili kısımlarında açıklanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin çoğunluk kararında, Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddeleri bağlamında, Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında yer alan itiraz konusu kurallar uyarınca cinsiyet değişikliği izni verilebilmesi için kişinin üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma koşulunun öngörülmesi suretiyle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve özel hayata saygı hakkına sınırlandırma getirildiği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın; 56. maddesinde de herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamanın Devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunduğu belirtilmiştir.

Çoğunluğun kararıyla iptal edilen düzenlemenin, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu belgeleyen transseksüel yapıdaki kişinin, üreme yeteneğinden de sürekli biçimde yoksun bulunmasını istemekle, kişinin isteği ile nesil sağlığı arasında bir denge kurduğu; bu dengeyi kurarken kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına, toplum yararına makul bir sınırlandırma getirdiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle çoğunluğun düzenlemenin iptali yönündeki kararına katılınmamıştır.

Üye
Muammer TOPAL

Esas Sayısı : 2015/68
Karar Sayısı : 2017/166
Karar Tarihi : 29.11.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Askeri Yargıtay 1. Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanık hakkında "*gayrî tabiî mukarenette bulunmak*" suçunu işlediği iddiasıyla açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 153. maddesi şöyledir:

"*İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar*

Madde 153- ***(Değişik :22/3/2000 - 4551/31 md.)***

İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikâhsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar eden asker kişiler hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezasına, erbaşlar hakkında rütbenin geri alınmasına hükmolunur.

Bir kimseyle gayrî tabiî mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 3.9.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

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

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, asker kişilerin doğal olmayan cinsel davranışlarının askerlik mesleğinin onurunu zedeleyeceği veya disiplinsizliğe neden olacağı konusunda somut gerekçeler ortaya konulmadan bu fiilleri işleyen asker kişilerin Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) çıkarma cezası ile cezalandırılmasının adalet duygusuyla bağdaşmadığı, özel hayatın en mahrem kısmında yer alan cinsel faaliyetleri nedeniyle bir kişinin meslekten atılmasının özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturduğu, gayrî tabiî mukarenette bulunma fiilinin aynı zamanda 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu gereğince de silahlı kuvvetlerden ayırma yaptırımına tabi tutulduğu, asker kişilerin aynı fiilden dolayı hem disiplin hem de cezaî yaptırıma tabi tutulmasının insan onuruyla bağdaşmadığı, askerî personelle benzer nitelikte görev yapan emniyet görevlilerinin veya mesleklerinin özelliği nedeniyle mülkiye, yargı ve din hizmetleri gibi görevlerde çalışanların gayrî tabiî mukarenette bulunmaları hâlinde meslekten çıkarma gibi ağır bir cezaî yaptırıma tâbi tutulması söz konusu değilken asker kişilerin TSK'dan çıkarma cezası ile cezalandırılmalarının eşitlik ilkesine

aykırı olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. İtiraz konusu kuralda, bir kimseyle gayrî tabiî mukarenette bulunan veya bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca TSK'den çıkarma, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilmesi öngörülmektedir.

6. 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.

7. Ceza hukuku; toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili olduğundan suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu; Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken kişi yararı kadar kamu yararını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Kanun koyucu; kimi suçların niteliğini, işlenme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözeterek değişik cezalar verilmesini öngörebilir. Bu bağlamda askerlik hizmetinin millî güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak

kabul edilmelerini ve yaptırıma bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir. Ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

8. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve hürriyetlerin doğal sınırını oluşturur. Bir başka deyişle temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının her bir norm yönünden bağımsız olarak değil Anayasa'nın bütünü içindeki anlama göre belirlenmesi gerekir. Ancak özel hayatın korunması hakkına getirilecek sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

9. 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 ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

10. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

11. 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.

12. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*", temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

13. 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.

14. İtiraz konusu kuralla asker kişilerin "*gayrî tabiî mukarenette*" bulunmaları cezaî yaptırıma bağlanmaktadır. Gayrî tabiî mukarenette bulunma, doğal olmayan yoldan cinsel davranışta bulunma şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tür cinsel davranışlar çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği gibi kişiden kişiye veya toplumdan topluma farklılık gösterebilir. Anayasa Mahkemesinin 1.4.2015 tarihli ve E.2014/118, K.2015/35 sayılı kararında belirtildiği üzere söz konusu davranışlar; tüm toplum düzenlerinde doğal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan, toplumun ahlâkî standartları üzerinde olumsuz etkisi bulunan cinsel davranışlardır.

15. Özel hayat, öncelikle bireylerin kendilerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural

olarak özel alandır. Bireyin mahremiyet alanı ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışları kişinin özel yaşamı kapsamındadır. Dolayısıyla asker kişilerin özel hayatın en mahrem kapsamında olan cinsel davranışları gerekçe gösterilerek TSK'dan çıkarma cezasıyla cezalandırılmalarını öngören kuralın özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale oluşturduğu açıktır.

16. Askerî Ceza Kanunu'nda öngörülen cezai yaptırımların esas amacı, askerî disiplini korumak ve sürdürmektir. Bir başka deyişle asker kişilere uygulanan yaptırımlar kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek; verimli, süratli ve etkin bir biçimde çalışmayı sürdürmek; disiplini tesis ve devamlılığını sağlamak; mesleğin onur ve saygınlığını korumak amacıyla getirilmektedir. Bu açıdan bakıldığında askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik olarak özel hayatın en mahrem alanında kalan cinsel davranışlar gerekçe gösterilerek asker kişiler hakkında TSK'dan çıkarma, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezasını öngören kural; meşru bir amaca dayanmaktadır. Bununla birlikte bireylerin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması, ayrıca müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması gerekmektedir.

17. Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında, statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine birtakım hak veya yükümlülükler getirebilir. Askerlik mesleği, disiplin ve fedakârlık temeline dayanır. Bundan dolayı bu görevi ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tâbi tutulmaları olağan karşılanmaktadır. Kaldı ki kişiler askerlik mesleğini seçmekle birlikte artık sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplinin tesisi için kendileri açısından uygulanmasını kabul etmiş olmaktadır. Bu çerçevede askerî ceza kanunları tarafından aynı veya benzer eylemler askerlik hizmetinin gereği olarak genel ceza kanunlarına nispeten daha ağır bir şekilde cezalandırılabilir. Hatta genel ceza kanunlarında öngörülmemiş bazı fiil ve eylemlerin askerî ceza kanunları ile cezalandırılması da mümkündür. Nitekim kanun koyucu da genel ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmeyen doğal olmayan yoldan cinsel davranışları asker kişiler için yasaklamış ve cezaî yaptırıma bağlamıştır.

18. İtiraza konu kuralla gayrî tabiî mukarenette bulunan asker kişiler için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırım, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp TSK'dan çıkarma ve rütbenin geri alınması cezasıdır. Kural, sadece asker kişiler ile ilgili bir düzenleme olduğundan ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçladığından demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmemektedir. Özel hayatın gizliliği hakkına keyfî ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen itiraz konusu kural, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür. Özel hayatın korunmasını, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandıran düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturduğu söylenemez.

19. Hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan "*aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz* (*ne bis in idem)*" ilkesi gereğince, kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılamaz. Ancak bu ilke mutlak olmayıp konu bakımından birbirine benzeseler dahi aynı fiilin ayrı hukuk disiplinleri kapsamında farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bir fiilin farklı hukuk disiplinlerince yaptırıma bağlanması hukuk devleti ve "*aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz*" ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu bağlamda asker kişilerin gayrî tabiî mukarenette bulunmalarından dolayı 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu gereğince disiplin soruşturmasına ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu gereğince cezaî soruşturmaya tâbi tutulmaları aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

20. 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 ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

21. TSK'nın millî güvenliğin korunmasında üstlendiği görev ve askerlik mesleğinin özellikleri göz önüne alındığında, TSK'da görev yapan asker kişiler ile diğer kamu görevlilerinin hukukî durumlarının aynı olmadığı açıktır. Asker kişiler ile diğer kamu görevlileri aynı hukukî konumda bulunmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

22. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

23. Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

IV. HÜKÜM

22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanunu'nun, 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 29.11.2017 tarihinde karar verildi.

Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasında "*Bir kimseyle gayrî tabiî mukarenette bulunan yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa bile, ayrıca Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, erbaşlar için rütbenin geri alınması cezası verilir*" düzenlemesine yer verilmiştir.

2. İtiraz konusu kuralla cezai yaptırıma bağlanan fiil, asker kişilerin özel hayatın en mahrem alanlarından biri olan cinsel yönelimle[1] bağlantılı

1 Cinsel yönelim (*sexual orientation*) bir kişinin başkalarına karşı fiziksel, romantik, duygusal ve cinsel çekimini, yakınlık duymasını ifade etmektedir. Karşı cinse ilgi duyma (heteroseksüel), hemcinse ilgi duyma (homoseksüel), her iki cinse ilgi duyma (biseksüel) belli başlı cinsel yönelimlerdir. Cinsel yönelim genellikle aynı cinse duyulan ilgiyle sınırlandırılmakla birlikte, kavram karşı cinse

cinsel içerikli davranışları olup, anayasamızda vücut bulan özel hayata saygı hakkının (m.20) ve eşitlik ilkesinin (m. 10) koruması altındadır. Özel hayata saygı hakkına dönük incelememiz 13. maddede sunulan güvenceler çerçevesinde, eşitlik ilkesiyle ilgili değerlendirmemiz ise Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla geliştirilen ayrımcılık yasağı kapsamında gerçekleştirilecektir. Anayasal incelemeye geçmeden önce kuralla ilgisi olduğu düşünülen uluslararası hukuk kaynaklarından Türkiye açısından önemli olanlarına değinilecektir.

A. Uluslararası Sözleşme ve Tavsiye Kararlarında Cinsel Yönelim Ayrımcılığı

3. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB) 2. maddesinde "*herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayrım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahiptir*", 7. maddesinde de "*kanun önünde herkes eşittir ve farksız olarak kanunun eşit korumasından istifade hakkını haizdir. Herkesin işbu Beyanname'ye aykırı her türlü ayırdedici mualeleye karşı ve böyle bir ayırdedici muamele için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır*" denilmektedir.

4. BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nde (MSHS), ayrımcılık yasağına hem 2. maddede hem de 26. maddede yer verilmiştir. Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasında "*Bu Sözleşme'ye Taraf her devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme'de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür*" ve 26. maddesinde "*Herkes yasalar önünde eşittir ve hiçbir ayrım gözetilmeksizin yasalarca eşit derecede korunur. Bu bakımdan, yasalar her türlü ayrımı yasaklayacak*

---

ilgi duyulmasını, yani heteroseksüel eğilimleri dışlamamaktadır. Bkz. *Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu*, Hazırlayanlar: Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, s. 20; http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/publication/15-turkiyede-cinsel-yonelim-veya-cinsiyet-kimligi-temelinde-ayrmclgn-izlenmesi-raporu/, erişim 19/01/2018.

ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi, her bağlamda ayrımcılığa karşı eşit ve etkili korumayı temin edecektir" düzenlemeleri yer almaktadır.[2]

5. BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin (ESKHS) 2. maddesinin, 2. fıkrasında da "*Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler*" ibaresine yer verilmiştir.

6. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinin ilk fıkrasında, "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*" ve 14. maddesinde de "*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*" güvenceleri hüküm altına alınmıştır. Türkiye'nin imzalayıp, henüz onaylamadığı AİHS Ek 12 Numaralı Protokol herhangi bir ayrımcılığı, bu Sözleşme'de korunan bir başka hakkı ihlal etmiş olsun veya olmasın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne taşıma imkânı sunmaktadır.[3]

7. (Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı'nın (GG)ASŞ E maddesinde ayrımcılığın yasaklandığı nedenler ucu açık şekilde belirtilmiştir: "*Bu Şartta yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiçbir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacaktır*."

8. Görüldüğü üzere buraya kadar alıntıladığımız uluslararası sözleşmelerde ve bildirgelerde belli başlı ayrımcılık türleri sayıldıktan

2 Türkiye MSHS'nin 26. maddesine çekince koymuştur.

3 Ek 12 Numaralı Protokol'de güncel gelişmeler sonucunda yeni ayrımcılık temellerinin ortaya çıkması nedeniyle tüm ayrımcılık temellerini açıkça yazmak hukuken gereksiz görülmüştür. Bkz: Council of Europe, European Treaty Series - No. 177, "*Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*", https://rm.coe.int/16800cce48, erişim 24/01/2018, § 20. 1.

sonra *"başka türden statü", "başka statüler", "başka bir statü bakımından", "diğer statüler", "herhangi başka bir duruma dayalı"* gibi ucu açık ibarelerle güncel gelişmeler sonucunda ortaya çıkan ayrımcılık türlerinin de incelenebilmesine olanak tanınmıştır.

9. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin kişilik, vatandaşlık, adalet, haysiyet ve eşitlikle ilgili olduğuna dikkat çekmiştir.[4] BM İnsan Hakları Komitesi 2016'da "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılık ve Şiddete Karşı Korunma" başlıklı kararı kabul etmiştir.[5] BM Genel Kurulu da 2017 yılında bağımsız uzmanın hazırladığı cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine[6] dayalı şiddet ve ayrımcılığa karşı korumayla ilgili raporunda herkesin bir tür cinsel yönelimi ve cinsiyet kimliğinin olduğunu hatırlatarak, gerçek veya algılanan cinsel yönelimi ve/veya cinsiyet kimliği belirli bir toplumsal normdan farklı olan insanların dünyanın birçok yerinde şiddet ve ayrımcılığın hedefi olmasının vicdana aykırı olduğunu kabul etmiştir. Rapor, eşcinselliğin hastalık olarak görülmemesine (*depathologization*) bağlı olarak damgalamadan vazgeçilmesi (*destigmatization*) gerektiğine de vurgu yapmıştır.[7]

10. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğine Dayalı Ayrımcılıkla Mücadelede Alınacak Önlemlere İlişkin Dair Önlemler ile ilgili 2010'da aldığı Tavsiye Kararı'na göre, üye devletlere lezbiyen, gay, biseksüel ve trans (LGBT) kişilerin insan haklarından

---

4 BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (2013), *Herkes Eşit ve Özgür Doğar: Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliği,* http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqual_Turkish.pdf, erişim 24/01/2018.

5 Resolution adopted by the Human Rights Council on 30 June 2016 32/2: *Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity;* https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/154/15/PDF/G1615415.pdf?OpenElement, erişim 24/01/208.

6 Cinsiyet kimliği (*gender identity*) kişinin biyolojik cinsiyetini değil kendisini ait hissettiği cinsiyete ilişkin kimliğini belirtmektedir. Biyolojik olarak erkek olan biri kendisini kadın gibi hissedebilir. Bu durumda biyolojik cinsiyeti erkek, ancak cinsiyet kimliği kadındır. Cinsiyet kimliği kişinin biyolojik cinsel özelliklerini ifade eden cinsel kimlik (*sexual identity*) kavramı ile karıştırılmamalıdır. Bkz. *Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu*, Hazırlayanlar: Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, s. 20; http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/publication/15-turkiyede-cinsel-yonelim-veya-cinsiyet-kimligi-temelinde-ayrmclgn-izlenmesi-raporu/, erişim 24/01/2018.

7 *Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity : note / by the Secretary-General*, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/72/172, erişim 29/01/2018, §§ 1-2.

tam olarak yararlanabilmesi için özel eylem gerekliliğinden bahisle, üye devletlere cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli doğrudan ya da dolaylı ayrımcılığın izlenmesi ve tanzim edilmesi için var olan yasal ve diğer önlemleri incelemek, gözden geçirmeyi sürdürmek, ilgili verileri toplamak ve analiz etmek gibi görevler tavsiye edilmiştir. Buna göre, üye devletler hem kamu sektöründe hem de özel sektörde iş ve meslek konularında cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılığa karşı etkili bir koruma sunmak için uygun önlemlerin hayata geçirilmesini sağlamalıdır.[8]

11. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla mücadele edilmesi yönünde çeşitli tavsiye kararları almıştır.[9] Bunlardan 1728 (2010) sayılı ve 29 Nisan 2010 tarihli Tavsiye Kararında cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğinin ayrımcılık yasağı kapsamında olması hususunda yasal düzenlemeler yapılması için üye devletlere çağrıda bulunulmuştur.

12. Türkiye'nin ilk imzalayan (2011) ve onaylayan (2014) ülke olduğu Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 4/3 maddesinde toplumsal cinsiyet kimliğiyle birlikte cinsel yönelimin de ayrımcılık yasağı kapsamında olduğu ifade edilmiştir.[10]

---

8 *Recommendation of the Committee of Ministers to member states on measures to combat discrimination on ground of sexual orientation or gender identity,* CM/Rec(2010)5, 31 March 2010. https://rm.coe.int/168047f2a6, erişim 25/01/2018.

9 Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1635 (2003), http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17167&lang=en,; Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1728 (2010), http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17853&lang=en; Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 1915 (2010), http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17854&lang=EN; Council of Europe, Parliamentary Assembly, Recommendation 2021 (2013), http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=20011&lang=en; Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 1948 (2013), http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20010&lang=en; Council of Europe, Parliamentary Assembly, Resolution 2048 (2015), http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=21736, erişim tarihi 25/01/2018.

10 *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, https://rm.coe.int/1680462545, erişim 25/01/2018. Bu Sözleşme cinsel yönelim ayrımcılığının açıkça kabul edildiği ilk uluslararası sözleşmelerden biri olmakla birlikte cinsel yönelimin ayrımcılık yasağı kapsamında açıkça sayıldığı en önemli uluslararası belge Avrupa Birliği Temel Haklar Şartıdır. Şart'ın'nın 21. maddesinde "*cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, kalıtımsal özellikler, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma,*

13. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından yayınlanan "Silahlı Kuvvetler Personelinin Temel Özgürlükleri ve İnsan Hakları El kitabında" üye devletlerin silahlı kuvvetlerindeki eşcinsellere olan yaklaşımlarında uluslararası insan haklarından kaynaklanan yükümlülüklerine, özellikle de ayrımcılık yasağı ve özel hayatı saygı hakkı kapsamında uyumluluk göstermelerinin gerekli olduğuna dikkat çekilmektedir.[11]

14. BM ve Avrupa Konseyi dışında diğer bölgesel kuruluşlar da cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılıkla ilgili olarak çeşitli kararlar almıştır.[12] 2006 yılında Endonezya'nın Yogyakarta kentinde bir araya gelen ve uluslararası insan hakları hukuku alanında uzmanlardan oluşan bağımsız bir kurul tarafından yayınlanan "Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri" de herhangi bir bağlayıcılığı olmamakla beraber uluslararası kabul edilmiş insan haklarının, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bazında da tanınması ve irdelenmesi bakımından önemlidir.[13] Kısaca Yokyakarta İlkeleri olarak bilinen bu metinde herkesin cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği esaslı ayrımcılığa tabi olmaksızın tüm insan haklarından yararlanma hakkının mevcut olduğu, kanunların cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ayrımcılığını yasaklayacağı ve bu tür ayrımcılığa karşı herkesi eşit şekilde koruyacağı belirtilmiştir.

---

hususiyet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel yönelim gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılması yasaktır" denilererek cinsel yönelim, ayrımcılık yasağı kapsamında açıkça belirtilmiştir.

11 Organization for Security and Co-operation in Europe(ODIHR), (2008), *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel,* s. 141. http://www.osce.org/odihr/31393?download=true, erişim 26/01/2018.

12 Örneğin Amerikan Devletleri Örgütü Genel Kurulu, 2008-2012 arasında cinsel azınlıkların haklarının korunması ve cinsel yönelim temelli ayrımcılıkla mücadele yönünde çeşitli kararlar almıştır. Bkz: Abrusci, Elena (2017), "A Tale of Convergence? Discrimination based on Sexual Orientation in Regional Human Rights Bodies and the Human Rights Committee", *Nordic Journal of Human Rights*, 35(3), s. 243.

13 Bu ilkeler, devletlerin, cinsel yönelimleri veya cinsiyet kimliklerine bakmaksızın, bütün insanların insan haklarına saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini tanımlamak için önemli bir araç olarak görülmekte olup, insan haklarının insan onuruna hizmet ettiğini hatırlatmaktadır. Bkz: International Commission of Jurists, (2007), *The Yogyakarta Principles: Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity* http://www.yogyakartaprinciples.org/principles en.pdf. Yokyakarta İlkeleri hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz Bkz.Brown, David (2010), "Making room for sexual orientation and gender identity in international human rights law: An introduction to the Yokyagarta Principles", 31 *Michigan Journal of International Law,* ss: 821-879; O'Flaherty, Michael ve John Fisher (2008), "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles", *Human Rights Law Review,* 8(2): 207-248. Yokyakarta İlkeleri hakkında Türkçe bir kaynak için bkz. http://www.pembehayat.org/dosya/yogyakarta_ilkeleri.pdf, erişim 26/01/2018.

B. Uluslararası Mahkeme ve Yargı Benzeri Organların Kararları ve Genel Yorumlarında Cinsel Yönelim Ayrımcılığı

15. Ayrımcılık nedenlerini AİHS'nin 14. maddesinde açıkça sayılan temellerle sınırlandırmayan AİHM, tanımlanabilir bir özellik ve konumdan kaynaklanan ve aynı veya benzer durumda bulunan kişiler veya topluluklar arasındaki farklı muameleleri bu madde kapsamında değerlendirmektedir.[14] AİHM ayrımcılığı kısaca "*nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi*" olarak tanımlamaktadır.[15] Mahkeme kararlarında, Sözleşme'nin 14. maddesinin her türlü farklı muameleyi değil, "benzer" veya "karşılaştırılabilir" durumda olan birey ve grupları, ayrımcı nitelikteki farklı muamelelere karşı koruduğu düşüncesinin öne çıktığını görmekteyiz. AİHM'ye göre Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muamelede farklılık, "objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse", başka bir deyişle "meşru bir amaç" izlemiyorsa, izlenilen yol veya araç ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmadığında ayrımcılığa neden olacaktır.[16] Burada toplum veya kamu menfaati ile kişinin müdahaleye uğrayan hakkı arasında adil veya makul bir dengenin kurulmasına çalışılmaktadır. Buna ek olarak ayrımcılık daha iyi bir muamele öngörülmemesine rağmen, bir kişinin veya grubun, uygun ve makul bir gerekçenin yokluğunda, karşılaştırılabilir kişi veya gruptan daha az iyi davranışa tabi tutulduğu durumları da içermektedir.

16. AİHM kararlarına bakıldığında AİHS'nin 14. maddesinde açıkça sayılmamasına karşın cinsel yönelim[17] ve cinsiyet kimliği[18] gibi ayrımcılık

---

14 *X and Others v. Austria* [GC], B.No. 19010/07, 19/02/2013, § 98; *Eweida and Others v. the United Kingdom*, B. No. 48420/10, 15/01/2013 § 86; *Carson and Others v. the United Kingdom*, B. No: 42184/05, 16/03/2010, § 61. Bunlar ve atıf yapılan diğer tüm AİHM kararları Mahkeme'nin resmi internet sayfasından alınmıştır (https://hudoc.echr.coe.int/eng#).

15 *Zarb Adami v. Malta*, B. No. 17209/02, 20/06/2006, § 71; *Kiyutin v. Russia* B..No: 2700/10, 10/03/2011 § 59.

16 *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, B.No: 9214/80, 25/05/1985, § 72; *Marckx v. Belgium,* B.No: 6833/74, 13/06/1979, § 33.

17 *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, B.No. 33290/96, 21/12/1999, §§ 28, 36; *X and Others v. Austria* [GC], B.No. 19010/07, 19/02/2013, § 99; *Kozak v. Poland* B. No. 13102/02, 02/03/2010, § 92, 98; *Bayev and Others v. Russia,* B. No. 67667/09, 20/06/2017 § 69; *Konstantin Markin v. Russia* [GC], B. No. 30078/06, 22/03/2012, § 143; *Vallianatos and Others v. Greece* [GC], B. No. 29381/09 ve 32684/09, 07/11/2013, § 77; *Hämäläinen v. Finland* [GC], B. No. 37359/09, 16/07/2014, § 109; *Alekseyev v. Russia,* B. No. 4916/07, 25924/08 ve 14599/09, 21/10/2010, § 108; *P.V. v. Spain,* B.No. 35159/09, 30/11/2010, § 30; *Frette v. France* B.No. 36515/97, 26/02/2002; *S. L. v. Austria,* B. No. 45330/99, 09/01/2003; *Karner v. Austria*, B.No. 40016/98, 24/07/2003; *E.B. v. France* [GC], B.No. 43546/02, 22/01/2008; *X v. Turkey,* B. No. 24626/09, 09/10/2012, § 57, 64.

18 *Identoba and Others v. Georgia,* B. No. 73235/12, 12/05/2015, § 96.

temelleri şüpheli temel olarak bu madde kapsamında incelenerek koruma altına alınmıştır. AİHM'e göre sadece cinsel yönelim mülahazalarından kaynaklanan ayrımcılık Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamındaki ayrımcılık yasağının geçerli olduğu alanlardan birini oluşturmaktadır ve ırk, köken ve renk temelli ayrımcılık kadar önemlidir.[19] Mahkeme cinsel yönelim temelli farklı muamelenin nesnel ve makul olarak kabul edilebilmesi için meşru amaç ve kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantının ve oldukça önemli gerekçelerin varlığını aramakta ve farklı topluluklar arasındaki muamele farklılıklarının sadece ve sadece cinsel yönelimden ve cinsiyet kimliğinden kaynaklanması söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olacağı sonucuna ulaşmaktadır.[20] AİHM, 2016 sonu itibarıyla cinsel yönelim temelli 50'den fazla ihlal kararı vermiştir.[21]

17. BM İnsan Hakları Komitesi, MSHS'nin 26. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile ilgili olarak, söz konusu maddenin ve ayrımcılığın içeriğinin belirlenmesine yönelik olarak 1989 yılında 18 No'lu Genel Yorum'u kabul etmiştir. Komite, "*ayırma, dışlama, kısıtlama veya ırk, renk, cinsiyet, dil, din, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, siyasi veya diğer görüşlere dayalı olarak gerçekleştirilen ve bütün hak ve hürriyetlerin herkes tarafından tanınmasını ve kullanılmasını engelleyecek veya tanınmasını ve kullanılmasını sınırlandıracak her türlü tutum ayrımcılıktır*" şeklinde bir tanımlamaya gitmiştir.[22] Komite, bir kararında MSHS'nin 2. ve 26. maddesinde bulunan "cinsiyet" ibaresinin aynı zamanda cinsel yönelimi de kapsadığını kabul ederek başvurucuya cinsel yöneliminden dolayı ayrımcılık yapıldığını ve MSHS'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak özel hayatı koruyan 17. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştı.[23] Bir başka

---

19 *Vejdeland and Others v. Sweden*, B. No. 1813/07, 09/02/2012 § 55.

20 *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom,* B. No. (31–32/1997/815–816/1018–1019), 30/07/1998, § 75; *E.B. v. France* [GC], B.No. 43546/02, 22/01/2008 §§ 91, 96; *Fabris v. France* [GC], B. No: 16574/10, 07/02/2013, § 56 ve *Karner v. Austria*, B.No. 40016/98, 24/07/2003, *Pajić v. Croatia,* B.No. 68453/13, 23/02/2016, § 83.

21 McGoldrick, Dominic (2016), "The Development and Status of Sexual Orientation Discrimination under International Human Rights Law", *Human Rights Law Review* 16, s. 635.

22 Uyar, Lema (2006), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006*, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 43.

23 *Toonen v. Australia*, Comm. 488/1992, (CCPR/C/50/D/488/1992), (04/04/1994), § 8.7, http: http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/1994.03.31; *X v. Colombia,* Comm. 1361/2005, U.N. Doc. A/62/40, Vol. II, at 293 (HRC, 30/03/2007), § 7.2, http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2007.03.30_X_v_Colombia.htm, erişim 11/02/2018.

kararında da Komite cinsel yönelimin 26. maddede zikredilen "diğer statü" ibaresi kapsamında olduğuna karar vermiştir.[24]

18. BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi Ulaşılabilecek En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkıyla ilgili Genel Yorum 14'de[25], Su hakkıyla ilgili Genel Yorum 15'de[26], Çalışma Hakkıyla ilgili Genel Yorum 18'de[27], Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. paragrafı ve 3. maddesinin, işe girişte ve işe devamda ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum, fiziksel veya ruhsal engellilik, sağlık durumu (HIV/AIDS de dâhil olmak üzere), cinsel yönelim veya medeni, siyasi ve sosyal statü veya başka bir statü bakımından çalışma hakkının eşit şekilde kullanılmasını etkilemeye ya da ortadan kaldırmaya yönelen ya da böyle bir etki doğuran her türlü ayrımcılığın yasaklandığını vurgulamaktadır.

19. BM İşkenceyi Önleme Komitesi, Çocuk Hakları Komitesi ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi denetledikleri BM sözleşmelerinde cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine açıkça atıfta bulunarak LGBT'lerin temel haklardan eşit şekilde yararlandırılmalarının gerekliliğine işaret etmişlerdir. ASŞ'yi denetleyen Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğini yasaklanmış ayrımcılık temellerinden olarak kabul etmektedir.[28]

C. İtiraz Konusu Kuralla İlgili Anayasal Değerlendirme

a) Anayasa'nın 20. ve 13. maddeleri yönünden

20. İtiraz konusu kuralla bir kimseyle "*gayrî tabiî mukarenette*" bulunan veya bu fiili kendisine rızasıyla yaptıran asker kişiler hakkında fiilleri başka

---

24 *Young v. Australia*, Comm. 941/2000, U.N. Doc. A/58/40, Vol. II, at 231 (HRC 2003) erişim: 02.01.2007, § 10.3, http://www.worldcourts.com/hrc/eng/decisions/2003.08.06_Young_v_Australia.htm, erişim 11/02/2018.

25 Uyar, Lema (2006), *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006,* İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 244.

26 Uyar, Lema (2006), s. 270.

27 Uyar, Lema (2006), s. 329.

28 *Greek General Confederation of Labour (GSEE) v. Greece*, Complaint No. 111/2014, 23/03/2017, § 133; *International Centre for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) v. Croatia,* Collective Complaint, No. 45/2007, 30/03/2009 §§ 60-61, 72. Kararlar Komite'nin resmi internet sayfasından alınmıştır. (http://hudoc.esc.coe.int/eng#).

bir suç oluştursa bile ayrıca TSK'den çıkarma, erbaşlar içinse rütbenin geri alınması cezası verilmesi öngörülmektedir.

21. Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre "mukarenet"[29], "yaklaşma kavuşma, bitişme, dostluk, yoldaşlık" anlamına gelen bir kelime olup, "gayrî tabiî mukarenette" bulunma ibaresiyle, doğal olmayan cinsel davranış ve ilişki biçimleri anlaşılmaktadır. Yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel davranışların ve ilişkilerin geniş kapsamlı, çok boyutlu, toplumdan topluma ve kişiden kişiye değişen çok farklı nitelikler taşıması bu davranışların hangisinin doğal nitelemesine sahip olduğunun belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Cinsel davranışların doğallığını tespite yarayacak bilimsel net bir ölçüt olmadığından yetişkin insanlar arasındaki bazı cinsel davranışların ve ilişkilerin doğal olan veya olmayan gibi keyfiliğe neden olabilecek bir şekilde cezai yaptırıma tabi tutulması toplumsal ve kültürel anlamda doğal olmadığı kabul edilen ancak bu özelliği tartışmalı bazı cinsel davranış ve ilişki biçimlerini benimseyenlerin temel haklarına ölçülü olmayan müdahalelerde bulunulmasına ve bu kişilerin ayrımcı muamelelerle karşılaşmasına neden olmaktadır. Diğer taraftan, günümüzde neredeyse tüm toplumlarda, örneğin ölü insan bedeni üzerindeki cinsel davranışlar ve benzeri eğilimler doğal olmayan cinsel davranışlar arasında yaygın bir şekilde kabul edilmekte ve bu türden davranışlar insan haklarının sunduğu güvencelerden yararlanmamaktadır.

22. İtiraz konusu kural esas olarak eşcinsel ilişkiler ve davranışlar için uygulanmaktadır. Nitekim askeri mahkemelerin kuralla ilgili kararları da bunu teyit etmektedir.[30] Dünya toplumlarının çoğunda çok yakın zamanlara kadar aynı cinsten kişilerin cinsel ilişkide bulunması doğal olmayan cinsel davranış kapsamında görülüp, "hastalık"[31] veya "sapkınlık"

29 http://www.tdk.gov.tr; https://www.etimolojiturkce.com/mukarenet.

30 Örneğin, Askeri Yargıtay, E.No: 2016/175, K.No: 2016/199, 29/03/2016; http://www.msb.gov.tr/Karar/KararDetay/57516177b454050bc8dcb645, erişim 27/01/2018; E. 131, K. 129, 6/3/1996. Kararlar için bkz: Çelen, Orhan (2001), Askeri Ceza Kanunu, Ankara, s. 671; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) kararlarına örnek olarak da bkz. E. 1993/569, K. 1993/1180, 28/12/1993, E. 1998/888, K. 1999/482, 11/05/1999; E. 2003/156, K. 2003/443,18/03/2003. AYİM kararlarıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. *Türkiye'de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 1 Ocak – 30 Haziran 2010 Raporu*, Hazırlayanlar: Umut Güner, Pelin Kalkan, Yasemin Öz, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/publication/15-turkiyede-cinsel-yonelim-veya-cinsiyet-kimligi-temelinde-ayrmclgn-izlenmesi-raporu/, erişim tarihi 19/01/2018.

31 Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği'nin eki Hastalık ve Arızalar listesinde eşcinsellik,

olarak nitelendirilip, cezai yaptırımlara tabi tutulurken gelişen insan hakları anlayışı ve toplumsal yaklaşımlarla birlikte bu değişmeye başlamıştır. Eşcinsel ilişkilerin "gayrî tabiî mukaranet" kavramı içinde değerlendirilmesi insan hakları alanında ortaya çıkan çağdaş gelişmelerle çelişmektedir.

23. Asker kişilerin özel hayatın en mahrem alanı sayılan cinsel alandaki "doğal olmayan" davranışları nedeniyle TSK'dan çıkarma, erbaşların da rütbelerinin geri alınmayla cezalandırılmalarını öngören kuralın özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale oluşturduğundan kuşku bulunmamaktadır. Cinsel eylem, tutum ve davranışlar, devletin kural olarak karışmaması gereken, ancak istisnai hallerde meşru amaçlarla, o da asgari seviyede müdahale edebileceği mahremiyetin esas olduğu çok hassas özel bir giz alanda gerçekleşmektedir.

24. İtiraz konusu kuralın askerî disiplinin tesis ve devamlılığını sağlamak, askerlik mesleğinin saygınlığını korumak ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamaya yönelik meşru bir amaca hizmet ettiği söylenebilir. Bununla beraber kişilerin temel haklarına yapılan müdahale ile güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması, ayrıca müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerin uygun olması beklenmektedir.

25. Disiplin temeline dayalı olan askerlik mesleğini ifa edenlerin güven, itibar ve saygınlığın gereği olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları olağan karşılanmakla beraber bu durum onların temel anayasal haklardan yararlanmalarının önünde engel oluşturmamalıdır. AİHM, asker bir kişinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaştığı bir kararında "ifade özgürlüğünün kışlanın kapısında durmadığına" dikkat çekmişti.[32] Nizamiye kapısı, asker kişilerin meşru ve geçerli bir nedenin

---

travestilik ve transseksüellik psikoseksüel bozukluk olarak kabul edilmekte olup bu bireylerin orduda görev alması engellenmektedir. Türkiye'deki askeri psikiyatri, tüm dünyada kabul edilen ve psikolojik hastalıkları tanımlayan Amerikan Psikiyatri Birliği'nin DSM-IV adlı kriteri yerine, aynı kuruluşun daha eski tarihli DSM-II kriterini esas alarak eşcinsellik, travestilik ve transseksüelliği hastalık kabul etmektedir. Buna karşılık Amerikan Psikiyatri Derneği eşcinselliğin bir hastalık olmadığını kabul ederek bunu "Zihinsel Bozuklukların Teşhis ve İstatistiksel El kitabından" 1973 yılında, Dünya Sağlık Örgütü de 1990 yılında Uluslararası Hastalık Sınıflandırmasından (ICD-10) çıkartmıştır. Bkz. Nugraha, Ignatius Yordan (2017), "The compatibility of sexual orientation change efforts with international human rights law", *Netherlands Quarterly of Human Rights.* 35(3), s. 180

32 *Grigoriades v. Greece,* B. No: 121/1996/740/939, 25/11/1997 § 45.

yokluğunda herkes gibi insan haklarından yararlanmasını engelleyen bir işlev görmemelidir. Bu haklar nizamiyeden içeriye girildiği andan itibaren askıya alınmamakta ve sağladıkları güvenceler varlıklarını ve koruma alanlarını kışla içinde de sürdürmektedir. Askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan katı disiplin gibi özellikler mutlak bir değer olmayıp, anayasal haklarla karşılaştığında onlara her daim olmasa bile genelde galebe çalan bir tür koz olarak görülmemelidir.

26. Mahkememiz çoğunluğu, "gayrî tabiî mukarenette" bulunan asker kişiler için kanun koyucu tarafından belirlenen yaptırımın, hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmayıp Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) çıkarma ve rütbenin geri alınması cezası olması, sadece asker kişileri kapsaması ve askerlik hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamayı amaçlamasından dolayı demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediği kanaatindedir (AYM kararı § 18). Benzer şekilde, çoğunluk itiraz konusu kuralın hakkın özüne dokunmadığını, istisnai bir alanda dar kapsamlı ve asgari oranda bir sınırlama getirdiğinden hareketle kuralı ölçülü bulmuş ve düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte, kuralın hakkın özüne dokunmaması, getirdiği sınırlamanın birey hakları ile kamu yararı arasında birincisi aleyhine açık bir dengesizliğe ve ölçüsüzlüğe yol açmadığı sonucunu doğurmaz.

27. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında, özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği ifade edilmişse de bunların Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen güvencelere aykırılık taşımaması gerekmektedir.

28. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade etmektedir. Bu ilke, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden

oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık" ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.[33]

29. Özel hayata saygı hakkının önemli bir unsuru olan mahremiyet cinsel hayat ve cinsel davranışlarla ilgili durumlarda daha da önem kazanmaktadır. Özel hayatın gizliliği devletin karışmaması gereken bir giz alanının ötesinde kişinin kendi kişiliğini geliştirebilmesine, ifade edebilmesine, yaptırım korkusu olmadan mahrem ilişkiler kurabilmesine saygı anlamına gelmektedir. AYM'ye göre özel hayat kavramı, "*…kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı…"* gibi unsurları koruyarak, kişinin herhangi bir dış müdahaleye maruz kalmadan kendi hayatını arzuladığı şekilde sürdürmesini güvence altına almaktadır.[34] Görüleceği üzere, cinsel yönelim de Mahkememiz tarafından özel hayatın bir parçası olarak kabul edilmektedir. İster heteroseksüel isterse de homoseksüel olsun cinsel yönelim özel hayatın önemli bir unsurudur. Kişinin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için diğer insanlarla rızaya dayalı duygusal ve cinsel ilişki de dâhil olmak üzere çeşitli şekillerde ve türde ilişkiler kurması özel hayata saygı hakkının kapsamındadır. Anayasa'nın 20. maddesi de temelde bireylerin özel hayatlarına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfî müdahalelerin önlenmesini amaçlamaktadır.[35]

30. Kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir.[36] AİHM'ye göre

33 AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/04/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/05/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/06/2016; Bireysel başvuruda ölçülülük ilkesinin kullanımına bir örnek olarak bkz. *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38.

34 *Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015,§ 46; *Ata Türkeri*, B.No. 2013/6057, 16/12/2015, § 30.

35 *Ata Türkeri*, B.No. 2013/6057, 16/12/2015, § 42.

36 *Özpınar v. Turkey*, B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 72.

kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmaları özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahale oluşturmaktadır.[37] Özel hayatın bir yönüyle bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirmek için diğer insanlarla, özellikle duygusal ilişkiler kurma ve bunu devam ettirme hakkı olduğu Mahkeme tarafından vurgulanmıştır.[38] Bu hak, devletin bireyin kişilerarası ilişkiler yoluyla kendini gerçekleştirmesine yönelik müdahalesini sınırlandırmaktadır. Bu çerçevede mesleki hayat kapsamındaki faaliyetlerin de özel hayat kavramına dâhil olduğu AİHM içtihatlarında kabul görmüştür.[39] Özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Çoğu kişi için diğer insanlarla olan temasları ve ilişkileri mesleki hayat ortamında gerçekleşmektedir. Kişinin özel yaşamındaki davranışları ve sosyal ilişkilerinin, mesleki yaşamı, ilişkileri ve görevine olumsuz etkilerinin somut olarak ortaya konulmadığı hallerde AİHM Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali sonucuna ulaşabilecektir.[40]

31. AİHM, silahlı kuvvetlerin operasyonel etkinliğine yönelen gerçek bir tehdidin varlığı halinde, devletin bireylerin özel hayatlarına bazı sınırlamalar getirebileceğini kabul etmekle beraber ulusal makamların bu tür kuralları, diğer herkes kadar aynı anayasal haklara sahip olan askeri personelin özel hayatlarına saygı hakkından yararlanmalarını önlemek için kullanamayacağının altını çizmektedir, Strazburg Mahkeme'si bir kararında eşcinsel olmanın veya ilişkide bulunmanın, aynı konumda olan zıt cinsellerle karşılaştırıldığında ordudan çıkarılma için tek neden olmasının Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.[41] Mahkeme, başvurucuların özel hayatlarının soruşturularak cinsel yönelimleri ile ilgili araştırma yapılmasını ve bu kişilerin sadece

37 *Özpınar v. Turkey,* B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 47-48.

38 *Y.Y. v. Turkey*, B. No: 14793/08, 10/03/2015, § 57; *Schlumpf v. Switzerland,* B.No. 29002/06, 08/01/2009, §§ 77-78.

39 *Özpınar v. Turkey*, B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 45; *Niemietz v. Germany*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29.

40 *Özpınar v. Turkey,* B. No. 20999/04, 19/10/2010, § 72.

41 *Smith and Grady v. the United Kingdom* B. No. 33985/96 ve 33986/96, 27/09/1999 §§ 97-98. Aynı yöndeki başka kararlar için, bkz: *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, B. No: 31417/96 ve 32377/96, 27/09/1999, § 90; *Beck, Copp and Bazeley v. the United Kingdom*, B. No. 48535/99, 48536/99 ve 48537/99, 22/10/2002; *Perkins and R. v. the United Kingdom* B.No: 43208/98 ve 44875/98, 22/10/2002.

eşcinsel oldukları yönündeki açıklamalarına dayanılarak, bu özelliklerinin orduya nasıl zarar verdiği kanıtlanmadan, ordudan ihraç edilmelerini hak ihlali olarak nitelendirmiştir. Mahkeme'ye göre özel hayatın mahremiyetine yönelik bir müdahalede, devlet neden buna ihtiyaç duyduğu hususunda ciddi ve ikna edici gerekçeler sunmalı ve müdahalenin ilgili şartlar altında gerekli olduğunu göstermelidir. Silahlı kuvvetlerde eşcinsellerin görev yapmasının ordunun disiplinine ve operasyonel etkililiğine ve etkinliğine yönelik risk oluşturduğu iddia ediliyorsa, bu iddianın dayanaklarının somut örneklerle ortaya konulması gerekir.

32. Askeri Yargıtay'ın AİHM içtihatlarını benimseyerek verdiği bir karar da konumuz açısından önemlidir. "... *Yani eşcinsel bir kişinin askerliğe elverişsiz olduğuna karar verebilmek için o kişinin birlik içerisindeki davranışlarına bakmak gerekmektedir. Kişinin eşcinsellik açısından askerliğe elverişsiz olması durumu o kişinin eşcinsellik davranışlarını dış dünyaya yansıtması ile mümkündür. Yani kişi eşcinsel davranışlarla birlik disiplinini zedelemelidir. ... birlik içerisindeki davranışları görülmeden, eşcinsel olması nedeniyle kışla disiplininin nasıl zarar gördüğü ortaya konulamadan askerliğe elverişsizliğinin tespit edilebilmesi imkanı yoktur. Sanığın eşcinsel olma özelliğinin, eşcinsel olmasından kaynaklanan davranışlarının orduya ne tür zarar verdiği, somut olaylarla ortaya konmadan, salt eşcinsel olduğu yönündeki beyanları dikkate alınarak, eşcinsellik yönünden askerliğe elverişli olup olmadığının araştırılması, AİHM'ne göre cinsel yönelim ayrımcılığı anlamına gelmektedir*."[42] Askeri Yargıtay kişiyi sadece eşcinsel olduğu için askerliğe elverişsiz saymamak gerektiğini belirterek, bu cinsel yönelimin orduya ne tür zararlar verdiğinin ve nasıl disiplini bozduğunun somut olarak ortaya konulmasını idareden beklemektedir.

33. "Gayrî tabiî mukarenette" bulunan asker kişiler ve erbaşlar için kanun koyucu tarafından belirlenen TSK'dan çıkarma ve rütbenin geri alınması yaptırımı özel hayatın en mahrem alanlarından birine ait tercihlerden dolayı asker kişinin işini kaybetmesi gibi ağır bir sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla hürriyeti bağlayıcı bir yaptırım öngörülmemesi mevcut yaptırımın kişi üzerinde neden olabileceği olumsuz etkilerin

42 Askeri Yargıtay 3. Daire, 2005/1178-1174 E.K, K.T. 25/10/2005.

dikkate alınmamasını gerektirmez. Kişinin çalışma yaşamı ve mesleki faaliyetleri kişiliğinin gelişimi ve gerçekleştirilmesi için ona imkân tanıyan önemli bir hayat alanı olup, özel hayat kavramının kapsamı içinde değerlendirilmektedir. Kişinin işini kaybetmesi sonucunu doğuran itiraz konusu kuralla kişi geçimini sağlamaktan alıkonularak kendisinin ve aile hayatının maddi refahında olumsuz bazı sonuçlarla karşılaşabilmektedir. Bu durum da kişinin yakın çevresini ve diğer insanlarla ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetkisini etkileyerek, öz algısı, öz saygısı ve gelecek beklentileri üzerinde olumsuz sonuçlara neden olabilecektir.

34. Asker kişinin, itiraz konusu kural gereğince TSK ile ilişiğinin kesilmesi yaptırımına maruz kalması mesleki yetersizlik veya bununla ilgili bir nedenden dolayı değil özel hayatıyla ilgili davranış ve tercihlerinden kaynaklanmaktadır ve bu, çok istisnai haller hariç olmak üzere, ne devleti ne de başkalarını ilgilendirmektedir. Denebilir ki, asker kişiler hayatlarının askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamalara tabi olacağını bilerek bu mesleği seçmektedir. Bununla birlikte, bu sınırlamaların Anayasa'da yer alan temek hak ve özgürlüklerin kullanılmasını ölçüsüzce engellememesi ve demokratik toplumda acil ve zorlayıcı bir sosyal ihtiyacı karşılaması gerekmektedir.

35. Özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan ilkeler, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasında da dikkate alınmalıdır. Buna göre demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilmeli, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir.[43]

36. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle özel hayatın gizliliği hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olmasını, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek

43 *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 02/07/2015, § 73.

en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı ve acil bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez.[44] İtiraz konusu kural, öngörülen meşru amaç olan askeri operasyonel etkililik ve etkinlik ile bu hedefe dönük disiplinin sağlanmasında ne elverişli, ne gerekli ne de orantılı bir araçtır. Kişilerin özel hayatlarının en mahrem kısmını oluşturan cinsel hayatlarına ait davranışları, faaliyetleri ve sosyal ilişkilerinden hareketle mesleki yaşamlarının sonlandırılması sonucunu doğuran ağır bir yaptırımla karşılaşmaları ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez. Elbette, cinsel yönelimden kaynaklı davranışlar askerlik mesleği ve disiplin üzerinde gösterilebilir somut olumsuzluklara yol açıyorsa kuralda öngörülen yaptırıma gidilebilir ancak özel hayata ait tercihlerden dolayı asker kişinin mesleğin onurunu zedeleyeceği, disiplinsizliğe neden olacağı otomatik olarak varsayılmamalıdır.

37. Asker kişilerin "doğal" olmayan cinsel davranışlarının askerlik mesleğinin onurunu zedeleyeceği veya disiplinsizliğe neden olacağı konusunda somut gerekçeler sunulmadan özel hayatın en mahrem kısmında yer alan cinsel yönelimlerinden kaynaklı davranış ve ilişkileri nedeniyle kuralda belirtilen ağır ve adil olmadığı söylenemeyecek olan yaptırımlara adeta otomatikman maruz kalması özel hayata saygı hakkına demokratik toplum düzeni bakımından gerekli ve ölçülü olmayan bir müdahale olduğundan Anayasa'nın 20. ve 13. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

b) Anayasa'nın 10. maddesi yönünden

38. Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasında "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında yer alan "*Devlet organları ve idare makamları*

44 *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 12/12/2015, § 44.

bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmü gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamları eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler.[45] İlk fıkradaki *"herkes"* ibaresi ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamış ve *"benzeri sebepler"*le de ayrım yapılamayacağı esası getirilmiştir. Madde eşitlik ilkesinden faydalanacak kişiler ve ilkenin kapsamı konusunda bir herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Mahkememize göre de ayrımcılık temelleri yalnızca maddede sayılanlarla sınırlı değildir.[46]

39. Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun 10. madde gerekçesinde, *"İnsanın insan olması dolayısıyla doğuştan bir değeri ve haysiyeti vardır. Bu onun tabiî bir hakkıdır. Bu hak dolayısıyla herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz. İnsanlar arasında kanunların uygulanması açısından da hiçbir fark gözetilemez. İnsanlar arasındaki eşitliğin temellerinden birini de böylece kanunlar önünde eşitlik ilkesi sağlar"* diyerek bu maddenin insan haysiyetiyle olan ilişkisini vurgulamıştır.[47]

40. AYM içtihatlarına göre 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"*.[48] Anayasa'nın 10. maddesi *"ayrımcılık yasağı"* biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir.[49] Böylece eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da kapsamış olmaktadır.

---

45 *Tuğba Arslan*, B.No: 2014/256, 25/06/2014, § 110.

46 AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T. 04/11/1986.

47 Akad, Mehmet ve Abdullah Dinçkol (1998), *Gerekçeli İçtihatlı 1982 Anayasası Madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul: Alkım Yayınevi, s. 38.

48 AYM, E.2009/47, K.2011/51, K.T. 17/03/2011.

49 AYM, E.1996/15, K.1996/34, K.T. 23/09/1996; E. 1987/16, K. 1988/8, 19/04/1988. Bu yöndeki bireysel başvuru kararı için bkz. *Tuğba Arslan*, B.No: 2014/256, 25/06/2014, § 108.

41. Anayasa Mahkemesi ayrımcılığı, "*nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi olarak tanımlamakta ve din, siyasi görüş, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddi olarak"* tanımlamıştır.[50] AYM'ye göre ayrımcılık iddiası "*başvurucunun kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamelenin, kendisine yapılanla arasında farkın bulunduğunu ve bunun meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayırımcı bir nedene dayandığını makul delillerle" ortaya koyduğu takdirde ciddiye alınabilecektir."*[51]

42. AYM'nin çok sayıda kararında benimsediği eşitlik anlayışı haklı bir neden[52] bulunmadıkça hiçbir kişiye, aileye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınmamasını amaçlamaktadır. Buna göre, haklı neden ölçütü ile yasal düzenlemelerle yapılan bir sınıflandırma ile yasal düzenlemenin amacı arasındaki bağın mevcudiyetini, sınıflandırmanın yasa ile öngörülen amaca hizmet edip etmediğini ve orantılı olup olmadığı belirlenmektedir. Kanunların, eşitlik ilkesine aykırı olmadığını söyleyebilmek için, "*sınıflandırmanın anlaşılabilir bir farklılığa dayanması, sınıflandırmanın kanunun amacıyla ilişkili, akla uygun ve adil olması, nedensiz, haksız, keyfi olmaması gerekir*".[53] Anayasa'nın 10. maddesinin denetiminde hukuksal durumları aynı olanlar, başka bir deyişle karşılaştırılabilir olanlar arasında haklar ve özgürlüklerden yararlanma açısından farklılık olup, olmadığına bakılarak, şayet farklılık varsa bunun nesnel ve makul bir haklı bir nedene dayanıp, dayanmadığı araştırılacaktır. Haklı nedeninin varlığının tespit edilemediği durumlarda ilgili kural anayasal denetimden geçemeyecektir.

43. Cinsiyet TDK Türkçe Sözlüğünce "bireye, üreme işinde ayrı bir rol veren ve erkekle dişiyi ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey, cinslik" olarak

---

50 *Tuğba Arslan,* B. No. 2014/256, 25/06/2014 § 112.

51 *Murat Durmaz,* B. No. 2013/5956, 15/04/2014, § 32; *Sadıka Şeker*, B. No. 2013/1948, 23/01/2014, § 59; *Kamil Çakır*, B. No. 2013/997, 15/10/2014, § 45.

52 AYM'nin kullandığı "haklı neden" ölçütü AİHM'nin uyguladığı "meşru amaç" ölçütüyle aynı işlevi görmektedir.

53 AYM, E. 2006/159, K. 2010/47, 24/03/2010; E. 1987/16, K. 1988/8, 19/04/1988.

tanımlanmaktadır.[54] Cinsiyet kavramını sadece kadın ve erkeğin biyolojik özellikleriyle sınırlı tutmamak gerekmektedir, zira bu kavram günümüzde cinsiyetin toplumsal yansımalarını da kapsadığından hem biyolojik hem de toplumsal olana işaret etmektedir.[55] Cinsel yönelim ayrımcılığı cinsiyetle ilgili toplum çoğunluğunca benimsenen cinsiyete dayalı tercihler, toplumsal ve kültürel varsayımlar, beklentiler ve normlara aykırı davrananlara yöneldiğinden cinsel yönelimin cinsiyet ayrımcılığıyla hiç ilgisi olmadığı söylenemez. Şunu da eklemek gerekir ki, cinsiyet ayrımcılığının kökeninde kadınlara dönük ayrımcılıkla mücadelenin yatması, örneğin bazı mesleklerden erkeklerin dışlanmasının da cinsiyet ayrımcılığıyla mücadele kapsamında görülmesini engellememiştir. Benzer şekilde cinsiyet ayrımcılığı sadece kadın ve erkeğin biyolojik özellikleri ve toplumsal rollerinden türeyen ayrımcılığı değil cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığı da kapsayabilmektedir.

44. Cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığın Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık temelleri içinde olan cinsiyet ayrımcılığı kapsamında görülebilmesi mümkünse de, maddenin devamındaki "ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin" ibaresi cinsel yönelim ayrımcılığının cinsiyet ayrımcılığı içinde değerlendirilmesini gereksiz kılmaktadır. Uluslararası hukuk âleminde yaptığımız kısa turda cinsel yönelim temelli ayrımcılığın, temel uluslararası insan hakları sözleşmelerinde doğrudan ifade edilmediğini, ilgili metinlerde var olan ucu açık ibarelerin yetkili mahkeme ve komitelerce yorumlanması sonucunda bunun ayrımcılık yasağı kapsamına sokulduğunu görmüştük. Anayasa koyucu 10. maddede açık uçlu bir ayrımcılık temeli bırakarak, günün değişen koşulları karşısında

54 Türk Dil Kurumu (2011), *Türkçe Sözlük*, Ankara: TDK Yayınları 11. Baskı, s.468. Sözlük, "cinsel sapık", "cinsel taciz", "cinsellik bilimi", "cinsiyet ayrımcılığı", "çift cinsellik" ve "eşcinsellik" gibi kavramları tanımlamakla beraber "cinsel yönelim", "toplumsal cinsiyet", "cinsel tercih", "cinsel kimlik" ve "cinsiyet kimliği" gibi kavramlara yer vermemiştir. TDK Sözlüğünde olduğu gibi başka sözlüklerde de cinsiyet biyolojik temelli tanımlanmaktadır. Örneğin, Misalli Büyük Türkçe Sözlüğe göre cinsiyet "bir canlı varlığın üremede oynadığı role göre erkek veya dişi oluşunu belirleyen özellik, erkek veya dişi oluş" anlamına sahiptir. Bkz: Ayverdi, İlhan, (2005), *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, İstanbul: Kubbealtı Neşriyatı 1. Cilt A-G, s. 497. Bu sözlükte de cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet kavramlarına yer verilmemiştir.

55 Türkçedeki "cinsiyet" kavramı biyolojik cinsiyeti (*sex*) belirtirken, cinsiyet kaynaklı toplumsal roller ve işlevler genel olarak "toplumsal cinsiyet" (*gender*) kavramı ile ifade edilmektedir. Bununla beraber, karşıoy görüşümde cinsiyet kavramını hem biyolojik hem de toplumsal anlamlarını da kapsayacak şekilde kullanacağım.

ayrımcılığa yol açabilecek yeni toplumsal sınıflandırmaların ortaya çıkması halinde, maddenin yaşayan ve dinamik bir şekilde yorumlanmasının, dipdiri kalmasının ve içinin doldurulmasının önünü kapatmak istememiştir. "Benzeri sebepler" ibaresi maddede belirtilen cinsiyet ayrımcılığıyla ilişkili, ilintili ve bağlantılı olarak yorumlandığında itiraz konusu kuralın içerdiği cinsel yönelim de yasaklı ayrımcılık temellerinden biri olacaktır. Buradaki temel iddiamız cinsel yönelimin "benzeri sebepler" kavramı dâhilinde Anayasa'nın 10. maddesinde yasaklanan ayrımcılık temellerinden birini oluşturduğudur.

45. "Benzeri sebepler" ibaresinin yalnızca maddede açıkça sayılan ayrımcılık temellerine benzer temeller çerçevesinde yorumlanmasının ibarenin kapsamını oldukça daraltacağı, bunun da maddede sayılan temellerden hiç biri ile benzerlik taşımayan başka temellerden kaynaklanan ayrımcılıkların anayasal denetim dışında bırakılması riskini doğuracağı öğretide dile getirilmiştir.[56] Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi "benzeri sebepler" ibaresinin geniş yorumlanmasına açık olduğunu bir kararında "*...eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. 'Benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş...*" diyerek ifade etmiştir.[57] Mahkeme, bireysel başvuru kararlarında da maddedeki "herkes" ve "benzeri sebepler" ifadelerinin ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımı benimsemediğinin bir göstergesi olarak, bu ibarelerin ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu bir şekilde yorumlamanın önünü açık tutma eğilimindedir.[58]

46. Eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmaya imkân tanıyan temel bir ilke olarak kabul edilmekte olup Anayasa'nın 10. maddesi ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Toplumun çoğunluğundan farklı cinsel yönelime

---

56 Örneğin bkz. Karan, Ulaş, (2015), "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", *Anayasa Yargısı Dergisi* 32, s. 248.

57 AYM, E. 1986/11, K. 1986/26, K.T. 04/11/1986. Mahkeme içtihatlarına bakıldığında soyut ve somut norm denetimi kapsamında dil (2009/47, K. 2011/51, 17/03/2011), yaş (E. 2000/39, K. 2002/35, 20/03/2002; E. 2009/93, K. 2011/73, 28/04/2011) ve engellilik (E. 2002/70, K. 2004/56, 06/05/2004) gibi 10. maddede sayılmayan ayrımcılık temelleri ile ilgili karar verildiği görülmektedir.

58 *Tuğba Arslan*, B. No. 2014/256, 25/06/2014 §§ 115; *İbrahim Uysal*, B. No. 2014/1711, 23/07/2014, § 48; *Hüseyin Kesici*, B. No: 2013/3440, 20/04/2016, § 56.

sahip kişilerin "herkes" kapsamında hak özneleri olarak anayasada yer verilen hak ve özgürlüklerden ayrımcılık yasağı kapsamında yararlanmaları gerektiği kuşkusuzdur. Ayrımcılık yasağı, "*din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını ya da fırsatlardan mahrumiyetin reddini*" içerir.[59] Anayasa'nın 10. maddesinde cinsel yönelim ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaması bunun madde kapsamı dışında tutulduğu anlamına gelmemelidir. Anayasa Mahkemesi cinsel yönelimi en az ırk, köken, renk kadar ciddi bir ayrımcılık temeli olarak gördüğünü ve özel hayatın mahrem yönlerinden birini oluşturduğunu kabul etmiştir.[60] Mahkemenin, bireysel başvuru kararlarında cinsel yönelimi ayrımcılık çeşitleri arasında saymakla beraber bunu şüpheli bir ayrımcılık temeli olarak görmediği bu yönde hak ihlali bulmadığı bireysel başvuru kararları da mevcuttur.[61]

47. "Şüpheli" ifadesi belirli temellerde ortaya çıkan farklı muamelenin ayrımcılığa neden olma ihtimalinin yüksek olduğuna dair bir şüphenin varlığını ifade etmektedir. Peki, bir topluluğa veya gruba dönük farklı muamelelerin şüpheli ayrımcılık temeli oluşturduğunu nasıl tespit edebileceğiz? Bu konuda, söz konusu topluluğun onu diğer insan topluluklarından ayırt eden değişmez, açık ve ayırt edici özellikler taşıması, geleneksel olarak kökleşmiş basmakalıp ve derin önyargılardan beslenen sistematik yaygın bir ayrımcılığa uğraması, siyasi ve toplumsal manada güçsüz ve zayıf olması ve bütün bunların bir sonucu olarak maddi ve manevi varlıklarını, kişiliklerini geliştirmelerinin ve içinde yaşadıkları topluma katkı yapmalarının mümkün olamaması, o topluluğun veya grubun karşılaştığı farklı muamelelerin şüpheli temellerini ortaya koymaya yarayan testleri bize sunmaktadır.[62]

---

59 *Tuğba Arslan*, B. No. 2014/256, 25/06/2014 § 114.

60 Sinem Hun, B. No: 2013/5356, 08/05/2014, § 32; Ahmet Şanci, B. No: 2012/29, 05/11/2014; Şahin Karaman, B.No: 2012/1205, 08/05/2014, § 41; Mehmet Fatih Yiğit ve Diğerleri B.No: 2014/16838, 09/09/2015 § 82; *Cemal Duğan*, B. No. 2014/19308, 15/02/2017, § 42. (AYM cinsel yönelim yerine bazen cinsel tercih kavramını da kullanmaktadır).

61 *Sadıka Şeker*, B. No. 2013/1948, 23/01/2014, § 59.

62 Bu testler temelde Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Bu konuda bkz. Claus, Andrea L. (2011), "The Sex Less Scrutinized: The Case for Suspect Classification for Sexual Orientation", *Phoenix Law Review* 5, s. 153.

48. İtiraz konusu kuralın ana muhatabı esas olarak cinsel yönelimi eşcinsellik olan asker kişiler ve erbaşlar olmakla birlikte kural, LGBTİ+[63] kısaltması altında yer alan bir insan grubunu veya topluluğunu cinsel yönelimlerinden dolayı karşılaştırılabilir veya benzer konumda olan başka insan topluluklarına göre ayrımcılık sonucunu doğuran şüpheli bir temelde farklı muameleye tabi tutmaktadır. AYM 10. madde incelemesinde ayrımcılığın tespit edilebilmesi için ilk olarak iki veya daha fazla grup ya da kategori kişi arasında karşılaştırma yapmakta ve bir grubun ya da kategorinin diğerine göre olumsuz yönde daha farklı muameleye tabi tutulup tutulmadığını tespit etmeye çalışmaktadır.[64] Bir karşılaştırmanın yapılabilmesi için aynı veya benzer bir karşılaştırma öznesinin mevcut olması gerekmektedir. Farklı muamelenin varlığı tespit edildikten sonra bunun makul ve nesnel gerekçeye veya gerekçelere dayanan haklı bir nedeninin olup, olmadığı Mahkemece ele alınmaktadır.[65] Bu aşamalardan sonra, AYM "*devletin kullandığı araç ile gerçekleştirmeye teşebbüs ettiği amaç arasında, gerçekten makul bir orantılılık ilişkisinin ortaya konulup konulmadığını*" inceleyecektir.[66]

49. Çoğunluk, "*TSK'nın milli güvenliğin korunmasında üstlendiği görev ve askerlik mesleğinin özellikleri göz önüne alındığında TSK'da görev yapan asker kişiler ile diğer kamu görevlilerinin hukuki durumlarının aynı olmadığı*" gerekçesiyle asker kişiler ile diğer kamu görevlileri arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı kanaatine ulaşmıştır (AYM kararı § 21). Burada eşitlik karşılaştırması yapılması gereken grup asker kişilerle diğer kamu görevlileri olmayıp, TSK içindeki tabii mukarenette bulunan asker kişilerle gayri tabii mukarenette bulunan asker kişilerdir. Aynı konumda bulunan asker kişilerden doğal kabul edilen cinsel yönelime, davranışa sahip olanlar herhangi bir yaptırımla karşılaşmazken, doğal olmadığına hükmedilen cinsel yönelime sahip olanlar işten çıkarılma gibi ağır bir yaptırıma uğratılarak farklı bir muameleye tabi tutulmaktadırlar.

---

63 LGBTİ+ kısaltması Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transseksüel, İnterseks ve diğer cinsel yönelimleri ifade etmektedir.

64 Örneğin AYM bir bireysel başvuru kararında başörtülü kadın avukatlar ile başörtüsüz kadın avukatların karşılaştırılabilir durumda olduğuna belirtmiştir. Bkz. *Tuğba Arslan,* B. No. 2014/256, 25/06/2014, § 118.

65 *Tuğba Arslan,* B. No. 2014/256, 25/06/2014 §§ 119-122.

66 *Tuğba Arslan,* B. No. 2014/256, 25/06/2014 § 123.

50. İtiraz konusu kuralın aynı konumda bulunan asker kişiler ve erbaşlar arasında cinsel yönelim kaynaklı farklı bir muameleye neden olduğu tespitimizden sonra bunun makul ve nesnel bir gerekçeye dayanan haklı nedeninin varlığının aranması gerekmektedir. Askerî disiplinin sağlanması ve askerlik mesleğinin onur ve saygınlığını korumak amacıyla kuralın getirilmesi farklı muamelenin haklı bir nedene dayandığını bize göstermemektedir, çünkü bu makul ve nesnel olarak çoğunluk kararında ortaya konulmamıştır. Denebilir ki bu tarz bir denetim itiraz veya iptal incelemelerinden ziyade bireysel başvuru kararları için daha uygundur. Diğer taraftan idarece belirtilen kuralın dayanağının AYM tarafından hiç incelenmeden neredeyse aynen farklı muamelenin haklı nedeni olarak kabul edilmesi 10. maddenin itiraz ve iptal başvurularında bir tür içinin boşaltılması anlamına gelebilecektir.

51. Şu ana kadar özetleyecek olursak itiraza konu olan kural, aynı konumda karşılaştırılabilir iki grup asker kişi ve erbaş arasında makul ve nesnel haklı bir nedenin yokluğunda doğal olmadığı varsayılan cinsel yönelime sahip olanlar aleyhine 10. madde anlamında eşitsizliğe ve ayrımcılığa neden olmaktadır. Bir an için haklı bir nedenin olduğunu varsaysak bile, bir araç olarak kuralla öngörülen yaptırımın varılmak istenen amaçla makul bir orantılılık içinde olmadığını ifade edebiliriz.

52. Kuralın neden olduğu farklı muamelenin 10. maddedeki "benzeri sebepler" ibaresi kapsamı içinde rahatlıkla konuşlandırabileceğimiz cinsel yönelim kaynaklı şüpheli bir temelden türediğini bu karşıoy görüşünde savunmaktayız. Bu temelin şüpheli olduğu kanaatine daha önce (§ 47) belirlediğimiz testleri uygulayarak aşağıdaki şekilde ulaştık.

53. Öncelikle, kuralın ana muhatabı olan eşcinsel (ve LGBTİ+) cinsel yönelimli asker kişiler heteroseksüel cinsel yönelimli diğer asker kişiler ve insan topluluklarından ayrışmakta ve bu yönleri onların açık ve ayırtedici özelliklerini yansıtmaktadır. Eşcinsel cinsel yönelim bu topluluğu diğer insan topluluklarından ayıran, kendi kontrollerinde olmadığı düşünülen, neredeyse değişmez esaslı bir tanımlayıcı özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel yönelim kişiliğin temel unsurlarından biridir ve ayrımcı muameleye tabi kalmamak için kişiden cinsel yönelimini değiştirmesi

beklenmemelidir.[67] Herkes kendi varoluşunu tanımlamada eşit kişisel özerklik ve özgürlüğe sahiptir. TDK Sözlüğünde özerkin bir anlamı "kendi kendisini idare edebilen" kimsedir.[68] Özerklik felsefi manada ise "kişinin kendisinin belirlemesinden, yönlendirmesinden, yönetmesinden oluşan ve her tür baskı ve zorlamadan bağımsızlıkla belirlenen hali; bir insanın kendi kendisini belirleme gücü;" olarak tanımlanmaktadır".[69] Özerk bir bireyden, farklı muamele kaynaklı ayrımcılıktan kurtulmak için kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan ve kişiliğinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturan cinsel yönelimini inkâr etmesini veya değiştirmesini beklememeliyiz.

54. Bir kişinin veya kişi grubunun karşılaştığı farklı muamele bakımından ilgisiz ve etkisiz bir özelliğinin, muamelenin belirleyici bir unsuru olarak kullanılması ayrımcılık doğurmaktadır. İnsan hakları doğuştan sahip olunan haklar olduğu için bireyin hayat tarzı, cinsel yönelimi ve özellikleri nedeniyle yitirilmemelidir. Doğuştan gelen ya da sonradan edinilen bazı özelliklerinden ötürü belli bir topluluğa dâhil olan (ya da edilen) insanları ayırt edici bu özelliklerinden dolayı onların diğerlerinden daha aşağı ve hatta kötücül oldukları yönünde bir algıya neden olabilecek yaptırımlar öngören her türlü hukuki kural ayrımcılığa sebep olacaktır. Bu durum egemen çoğunluktan farklı cinsel yönelimi olan insanlara diğer insanlar, toplum, hukuk ve devlet tarafından bir çeşit alt-insan, insan olmaya tam anlamıyla layık olmayan insan muamelesi yapılmasını adeta meşrulaştıracaktır.

55. İtiraz konusu kural LGBTİ+ bireylerle ilgili tarihin derinliklerinden gelen ve sistematik olarak toplumsal hayatta kökleşmiş basmakalıp ve derin önyargıları yansıtarak, onların sürekliliğine neden olmaktadır. Cinsel yönelimden kaynaklanan ayrımcılığın temelinde her iki cinsiyetin davranışlarıyla ilgili genelleşmiş, basmakalıp, normal sayılan davranışların kabulü yatmaktadır. Cinsel yönelim ayrımcılığı, LGBTİ+ topluluğunun bu

67 Tam da bu nedenle önceleri kullanılan cinsel tercih terimi yerini günümüzde kabul edilen cinsel yönelim kavramına bırakmıştır.

68 http://www.tdk.gov.tr.

69 Cevizci, Ahmet (2003), *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yayınları, ss: 310-311.

özelliklerinden dolayı diğer topluluklara getirilmeyen yükümlülükler ve dezavantajlarla karşılaşması ve toplumun diğer üyelerine sunulan fırsatlar, faydalar ve avantajlardan eşit olarak yararlanmamasına neden olmaktadır. LGBTİ+ kişiler de dahil olmak üzere bütün bireylere bir toplumda mevcut olan fırsatlara erişmek için eşit ve adil imkânlar sunmak ve bunun önündeki engelleri kaldırmak gerekir. Kısaca vurgulamak gerekirse bu topluluk cinsel yönelimlerinden dolayı geleneksel ve yaygın olarak sistematik bir şekilde ayrımcılığa uğramaktadır ve itiraza konu olan kural asker kişiler ve erbaşlar yönünden buna cevaz vermektedir. Aynı veya benzer bir konumdaki başkalarının karşılaştığı veya karşılaşacağı muameleye kıyasla bir kişinin arzu edilmeyen bir muameleyle karşılaşmasının kökeninde "şüpheli" temel kapsamına giren farklı bir cinsel yönelimin olması bu kişiye ayrımcılık yapılmasının temel nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa koyucunun bazı türde farklı muamelelere özel önem verip bunları saymış olması, "benzeri sebepler" ibaresinden hareketle cinsel yönelimin şüpheli temeller arasında sayılmasının önünde bir engel değildir.

56. Türkiye'de LGBTİ+ topluluğu siyasi ve toplumsal olarak güçsüz ve zayıf olup, topluluk mensupları maddi ve manevi varlıklarını ve kişiliklerini geliştirerek içinde yaşadıkları topluma katkı yapmaları hususunda büyük zorluklarla karşılaşmaktadır. Türk toplumun önemli bir bölümünün LGBTİ+ davranışları, kimliği ve fiillerini genel ahlaka aykırı gördüğünü söylemek mümkündür. Yapılan bir araştırmada Türkiye'de halkın %70'inin eşcinsel ve lezbiyenlerin hayatlarını diledikleri gibi sürdürmeleri düşüncesine karşı çıktığı ve %87'sinin bu özelliklere sahip komşu istemediği ortaya konulmuştur.[70] Türkiye'nin önde gelen LGBTİ+ sivil toplum kuruluşlarından olan KAOS GL bir raporunda şu tespitlerde bulunmuştur: "*LGBT vatandaşlar iş aramaktan, iş bulmaktan, mesleki gelişimden, gelir, sağlık ve eğitim olanaklarından, toplumsal ve topluluksal yapılardan, ağlardan ve etkinliklerden uzaklaştırılmakta, yetkisizleştirilmekte ve ilişkisizleştirilmektedir. LGBT'ler çoğu zaman sosyal, politik ve ekonomik savunmasızlığa itilerek özgür iradeleri ile tercihte bulunmaktan, olanakları kullanmaktan, hak ve özgürlüklerini talep ve elde etmekten mahrum bırakılmaktadırlar. Bu durum, dezavantajlı arka planlardan*

70 Ekmekçi, Perihan Elif ve Berna Arda (2017), "An overview of LGBT rights and health legislation in Turkey from an ethical perspective", *Medicine and Law* 36(3), s. 28.

gelen ve riskli koşullara tabi tutulan LGBT'lerin toplumun eşit üyeleri olarak kendi insan haklarını elde etmeleri önünde ciddi engeller yaratmaktadır."[71] BM İnsan Hakları Komitesi'nin en son 2012 yılında Türkiye hakkındaki Sonuç Gözlem Raporu'nda Komite, Türkiye'deki LGBT'lere dair ayrımcılık ve şiddete ilişkin derin endişelerini belirtmiş, Türk Hükümeti'ne bir an önce gerekli yasal ve politik tedbirleri almasını tavsiye etmiştir.[72] ASHK'da Türkiye'de çalışma hayatında, özellikle cinsel yönelim kaynaklı ayrımcılığa karşı yeterli önlem ve güvencelerin sunulmadığından hareketle bu durumun ASŞ ile uyumluluk taşımadığı tespitinde bulunmuştur.[73]

57. AİHM, heteroseksüel çoğunluğun eşcinsel azınlığa karşı duyduğu önyargıların ve olumsuz tutumların, gelenek veya ülkelerin genel eğilimi gerekçesiyle meşrulaştırılamayacağını, böyle bir durumun demokratik bir toplumun esasını oluşturan eşitlik, hoşgörü ve çoğulculukla uyuşmayacağını vurgulamıştır.[74] Hiç kuşku yok ki, toplumun kendi kültürünü ve onun altında yatan ahlaki ilkeleri, normları korumak hakkı vardır ancak bu çoğunluğun kendisinden farklı olanları belli davranış kalıplarını benimsemeye zorlamasını meşrulaştırmaz. LGBTİ+ insanları ve topluluğu tıpkı diğer insanlar gibi eşit ilgi ve saygıya, haysiyete layık olup, ötekileştirme, yok sayılma ve ayrımcılığa karşı anayasal güvencelerden herkes gibi yararlanabilmelidir. Anayasada devletin resmen kabul ettiği cinsel bir yönelim olmadığından, devlet tüm cinsel yönelimler karşısında eşit ve tarafsız kalmalıdır. LGBTİ+'lerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal yaşama katılmalarının engellenmemesi gerekir. Cinsel yönelimlerden

---

71 Şahin, Salih (2015), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İçin LGBT Hakları El Kitabı, Ankara: KAOS GL, s. 8. LGBTİ+ bireylerin karşılaştıkları sorunlar için ayrıca bkz. Öz, Yasemin (2012), *Study on Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity Legal Report:Turkey* https://www.coe.int/t/commissioner/source/lgbt/turkeylegal_e.pdf, erişim 29/01/2018.

72 Human Rights Committee (2012*), Concluding observations on the initial report of Turkey adopted by the Committee* at its 106th session, 15 October to 2 November http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/co/CCPR-C-TUR-CO/1.doc, erişim 30/01/2018.

73 European Committee of Social Rights (2016), European Social Charter Conclusions: TURKEY, *https://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/-/discrimination-remains-widespread-in-the-states-parties-to-the-european-social-charter?desktop=true,* erişim 29/01/2018.

74 *Bayev and Others v. Russia,* B. No. 67667/09 ve 1. 67667/09, 20/06/2017 §§ 68, 83; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, B.No. 33290/96, 21/12/1999, §§ 34- 36; *L. and V. v. Austria,* B. No. 39392/98 ve 39829/98, 09/01/2003, §§ 45, 51-52; *Smith and Grady v. the United Kingdom* B.No. 33985/96 ve 33986/96, 27/09/1999 § 102.

birinin toplum çoğunluğu tarafından benimsenmesi ve "doğal" ve genel ahlaka uygun karşılanarak bunun dışındakilerin kabul edilemez, haklardan yararlanamaz bir şekilde önyargılara kurban edilmesi, ayrımcı muamelelere tabi tutulması modern demokratik devlet anlayışı, demokratik toplum düzeni ve anayasal ilke ve haklarla uyuşmamaktadır.

58. Genel ahlak, insanlar arası ilişkileri düzenlemek ve toplumun hayatiyetini ve sürekliliğini sağlamak amacıyla her toplumda kendine özgü bir şekilde ortaya çıkan, bireylerin öznel ahlak anlayışlarının üzerinde ve ötesinde toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilerek nesilden nesile aktarılan, durağan olmayıp değişkenlik gösteren hukuk ve toplumsal davranış kuralları bütünüdür. Anayasa Mahkemesi bir kararında genel ahlakı "*belirli bir dönemde doğru, makul ve adil düşünceye sahip toplum genelinin benimsediği ahlak ve edep anlayışı*" olarak tanımlamıştır.[75] Bununla beraber aynı kararda "*soyut ve değişken bir kavram olan genel ahlaka ve adaba aykırılığın tespitinde toplumun belirli bir kesiminde kabul edilen değer yargıları değil, demokratik toplum düzenine ilişkin davranış kurallarının esas alınması gerekmektedir. Böylece çoğunluğun veya bir kesimin ahlak anlayışının toplum geneline dayatılması riskinin önüne geçilebilecektir… sınırlanmak istenilen davranış değerlendirilirken demokratik toplumun temellerini oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerler ve özgürlüğü genişletici yorum yöntemleri yanında davranışın demokratik toplumun ahlaki standartları üzerinde olumsuz bir etkisinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır*" tespitlerinde bulunmuştur.[76] AYM burada bir taraftan toplumun çoğunluğunca kabul edilen ahlak anlayışının genel ahlakın tanımladığını kabul ederken, diğer taraftan bunun genel ahlakın tanımlanmasında ve yorumlanmasında demokratik toplum düzenini esasını oluşturan hoşgörü, açık fikirlilik, çoğulculuk gibi değerlerle, özgürlüğü genişletici yorumlarla ve demokratik toplumun ahlaki standartlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

75 AYM, E: 2014/118, K: 2015/35, 01/04/2015. Bu yaklaşımda genel ahlakı "*belli bir zamanda belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlak kuralları*" olarak tanımlayan 53 yıl önce verilmiş bir kararın izlerini görmek mümkündür. Bkz. E. 1963/128, K. 1964/8, K.T. 28/01/1964.

76 AYM, E: 2014/118, K: 2015/35, 01/04/2015.

59. Toplumun çoğunluğunun ahlak anlayışı genel ahlakın nasıl algılandığını etkilemekle beraber bu anlayışın hoşgörü, açık fikirlilik, eşitlik, çoğulculuk ve özgürlükçülük değerleriyle birlikte göz önüne alınması doğru olacaktır. Anayasal bir kavram olarak genel ahlak temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında kullanılan meşru amaçlardan biri olmakla beraber ne olduğunun tek başına toplum çoğunluğunun davranışlarına göre belirlenmesi farklı cinsel yönelimi olanların temel haklardan diğerleri gibi eşit bir şekilde ayrımcılığa uğramadan yararlanmalarının önünde bir set oluşturacaktır.

60. Toplumsal olarak genel ahlaka aykırı nitelendirilen her davranış ve eylem anayasal manada genel ahlaka veya anayasal ahlaka aykırı olmayabilir. Genel kamusal ahlak ile anayasal ahlak her zaman örtüşmeyebilir. Anayasal ahlak çoğulculuk, hoşgörü, eşitlik ve insan haklarına saygı gibi anayasal değerleri temel alan ahlaktır ve insan haysiyetini korumayı amaçlar. Toplumsal genel ahlak anlayışı Anayasa'nın güvence altına aldığı haklardan belli bir topluluğun taşıdığı bazı özellikler, sergilediği davranışlar ve gerçekleştirdiği eylemlerden dolayı yararlanamaması sonucunu doğurmamalıdır. İtiraz konusu kural bakımından değerlendirildiğinde LGBTİ+ bireylerin ülkemizde gerek devlet katında gerekse de özel, sivil, kamusal alanda ayrımcı muamelelerle karşılaştıkları, "sapık", "sapkın", "ahlaksız", "edepsiz", "hasta", "iffetsiz" gibi nitelemeler, suçlamalar ve ithamlar altında büyük zorluklarla gündelik hayatlarını sürdürmeye çalıştıkları inkâr edilemez bir toplumsal ve hukuki gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

61. Anayasaların uygulandıkları toplumların toplumsal gerçekliğiyle uyum içinde olması, ondan kopuk olmaması hayatiyetleri bakımından önemli olmakla beraber anayasa metinleri belli bir zaman ve mekân bağlamında, o zaman ve mekâna ait değerler etrafında çok da donuklaşmamalıdır. Günümüzde toplumsal değişmenin hızının artmasıyla birlikte anayasaların yaşayan ve adeta canlı bir metin olarak yorumlanmaları önem kazanmıştır. LGBTİ+ hakları için Türk toplumunun henüz hazır olmadığı iddia edilebilirse de, taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve onları denetleyen uluslararası insan hakları mahkemeleri ve komitelerinin kararları aksini işaret etmektedir. Üstelik toplumun genel

ahlakını korumak adına LGBTİ+ bireylerden talep edilen fedakârlık çok fazla olup, son derece ölçüsüzdür, zira bu insanlardan kişisel özgürlük ve haysiyetlerinin diğer insanlardan daha alt düzeyde olduklarının kabulü istenmektedir. Hâlbuki anayasamızda geçen "herkes" ve "kişi" kavramları belli bir cinsel yönelimi işaret etmemektedir.

62. Ayrımcılık yasağının temel hareket noktası bazı insanların yasaklı veya şüpheli bir temel bağlamında belli bir topluluğa, gruba ait olmalarından dolayı onlara diğer insanlar ve devlet tarafından haklı bir neden olmaksızın farklı muamelede bulunulmasının engellenmesidir. İnsanlar arasındaki cinsel yönelim farklılıkları köken, din, ırk, etnisite, cinsiyet farklılıkları gibi yeryüzündeki insan çeşitliliğinin ve varlığının bir yansımasıdır. Nasıl ki beyaz ırkın siyah ırka veya A etnisitesinin B etnisitesine bir üstünlüğü, ayrıcalığı yoksa heteroseksüelliğin de farklı cinsel yönelimler karşısında insan hakları açısından bir üstünlüğü, ayrıcalığı yoktur. Ortaya çıkan ayrımcılıklar siyasi, toplumsal, iktisadi ve biyolojik sahalarda tezahür eden (biyo)iktidar ilişkilerinin bir sonucudur. Cinsel yönelim temelinde yapılan ayrımcılığın kökeninde toplumdaki egemen heteroseksüel cinsel yönelimin heteronormatifleştirici[77] bir tarzda diğer cinsel yönelimlere uyguladığı eşitsiz ve ayrımcı muameleler yatmaktadır. Bir toplumu oluşturan bireylerin çoğunluğundan farklı bir cinsel yönelimi olan insanlar neyin normal, neyin sapma olduğunu tespit eden "normalleştirici hükümler ve kurallar"[78] altında tekdüze bir normalliğin dışlayıcı, ayrımcılaştırıcı, ikincilleştirici ve ötekileştirici uygulamalarına maruz kalmaktadır.

63. Cinsel yönelim olarak normali temsil ettiği kabul edilen zıt cinselliğin egemen olduğu bir toplumda eşcinsel yönelimler demokratik bir toplumsal düzende bireysel ve toplumsal çeşitliliklerin ve çoğulculuğun bir tezahürü olarak kabul edilmelidir. LGBTİ+'ler bir zamanlar ABD'de ırk

77 "Heteronormativite heteroseksüelliğin doğal ve toplumsal norm olarak kabulünden hareketle bir toplumdaki bütün bireylerin heteroseksüel olarak varsayıldığı, tüm kavram ve kurumlar ile sosyo-kültürel yapının bu varsayım etrafında şekillendiğini bir iktidar sistemini" ifade etmektedir. Bkz. Altunpolat, Remzi (2017), "LGBTİ'lere Yönelik Ayrımcılığı Tarihsel ve Politik Temelde Kavramak", *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi*, cilt 17, sayı 64, s. 2

78 Foucault, Michael (1981), *The History of Sexuality: An Introduction*, vol.1, London: Penguin, s. 94-95.

ayrımcılığını meşrulaştırmak için kullanılan "*separate but equal*" (ayrı ama eşit)[79] uygulamasının, siyasasının muhatabı olarak görülmemelidirler. Farklı olanları korumak için ortaya çıkan insan hakları tarihi insanlar arasında ayrımcılık yaratan egemen kültürel normlar, uygulamalar ve geleneklerin adil olmayan, haksız ve baskıcı sonuçlarıyla mücadelenin tarihidir. Emek hakları, kadın hakları ve ırk ayrımcılığıyla mücadele bunun örnekleridir. Demokratik bir sistemde çoğunluk, cinsel azınlık[80] olarak nitelendirebileceğimiz LGBTİ+'lerin temel hak ve özgürlüklerini göz ardı etmemelidir. Demokratik yönetimler çeşitliliğin ve farklılıkların tehdit yerine toplumu güçlendiren ve zenginleştiren özellikler taşıdığının bilincindedir. Eşitlik, herkesin aynılaştırılmasını değil insan deneyiminin çeşitliliğini yansıtan farklılıkların kabulü ve bunların dışlama, ötekileştirme, damgalama, cezalandırma ve marjinalleştirme temeli olmamasının sağlanması ve insanlara belli bir topluluğa ait olmalarından ötürü alt insan muamelesi yapılmamasının adıdır. Heteroseksüel çoğunluğun bir kısmının, hatta önemli bir kısmının cinsel azınlıklar üzerindeki önyargısı farklı ırktan, kökenden olanlara ya da farklı renge sahip bireylere karşı gösterilen olumsuz tutumlar gibi, tek başına ayrımcılığı meşrulaştırmaz. Eşitlik, eşit ilgi ve saygı gerektirip, birine gösterilen ilgi ve saygının aynısının başkalarına gösterilmesini lüzumlu kılmaktadır.[81]

64. Cinsel yönelim ayrımcılığı kimi hayatların daha az saygıya ve haysiyete sahip olduğunun kabulü anlamına gelip, LGBTİ+'lerin eşit fırsat ve haysiyetle toplumsal yaşama katılmalarının engellenmesi sonucunu doğurmaktadır. Demokrasi herkesin eşit değerde olduğu ilkesine dayanır, bazılarına diğerlerinden daha az değerli davranmak insan haysiyetine[82] aykırıdır. Haysiyet kavramının iki boyutu vardır. İlk boyut insanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygıyı kapsarken, ikinci boyutu başkalarının gösterdiği saygının dayandığı değer, saygınlık ve itibarı içermektedir.[83]

---

79 Bu politika ayrı yaşamak şartıyla herkese eşit fırsatlar vadediyordu.

80 Cinsel azınlık kavramı, toplumun bireylerden beklediği cinsiyet rollerine aykırı davrandığı düşünülen, cinsel yönelimi toplumun çoğunluğundan farklı olan LGBTİ+ bireyleri ifade etmektedir.

81 Dworkin, Ronald (2007), *Hakları Ciddiye Almak,* (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Ankara: Dost Kitabevi, s. 116.

82 İnsan haysiyeti ve insan onurunu eş anlamlı olarak kullanmaktayız.

83 http://www.tdk.gov.tr.

Başka bir ifadeyle kavram kişinin kendisine ve toplumun ona verdiği değeri ifade etmektedir.

65. Anayasa'nın Başlangıç bölümünde "*Her Türk vatandaşının* ***onurlu bir hayat*** *sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*" belirtilmiştir (vurgu eklenmiştir). Devletin temel amaç ve görevlerinin sayıldığı 5. madde de bu görevler arasında "*devletin 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*" da sayılmaktadır. Devletten beklenen kişilerin ve toplulukların sosyal dışlanmasını önleyerek herkes için insan haysiyetine yaraşır bir hayat düzeyini gerçekleştirmeye ve bunun önündeki engelleri aşmaya çalışmaktır.

66. Anayasa Mahkemesi de, bir kararında insan haysiyetini şöyle tanımlamaktadır: "*İnsan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi koşullar altında bulunursa bulunsun, salt insan oluşunun kazandırdığı değerin, tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce yapılan işlem ona muhatab olanı insan olmaktan çıkarır.*"[84]

67. Haysiyet kavramı ilk kullanılmaya başlandığında belli bir sınıfsal konumda olan, statü sahibi beyaz adamın "hakettiği" düşünülen bir nitelikken zamanla alt sosyal sınıflara, oradan da kadınlara, çeşitli ırklara, kökenlere ve günümüzde de çoğunluktan farklı cinsel yönelimleri ve cinsiyet kimlikleri olan insanlara doğru bir yayılım göstermektedir. Bu sayede, önceleri toplumun çeperlerinde olan bir zümre zamanla toplumsal ve siyasi dışlanmadan kendisinin de toplumun tam üyesi olarak görüldüğü, hukukun ve vatandaşlığın sağladığı tüm haklardan herkes gibi yararlanabildiği bir konuma erişebilmektedir. Devletin temel görevlerinden biri insan haysiyetini koruyarak belli bir insan topluluğunu meydana getiren kişilerin haysiyetine zarar verecek, onları damgalayacak politikalardan, uygulamalardan ve hukuki düzenlemelerden kaçınmaktır. İnsan haysiyeti devletin dilediği kişi ve topluluklara bahşedip, uygun görmediklerinden esirgediği bir lütuf değildir.

84 E. 1963/132, K. 1966/29, K. T. 28/06/1966.

68. İnsanlar insan oldukları için değerlidir ve insan haysiyeti doğuştan kazanılan,[85] insanın sırf insan olduğu için vazgeçilmez ve başkasına devredilemez haklara sahip değerli ve saygıyı hakeden bir varlık olduğunu ifade etmektedir. Her insan sadece insan olmaktan kaynaklanan bir değere, erdeme ve saygıya sahiptir. Dokunulmaz bir niteliği olan insan haysiyeti herkesin konumu ve doğuştan gelen değişmez ve değişebilir özellikleri ne olursa olsun eşit olarak sahip olduğu ve devletçe korunması ve saygı gösterilmesi gereken hayati bir insani değerdir. İnsanın öz saygı gereğince kendini gerçekleştirme, geliştirme ve kendi kaderini tayin etme imkân ve fırsatlarına sahip olması insan haysiyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır.

69. İtiraz konusu kural askerlik mesleğinin onurunu korumak adına farklı cinsel yönelimleri olan asker kişilerin insan haysiyetini göz ardı etmektedir. Bu bağlamda cinsel yönelim insan haysiyetiyle yakından bağlantılıdır. Diğer asker kişiler ve toplumun genelinden farklı cinsel yönelime sahip olan asker kişilerin cinsel yönelimleri kişiliklerinin değişmez bir parçasını ve kökleşmiş bir yönünü temsil etmektedir. Bu kişiler farklı cinsel yönelimlerinden dolayı diğer insanlardan daha mı az değerlidir, haysiyet sahibidir? LGBTİ+ insanlar ne yaptıkları için değil ne oldukları[86] veya ne olarak algılandıkları için kuraldaki gibi ayrımcı muamelelerle karşılaşmakta, tabir caizse, "makbul" vatandaş olarak görülmemektedir.

c) Sonuç

70. Belirttiğim gerekçelerle itiraza konu olan kuralın Anayasa'nın 20., 13. ve 10. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle, karara katılmadım.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

85 Kişi olmayan insan (*human non-person*) olarak ceninin de haysiyet sahibi olup, olmadığı ilgili akademik yazın da önemli bir tartışma konusudur.

86 Posner, Richard (1992), *Sex and Reason*, Cambridge, Mass: Harvard. University Press, s. 346.

Esas Sayısı : 2016/32
Karar Sayısı : 2017/168
Karar Tarihi : 13.12.2017

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK, Özgür ÖZEL ile birlikte 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 29.1.2016 tarihli ve 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 9. maddesiyle değiştirilen 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI"* bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendinin,

B. 14. maddesiyle 18.3.1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 5. maddesine eklenen dördüncü fıkranın,

C. 34. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 17., 55., 56., 63. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 657 sayılı Kanun'un eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI"* bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendi dışında kalan diğer dava konusu kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükümleri

Dava konusu kuralların yer aldığı Kanun'un;

1. 9. maddesiyle değiştirilen (aa) alt bendinin de bulunduğu 657 sayılı Kanun'un eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin ilgili kısmı şöyledir:

I SAYILI CETVEL
HİZMET SINIFLARI İTİBARİYLE UNVAN VEYA AYLIK ALINAN DERECELERE GÖRE EK GÖSTERGELER

UNVANI	*Derece*	*1/1/1994'den İtibaren Uygulanacak Ek Göstergeler*	*1/1/1995'den İtibaren Uygulanacak Ek Göstergeler*
…	…	…	…
VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI			
a) Emniyet Genel Müdürü,	*1*	*6100*	*7000*
b) Teftiş Kurulu Başkanı, Polis Akademisi Başkanı ve Emniyet Genel Müdür Yardımcıları ile Ankara, İstanbul, İzmir Emniyet Müdürleri,	*1*	*3800*	*4300*
c) Daire Başkanları ile Diğer Birinci Sınıf Emniyet Müdürleri,	*1*	*3200*	*3600*
d) Kadroları bu sınıfa dahil olup da Emniyet Müdürü sıfatını kazanmış olanlar	*1*	*2600*	*3000*
	2	*1900*	*2200*
	3	*1350*	*1600*
	4	*900*	*1100*
e) Kadroları bu sınıfa dahil olup da, yukarıda sayılanlar dışında kalanlardan;			
aa) (Değişik: 29.1.2016-6663/9 md.) Yüksek Öğrenimliler			
	1	***3000***	
	2	***2200***	
	3	***1600***	
	4	***1100***	
	5	***900***	
	6	***800***	
...	***7***	***500***	
	8	***450***	
	…	…	

2. 14. maddesiyle 3269 sayılı Kanun'un 5. maddesine eklenen dördüncü fıkra şöyledir:

"Uzman erbaşların 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 92 nci maddesi hükmünden yararlanabilmeleri için en az yedi hizmet yılını tamamlamış olmaları gerekir."

3. 34. maddesi şöyledir:

"Batman ili Hasankeyf ilçe merkezi, Ilısu Barajı göl alanında kalmayan mevcut sınırları da dâhil olmak üzere, ek-1'deki haritada sınırları ve ek-2'deki tabloda 6°'lik koordinatları belirtilen; kuzeyde 995 metre rakımlı Berrahalil Tepesi ile Hamduni Sırtı, doğuda 515 metre rakımlı Kot Tepe, güneyde Dicle Nehri, Kesmeköprü Köyü ve Kınamaz Burnu, batıda 670 metre rakımlı Düğli Tepe ve Mesiliamer Sırtı ile çevrili alana nakledilmiştir.

Hasankeyf ilçesi, birinci fıkrada belirtilen yeni yerleşim yerine nakline kadar geçecek süre içinde hâlen bulunduğu yerde hukuki varlığını sürdürür. Hasankeyf İlçe Belediyesi bu süre içinde 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu ile diğer mevzuatın belediyelere verdiği görev ve yetkileri yeni yerleşim alanında da kullanır.

İlçe merkezi yeni yerleşim alanına hukuken taşındıktan sonra Hasankeyf İlçe Belediyesi hukuki varlığını Ilısu Barajı göl alanında kalmayan mevcut sınırları da dâhil olmak üzere yeni yerleşim yerinde sürdürür."

B. İlgili Görülen Kanun Hükmü

657 sayılı Kanun'un ilgili görülen 92. maddesi şöyledir:

"Memurluktan çekilenlerin yeniden atanmaları:
Madde 92- (Değişik: 12/5/1982 - 2670/27 md.)

İki defadan fazla olmamak üzere memurluktan kendi istekleriyle çekilenlerden veya bu Kanun hükümlerine göre çekilmiş sayılanlardan tekrar memurluğa dönmek isteyenler, ayrıldıkları sınıfta boş kadro bulunmak ve bu sınıfın niteliklerini taşımak şartıyla ayrıldıkları tarihte almakta oldukları aylık derecesine eşit bir derecenin aynı kademesine veya 71 inci madde hükümlerine uyulmak suretiyle diğer bir sınıfta eşit derecedeki kadrolara atanabilirler.

(Mülga ikinci fıkra: 29/11/1984 - KHK-243/56 md.)

657 sayılı Kanuna tabi olmayan personelden kendi istekleri ile görevinden çekilmiş olanlar, boş kadro bulunmak ve gireceği sınıfın niteliklerini taşımak kaydı ile bu Kanuna tabi kurumlardaki memuriyetlere atanabilirler.

Yasama görevinde veya bakan olarak geçirilen her yıl bir kademe ilerlemesi ve her iki yıl bir derece yükselmesine esas olacak şekilde değerlendirilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 5.5.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma taleplerinin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince İçişleri Bakanlığı Müsteşarı Muhterem İNCE, Birinci Hukuk Müşaviri Avni ÇAKIR, Strateji Geliştirme Başkanı Yunus SEZER, Hukuk Müşaviri Kadir Akın GÖZEL, Emniyet Genel Müdürlüğü Birinci Hukuk Müşaviri Vekili Atay KONAR, Emniyet Genel Müdürlüğü Strateji Geliştirme Daire Başkan Yardımcısı Ahmet Metin EKŞİ, Jandarma Hukuk Hizmetleri Başkanı Cengiz SAYIN, Kamu Yararına Çalışan Türkiye Polis Emeklileri Sosyal Yardım Derneği Genel Başkanı Mustafa ACAR, Genel Başkan Yardımcısı İnci AKSOY, Türkiye Emekli Emniyet Müdürleri Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma

Derneği Genel Başkanı İsmail ÇALIŞKAN, Emekli Polis Mensupları Yardımlaşma ve Dayanışma Derneği Yönetim Kurulu Başkanı Harun ÖZDEMİR'in 13.12.2017 tarihinde yaptıkları sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 9. Maddesiyle Değiştirilen 657 Sayılı Kanun'un eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI"* Bölümünün (e) Bendinin (aa) Alt Bendinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

3. Dava dilekçesinde özetle, İçişleri Bakanlığının, kendisine verilen iç güvenliği, asayişi, kamu düzenini ve genel ahlakı koruma görevini, görev ve hizmet yönünden İçişleri Bakanına bağlı ve sorumlu olan, il ve ilçe belediye sınırları içinde Emniyet Genel Müdürlüğü, il ve ilçe belediye sınırları dışında Jandarma Genel Komutanlığı, sahiller, kara suları, iç sular, boğazlar, liman ve körfezlerde ise Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatı ve personeli eliyle yerine getirdiği, bu personel arasında sorumluluk alanı ile çalışılan teşkilat dışında bir farkın bulunmadığı, görev, yetki ve sorumluluklar ile görevin yerine getiriliş biçimlerinin aynı olduğu, buna karşın dava konusu kuralla emniyet teşkilatı personeli hakkında jandarma ve sahil güvenlik personeline göre daha düşük ek gösterge rakamının öngörüldüğü, bu suretle adalet, hakkaniyet ve sosyal hukuk devleti ilkelerinin ihlal edildiği, çalışanların yaptıkları işe uygun adil bir ücret elde etmeleri için devletin gereken tedbirleri alma yükümlülüğünün gereğinin yerine getirilmediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 10. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5. Dava konusu kuralla, 657 sayılı Kanun'un eki (I) sayılı Cetvel'in *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI"* bölümünün (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan unvanlar dışında kalan emniyet hizmetleri sınıfına dâhil kadrolarda bulunanlar hakkında uygulanacak ek gösterge rakamlarının belirlendiği (e) bendinin yükseköğrenimliler için geçerli olan (aa) alt

bendinde 1. dereceli kadroda bulunanlara 3.000, 2. dereceli kadroda bulunanlara 2.200, 3. dereceli kadroda bulunanlara 1.600, 4. dereceli kadroda bulunanlara 1.100, 5. dereceli kadroda bulunanlara 900, 6. dereceli kadroda bulunanlara 800, 7. dereceli kadroda bulunanlara 500 ve 8. dereceli kadroda bulunanlara 450 ek gösterge rakamı öngörülmektedir.

6. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin nitelikleri arasında belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına saygılı, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

7. Anayasa'nın 55. maddesinin ikinci fıkrasında *"Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır."* denilmektedir.

8. 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.

9. 3201 sayılı Emniyet Teşkilat Kanunu'nun 3. maddesine göre genel kolluk personeli, *"polis"* ve *"jandarma"* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 3201 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca polis, silahlı icra ve inzibat kuvvetidir. 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 3. maddesinde jandarma *"emniyet ve asayiş ile kamu düzeninin korunmasını sağlayan ve diğer*

kanunların verdiği görevleri yerine getiren silahlı genel kolluk kuvveti" olarak tanımlanmıştır. 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu'nun 2. maddesinde de Sahil Güvenlik Komutanlığının silahlı bir genel kolluk kuvveti olduğu belirtilmiştir.

10. Buna karşılık anılan meslek grupları 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36. maddesinde farklı hizmet sınıflarında belirtilmiştir. Anılan maddeye göre emniyet mensupları *"Emniyet Hizmetleri Sınıfı"*nda, Jandarma Genel Komutanlığı kadrolarındaki subay, astsubay ve uzman jandarmalar *"Jandarma Hizmetleri Sınıfı"nda*, Sahil Güvenlik Komutanlığı kadrolarında bulunan subay ve astsubaylar ise *"Sahil Güvenlik Hizmetleri Sınıfı"*nda yer almaktadır.

11. 3201 sayılı Kanun'un 1., 2803 sayılı Kanun'un 4. ve 2692 sayılı Kanun'un 2. maddelerine göre emniyet teşkilatı ile jandarma ve sahil güvenlik teşkilatı İçişleri Bakanlığına bağlı iken emniyet teşkilatı bir genel müdürlük, jandarma ve sahil güvenlik teşkilatı ise komutanlık şeklinde örgütlenmiştir. 2803 sayılı Kanun'un 8. maddesine göre jandarma birlikleri seferberlik ve savaş hâllerinde belirlenecek bölümleriyle Kuvvet Komutanlıkları, 2692 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca da sahil güvenlik birliklerinin belirlenecek bölümleri Deniz Kuvvetleri Komutanlığı emrine girer.

12. Polis, jandarma ve sahil güvenlik personelinin görev alanları da birbirinden farklıdır. 2803 sayılı Kanun'un 10. maddesine göre *"Jandarmanın genel olarak görev ve sorumluluk alanı; Polis görev sahası dışı olup, bu alanlar il ve ilçe belediye hudutları haricinde kalan veya polis teşkilatı bulunmayan yerlerdir. Ancak, belediye sınırları içinde olmakla birlikte hizmet gerekleri bakımından uygun görülen yerler, jandarmanın görev ve sorumluluk alanı olarak tespit edilebilir. İçişleri Bakanının kararıyla bir il veya ilçenin tamamı polis ya da jandarma görev ve sorumluluk alanı olarak belirlenebilir."* Bu hüküm çerçevesinde kural olarak il ve ilçe belediye hudutları içinde polis, bunların dışında kalan yerlerde ise jandarma görevlidir. Bununla birlikte polis teşkilatı kurulmamış her yer jandarmanın görev sahası içindedir. 2692 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre Sahil Güvenlik Komutanlığı ise Türkiye Cumhuriyeti'nin bütün sahillerinde, iç suları olan Marmara Denizi, İstanbul ve Çanakkale Boğazlarında, liman

ve körfezlerinde, kara sularında, münhasır ekonomik bölgesi ile ulusal ve uluslararası hukuk kuralları uyarınca egemenlik ve denetimi altında bulunan deniz alanlarında görevlidir.

13. Öte yandan polis, jandarma ve sahil güvenlik personelinin idari kolluk faaliyetleri çerçevesinde emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlama, suç işlenmesini önleme görevlerinin yanı sıra adli kolluk faaliyetleri çerçevesinde, işlenmiş suçlarla ilgili olarak kanunlarda belirtilen işlemleri yapma ve bunlara ilişkin adli hizmetleri yerine getirme görevleri bulunmakla birlikte jandarma ve sahil güvenlik personelinin ayrıca askerî görevleri bulunmaktadır. Bu kapsamda jandarma, kanunlarla verilen askerî görevleri; Sahil Güvenlik Komutanlığı ise belirlenen bölümleri itibarıyla, seferberlik ve savaş hâllerinde Deniz Kuvvetleri Komutanlığı tarafından verilen görevleri de yerine getirmekle yükümlüdür. Deniz Kuvvetleri Komutanlığınca planlanan eğitim ve tatbikatlara İçişleri Bakanının izniyle katılma görevi de Sahil Güvenlik Komutanlığının bu kapsamdaki görevlerindendir.

14. Polis, jandarma ve sahil güvenlik personelinin özlük haklarına ilişkin düzenlemeler de farklı kanunlarda yer almaktadır. Emniyet Hizmetleri Sınıfı personelinin özlük hakları 3201 sayılı Kanun'da, Jandarma Hizmetleri Sınıfı personelinin özlük hakları 2803 sayılı Kanun'da, Sahil Güvenlik Hizmetleri Sınıfı personelinin özlük hakları ise 2692 sayılı Kanun'da düzenlenmekte ve bu kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde her üç kolluk personeli bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra Jandarma Hizmetleri Sınıfı personeli ile Sahil Güvenlik Hizmetleri personelinin nasıp ve terfi, aylık ve diğer mali ve sosyal hakları bakımından statü ve rütbelerine göre 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu'na, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'na veya 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'na tabi personel hakkındaki hükümler geçerli olmaktadır.

15. Polis ve astsubayların mesleğe giriş usulleri ve bu bağlamda başarıyla bitirilmesi gereken eğitim de farklılık göstermektedir. Astsubaylık için Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi bünyesinde bulunan astsubay meslek yüksek okullarından mezun olunması, Millî Savunma Bakanlığı nam

ve hesabına eğitim görülmesi ya da Millî Savunma Bakanlığı tarafından tespit edilecek fakülte, yüksekokul veya meslek yüksekokullarının kendi nam ve hesabına bitirilip uygulanacak sınavlar ile temel askerlik eğitiminde başarılı olunması gerekli iken polis olabilmek için polis meslek yüksek okulunun veya polis meslek eğitim merkezinin bitirilmesi gerekmektedir.

16. Polis, jandarma ve sahil güvenlik personeli; statülerinde, görev alanlarında, görevlerinin kapsamında, tabi oldukları hukuki rejim ve sorumluluklarında, çalışma koşullarında, teşkilatlanma şekillerinde, mesleğe alınma yöntemlerinde farklılıklar bulunması nedeniyle farklı hukuki konumdadır. Farklı hukuki konumda bulunmaları nedeniyle emniyet teşkilatı mensupları hakkında uygulanacak ek gösterge ile jandarma ve sahil güvenlik personeli için öngörülen ek göstergenin eşit olma zorunluluğundan söz edilemez.

17. Diğer yandan emniyet teşkilatı mensuplarının kamu görevlisi olduğu şüphesizdir. Kamu görevlileri ile kamu yönetimleri arasındaki ilişkiler kural tasarruflarla düzenlenmektedir. Kamu personeli, belirli bir statüde ve nesnel kurallara göre hizmet yürütmekte; o statünün sağladığı ücret, atanma, yükselme gibi kimi haklara sahip olmaktadır. Kamu hizmetine giriş, hizmet içinde yükselme ve bulunulan statünün sağladığı haklar statü hukukunun gereği olarak kanunlarla belirlenmektedir. Kanun koyucu; statü hukuku çerçevesinde yürütülen memuriyet hizmetine girmeye, memuriyette yükselmeye, özlük haklarına ve bunun gibi diğer hususlara ilişkin koşulları anayasal ilkelere uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir. Statü hukukunun gereği olarak, kamu görevine başlayan emniyet teşkilatı mensubu, statüsünden ve kanundan kaynaklanan görev ve durumunu bilerek kamu görevine başlamaktadır.

18. Anılan takdir yetkisi kapsamında yerine getirdikleri hizmetin niteliğinin gözetilerek farklı statüler için farklı ücret rejimleri öngörülmesinin ve bu kapsamda emniyet teşkilatı mensupları için jandarma ve sahil güvenlik personelinkinden farklı ek gösterge rakamlarının belirlenmesinin, sosyal hukuk devleti ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı ve emeğin karşılıksız bırakılmamasını amaçlayan Anayasa'nın 55. maddesiyle devlete verilen, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüne aykırılık

taşıdığı söylenemez. Nitekim Anayasa'nın 55. maddesine göre *"emeğin karşılığı"* olan ücretin kıdem, liyakat, kariyer gibi unsurların yanı sıra görev, yetki ve sorumluluklara, bir başka deyişle statülere bağlı olarak farklılık göstermesi mümkündür.

19. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

20. Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

B. Kanun'un 14. Maddesiyle 3269 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkranın İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

21. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralla uzman erbaşların 657 sayılı Kanun'un 92. maddesi uyarınca devlet memurluğuna atanabilmeleri için gerekli olan iki yıllık hizmet koşulunun yedi yıla çıkarıldığı, devlet memurluğuna atanabilmek için gerekli iki yıllık hizmet koşulunu sağlayan meslekte çalışan veya meslekten ayrılmış uzman erbaşlar ile henüz bu hizmet koşulunu gerçekleştirememiş olmakla birlikte mevcut hukuki duruma güvenerek uzman erbaşlık mesleğine girmiş olanların da dava konusu kural kapsamına dâhil edildikleri, bu suretle kazanılmış haklarının ihlal edildiği, bu durumun ise hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik, belirlilik, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

22. Dava konusu kural, uzman erbaşların 657 sayılı Kanun'un 92. maddesi hükmünden yararlanabilmeleri için en az yedi hizmet yılını tamamlamış olmaları gerektiğini hükme bağlamaktadır.

23. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri, kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kamu görevlilerinin

kazanılmış hakları, istihdam türüne bağlı olarak tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardır. Objektif ve genel hukuksal durumun şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya kanuna aykırı görülerek iptal edilebilir. Kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılması, ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemi de etkiler. Kişi, yeni kural tasarrufa göre oluşan statüde yerini alır. Bu nedenle bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar kazanılmış hak kapsamında değerlendirilmez.

24. Hukuk devleti ilkesinin bir diğer gereği olan hukuk güvenliği ilkesi ise 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.

25. 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 kurallar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevine giriş koşullarıyla ilgili olarak da kamu yararı amacıyla değişiklikler yapabilir.

26. Kişilere belirli haklar sağlayan hukuk kurallarının muhataplarında bir beklentiye yol açması mümkündür. Hak beklentisi, bir kişinin mevcut kurallar uyarınca bir hakkı elde etme beklentisini ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen koşulları taşıyan kişilerin o kuralın ilişkin olduğu hakkı hukuken ve fiilen elde etmeleri, kendileri yönünden kazanılmış hak oluşturmakla birlikte henüz bu hakkı kazanmamış kişilerin de söz konusu hakkı elde etme noktasında bir beklenti içinde olmaları olağandır. Kişilerin

hukuka güveni, hukuk devleti yönünden önemli olup kişilerin bu güveninin yine hukuk tarafından korunması asıldır ve bu koruma, hukuki güvenlik ilkesi olarak adlandırılmaktadır. 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.

27. Kişilerin mevcut kurallar çerçevesindeki tüm beklentilerinin mutlak suretle hukuken korunması ise kuralların değişmezliğine yol açabileceği gibi kuralların değiştirilmesini anlamsız kılabilecek sonuçlara da yol açabilecektir. Oysa hukuk, toplumun değişimine ve gelişimine koşut olarak değişime açık ve yaşayan bir varlıktır. Bu nedenle her değişiklikte olduğu gibi kişilerin değişen kurallardan etkilenmesi söz konusu olabilir. Bir kuralda yapılan değişikliğin kişilerin elde etmeyi bekledikleri haklara etkisinin saptanmasında söz konusu kuralın değiştirilme gerekçelerinin de gözetilmesi zorunludur. Bu anlamda değiştirilen kuralın beklenen hakların yanı sıra kazanılmış haklar yönünden dahi etkili olabileceği de belirtilmelidir. Kamu düzeni, genel sağlık gibi haklı nedenlerle daha önce elde edilmiş bir hakkın kullanımı yönünden getirilen ek koşulların mevcut hak sahipleri yönünden gözetilebilmesi de mümkündür.

28. O hâlde her beklentinin hukuken korunmasının söz konusu olmadığının öncelikle belirtilmesi zorunludur. Bir beklentinin hukuken koruma görebilmesinin ön koşullarından birini haklı beklenti seviyesine ulaşması oluşturmaktadır. Haklı beklentinin tespitinde ise kişilerin bu hakkı elde etmeye ne kadar yakın olduklarının ve kural değişikliğinin bu hakkın elde edilmesine etkilerinin, kural değişikliğine neden olan gerekçelerin gözetilmesi gerekir. Bu kapsamda kuralda gerçekleşen değişiklik sonucu ilgililerin bu haktan mahrum kalıp kalmadıkları ya da söz konusu değişikliğin bu hakkı elde etmeleri yönünden zorlaştırıcı bir etkisi olup olmadığı da dikkate alınır. Haklı beklentinin var olup olmadığı, yapılan bu inceleme sonucunda tespit edilir. Bazen de kişinin haklı beklentisi, kişiye mutlak olarak eski kuralın bir hak kazandırmasını değil ancak yeni kurala geçiş sürecinde özellikli konumunun gözetilerek farklı ve geçici bir düzenleme yapılmasını gerekli kılabilir.

29. 657 sayılı Kanun'un 92. maddesinin üçüncü fıkrası, anılan Kanun'a tabi olmayan personelden kendi istekleri ile görevinden çekilmiş olanların boş kadro bulunmak ve gireceği sınıfın niteliklerini taşımak kaydı ile bu Kanun'a tabi kurumlardaki memuriyetlere atanabileceklerini öngörmektedir. Dava konusu kural öncesinde uzman erbaşların 657 sayılı Kanun'un 92. maddesi uyarınca devlet memurluğuna atanabilmeleri için gerekli olan hizmet süresini belirten bir yasal düzenleme bulunmayıp bu husus çeşitli tebliğlerle düzenlenmiştir. İlgili tebliğlerde ise gerekli hizmet süresi iki yıl olarak belirlenmiş iken dava konusu kuralla bu süre yedi yıla çıkarılmıştır.

30. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük beklenen haklar, kazanılmış hak niteliği taşımadığından 6663 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce 657 sayılı Kanun'un 92. maddesi uyarınca devlet memurluğuna atanmamış olan uzman erbaşlar yönünden kazanılmış haktan söz edilemez. İptali talep edilen kuralda bireylerin bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklara yönelik bir düzenleme öngörülmediğinden kazanılmış hakları ihlal eden bir müdahale söz konusu değildir.

31. Öte yandan kanun koyucu, bir kamu hizmetinde görevin gerektirdiği nitelikleri ve koşulları saptamayı ya da saptanmış olanları değiştirmeyi -anayasal ilkeler içinde kalmak kaydıyla- görevin ve ülkenin gereklerine ve zorunluluklarına göre serbestçe takdir edebilir. Kamu hukuku alanında anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici tasarruflarla konmuş kurallar; kamu hizmetinin gerekleri, gereksinmeleri gibi nedenlerle ve konuldukları yöntemlere uyulmak, anayasaya ve kanunlara uygun düşmek kaydıyla her zaman değiştirilebilir veya kaldırılabilir.

32. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarına ilişkin düzenlemeler statü hukukuna ilişkindir. Statü hukukuna göre yürütülen görevlere atanmanın usulleri, görevin kapsamı ve görevi yerine getiren kişilerin mali ve sosyal hakları ile ilgili konularda anayasal ilkelere aykırı olmamak kaydıyla düzenleme yapmak kanun koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda uzman erbaşların devlet memurluğuna atanmalarına ilişkin düzenleme yapma yetkisinin de kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır.

33. Dava konusu kural öncesinde uzman erbaşların 657 sayılı Kanun'un 92. maddesi uyarınca devlet memurluğuna atanabilmeleri için ne kadar hizmet süresinin bulunması gerektiği konusunda bir yasal düzenlemenin bulunmadığı, konunun ilk kez dava konusu kuralla düzenlendiği, 3269 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre uzman erbaşların Silahlı Kuvvetlerde elli iki yaşına kadar çalışmalarının asıl, bu yaştan önce devlet memurluğuna atanmalarının ise istisnai bir durum olduğu, yaş sınırı nedeniyle Silahlı Kuvvetlerden ayrılacak olan uzman erbaşlara merkezî yönetim bütçe kanunlarında yer alan sınırlamalara tabi olmaksızın Millî Savunma Bakanlığı, Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve Nato Pol Tesisleri İşletme Başkanlığı (MSB ANT Başkanlığı) ve Türk Silahlı Kuvvetleri (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dâhil) kadrolarında emekli aylığına hak kazandıkları tarihe kadar devlet memuru olarak istihdam edilme imkânının tanındığı, devlet memurluğuna açıktan atanabilmek için aranan hizmet süresinin; 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun ek 1. maddesine göre sözleşmeli erbaş ve erler yönünden yedi yıl, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu'nun 7. maddesine göre uzman jandarmalar yönünden on yıl, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 112. maddesine göre subay ve astsubaylar yönünden on beş yıl olduğu gözetildiğinde mevcut hukuki duruma güvenerek uzman erbaşlık mesleğine girmiş olanların devlet memurluğuna atanmak için iki yıllık hizmet koşulunun uygulanmaya devam edeceği yönünde haklı bir beklentilerinin bulunduğu söylenemez.

34. Diğer yandan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de *"belirlilik"*tir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

35. Uzman erbaşların 657 sayılı Kanun'un 92. maddesi hükmünden yararlanabilmeleri için tamamlamaları gereken hizmet yılı, herhangi bir tartışmaya sebep olmayacak şekilde dava konusu kuralda açıkça

belirtilmiştir. Bunun yanında devlet memurluğuna atanabilmek için gerekli diğer şartlar da 657 sayılı Kanun'un 92. maddesinde hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla uzman erbaşların açıktan devlet memurluğuna atanabilmelerine ilişkin temel kurallar kanunla belirlenmiş olduğundan kuralda bir belirsizlik bulunmamaktadır.

36. Açıklanan nedenle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

C. Kanun'un 34. Maddesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

37. Dava dilekçesinde özetle, Hasankeyf ilçesinin 7.000-12.000 yıllık geçmişinin olduğu, bu süreç boyunca ev sahipliği yapılan uygarlıkların bıraktığı pek çok tarihi ve kültürel varlığın ilçenin bünyesinde bulunduğu, bu varlıkların büyük bir kısmının, yapılması planlanan Ilısu Barajı sebebiyle su altında kalacağı, bu durumun devletin tarih, kültür ve tabiat varlıklarını koruma yükümlülüğüyle bağdaşmadığı gibi tarihî ve kültürel değerlerin korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelere de aykırılık içerdiği, anılan baraj bünyesinde kurulacak hidroelektrik santrali (HES) ile üretilmesi amaçlanan elektrik enerjisi miktarının tarihî ve kültürel varlıklara zarar verilmesini haklı kılacak bir büyüklükte olmadığı, ilçe merkezinin taşınmasında kamu yararının bulunmadığı, ilçe merkezinin taşınmasının devletin, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak biçimindeki temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı, ilçe merkezinin taşınmasıyla ilçedeki kişilerin maddi ve manevi varlıklarının zarar göreceği, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama haklarının ihlal edileceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 17., 56., 63. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

38. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural, Anayasa'nın 126. ve 127. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

39. Dava konusu kural; Batman ili Hasankeyf ilçe merkezinin Ilısu Barajı göl alanında kalmayan mevcut sınırları da dâhil olmak üzere sınırları ve koordinatları Kanun'un ekinde belirtilen alana nakledilmesini, yeni yerleşim yerine nakline kadar geçecek süre içinde ilçenin bulunduğu yerde hukuki varlığını sürdürmesini, ilçe belediyesinin bu süre içinde Belediye Kanunu ile diğer mevzuatın belediyelere verdiği görev ve yetkileri yeni yerleşim alanında da kullanmasını, ilçe merkezinin yeni yerleşim alanına hukuken taşınmasından sonra ilçe belediyesinin hukuki varlığını Ilısu Barajı göl alanında kalmayan mevcut sınırları da dâhil olmak üzere yeni yerleşim yerinde sürdürmesini hükme bağlamaktadır.

40. Anayasa'nın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir.

41. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen *"hukuk devleti"* ilkesi gereğince yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken *"kamu yararı"* konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme, kuralın kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını araştırmakla sınırlıdır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kural konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer ve kuralın iptali gerekir. Açıklanan ayrık hâl dışında bir kuralın ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde bulunduğundan salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak ve bu doğrultuda dava konusu kural ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

42. Anayasa'nın 5. maddesine göre, *"…kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; … insanın maddî ve manevî varlığının*

gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak…" devletin temel amaç ve görevlerindendir. Anayasa'nın 17. maddesinde de *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."* denilmektedir. 17. maddede güvence altına alınmış olan yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardandır.

43. Anayasa'nın 126. maddesinde; Türkiye'nin, merkezi idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, illerin de diğer kademeli bölümlere ayrılacağı hükme bağlanmıştır. Anılan madde uyarınca Türkiye'nin gerek illere ayrılmasında gerekse illerin diğer kademeli bölümlere ve bu arada ilçelere ayrılmasında göz önünde tutulacak olan ölçütler coğrafya durumu, ekonomik şartlar ve kamu hizmetlerinin gerekleridir. İdari kademelere bölünmede kullanılan bu ölçütler, bu kademelerin merkezlerinin belirlenmesinde de uygulanır. Anayasa'da öngörülen bu ölçütlere uyulmak kaydıyla yeni bir il veya ilçenin kurulması ya da mevcut olanların sınırlarının değiştirilmesi kanun koyucunun takdir yetkisinde olup kanun koyucu; gelişen sosyal, ekonomik, teknik ve benzeri nedenlerle belli bir bölgede bir il veya ilçe kurulmasını ya da mevcut il veya ilçenin sınırlarının değiştirilmesi gerektiğini takdir ederek yeni bir il veya ilçe kurabilir ya da mevcut olanların sınırlarını değiştirebilir. Bu konuda yapılacak değişikliklerle kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini veya hangi ölçüde gerçekleşeceğini denetlemek ise yerindelik denetimi kapsamında olup anayasa yargısının denetiminin konusu dışında kalır.

44. Anayasa'nın 127. maddesinde ise mahalli idareler, il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri olarak tarif edilmiştir. Bu maddeye göre kanun koyucu, kamu hizmetinin gereklerini, kamu yararını ve Anayasa'nın 67. maddesindeki koşullar çerçevesinde yapılan seçimlerle oluşan yöre halkının beş yılla sınırlı iradesini gözetmek koşuluyla ölçek sorununu dikkate alarak daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabileceği, belediyeyi köye, köyü belediyeye dönüştürebileceği gibi

belediyelerin sınır, görev, yetki ve niteliklerinde değişiklikler de yapabilir. Böyle durumlarda tüzel kişiliği kaldırılan ya da sınırları değiştirilen belediyelerin veya köylerin önceki durumlara göre daha iyi hizmet alıp alamayacakları hususunun değerlendirmesinin yapılmasının ise yerindelik denetimi anlamına geleceği ve bunun Anayasa Mahkemesince yapılacak denetimin dışında kalacağı açıktır.

45. Dava konusu kuralın "*Dicle Nehri üzerinde inşa edilen Ilısu Barajı ve HES Projesi göl alanında kalacak olan Batman İli Hasankeyf İlçesinin ekli krokide koordinatları belirtilen alana taşınması öngörülmektedir. Ayrıca, Hasankeyf İlçe Merkezinin yeni yerleşim yerine nakline kadar geçecek süre içinde ilçenin hukuki varlığını mevcut yerleşim yerinde sürdürmesi hüküm altına alınmaktadır.*" biçimindeki gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda kuralla, Dicle nehri üzerine inşa edilen Ilısu Barajı ve HES sebebiyle mevcut ilçe merkezinin bir kısmının su altında kalacak olmasından dolayı ilçe merkezinin taşınmasının ve ilçe belediyesinin sınırlarının yeniden belirlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Mevcut ilçe merkezi ile belediye sınırlarının su altında kalacak olması nedeniyle ilçe merkezinin taşınmasında ve ilçe belediyesi sınırlarının yeniden belirlenmesinde zorunluluk bulunduğu dikkate alındığında dava konusu kuralın bir taraftan Anayasa'nın 127. maddesiyle yerel yönetimlere yüklenen kamusal hizmetlerin etkin biçimde yerine getirilmesi, bir taraftan da merkezî yönetim kuruluşları bakımından merkezî idare hizmetlerinin sağlıklı bir biçimde yürütülmesini temin edebilecek, kamu kaynaklarının etkin ve verimli kullanılmasını sağlayacak uygun bir ilçe merkezi sınırlarının oluşturulması amacıyla, bir başka ifadeyle kamu yararı düşüncesiyle kanunlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kuralın devletin kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak biçimindeki temel amaç ve görevlerine aykırı olduğu da söylenemez.

46. Buna karşılık belirlenen ilçe merkezi ve belediye sınırlarının yöresel gereksinimlere uygun olup olmadığı, kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştirmediği bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde bulunduğundan bu husus, yerindelik denetimi kapsamında olup anayasa yargısının denetiminin konusu dışında kalmaktadır.

47. Öte yandan mevcut ilçe merkezinin su altında kalmasına sebep olacak Ilısu Barajı ve HES yapımının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüş ise de bu yapım işinin, dava konusu kural tarafından öngörülen bir husus olmaması nedeniyle bu kapsamda denetime konu yapılabilmesi mümkün değildir.

48. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5., 17., 126. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

49. Kuralın Anayasa'nın 56., 63. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

50. Dava dilekçesinde özetle, 6663 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 657 sayılı Kanun'un eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin "*VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI*" bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendi dışında kalan diğer dava konusu kuralların uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkânsız zararlar doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

29.1.2016 tarihli ve 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 14. maddesiyle 18.3.1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 5. maddesine eklenen dördüncü fıkraya,

B. 34. maddesine,

yönelik iptal talepleri, 13.12.2017 tarihli ve E.2016/32, K.2017/168 sayılı kararla reddedildiğinden, bu kurallara ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 13.12.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

29.1.2016 tarihli ve 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 9. maddesiyle değiştirilen, 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI"* bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 14. maddesiyle 18.3.1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 5. maddesine eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C. 34. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

13.12.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 29.1.2016 tarihli ve 6663 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesiyle değiştiren 14.7.1965 tarihli Devlet memurları Kanunu'nun eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin "VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI" bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendinin Anayasa'nın 2. ve 55. maddelerine aykırılığı iddia edilerek iptali istenmiş; Anayasa Mahkemesince bahse konu kural, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden de incelenmiştir.

2. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin *"… toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti…"* olduğu belirtilmiştir.

3. Anayasa'nın "Ücrette adalet sağlanması" kenar başlıklı 55. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Ücret emeğin karşılığıdır.

Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır"

4. 2010 yılında, Anayasa değişikliğine ilişkin 5986 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle, Anayasa'nın "Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı" kenar başlıklı 53. maddesine eklenen Ek fıkra ile *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler"* hükmü getirilmiştir. Yine 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğine ilişkin 5982 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle, Anayasa'nın 128. maddesinin, memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğini öngören ikinci fıkrasının sonuna *"Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır"* cümlesi eklenmiştir.

5. Anayasa hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, çalışma hayatına ilişkin uluslararası sözleşmelerdeki yükümlülükler ve gelişen evrensel anlayış karşısında Anayasa koyucu tali kurucu iradenin de

memurlar ve diğer kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarının salt statü hukuk çerçevesinde yasa koyucu tarafından kendi takdirine göre belirlenmesi anlayışını terk ederek, çalışma hayatına ilişkin genel ilkelerin de uygulanabileceği, hakkaniyete daha uygun ve emeği esas alan bir sisteme yöneldiği anlaşılmaktadır.

6. Kuralın iptali istemi, aynı veya çok benzer görevleri yapan emniyet mensupları ile askeri personel arasında, çalışılan teşkilat ve görev yerleri dışında bir fark bulunmadığı, emniyet teşkilatı personeline daha düşük ek gösterge rakamı öngörülmesinin hakkaniyete ve yapılan işe uygun, adil ücret ilkesine aykırı olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Polis ile jandarma ve sahil güvenlik personeli arasında yapılan işin, farklı yan ödemeyi haklı kılacak özellikleri olup olmadığı değerlendirilmeksizin ve farkı haklı kılacak somut nedenler ortaya konmaksızın, iptal isteminin salt statü hukuku yönünden değerlendirilip reddedilmesinin, Anayasa tarafından koruma altına alınan, ücretin emeğe göre belirlenmesi ve ücrette adalet ilkeleri karşısında, hakkaniyete uygun düşmediği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindeyiz.

7. Kanun'un Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde yapılan değerlendirmede de aynı sonuca varılması gerektiğinde kuşku yoktur. Bunun somut olguları şunlardır:

a) 668 sayılı KHK ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı İçişleri Bakanlığına bağlanmıştır. Nitekim 2803 sayılı Kanun'un 4. ncü, 2692 sayılı Kanun'un 2 nci maddelerinde bu husus açıkça ifade edilmektedir.

b) Aynı KHK ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 36 ncı maddesinde düzenlenen "hizmet sınıflarına" 8 nci madde olarak "**Jandarma Hizmetleri Sınıfı:** Bu sınıf Jandarma Genel Komutanlığı kadrolarında bulunan subay, astsubay ve uzman jandarmaları" kapsar." ve 9 uncu madde olarak **"Sahil Güvenlik Hizmetleri Sınıfı:** Bu sınıf Sahil Güvenlik Komutanlığı kadrolarında bulunan subay ve astsubayları kapsar." şeklinde ekleme yapılmıştır. Böylelikle, Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığı mensubu subay ve astsubaylar, statü hukuku bakımından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi tutulmuştur.

c) 682 sayılı KHK ile Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı personeline ilişkin disiplin mevzuatı birleştirilmiştir.

d) 680 sayılı KHK ile evvelce Emniyet Genel Müdürlüğü personeli yönünden geçerli olan ödüllendirme sistemi, Jandarma Genel Komutanlığı personeli yönünden de geçerli hale getirilmiştir.

e) 668 sayılı KHK ile İçişleri Bakanına, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı'nın her kademedeki personeli yönünden geçici görevlendirme yetkisi verilmiştir.

f) İşaret edilen bu yasal düzenlemelerle birlikte her üç teşkilat personeli arasında görev ve hizmet yönünden bir birliktelik sağlanmış ve sadece sorumluluk alanları, rütbe isimleri ve farklı teşkilat yapıları dışında bir fark kalmamıştır.

g) Barış şartlarında artık askeri bir görev üstlenmesi mümkün olmayan Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığına mensup subay ve astsubayların aylık ve özlük haklarının "rütbe" esasına göre ödenmeye devam edilmesi, buna karşın Emniyet Genel Müdürlüğü mensubu "Emniyet Hizmetleri Sınıfı"na dahil personele, kendi aralarındaki hiyerarşi dahi dikkate alınmaksızın farklı (çok daha düşük) aylık ve özlük haklarının ödenmesini haklı kılacak hiçbir hukuki neden bulunmamaktadır.

h) 657 Sayılı Kanun'un eki (I) Sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin "VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI" bölümünün (e) bendinin "Yüksek öğrenimliler" başlıklı (aa) alt bendinde, çarşı ve mahalle bekçileri, polis memurları, komiser yardımcısı komiser, başkomiser ve emniyet amiri statüsünde bulunanlardan 1 nci dereceye gelmiş ve "yüksek öğrenimli" bulunanların "3000" ek gösterge alacakları hüküm altına alınmıştır.

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunun EK-VIII, EK-VIII/A ve EK-VIII/B sayılı Ek Gösterge cetvellerinde, 1 nci dereceye gelmiş astsubaylar için ek göstergenin "3600" olduğu belirtilmektedir. 2803 sayılı Kanun'un 13. Ve 2692 sayılı kanunun 6 ncı maddeleri uyarınca, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı mensubu astsubaylar 1 nci dereceye gelmeleri halinde "3600" ek gösterge almaktadırlar.

ı) Yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler öncesinde Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı mensubu astsubayların, evvelce asker kişi olmaktan ve aynı zamanda askeri görev ifa etmelerinden kaynaklanan nedenlerle, emniyet personeline nazaran farklı (daha fazla) ek gösterge almaları haklı ve mâkul görülebilirse de; anılan düzenlemelerden sonra "ek gösterge" yönünden farklı değerlendirilmelerini haklı kılan hukuki bir neden kalmadığından, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ve 10. maddesinde düzenlenen "eşitlik" ilkeleri ile de bağdaştırılması mümkün görülmemektedir. Farklı örgütler içerisinde olmakla beraber, iç güvenlik hizmeti bakımından aralarında bir fark kalmayan üç güvenlik teşkilatından ikisine nazaran Emniyet Genel Müdürlüğünün sayılan statüdeki personeline daha düşük ek gösterge (3600 yerine 3000) verilmesini öngören kuralın, aynı zamanda bu üç teşkilat mensupları arasında özlük hakları yönünden bir eşitsizlik yarattığı açıktır.

8. Yukarıda açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı düştüğü ve iptali gerektiği kanaatine ulaştığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2017/134
Karar Sayısı : 2017/169
Karar Tarihi : 13.12.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Sekizinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ek 9. maddesine, 19.4.2012 tarihli ve 6292 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'nın 169. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Hususi Ormanlar ve Hükmi Şahsiyeti Haiz Amme Müesseselerine Ait Ormanlar Yönetmeliği'nin bazı maddelerinin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İtiraz Konusu Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı ek 9. maddesi şöyledir:

"Ek Madde 9- (Ek : 31/7/2008 - 5801/2 md.)

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünce yapılacak spor tesislerine bu Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre izin verilebilir. Verilen bu izinlerden bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 25/6/2010-6001/33 md.) 9/5/1985 tarihli ve 3202 sayılı Köye Yönelik Hizmetler Hakkında Kanun çerçevesinde köye ve bağlı yerleşim birimlerine yönelik yol, su, atık su, gölet, mezarlık ve altyapı hizmetlerinin yerine getirilmesi maksadı ile verilen izinlerden bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hariç olmak üzere; yükseköğretim kurumlarına eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması için bu Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre orman sayılan alanlardan bedelli izin verilebilir. Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir. (Ek cümle: 26/2/2014-6527/3 md.) Verilen bu izinlerden ağaçlandırma ve arazi izin bedeli dışında herhangi bir bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Yukarıdaki fıkrada belirtilen bina ve tesislerin, yükseköğretim kurumlarınca veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebilir. Bu takdirde kullanım bedeli, süresi, yapılan bina ve tesislerin devri gibi hususlar genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit edilir. İzin verilen alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğalgaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ve yine bu Kanunun 17 nci maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinler hariç olmak üzere, binaların taban alanları toplamı, izne konu orman sayılan alanın yüzde onbeşini geçemez.

(Ek fıkra: 26/2/2014-6527/3 md.) Devlet ormanlarında, erişme kontrolü uygulanan karayollarındaki ulaştırma yapıları ve müştemilatı olan hizmet tesisleri ile bakım işletme tesislerine, karayolu sınır çizgisi içinde kalmak kaydıyla izin verilir. Devlet idareleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan, işletilen, işlettirilen veya yap-işlet-devret modeli esas alınarak yaptırılan ve işlettirilen bu tesislerden herhangi bir bedel alınmaz.

(Ek fıkra: 26/2/2014-6527/3 md.) Ayrıca; demiryolu, otoyol, Devlet ve il yolları ile su isale hatlarının yapımında zorunlu olarak ortaya çıkan kazı fazlası malzemenin depolanacağı alanlara, Orman Genel Müdürlüğünce belirlenen yerlerden ağaçlandırma bedeli alınarak izin verilebilir."

B. İlgili Görülen Kanun Hükmü

Kanun'un ilgili görülen 17. maddesi şöyledir:

"Madde 17- (Değişik birinci fıkra: 19/4/2012-6292/13 md.) Devlet ormanları içinde bu ormanların korunması, istihsal ve imarı ile alakalı olarak yapılacak her nevi bina ve tesisler müstesna olmak üzere; otlatma planı yapılan alanlarda yıllık otlatma süresi dâhilinde hayvanların planlı otlatılmasını sağlayan, gecelemesini emniyet altına alan ve dağılmalarını engelleyen geçici çevirmeler şeklinde düzenlemeler dışında, her çeşit bina, ağıl ve hayvanların barınmasına mahsus yerler yapılması, tarla açılması, işlenmesi, ekilmesi ve orman içinde yerleşilmesi yasaktır. Ancak, Devlet ormanlarında 31/12/2011 tarihinden önce toplu yerleşimin bulunduğu; yaylak ve otlak olarak kullanılan alanlar içindeki yerler ile yılın belirli dönemlerinde geleneksel yaylacılık maksadıyla yerleşim yeri olarak kullanılan alanlar kullanım bütünlüğü de dikkate alınarak Orman Genel Müdürlüğünce tespit edilir. Tespit edilen bu alanlardan uygun görülenler Orman ve Su İşleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile yayla alanı olarak ilan edilir. İlan edilen yayla alanlarında 31/12/2011 tarihinden evvel yapılmış, hakkında müsadere kararı bulunanlar da dâhil her türlü bina ve tesisler mevcut haliyle vaziyet planında gösterilerek Orman Genel Müdürlüğü sabit kıymetlerine alınır. Yayla alanlarında bulunan bina ve tesisler orman idaresi tarafından işletilir, işlettirilebilir veya kiraya verilebilir. Elde edilen gelirler Orman Genel Müdürlüğü döner sermayesine gelir kaydedilir. Giderler ise Orman Genel Müdürlüğü döner sermayesinden karşılanır. Bu alanlardaki bina ve tesislerin kullanıcıları orman idaresince tespit edilir, ilgili kaymakamlık ve muhtarlıklar vasıtasıyla bir ay süreyle ilan edilir. Bu süre içinde yapılan itirazlar bir ay içinde orman idaresinde mevcut bilgi ve belgelere göre, bunun mümkün olmaması hâlinde başvuru sahiplerinin elindeki bilgi ve belgelere göre sonuçlandırılarak ilgililere bildirilir. Kullanıcısı tespit edilen bina ve tesisler vaziyet planına göre kullanıcısına, tespit tarihinden itibaren bir yıl içinde talebi hâlinde rayiç bedel üzerinden 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine göre kiraya verilebilir. Kullanıcıları tarafından kiralanmayan bina ve tesisler ise yıkılır. Kiralanan bina ve tesislere ilişkin, ilgili kurumlarca orman idaresine bildirilen eksikliklerin tamamlanması yönünde kiracıya tebligat yapılarak en geç bir yıl içinde eksikliğin giderilmesi istenir. Eksikliklerin giderilmemesi hâlinde yapılan kiralama işlemi iptal edilir. İlgili mevzuattan doğacak her türlü zarar ve hukuki sorumluluk kiracıya aittir. Yayla alanı olarak ilan edilen yerlerde

orman idaresince nüfus yoğunluğu, yöresel ihtiyaç ve sosyal problemler dikkate alınarak gerekli her tür ve ölçekte planlar Orman Genel Müdürlüğünce yapılır veya yaptırılır. Yapılan bu planlar Orman ve Su İşleri Bakanlığınca onaylanır. Yayla alanlarında mevcut bina ve tesislerin kiralayan tarafından iki yıl içinde planlara uygun hale getirilmesi istenir. Uyumlu hale getirenlerin kira sözleşmeleri yenilenir. Aksi halde kira sözleşmesi iptal edilir. Yayla alanlarına ilişkin iş ve işlemler yönetmelikle belirlenir.

Devlet ormanlarının herhangi bir suretle yanmasından veya açıklıklarından faydalanılarak işgal, açma veya herhangi şekilde olursa olsun kesme, sökme, budama veya boğma yollariyle elde edilecek yerlerle buralarda yapılacak her türlü yapı ve tesisler, şahıslar adına tapuya tescil olunamaz. Buralara doğrudan doğruya orman idaresince el konulur. (Mülga son iki cümle: 17/6/2004-5192/1 md.) (Ek cümle: 17/6/2004-5192/1 md.) Yanan orman alanlarındaki her türlü emval Orman Genel Müdürlüğünce değerlendirilir.

(Değişik fıkra: 22/5/1987 - 3373/7 md.; İptal: Anayasa Mahkemesinin 17/12/2002 tarihli ve E.:2000/75, K.:2002/200 sayılı Kararı ile; Yeniden düzenleme: 17/6/2004-5192/1 md.) (Değişik birinci cümle: 25/6/2010-6001/33 md.) Savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğalgaz, altyapı, katı atık bertaraf ve düzenli depolama tesislerinin; baraj, gölet, sokak hayvanları bakımevi ve mezarlıkların; Devlete ait sağlık, eğitim, adli hizmet ve spor tesisleri ile ceza infaz kurumlarının ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın Devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zaruret olması halinde, gerçek ve tüzel kişilere bedeli mukabilinde Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir. Devletçe yapılan ve/veya işletilenlerden bedel alınmaz. Bu izin süresi kırkdokuz yılı geçemez. Bu alanlarda Devletçe yapılanların dışındaki her türlü bina ve tesisler iznin sona ermesi halinde eksiksiz ve bedelsiz olarak Orman Genel Müdürlüğünün tasarrufuna geçer. Söz konusu tesisler Orman Genel Müdürlüğü veya Çevre ve Orman Bakanlığı ihtiyacında kullanılabilir veya kiraya verilmek suretiyle değerlendirilebilir. İzin amaç ve şartlarına uygun olarak faaliyet gösteren hak sahiplerinin izin süreleri; yer, bina ve tesislerin rayiç değeri üzerinden belirlenecek yıllık bedelle doksandokuz yıla kadar uzatılabilir. Bu durumda devir işlemleri uzatma süresi sonunda yapılır. Verilen izinler amaç dışında kullanılamaz.

(Ek fıkra: 23/9/1983 - 2896/10 md.; İptal: Anayasa Mahkemesinin 17/12/2002 tarihli ve E.:2000/75, K.:2002/200 sayılı Kararı ile; Yeniden düzenleme: 17/6/2004-

5192/1 md.) Yukarıdaki fıkrada belirtilen bina ve tesislerin hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda veya hususi ormanlarda yapılmak istenmesi halinde de Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir. Bu takdirde kullanım bedeli, süresi, yapılan bina ve tesislerin devri gibi hususlar genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit edilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 14.6.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine 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. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz konusu fıkranın *"Yukarıdaki fıkrada belirtilen bina ve tesislerin, yükseköğretim kurumlarınca veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebilir."* biçimindeki birinci cümlesi, aynı maddenin üçüncü fıkrasına atıfta bulunmak suretiyle üçüncü fıkrada yer alan bina ve tesislerin tamamı yönünden geçerli ortak bir düzenleme getirmektedir. "*Gerçek veya özel hukuk*

tüzel kişileri ya da vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hariç olmak üzere; yükseköğretim kurumlarına eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması için bu Kanunun 17 nci maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre orman sayılan alanlardan bedelli izin verilebilir. Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir. Verilen bu izinlerden ağaçlandırma ve arazi izin bedeli dışında herhangi bir bedel alınmaz." biçimindeki üçüncü fıkra göz önünde bulundurulduğunda itiraz konusu cümlenin iki tür bina ve tesisi kapsadığı anlaşılmaktadır. Bunlar, eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ile yurt binalarıdır.

4. Başvuru kararı incelendiğinde eğitim ve araştırma tesislerinin yapımına izin verilmesi sürecinde 6831 sayılı Kanun'un 17. maddesine atıfta bulunulması sebebiyle bu tesislerin yapımına izin verilebilmesi için kamu yararı ve zaruret unsurlarının varlığının gerektiği, buna karşılık yurt binalarının yapımına izin verilmesi aşamasında 17. maddeye atıfta bulunulmadığı, bu itibarla yurt binalarının yapımına izin verilirken kamu yararı ve zaruret koşullarının aranmayacağı, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunun iddia edildiği görülmektedir. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme tarafından eğitim ve araştırma tesislerinin yapımına izin verilmesi sürecine yönelik bir Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmaması, Anayasa'ya aykırılık iddiasının yalnızca yurt yapımıyla sınırlandırılmış olması, itiraz konusu kuralın, üçüncü fıkrada yer alan bina ve tesislerin tamamı yönünden geçerli ortak kural niteliği taşıması nedeniyle itiraz konusu fıkranın birinci cümlesine ilişkin esas incelemenin, başvuru kararının konusu gözetilerek aynı maddenin üçüncü fıkrasının *"Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir."* biçimindeki ikinci cümlesi yönünden yapılması gerekir.

5. Öte yandan itiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu dava, Hususi Ormanlar ve Hükmi Şahsiyeti Haiz Amme Müesseselerine Ait Ormanlar Yönetmeliği'nin 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesi ile (5) ve (8) numaralı fıkralarının iptalleri talebini içermektedir. Söz konusu düzenlemeler; enerji nakil hattı, haberleşme, su isale hattı, doğalgaz hattı, kanalizasyon, yol şebeke planındaki yollar ile Kanun'un 17. maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik izinlerin yüzde altılık yapılaşma sınırına dâhil olmadığını; hususi ormanlarda ve kamu tüzel

kişilerine ait ormanlarda Kanun'un ek 9. maddesinin dördüncü fıkrasına göre yükseköğretim kurumlarının eğitim ve araştırma maksatlı tesislerine ve izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla izin verilebileceğini; izin verilen alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğal gaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ile Kanun'un 17. maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik olarak verilen izinler hariç olmak üzere, binaların taban alanları toplamının, izne konu orman sayılan alanın yüzde on beşini geçemeyeceğini; yer altında inşa edilecek tesislerin yüzeye isabet eden izdüşümleri için izin alınacağını ve dört metrenin altında inşa edilecek tesislerin yüzde altılık yapılaşma sınırına dâhil olmadığını öngörmektedir.

6. Buna karşılık Kanun'un ek 9. maddesinin itiraz konusu dördüncü fıkrası, anılan davaya konu düzenlemelerin bir kısmının yanı sıra ek 9. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen bina ve tesislerin yükseköğretim kurumlarınca veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce özel ormanlar ile kamu tüzel kişilerine ait ormanlarda yapılmasına Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilmesi hâlinde kullanım bedeli, süresi, yapılan bina ve tesislerin devri gibi hususların ne şekilde belirleneceğini öngören düzenlemeye yer vermektedir. Söz konusu hükmün başvuran Mahkemedeki dava konusu düzenlemelerle bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle itiraz konusu dördüncü fıkranın ikinci cümlesinin bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Başvurunun, mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

7. 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, bir davaya bakmakta olan mahkemenin bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda, iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarının açıklanması gerektiği belirtilmiş ve anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında ise açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hükme bağlanmıştır.

8. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de itiraz yoluna başvuran Mahkemenin gerekçeli kararında, Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine İçtüzüğün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de, Anayasa Mahkemesince yapılan ilk incelemede, başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse itiraz yoluna ilişkin işlerde esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine karar verileceği; (2) numaralı fıkrasında ise anılan (b) bendi uyarınca verilen kararın, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin eksiklikleri tamamlayarak yeniden başvurmasına engel olmadığı belirtilmiştir.

9. Yapılan incelemede itiraz yoluna başvuran Mahkeme tarafından 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinin itiraz konusu dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinin *"…binaların taban alanları toplamı, izne konu orman sayılan alanın yüzde onbeşini geçemez."* bölümünün hangi nedenlerle Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmediği anlaşılmıştır. Başvuru kararında yer alan ilgili gerekçelerin tamamı, bina ve tesis yapımına izin verilen alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğal gaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ile Kanun'un 17. maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik izinlerin, yüzde on beş olarak öngörülen yapılaşma oranına dâhil edilmemesine ilişkin olup binaların taban alanları toplamının izne konu orman sayılan alanın yüzde on beşini geçemeyeceğini öngören hükme yönelik herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir.

10. Buna göre 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasına aykırı olduğu anlaşılan, 6831 sayılı Kanun'un ek 9. maddesinin üçüncü cümlesinin *"…binaların taban alanları toplamı, izne konu orman sayılan alanın yüzde onbeşini geçemez."* bölümüne yönelik başvurunun 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

11. Açıklanan nedenlerle 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ek 9. maddesine, 19.4.2012 tarihli ve 6292 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen dördüncü fıkranın;

A. Birinci cümlesinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin aynı maddenin üçüncü fıkrasının *"Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir."* biçimindeki ikinci cümlesi yönünden yapılmasına,

B. İkinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

C. Üçüncü cümlesinin;

1. *"…binaların taban alanları toplamı, izne konu orman sayılan alanın yüzde onbeşini geçemez."* bölümüne yönelik başvurunun 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından, esas incelemeye geçilmeksizin REDDİNE,

2. Kalan bölümünün ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

12. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un Ek 9. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Birinci Cümlesinin Aynı Maddenin Üçüncü Fıkrasının İkinci Cümlesi Yönünden İncelenmesi

1. Anlam ve Kapsam

13. 6831 sayılı Kanun'un 17. maddesinin üçüncü fıkrasında kamu yararı ve zaruret olması hâlinde savunma, ulaşım, enerji, haberleşme, su, atık su, petrol, doğal gaz, altyapı, katı atık bertaraf ve düzenli depolama tesislerinin; baraj, gölet, sokak hayvanları bakımevi ve mezarlıkların;

devlete ait sağlık, eğitim, adli hizmet ve spor tesisleri ile ceza infaz kurumlarının ve bunlarla ilgili her türlü yer ve binanın devlet ormanları üzerinde bulunmasına veya yapılmasına gerçek ve tüzel kişilere bedeli karşılığında Orman ve Su İşleri Bakanlığınca (Bakanlık) izin verilebileceği düzenlenmiştir.

14. Söz konusu maddenin dördüncü fıkrasında ise bu tür bina ve tesislerin kamu tüzel kişilerine ait ormanlarda veya özel ormanlarda da yapılmasına Bakanlık tarafından izin verilebileceği hükme bağlanmıştır.

15. Kanun'un ek 9. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla; gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hâricindeki yükseköğretim kurumlarına eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması için Kanun'un 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki esaslara göre, bir başka deyişle kamu yararı ve zaruret olması hâlinde devlet ormanı sayılan alanlardan bedelli izin verilebileceği, ayrıca izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla da izin verilebileceği düzenlenmiştir. Böylece Kanun'un 17. maddesinde belirtilmemesi nedeniyle öncesinde izin verilemeyen yükseköğretim seviyesindeki eğitim ve araştırma tesisleri ile yurtların devlet ormanlarında yapımına izin verilebilmesi mümkün hâle gelmiştir.

16. Kanun'un ek 9. maddesine eklenen dördüncü fıkrayla eğitim ve araştırma tesisleri ile yurtların özel ormanlar ile kamu tüzel kişilerine ait ormanlarda da yapımına izin verilebileceği hükme bağlanmıştır.

17. İtiraz konusu kural, Kanun'un ek 9. maddesinin dördüncü fıkrasının *"Yukarıdaki fıkrada belirtilen bina ve tesislerin, yükseköğretim kurumlarınca veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğünce özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi hâlinde Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebilir."* biçimindeki birinci cümlesinin aynı maddenin üçüncü fıkrasının, *"Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir."* şeklindeki ikinci cümlesi yönünden incelenmesine ilişkindir.

2. İtirazın Gerekçesi

18. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralla kamu yararı ve zorunluluk hâli aranmaksızın yükseköğretim kurumlarına veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne özel orman ve kamu tüzel kişilerine ait orman arazileri üzerinde yurt yapımı amacıyla izin verilmesinin mümkün kılındığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

19. Anayasa'nın 169. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında *"Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir./ Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz./ Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz."* denilmektedir.

20. Anayasa'nın anılan maddesinin birinci fıkrasında, devlete ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunların çıkarılması görevi verilmiştir. Keza maddenin üçüncü fıkrasında, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca söz konusu maddenin ikinci fıkrasında, kamu yararının bulunması hâlinde devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olabileceği belirtilmektedir. Buna göre devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olması için kamu yararının bulunması zorunludur. Anayasa, devlet ormanları üzerinde özel mülkiyete izin vermemekte; sadece kamu yararının bulunması hâlinde irtifak hakkı tesis edilmesine olanak tanımaktadır. Önemli olan husus, bu hizmetlere ilişkin bina ve tesislerin devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasındaki kamu yararının orman arazisinin bu hizmetlere tahsisini zorunlu hâle getirmesidir. Bu kapsamda kamu yararının

zorunlu kıldığı hâllerin talep edilen faaliyetin orman ekosistemi dışında gerçekleştirilmesi imkânı bulunup bulunmadığı hususu gözetilmek suretiyle belirlenmesi gerekir.

21. Anayasa'nın 169. maddesinde herhangi bir ayrıma gidilmeksizin tüm orman çeşitleri bakımından devlete koruma ve genişletme için gerekli kanunları koyma ve tedbirleri alma yükümlülüğünün verilmiş olması, bütün ormanların gözetiminin devlete ait olması ve hangi çeşit olursa olsun ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceğinin hükme bağlanmış olması karşısında devlet ormanlarının işletilmesinde gözetilmesi gereken anayasal ilkelerin, özel ormanlar ile kamu tüzel kişilerine ait ormanlar yönünden de geçerli olacağı açıktır. Bu çerçevede tüm ormanların orman olarak işletilmeleri esas olup kısmen de olsa farklı şekilde işletilebilmelerine izin verilebilmesi Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 tarihli ve E.2000/75, K.2002/200; 7.5.2007 tarihli ve E.2006/169, K.2007/55; 22.11.2007 tarihli ve E.2004/67, K.2007/83 sayılı kararlarında da belirtildiği üzere ancak kamu yararı ve zorunluluk hâlinin varlığına bağlıdır.

22. İtiraz konusu kural, özel ormanlar ve kamu tüzel kişilerine ait ormanlarda eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması için Kanun'un 17. maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre izin verilen, gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hâricindeki yükseköğretim kurumlarına veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne, eğitim ve araştırma maksatlı tesislerin yapımı için izin verilmiş olan bu alan içinde yurt yapılması maksadıyla Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin verilebileceğini öngörmektedir.

23. Kuralın atıfta bulunduğu aynı maddenin üçüncü fıkrasında, gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları hâricindeki yükseköğretim kurumlarına eğitim ve araştırma maksatlı tesisler yapılması için orman sayılan alanlardan izin verilmesi konusunda Kanun'un 17. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen esasların gözetileceği ve izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu

Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebileceği hükme bağlanmıştır. Kanun'un atıfta bulunulan 17. maddesinin üçüncü fıkrasında da belirli binaların devlet ormanları üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zorunluluk hâlinin olması gerektiği belirtilmiştir.

24. Söz konusu düzenlemeler ve atıflar gözetildiğinde yurt yapımına izin verilebilmesi için öncelikle o alanda eğitim ve araştırma maksatlı tesislerin yapımına ilişkin bir iznin varlığının gerekliliği, eğitim ve araştırma maksatlı tesislerin yapımına dair iznin verilebilmesi için de somut olayda kamu yararı ve zorunluluk şartlarının bulunmasının gerektiği, eğitim ve araştırma maksatlı tesislere yönelik verilen iznin devamı niteliğinde olması nedeniyle yurt yapımına dair izinlerde de Kanun'un 17. maddesinin üçüncü fıkrası esaslarının geçerli olacağı, bu bağlamda yurt binalarının yapımında da kamu yararı ve zorunluluk hâlinin varlığının aranacağı ve devamında anılan koşulların bulunup bulunmadığının idari yargı mercilerince de gözetilerek bunlardan herhangi birinin yokluğu durumunda yurt yapımına ilişkin iznin iptal edileceği açıktır.

25. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 169. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

26. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

B. Kanun'un Ek 9. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Üçüncü Cümlesinin *"İzin verilen alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğalgaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ve yine bu Kanunun 17 nci maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinler hariç olmak üzere,…"* Bölümünün İncelenmesi

1. İtirazın Gerekçesi

27. Başvuru kararında özetle, eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ile yurtların yapımına yönelik olarak verilen izinler kapsamında inşa edilecek binaların taban alanları toplamının izne konu orman sayılan arazinin

yüzde on beşini geçemeyeceğine ilişkin kuraldan yol, otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğal gaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesislerinin ve Kanun'un 17. maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinlerin hâriç tutulduğu, bu itibarla orman arazisinin tamamında inşaat yapılmasının önünün açıldığı, bu durumun Anayasa'yla devlete verilen ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

28. Kanun'un ek 9. maddesine eklenen dördüncü fıkrayla eğitim ve araştırma tesisleri ile yurtların özel ormanlar ile kamu tüzel kişilerine ait ormanlarda da yapımına izin verilebileceği ancak izin verilen alandaki binaların taban alanları toplamının itiraz konusu kuralda belirtilen istisnalar haricinde izne konu orman sayılan alanın yüzde on beşini geçemeyeceği belirtilmektedir.

29. İtiraz konusu kural, özel ormanlar ve kamu tüzel kişilerine ait ormanların izin verilen alanında yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğal gaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ile Kanun'un 17. maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinlerin yüzde on beşlik yapılaşma sınırı kapsamında olmamasını öngörmektedir.

30. Kural uyarınca yapılaşma sınırına dâhil olmayan tesisler; yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğal gaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ile Kanun'un 17. maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinlerdir. Kanun'un 17. maddesine göre genel kamu hizmetlerine ilişkin izinler hâriç olmak üzere yapılaşma sınırına tabi olmayan söz konusu tesislerin tamamı, eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ile yurt binalarının temel ihtiyaçlarını gidermeye yönelik olup eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ile yurt binalarının bütünleyicisi

ya da eklentisi konumundadır. Bu itibarla yapılaşma sınırı kapsamında olmayan anılan tesislerin büyüklük ve yoğunlukları, bütünleyicisi ya da eklentisi olarak tabi oldukları eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ile yurt binalarının kapasiteleriyle orantılı ve sınırlı olacaktır. Fonksiyon itibarıyla kendisine tabi olunan eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ile yurt binalarının ise yüzde on beşlik yapılaşma sınırı kapsamında olduğu da göz önünde bulundurulduğunda yapılaşma sınırı kapsamı dışında bırakılan tesislerin ormanın bütünlüğüne zarar vermeyecek nitelikte oldukları açıktır.

31. Öte yandan Kanun'un 17. maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına göre yapımlarına izin verilmiş olan eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ile yurt binalarının bütünleyicisi ya da eklentisi konumunda olmaları nedeniyle yapılaşma sınırı kapsamında olmayan anılan tesislerin inşa edilmelerine izin verilebilmesi için de kamu yararı ve zorunluluk hâlinin varlığının aranacağı tabiidir.

32. Kanun'un 17. maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik izinlerin ise ancak söz konusu maddede sınırlı olarak sayılmış belirli konularla ilgili bina ve tesislerin orman üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zorunluluk bulunması hâlinde verilebilmesinin mümkün olduğu, bu izinlerin konusunun Kanun'un ek 9. maddesi uyarınca yapımına izin verilen eğitim ve araştırma maksatlı tesisler ile yurt binalarından farklı olduğu ve ek 9. maddede kapsamında yapılabilecek bina ve tesisler göz önünde bulundurulmak suretiyle yapılaşma sınırının yüzde on beş olarak belirlendiği gözetildiğinde 17. maddeye göre genel kamu hizmetlerine yönelik olarak verilen izinlerin ek 9. madde uyarınca yapımına izin verilebilecek farklı konulardaki bina ve tesisler için öngörülmüş yapılaşma sınırına dâhil edilmemesinde Anayasa'ya aykırı bir yön görülmemiştir.

33. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 169. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

34. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

IV. HÜKÜM

31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ek 9. maddesine, 19.4.2012 tarihli ve 6292 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen dördüncü fıkranın;

A. Birinci cümlesinin, aynı maddenin üçüncü fıkrasının *"Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir."* biçimindeki ikinci cümlesi yönünden,

B. Üçüncü cümlesinin *"İzin verilen alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz, spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğalgaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ve yine bu Kanunun 17 nci maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinler hariç olmak üzere,…"* bölümünün,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 13.12.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu'nun ek 9. maddesine 19.4.2012 tarihli ve 6292 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen dördüncü fıkranın birinci cümlesinin konusu olan tesisler, birinci cümlenin *"yukarıdaki fıkrada"* denilmek suretiyle atıf yaptığı üçüncü fıkrada belirtilmiş olup; bunlar *"… yükseköğretim kurumlarına eğitim ve araştırma maksatlı tesisler …"* ve *"… izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması …"* maksadıyla izin verilen yerlerdir. İptal istemine konu kuralda, bunların *"… özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda yapılmak istenmesi halinde Orman ve Su İşleri Bakanlığınca izin …"* verilebileceği öngörülmektedir.

2. Yukarıda belirtilen izinlerin verilmesinin, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 17. maddesinin üçüncü fıkrası esaslarına bağlı olacağı kuralda ifade edilmiş ise de; 25/6/2010 tarihli ve 6001 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişik birinci cümlesinin *"… her türlü yer ve binanın* Devlet ormanları *üzerinde bulunması veya yapılmasında kamu yararı ve zaruret olması halinde, … Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir"* şeklinde belirlediği esasın sadece devlet ormanlarına ilişkin olduğu, buna karşılık *"… özel ve hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar…"* hakkında farklı bir düzenleme bulunduğu anlaşılmaktadır.

3. Bahse konu birinci cümle, aynı maddenin üçüncü fıkrasının *"Ayrıca, izin verilen bu alan içinde izin sahibi yükseköğretim kurumuna veya Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğüne yurt yapılması maksadıyla bedelli izin verilebilir"* biçimindeki ikinci cümlesi yönünden incelendiğinde, sonuç olarak, daha önce orman sayılan yerlerde yapılması mümkün olmayan yurtların yapılabilir hale geldiği, bunun da kamu yararı amacıyla yasa koyucunun takdir alanı içinde kaldığı öne sürülebilir.

4. Ancak, yine iptali istenen dördüncü fıkranın üçüncü cümlesinin *"İzin verilecek alanda yapılacak yol ve açık olarak düzenlenen; otopark, garaj, havuz spor alanları ve benzeri tesisler ile enerji nakil hattı, su isale hattı, haberleşme, doğalgaz hattı, kanalizasyon gibi her türlü altyapı tesisleri ve yine bu Kanunun 17 nci maddesine göre genel kamu hizmetlerine yönelik verilen izinler hariç olmak*

üzere …" bölümünde, 17. maddeye göre yapılaşma sınırı olan yüzde 15 oranının bahse konu yerlere uygulanmayacağı öngörülmektedir.

5. Buna göre, eğitim kurumu ve yurt binasının kendisi yüzde 15'lik sınıra dahil olsa bile, bunlara ait yan veya tamamlayıcı ihtiyaçları gidermeye yönelik alanlar bu sınıra dahil olmayacağı anlaşılmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse, sözgelimi, zemin alanı 500 metrekare olan bir yurt binası için futbol sahası, diğer açık veya kapalı spor tesisleri gibi 6000-7000 metrekare alana yayılan yerler, sınırlamaya tabi olmaksızın yapılabilecektir. Sınırsız büyüklükte orman alanının ortadan kaldırılmasına imkan veren, başka bir deyişle orman alnı içinde adeta küçük bir şehir kurulmasına varabilecek olan bahse konu düzenlemeler, Anayasa'nın 169. maddesiyle Devlete verilen *"ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak"* göreviyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenle çoğunluk görüşlerine katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2016/14
Karar Sayısı : 2017/170
Karar Tarihi : 13.12.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Samsun Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: A. 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun;

1. 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…*ilan yolu*…" ibaresinin,

2. 101. maddesinin,

3. 102. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "…*ilan yolu*…" ibaresinin,

4. 103. maddesinin,

B. 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesine, 4.6.2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen ikinci ve üçüncü fıkralarının

Anayasa'nın 2., 36., 40. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Mükellefiyet kaydı resen silinen şirketten tahsil edilemeyen kamu borçları nedeniyle şirketin eski ortağı adına düzenlenen ödeme emrinin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. 213 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı;

1. 93. maddesi şöyledir:

"Tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup, hüküm ifade eden bilümum vesikalar ve yazılar adresleri bilinen gerçek ve tüzel kişilere posta vasıtasiyle ilmühaberli taahhütlü olarak, adresleri bilinmiyenlere ***ilan yolu*** *ile tebliğ edilir."*

Şu kadar ki, ilgilinin kabul etmesi şartiyle, tebliğin daire veya komisyonda yapılması caizdir."

2. 101. maddesi şöyledir:

"Bu kanuna göre bilinen adresler şunlardır:

1. Mükellef tarafından işe başlamada bildirilen adresler;

2. Adres değişikliğinde bildirilen adresler;

3. İşi bırakmada bildirilen adresler;

4. Vergi beyannamelerinde bildirilen adresler;

5. Yoklama fişinde tesbit edilen adresler;

6. (Değişik: 23/6/1982 - 2686/18 md.) Vergi mahkemesinde dava açma dilekçelerinde ve cevaplarında gösterilen adresler;

7. Yetkili memurlar tarafından bir tutanakla tesbit edilen adresler (İlgilinin tutanakta imzası bulunmak şartiyle);

8. Bina ve arazi vergilerinde komisyonlarca tahrir varakalarında tesbit edilen adresleri.

Mektupların gönderilmesinde bu adreslerden tarih itibariyle tebligat yapacak makama en son olarak bildirilmiş veya bu makamca tesbit edilmiş olanı nazara alınır."

3. 102. maddesi şöyledir:

"Tebliğ olunacak evrakı muhtevi zarf posta idaresince muhatabına verilir ve keyfiyet muhatap ile posta memuru tarafından taahhüt ilmühaberine tarih ve imza konulmak suretiyle tesbit olunur.

Muhatabın zarf üzerinde yazılı adresini değiştirmesinden dolayı bulunamamış olması halinde posta memuru durumu zarf üzerine yazar ve mektup posta idaresince derhal tebliği yaptıran daireye geri gönderilir.

Muhatabın geçici olarak başka bir yere gittiği, bilinen adresinde bulunanlar veya komşuları tarafından bildirildiği takdirde keyfiyet ve beyanda bulunanın kimliği tebliğ alındısına yazılarak altı beyanı yapana imzalatılır. İmzadan imtina ederse, tebliği yapan bu ciheti şerh ve imza eder ve tebliğ edilemiyen evrak çıkaran mercie iade olunur.

Bunun üzerine tebliği çıkaran merci tarafından tayin olunacak münasip bir süre sonra yeniden tebliğ çıkarılır. İkinci defa çıkarılan tebliğ evrakı da aynı sebeple tebliğ edilemiyerek iade olunursa tebliğ ***ilan yolu*** *ile yapılır.*

Muhatap imza edecek kadar yazı bilmez veya her hangi bir sebeple imza edemiyecek durumda bulunursa sol elinin baş parmağı bastırılmak suretiyle tebliğ olunur.

Muhatap tebelluğdan imtina ederse tebliğ edilecek evrak önüne bırakılmak suretiyle tebliğ edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı işlemler komşularından bir kişi veya muhtar veya ihtiyar heyeti üyelerinden biri veyahut bir zabıta memuru huzurunda icra ve keyfiyet taahhüt ilmühaberine yazılarak tarih ve imza vaz'edilmek ve hazır bulunanlara da imzalatılmak suretiyle tesbit olunur."

4. 103. maddesi şöyledir:

"Aşağıda yazılı hallerde tebliğ ilan yoliyle yapılır.

1. Muhatabın adresi hiç bilinmezse;

2. Muhatabın bilinen adresi yanlış veya değişmiş olur ve bu yüzden gönderilmiş olan mektup geri gelirse;

3. Başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa;

4. Yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa."

B. 6183 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralların yer aldığı 35. maddesi şöyledir:

"Limited şirket ortakları, şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olurlar ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulurlar.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/3 md.) Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.

(Ek fıkra: 4/6/2008-5766/3 md.) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 16.3.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Elif KARAKAŞ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. 213 Sayılı Kanun'un 101. Maddesinin İncelenmesi

1. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralın tebligatın ilgilisine ulaştırılması açısından etkili ve yeterli olmadığı, kurala göre bilinen adreslere yapılan tebligatın uygulamada önemli ölçüde muhatabına ulaşmadığı zira bu adreslerin büyük bir kısmının mükellefin bildirimine bağlanmış adresler olduğu, vergi dairesince muhatap hakkında tesis edilen işlemlerin muhatabına ulaşmayan tebligat nedeniyle dava açma yoluna gidilemeden kesinleştiği, adrese dayalı kayıt sistemi ile insanların güncel adreslerinin bulunmasının daha kolay hâle geldiği, iletişim çağını yaşadığımız günümüz teknolojisi imkânlarının kullanılarak kişilerin haklarındaki işlemlerden haberdar edilmesi ve bunlarla ilgili olarak hukuki yollara başvurma hakkının genişletilmesinin hukuk devleti ilkesi ve mahkemeye erişim hakkının gereği olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. İtiraz konusu kural ile vergi dairesince mükellefe veya ceza sorumlusuna yapılacak tebliğlerde esas alınacak adreslere ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kuralda; bu Kanun'a göre bilinen adreslerin mükellef tarafından işe başlamada bildirilen adresler, adres değişikliğinde bildirilen adresler, işi bırakmada bildirilen adresler, vergi beyannamelerinde bildirilen adresler, yoklama fişinde tespit edilen adresler, vergi mahkemesinde dava açma dilekçelerinde ve cevaplarında gösterilen adresler, yetkili memurlar tarafından bir tutanakla tespit edilen adresler, bina ve arazi vergilerinde komisyonlarca tahrir varakalarında tespit edilen adresler oldukları belirtilmiş ve mektupların gönderilmesinde bu adreslerden tarih itibarıyla tebligat yapacak makama en son olarak bildirilmiş veya bu makamca tespit edilmiş olanının nazara alınacağı hüküm altına alınmıştır.

5. Anayasa'nın 2. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik hukuk devleti olduğu güvence altına alınmıştır. 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

6. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, bir temel hak olduğu gibi diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

7. Tebligat, hukuki işlemlerin yetkili makamlarca kanuna uygun şekilde muhatabına ya da muhatap adına kabule kanunen yetkili kılınanlara yazılı olarak bildirimi ve bu bildirimin usulüne uygun olarak yapıldığının belgelendirilmesi işlemidir. Hukuki işlemlerin kendilerine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi, bu işlemlerin muhatabına bildirilmesine bağlıdır. Dolayısıyla tebliğde esas olan, hak ve menfaatini ilgilendiren tebliğ konusundan muhatabının haberdar edilmesidir.

8. Anayasa'nın 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilip idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı öngörülmüştür. Usulüne uygun olarak yapılan tebligat, Anayasa'da güvence altına alınmış olan iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesinin ve bireylere tanınan hak arama hürriyetinin önemli güvencelerinden biridir.

9. Kanun koyucu, itiraz konusu kural ile vergilendirmeyi ilgilendiren ve hüküm ifade eden hususların yetkili makamlar tarafından muhatabına bildirilmesi için tebliğde esas alınacak adresin belirlenmesinde kaynakları farklı olmakla birlikte birçoğu mükelleflerin bildirimine dayanan çeşitli

adresleri sayma yoluyla göstermiştir. Kuralın ikinci fıkrasına göre tebligatın sayılan adreslerden tebligat yapacak olan makama en son bildirilmiş veya bu makamca tespit edilen adrese yapılması gerekmektedir.

10. İtiraz konusu kuralın idarenin çeşitli kaynaklardan elde etme imkânına sahip olduğu adresler arasından muhatabın en son ve güncel adresinin tespit edilerek tebliğ evrakının muhatabına ulaştırılmasını sağlamak amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Böyle bir düzenleme anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

11. Vergi Usul Kanunu'nun 157. ve 158. maddeleri ile mükelleflere, bilinen iş veya ikamet yeri adreslerinin değişmesi ve iş değişiklikleri söz konusu olduğunda yeni adreslerini vergi dairesine bildirme zorunluluğu yüklenmiştir. Adres değişikliklerinin bir aylık sürede bildirilmemesi hâlinde ise aynı Kanun'un 352. maddesi uyarınca vergi dairelerince mükellefler adına ikinci derece usulsüzlük cezası uygulanacağı kural altına alınmıştır. Kanun koyucu tarafından kural altına alınan bu tedbirlere mükelleflerce uyulduğu takdirde bu adreslere yapılacak tebligatın muhataba ulaşmada etkisizliğinden söz edilemeyeceği tartışmasızdır.

12. Kaldı ki mükelleflerin haklarındaki işlemlerden haberdar olabilmesini sağlayacak en elverişli adreslerden birinin bizzat kendilerinin vergisel yükümlülüklerin ifası sırasında ya da adres değişikliği söz konusu olduğunda vergi dairesine bildirecekleri güncel adreslerinin olduğu açıktır.

13. Öte yandan bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusu bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

14. Bunun yanında itiraz konusu kuralın yürürlüğe girmesinden çok sonra mevzuatımızda yerini alarak uygulanmaya başlanan adrese dayalı kayıt sisteminin ve bu sistemde kayıtlı gerçek kişilerin ikametgâh adresinin kuralın uygulanması sırasında dikkate alınıp alınamayacağı hususu yargı mercilerinin takdirine bağlı olup bu konuda yasal bir engel bulunmamaktadır.

15. Bu bağlamda kamu yararı amacıyla ve anayasal sınırlar içinde kullanılan takdir hakkı kapsamında düzenlendiği anlaşılan itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yönü olmadığı gibi hak arama hürriyetini daraltan ya da ortadan kaldıran bir niteliği de bulunmamaktadır.

16. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

B. 213 Sayılı Kanun'un 93. ve 102. Maddelerinde Yer Alan "…*ilan yolu*…" İbareleri ile 103. Maddesinin İncelenmesi

1. Uygulanacak Kural Sorunu

17. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine 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. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

18. Başvuran Mahkeme 213 sayılı Kanun'un 103. maddesinin iptalini talep etmiştir.

19. Kanun'un 103. maddesinde, tebliğin ilan yoluyla yapılacağı hâller 4 bent hâlinde sayılmıştır. (1) numaralı bentte, muhatabın adresinin hiç bilinmemesi; (2) numaralı bentte, muhatabın bilinen adresinin yanlış veya değişmiş olması ve bu yüzden gönderilmiş olan mektubun geri gelmesi; (3) numaralı bentte, başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkân bulunmaması; (4) numaralı bentte ise yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkân bulunmaması hâllerine yer verilmiştir.

20. Başvuran mahkemede görülmekte olan davada, mükellefiyet kaydı resen silinen şirket adresine yapılmaya çalışılan tebligatın adresin kapalı olması nedeniyle gerçekleştirilemeyerek evrakın merciine iade edildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla (1), (2) ve (4) numaralı bentlerin somut olaydaki durumla örtüşmemesi nedeniyle uyuşmazlıkta uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu bentler yönünden başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

21. Açıklanan nedenlerle 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 103. maddesinin birinci fıkrasının (1), (2) ve (4) numaralı bentlerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

2. İtirazın Gerekçesi

22. Başvuru kararında özetle, ilan yoluyla tebliğin Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen yazılı bildirim niteliğini taşımadığı, tebliğ edilen işleme karşı hangi kanun yollarına, hangi mercilere hangi sürelerde başvurabileceği hususlarının söz konusu tebliğ yolunda belirtilmesinin mümkün olmadığı, ilanen tebliğ yoluna önemli hukuki sonuçlar bağlanmasına karşılık bu yola başvurulması ile muhatabın hakkındaki işlemden haberdar olmasının neredeyse imkânsız olduğu zira idarece hakkında ne zaman işlem tesis edileceğini bilmesi mümkün olmayan bir kişinin ne zaman ve nerede yayımlanacağını bilmediği bir ilanı takip etmesinin ve bu şekilde işlemden haberdar olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, bu durumun mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırdığı, ilan yolu ile tebliğ yerine günümüzün teknolojik imkânlarının kullanılmasının ya da muhatabın birinci dereceden yakınlarından başlamak üzere yakınlara yapılacak tebligat ile muhatabın haberdar edilmesinin daha elverişli olduğu belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 36., 40. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

23. İtiraz konusu kurallardan 93. madde, tahakkuk fişinden gayri, vergilendirme ile ilgili olup hüküm ifade eden bilumum vesikalar ve

yazıların adresleri bilinmeyenlere tebliğinin *"ilan yolu"* ile yapılacağını; 102. maddenin dördüncü fıkrası, tebliği çıkaran merci tarafından tayin olunacak münasip bir süre sonra ikinci defa tebliğe çıkarılan tebliğ evrakının aynı sebeple tebliğ edilemeyerek iade olunması hâlinde tebliğin *"ilan yolu"* ile yapılacağını; 103. maddenin (3) numaralı bendi ise başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkân bulunmaması hâlinde tebliğin "*ilan yolu"* ile yapılacağını düzenlemektedir.

24. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*" başlıklı 40. maddesinin ikinci fıkrasında; devletin işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu, "*Yargı yolu*" başlıklı 125. maddesinin üçüncü fıkrasında da idarî işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı öngörülmüştür.

25. Vergi hukukunun kendine özgü nitelikleri, vergilendirme işlemlerinin bireylerin temel hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi ve devletin ekonomik, sosyal veya mali politikalarını gerçekleştirebilmesi amacıyla vergi alacağını sorunsuz bir şekilde tahsil edebilmesi bakımından vergi idaresince yapılacak tebliğ işlemlerinin belirli bir düzen dâhilinde işlemesi ve muhatabına ulaşacak şekilde sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda vergilendirme sürecinin aşamalarından biri olan tebliğ konusunda hangi usul kurallarının belirleneceği anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

26. İtiraz konusu kurallar incelendiğinde ilan yolu ile tebliğin muhatabın adresinin bilinmemesi, mutat tebliğ yolu olan posta yolu ile bilinen adreslere tebliğin iki kez denenip aynı sebeple sonuç alınamaması veya başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkân bulunmaması üzerine muhatabın itiraz etme ya da dava açma gibi tebliğ tarihinden itibaren başlayan birtakım haklarını kaybetmemesi amacıyla başvurulan bir yöntem olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda kuralların kamu yararına aykırı olduğu söylenemez. İtiraz konusu kuralların belirtilen amacı etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ise anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

27. İlan yolu ile tebliğin uygulanması birtakım şekil şartlarına tabidir. 213 sayılı Kanun'un 104. maddesinde düzenlenen bu şartlara göre ilan yazısının asılacağı vergi dairesi, gönderileceği muhtarlık ve yayımlanacağı gazetelerin belirlenmesinde muhatabın bağlı olduğu vergi dairesi ile bilinen son adresi esas alınır. Söz konusu şekil şartları muhatabın ilandan haberdar edilmesini mümkün olduğunca sağlamaya yönelik güvence oluşturmaktadır.

28. Bu bağlamda ilan yolu ile tebliğin mutat yollarla tebliğin imkânsız olduğu hâllere münhasıran getirildiği, tebliğ imkânsızlığının büyük ölçüde mükelleflerin kanuni yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklandığı ve ilan yolu ile tebliğ yönteminin ilanın muhataba ulaşmasını sağlamaya elverişli yasal güvenceler içerdiği anlaşıldığından itiraz konusu kurallarda hukuk devleti ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırılıktan söz edilemez.

29. Anayasa'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrasında, idari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden başlayacağı vurgulanarak ilgilinin hakkında tesis edilen işlemin içeriğinden haberdar edilmesi ve bu yolla işleme karşı kullanabileceği dava açma hakkının korunması amaçlanmıştır. Posta ya da memur eliyle tebliğ usulünün aksine ilan yolu ile tebliğ usulü yazılı bildirim türleri içinde yer almamaktadır. Bununla birlikte ilan yolu ile tebliğin posta ya da memur eliyle tebliğin denenip de sonuç alınamadığının veya muhatabın adresinin bilinmemesi yahut başkaca sebeplerle tebliğin imkânsızlığının kesin olarak tespit edildiği noktada başvurulması gereken ikincil bir tebliğ yöntemi olduğunun vurgulanması gerekir. Bir başka ifadeyle yazılı bildirim yapılabilmesi muhatabın güncel adresinin bilinmesine bağlıdır. Bilinen son adresinde mükellefe yazılı bildirimde bulunmak üzere gerekli işlemlerin yapılmasına rağmen başarılı olunamaması hâlinde, bir başka deyişle yazılı bildirim yerine bir seçenek olarak değil yazılı bildirimin imkânsızlığı nedeniyle bir zorunluluk olarak uygulanan ilan yolu ile tebliğ yönteminde ve bu yöntemin uygulanmasına ilişkin itiraz konusu kurallarda Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

30. Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasıyla devlete verilen görev, işlemlerinde ilgili kişilerin bu işlemlere karşı başvurabilecekleri

kanun yollarının, mercilerin ve bunların sürelerinin belirtilmesi görevidir. Bu hususlara ilanen tebliğ usulünde yer verilmesine yasal bir engel bulunmamaktadır. Bu itibarla itiraz konusu kurallarda Anayasa'nın 40. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

31. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 36., 40. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

C. 6183 Sayılı Kanun'un 35. Maddesine 5766 Sayılı Kanun'la Eklenen İkinci ve Üçüncü Fıkraların İncelenmesi

1. Uygulanacak Kural Sorunu

32. 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasında, limitet şirket ortaklarının şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacakları ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacakları; itiraz konusu ikinci fıkrasında, ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi hâlinde payı devreden ve devralan şahısların devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulacağı; üçüncü fıkrasında da amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları hâlinde bu şahısların amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulacağı düzenlenmektedir.

33. Başvuran Mahkemede görülmekte olan dava, devir tarihinden önce doğmakla birlikte devir tarihi itibarıyla henüz vadesi gelmemiş ve idarece resen yapılan tarhiyat üzerine devir tarihinden sonraki bir tarihte ödenmesi gereken bir amme alacağına ilişkindir. Dolayısıyla amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda farklı kişilerin pay sahibi olması söz konusudur. İkinci fıkra ise hisse devir tarihi itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş amme alacaklarından sorumluluğu düzenlemektedir.

34. Bu itibarla 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesinin ikinci fıkrası bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

35. Açıklanan nedenlerle 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesine 4.6.2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

2. İtirazın Gerekçesi

36. Başvuru kararında özetle, kanun koyucunun amme alacağını güvenceye almak bakımından sorumluluğun yaygınlaştırılması yoluna gidebileceği gibi müteselsil sorumluluk da öngörebileceği ancak amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı kişiler olması durumunda payı devralan ve ortaklık payının devir tarihinden önceki döneme ait vergi ve diğer mali ödev ve yükümlülükler yönünden herhangi bir kusuru bulunmayan kişilerin başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olmasının adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

37. Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasında, limitet şirket ortaklarının şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya sorumlu olacakları ve bu Kanun hükümleri gereğince takibe tabi tutulacakları belirtilmiştir. İtiraz konusu üçüncü fıkrada ise amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları hâlinde bu şahısların amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

38. 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.

39. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na göre; kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulabilen limitet şirketler, borç ve yükümlülükleri dolayısıyla sadece mal varlığıyla sorumludur. Ortaklar yönünden ise şirket borçlarından dolayı sorumluluk söz konusu değildir. Limitet şirket ortaklarının şirket faaliyetlerinden doğan amme alacaklarından dolayı sorumluluklarını düzenleyen itiraz konusu kural, 6102 sayılı Kanun hükümlerine amme alacakları yönünden getirilen istisnai bir hüküm niteliğindedir.

40. İtiraz konusu kural ile limitet şirket ortaklarına getirilen sorumluluk ikinci dereceden bir sorumluluk olup limitet şirket borçlarının asli sorumluluğu şirket tüzel kişiliğine aittir. Ortakların sorumluluğuna gidilebilmesi için öncelikle takibe konu amme alacağının şirketten tahsiline çalışılması ve fakat bu alacağın şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilememesi ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gerekmektedir. Bu şart gerçekleşmeden limitet şirket ortaklarının sorumluluğuna gidilemez. Kanun'un 35. maddesinin ortaklara yüklediği bu sorumluluk; sermaye hisseleri oranında, müteselsil ve kusursuz sorumluluktur.

41. İtiraz konusu kural uyarınca tahsile konu alacağın doğduğu zaman pay sahibi olan ortaklar ile bu alacağın ödenmesi gereken zamanda pay sahibi olan ortakların sorumluluğuna gidilebilmektedir. Bu iki farklı dönemde farklı kişilerin ortaklığının söz konusu olması, alacağın doğumundan sonraya ve ödeme zamanından önceye rastlayan bir zaman diliminde ortaklığın hisse devri ile başkasına geçmesi hâlinde gerçekleşebilecek bir durumdur. Buna göre payını devreden ortak ya da ortaklar, amme alacağının doğduğu tarihte; devralan ortak ya da ortaklar ise amme alacağının ödenmesi gerektiği zaman diliminde pay sahibidir.

Burada tahsile konu amme alacağının doğumundan tahsili aşamasına kadar olan vergilendirme sürecinin hem devredenin hem de devralanın pay sahibi olduğu dönemlere yayılması söz konusudur.

42. 6183 sayılı Kanun'un 35. maddesine 5766 sayılı Kanun ile ikinci fıkra ve itiraz konusu üçüncü fıkranın eklenerek yürürlüğe girmesinden önceki dönemde hisse devri ile ortak ya da ortakları değişmiş olan limitet şirketlerden tahsil edilemeyen amme borçlarından hangi ortak ya da ortakların sorumlu tutulacağı konusunda Danıştay'ın vergi dava daireleri arasında içtihat birliği oluşmamıştır. Bazı daireler devirden önce doğan amme alacaklarından hisse devir tarihi itibarıyla devreden ortağın sorumlu tutulamayacağına ve dolayısıyla devralan ortağın sorumluluğu bulunduğuna karar verirken bazı daireler ise devredenin devir tarihinden sonra da sorumluluğunun devam ettiğine karar vermiştir. Kanun koyucunun vergi daireleri arasında oluşan ve biri devralanı diğeri ise devredeni sorumlu tutan bu içtihatlar arasındaki farklılığı gidermek amacıyla devreden ve devralan ortağın müteselsil sorumluluğunu düzenleyen itiraz konusu kuralı ihdas ettiği görülmektedir. Nitekim kuralın gerekçesinde bu hususa da değinilmiştir.

43. 5766 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, 6183 sayılı Kanun'un temel felsefesinin korunarak amme alacaklarının daha süratle tahsiline imkân verilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. İtiraz konusu kurala ilişkin madde gerekçesinde de amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olması hâlinde bu şahısların sorumluluk uygulamasının amme alacaklarının düzenlendikleri kanunlardaki kanuni ödeme sürelerinde ve/veya 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na göre verilen özel ödeme sürelerinde farklı şahısların ortak olması hâlini de kapsadığı ifade edilerek yargı yerlerince görüş birliğine varılamayan bir konuya açıklık getirme ve ihtilafları azaltma amacının güdüldüğü belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca kuralın bir yandan hisse devri yapan ortakların borcunu ödemesini sağlayacağı, diğer yandan da devralan şahısların limitet şirket hissesinin değerini borçluluk durumunu da göz önüne alarak belirlemesine imkân vereceği ifade edilmiştir.

44. Buna göre limitet şirketten tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacaklarından alacağın doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamandaki pay sahiplerinin sermaye hisseleri oranında doğrudan doğruya, müteselsilen ve kusur şartı aranmaksızın sorumlu olacağını düzenleyen itiraz konusu kuralın daha hızlı ve daha yüksek oranda tahsilatın sağlanması amacıyla çıkarıldığı ve bu düzenlemenin kanun koyucunun takdir yetkisinde olduğu açıktır.

45. Kanun koyucu, amme alacağını güvenceye almak bakımından sorumluluğu yaygınlaştırma yoluna giderek müteselsil sorumluluk öngörebileceği gibi haklı sebeplerin bulunması hâlinde kusursuz sorumluluk da öngörebilir.

46. Limitet şirket ortakları, taahhüt ettikleri sermaye ile şirketin mal varlığına doğrudan katkı sağlamaktadır. Bunların ayrıca şirketin bütün işlemleri ve hesapları hakkında bilgi alma ve inceleme, ana sözleşmede değişiklik yapma, kârdan pay alma ve yönetime katılma hakları vardır. Ortaklar ayrıca şirketi yönetim ve temsile yetkili kanuni temsilcilerin özellikle kanunlara, ana sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminden sorumludur ve kanuni temsilciyi değiştirebilecek ya da görevden alabilecek genel kurul kararında da oy hakkına sahiptir. Şirket yönetimine ilişkin bu hak ve yetkiler, ortaklara şirket faaliyetleri üzerinde denetim ve gözetim imkânı sağlamaktadır.

47. Bu itibarla limitet şirket ortaklarının şirket mal varlığı ve yönetimi üzerinde sahip olduğu hak ve yetkileri göz önünde bulunduran kanun koyucunun amme alacakları yönünden ortakların kusursuz sorumluluğuna gidilebileceğini öngörmesinde anayasal bir engel bulunmamaktadır.

48. Diğer taraftan itiraz konusu kural ile öngörülen kusursuz sorumluluğun ortaklara orantısız bir külfet yüklememesi gerekir. Bu bakımdan kural, devreden ve devralan ortaklara getirdiği yükümlülüklerin ölçülülüğü yönünden ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

49. Her şeyden önce hem devreden hem de devralan ortak tarafından hisse devri sırasında itiraz konusu kuralın bilindiğinin belirtilmesi gerekir.

Buna göre devirden önce doğan amme alacaklarından kural gereğince devir tarihi itibarıyla sorumlu tutulacağını bilen devralanın hisse devir sözleşmesinden önce gerekli inceleme ve kontrolleri yapabileceği, elde ettiği sonuçlara göre hisse değerinin belirlenmesi dâhil olmak üzere birtakım tedbirler alabileceği göz önünde bulundurulduğunda itiraz konusu kural ile devralan için öngörülen sorumluluğun hakkaniyete aykırı bir yönü olmadığı ve devralana orantısız bir külfet yüklemediği anlaşılmaktadır.

50. Payını devreden ortak yönünden ise ortak olduğu dönemde doğan amme alacakları içinde kanuni ödeme süresi devir tarihinden sonraya tekabül edenlerin devir öncesinde tespit edilebilmesi mümkündür. Devir sonrasına intikal etmekle birlikte devreden ortağın devir öncesinde tespit edebileceği bu yükümlülüklere ilişkin vergi aslının devredenin pay sahibi olduğu dönemde doğduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Vergi aslına ilave olarak ortaya çıkan birtakım vergi cezaları ve faizler devralan ortağın dönemine sarkan yükümlülüklerin ifasıyla ilgili olsa bile bu yükümlülükler (örneğin beyanname verme) yalnızca sınırlı bir dönemi kapsamaktadır. Ayrıca devreden ortağın tüm bu hususları değerlendirerek hissesini devredeceği kişiyi seçme özgürlüğü olduğu da unutulmamalıdır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın devreden ortağa orantısız bir külfet yüklediğinden söz edilemez.

51. Devreden ortağın pay sahibi olduğu dönemde doğan ve kanuni ödeme süresi de bu döneme ait olan ancak bu dönem içindeki birtakım yükümlülüklerin yerine getirilmesindeki ihmal ya da kusurlar nedeniyle kanuni ödeme süresinden sonra idarece resen ya da ikmalen yapılan tarhiyatlar sonucunda özel ödeme süresi devir tarihinden sonraya tekabül eden amme alacakları yönünden ise devredenin sorumluluğuna gidilmesinde hakkaniyete aykırı bir yön bulunmamaktadır. Zira söz konusu amme alacakları tüm yükümlülükleriyle devredenin pay sahibi olduğu döneme aittir.

52. Sonuç olarak limitet şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağından devreden ve devralan ortakların sermaye hisseleri oranında müteselsil ve kusursuz sorumluluklarını öngören itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

53. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi 19.3.2015 tarihli ve E.2014/144, K.2015/29 sayılı kararı ile 6183 sayılı Kanun'un 4.6.2008 tarih ve 5766 sayılı Kanun'la değişik mükerrer 35. maddesinin beşinci fıkrasını hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anılan fıkra, *tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları yönünden; alacağın doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahısların amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulacağını* düzenlemektedir.

54. Kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen beşinci fıkra, sorumluluğun şartları bakımından itiraz konusu kuralla örtüşmekle birlikte kanuni temsilciler ile limitet şirket ortaklarının sorumluluk hukuku bakımından aynı kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Zira bu iki sıfatın üstlendiği yetki ve sorumlulukların kapsam ve nitelikleri birbirinden farklıdır. Limitet şirkette kanuni temsilci, şirket ortaklarından biri olabildiği gibi dışarıdan seçilen üçüncü bir şahıs da olabilmektedir. Bu kişi her türlü sıfatından bağımsız olarak kendisine verilen yetkiler çerçevesinde şirketi temsil görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Kanuni temsilcinin sorumluluğu, görevini yerine getirirken işlediği eylemlerinden kaynaklanmaktadır. Sorumluluğunun temelinde eylemleri olduğundan bu eylemler nedeniyle sorumluluğuna gidilirken kusur ilkesine dayanılması olağandır. Ortağın sorumluluğu ise eylemlerinden değil şirketin mal varlığına sermayesi ile katkı sağlamasından ve şirket yönetimine ilişkin faaliyetler üzerinde gözetim ve denetim imkânına sahip olmasından kaynaklanmaktadır.

55. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararındaki koşullarla itiraz konusu kuraldaki koşullar aynı olmadığından kanuni temsilcilere ilişkin benzer içerikli düzenlemenin iptal edilmiş olmasının limitet şirket ortaklarının sorumluluğunu düzenleyen itiraz konusu kuralın da iptalini gerektirdiği söylenemez.

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

IV. HÜKÜM

A. 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun;

1. a. 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"…ilan yolu…"* ibaresinin,

b. 101. maddesinin,

c. 102. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"… ilan yolu…"* ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE,

2. 103. maddesinin birinci fıkrasının;

a. (1), (2) ve (4) numaralı bentlerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

b. (3) numaralı bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

B. 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesine, 4.6.2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen;

1. İkinci fıkranın, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2. Üçüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

13.12.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Esas Sayısı : 2016/7
Karar Sayısı : 2017/171
Karar Tarihi : 13.12.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Eskişehir 2. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.6.1965 tarihli ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinin Anayasa'nın 2., 25., 26. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Hakkında "*işine son verme*" cezası uygulanan davacının anılan işlemin iptali talebiyle açtığı davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu 25. maddesi şöyledir:

"***Siyasetle ilgilenme:***

Madde 25- Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluşunun her derecesinde görev alan personel, Memurin Kanununun hizmetliler için yasak ettiği siyasi faaliyetten başka, dini görevi içinde veya bu görevin dışında, her ne suretle olursa olsun, siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övemez ve yeremez.

Bu gibi hareketleri tahkikatla sabit olanların, ilgili ve yetkili mercilerce işine son verilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 10.2.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

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

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, Diyanet İşleri Başkanlığı (Başkanlık) personeli hakkında işe son verme yaptırımına sebebiyet veren "*her ne suretle olursa olsun siyasi partileri övme ve yerme*"nin ne şekilde gerçekleşeceğinin kuralda net bir şekilde ifade edilmediği, siyasi partileri övme ve yerme yasağının il, ilçe, belde teşkilat ve organları ile mahallî idare organlarının meclis gruplarını da kapsayıp kapsamadığının belirsiz olduğu, fiilin ağırlığına göre herhangi bir kademelendirme yapılmadan siyasi partileri öven veya yeren personelin doğrudan işine son verilmesinin ölçüsüz bir yaptırım olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 25., 26. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 136. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

5. İtiraz konusu kuralın birinci fıkrasında, Diyanet İşleri Başkanlığı kuruluşunun her derecesinde görev yapan personelin Memurin Kanunu'nun hizmetliler için yasak ettiği faaliyetten başka dinî görevi içinde veya bu görevin dışında, her ne suretle olursa olsun siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övemeyeceği ve yeremeyeceği, ikinci fıkrasında ise bu gibi hareketleri soruşturmayla sabit olanların ilgili ve yetkili mercilerce işine son verileceği hüküm altına alınmıştır.

6. Kuralın atıfta bulunduğu 788 sayılı Memurin Kanunu, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 237. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış ve devlet memurlarının nitelikleri, atanma ve yerleştirilmeleri, hak ve ödevleri 657 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenmiştir. İtiraz konusu kuralla, Başkanlığın her derecesinde görev yapan personelin devlet memurları için getirilen yasaklara ek olarak siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övücü veya yerici söylemlerde bulunmalarının yasaklanması öngörüldüğünden kuralda Memurin Kanunu'na yapılan atfın 657 sayılı Kanun'a yapıldığı kabul edilmelidir.

7. 657 sayılı Kanun'un 7. maddesinde; devlet memurlarının siyasi partiye üye olamayacakları, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamayacakları, görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamayacakları, hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamayacakları ve bu eylemlere katılamayacakları belirtilmiş; 125. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinin (o) alt bendinde de *"Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak"* kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır.

8. Buna göre Başkanlığın herhangi bir kademesinde görev yapan personelin 657 sayılı Kanun'un yukarıda anılan hükümleriyle getirilen yasaklardan başka dinî görevi içinde veya bu görevin dışında, her ne suretle olursa olsun siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övücü veya yerici söylemlerde bulunmaları yasaktır. Bu gibi hareketleri soruşturmayla sabit olanların işine yetkili mercilerce son verilecektir.

9. 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.

10. 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 keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bu ilke gereği 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.

11. Anayasa'nın 25. maddesinin birinci fıkrasında herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu belirtildikten sonra 26. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar…*" hükmüne yer verilerek ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu özgürlüğün maddede belirtilen nedenlerle sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Buna göre ifade özgürlüğünün millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyet'in 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 sınırlandırılması mümkündür.

12. Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlanması düzenlenmiştir. "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı bu maddede, *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir.

13. 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 ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

14. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

15. 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 olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir.

16. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*", temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

17. 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.

18. Kuralda, Başkanlık personelinin her ne suretle olursa olsun siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övmeleri ve yermeleri yasaklanmıştır. Bir siyasi partiyi övme veya yerme çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden övme ve yerme kapsamına giren tüm davranışların kanun koyucu tarafından önceden öngörülmesi ve sayılması mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu bir ayrıma gitmeyerek "*her ne suretle olursa olsun*" siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övücü ve yerici davranışları yasaklayarak bir söylem veya eylemin siyasi partiyi övme veya yerme kapsamında olup olmadığı hususunu somut olayın özelliğine göre değerlendirmek üzere yetkili mercilere bırakmıştır. Buna göre Başkanlık personelinin bir siyasi partiyi övücü veya yerici faaliyette bulunup bulunmadığına somut olayın niteliğine göre yetkili merciler tarafından karar verilerek kavramın içeriği somutlaştırılabilecektir. Dolayısıyla kuralda yer alan "*her ne suretle olursa olsun*" ifadesi, bir belirsizliği değil bu konudaki mutlak yasağı ve bu kuralın istisnasının bulunmadığını göstermektedir.

19. Anayasa'nın 26. maddesinin asli işlevi herhangi bir ayrım yapmaksızın toplumdaki tüm kesimlerin ifade özgürlüğünü korumaktır. Bu kapsamda Başkanlık kadrosunda görev yapan kamu görevlileri de 26. madde kapsamında ifade özgürlüğünden yararlanır. Dolayısıyla kuralın Başkanlık kadrosunda görev yapan kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirdiğine kuşku bulunmamaktadır. Bu sınırlamanın Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya birkaçına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

20. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında, ifade özgürlüğünün Cumhuriyet'in temel niteliklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabileceği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin

başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu; 136. maddesinde de genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığının laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasî görüş ve düşünüşlerin dışında kalarak ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek özel kanununda gösterilen görevleri yerine getireceği belirtilmiştir.

21. Laiklik, 1937 yılından itibaren Anayasalarımızda yer alan temel ilkelerden biridir. Laiklik kavramı, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu maddelerde laiklik, devletin dinî inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarihli ve E.2012/65, K.2012/128 sayılı kararında da ifade edildiği üzere laik bir siyasal sistemde dinî konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında, ancak koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir.

22. Diyanet İşleri Başkanlığı; İslam dininin inançları, ibadet ve ahlak esasları ile ilgili işleri yürütmek, din konusunda toplumu aydınlatmak ve ibadet yerlerini yönetmek amacıyla genel idare içinde Başbakanlığa bağlı olarak faaliyette bulunan bir kamu kuruluşu şeklinde örgütlenmiştir. Anayasa'nın 136. maddesiyle Başkanlığa anayasal bir statü tanınmış ve laiklik ilkesi doğrultusunda, bütün siyasi görüş ve düşünüşlerin dışında kalarak faaliyette bulunması öngörülmüştür. Böylece devletin laik yapısı gözetilerek Başkanlığın bütün siyasi görüş ve düşünüşlerin dışında kalmasına anayasal bir önem atfedilmiştir. Demokratik ve laik devlet sisteminin, İslam dininin inançlarıyla ilgili işleri yürütmek amacıyla faaliyette bulunan bir Kurum tarafından yapılabilecek olası müdahalelere karşı korunması amacıyla Kurum personeline yönelik olarak kanun koyucu tarafından bazı tedbirlerin alınması Anayasa'nın yukarıda anılan hükümlerinin bir gereğidir. Bu itibarla Başkanlık personelinin herhangi bir siyasi parti lehine veya aleyhine faaliyette bulunması veya siyasi partiyi övücü ve yerici söylemlerde bulunması yasaklanarak bu faaliyette bulunanların işine son verilmesini öngören kural, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kamu düzeninin sağlanması meşru amacını taşımaktadır.

23. Kanun koyucu düzenleme yetkisi kapsamında statüleri kanunlarla oluşturulan ve buna göre mesleğe alınan kamu görevlilerine birtakım hak veya yükümlülükler getirebilir. Bu kapsamda Başkanlık personelinin dinî görevi içinde veya dışındaki söz ve davranışlarına yönelik olarak katı meslek ilkelerine tabi tutulmaları olağan karşılanabilir.

24. Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığının gerek kurumsal olarak gerekse de personelinin dinî görevi içinde veya dışında bireysel olarak bir siyasi parti yararına veya zararına faaliyette veya söylemde bulunması Anayasa'nın öngördüğü laik siyasal sistemin temel şartlarından olan ve Anayasa'nın 136. maddesiyle güvence altına alınan Başkanlığın tarafsızlığına gölge düşürebilir. Kanun koyucunun da bu durumu gözeterek Kurum personelinin dinî görevi içinde veya dışında, her ne suretle olursa olsun siyasi faaliyette veya söylemde bulunmasını yasaklayarak bu hareketleri soruşturmayla sabit olanların işine son verilmesini öngördüğü anlaşılmaktadır. Başkanlığın anayasal konumu, ifa ettiği görevin niteliği ve toplumun dinî konulardaki hassasiyeti göz önünde bulundurulduğunda Başkanlık personelinin tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak her türlü siyasi faaliyetten uzak kalmalarını sağlamak amacıyla ihdas edilen kuralın zorunlu bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı açıktır. Bu nedenle kuralla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama ölçüsüz olmadığı gibi demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de çelişmemektedir.

25. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13., 25., 26. ve 136. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

26. Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Recep KÖMÜRCÜ ile Hasan Tahsin GÖKCAN kuralın ikinci fıkrası yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

27. Kuralın Anayasa'nın 38. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

22.6.1965 tarihli ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinin;

A. Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Recep KÖMÜRCÜ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

13.12.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 22.6.1965 tarihli ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Siyasetle ilgilenme" başlıklı 25. maddesinin "*Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluşunun her derecesinde görev alan personel, Memurin Kanununun hizmetliler için yasak ettiği siyasi faaliyetten başka, dini görevi içinde veya bu görevin dışında, her ne suretle olursa olsun, siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutum ve davranışını övemez ve yeremez.*" şeklindeki birinci fıkrasına yönelik itiraz oybirliğiyle, "*Bu gibi hareketleri tahkikatla sabit olanların, ilgili ve yetkili mercilerce işine son verilir.*" şeklindeki ikinci fıkrasına yönelik itiraz ise oyçokluğuyla reddedilmiştir.

2. İtiraz konusu kural "bu gibi hareketleri" sabit olanların işine son verileceğini düzenlemektedir. Şu halde öncelikle "bu gibi hareketler"in ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Kuralın atıf yaptığı 18.3.1926 tarihli ve 788 sayılı Memurin Kanunu'nun "Memurların siyasetle iştigalleri" başlıklı 9. maddesine göre "*Memurların siyasi cemiyet ve kulüplere intisab ve devamları, her nevi intihabata müdahaleleri ve siyasi neşriyat ve beyanatta bulunmaları memnu ve bilmuhakeme sübutu halinde tardları muciptir*."

3. Memurin Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda da memurların siyasi faaliyette bulunmaları yasaklanmıştır. 657 sayılı Kanun'un 7. maddesi uyarınca "*Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar*." Kanun'un disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinde de "*Herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak*" fiilin ağırlığına göre 1 ila 3 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması yaptırımına tabi tutulmaktadır.

4. Buna göre itiraz konusu kuralın işine son verme yaptırımına tabi kıldığı "hareketler", (a) Memurin Kanunu'nda (bilahare Devlet Memurları Kanunu'nda) memurlara yönelik yasak kapsamındaki siyasi faaliyetler ve (b) siyasi partilerden herhangi birini veya onların tutumlarını övme veya yerme fiilleridir.

5. Bunları yapanlar Diyanet İşleri Başkanlığı bünyesinde hangi görevde olursa olsunlar aynı yaptırımla karşı karşıya kalacaktır. Başka bir ifadeyle "personel"in yaptığı görevin yaptırımın uygulanmasında bir önemi bulunmamaktadır. Diğer yandan bu gibi hareketlerin görev içinde ya da dışında yapılmasının da bir önemi yoktur. Ayrıca, "her ne suretle olursa olsun" denmek suretiyle siyaset yasağının ülke çapında etkileri olacak şekilde kitle iletişim araçlarıyla ihlal edilmesiyle, bir arkadaş toplantısında ihlal edilmesi arasında da ayrım yapılmamaktadır.

6. Diyanet İşleri Başkanlığı Anayasa'nın 136. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre "*Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı,*

laiklik ilkesi doğrultusunda, ***bütün siyasi görüş ve düşünüşlerin dışında kalarak*** *ve milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinerek, özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir*." 1961 Anayasası ise "*Genel idare içinde yer alan Diyanet İşleri Başkanlığı özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir*" şeklinde kısa bir düzenlemeye yer vermişti (m. 154). Buradan anlaşılacağı üzere, 1982 Anayasası Diyanet İşleri Başkanlığının "genel idare içinde" ve "siyaset dışında" olduğunu daha net ve kesin bir dille ifade etmiştir.

7. Buradan hareketle, "bütün siyasi görüş ve düşünüşlerin dışında" kalması gereken Diyanet İşleri Başkanlığında görev yapan personele en genel anlamda siyaset yasağı öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı bir yönü olmadığı söylenebilir. Nitekim Mahkememiz bu yasağı en kapsamlı şekilde düzenleyen itiraz konusu kuralın birinci fıkrasının oybirliğiyle Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir.

8. Diğer yandan, Anayasa'nın 26. maddesine göre "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*." İfade hürriyeti, belli sınırlamalar altında, kamu görevlileri için de geçerlidir. Hiç kuşkusuz kamu görevlilerinden de bazılarının ifade hürriyetinin, yaptıkları görevin mahiyeti gereği daha fazla sınırlanabileceği söylenebilir. Bu kapsamda itiraz konusu kural Diyanet İşleri Başkanlığı personelinin ifade hürriyetine bir sınırlama getirmektedir. Bu sınırlamanın Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kamu düzeni ve Cumhuriyet'in temel niteliklerinin korunması ile 136. maddesinde ifadesini bulan "bütün siyasi görüş ve düşünüşlerin dışında" kalma amacına matuf olduğu söylenebilir.

9. İfade hürriyetine yönelik bir sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçütlere uygun olması gerekir. 13. maddeye göre temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın ilgili maddelerde öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. Ancak bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması zorunluluğu vardır.

10. Diyanet İşleri Başkanlığının özel konumunu dikkate alarak, siyaset yasağına uymayan her kademedeki personelin işine son verme yaptırımının

meşru amacının olduğu söylenebilir. Anayasa'nın 136. maddesi, Diyanet İşleri Başkanlığı personelinin tutum ve davranışlarıyla siyaseten tarafsız olmasını gerektirir. Bunu sağlamaya yönelik düzenlemeler de, ölçülü olduğu takdirde, Anayasa'ya aykırı kabul edilemez.

11. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bazı yerel kamu görevlilerinin siyasi tarafsızlığını sağlamaya yönelik sınırlamaların, başkalarının yerel yönetimler düzeyinde "siyasi demokrasi hakları"nı koruma meşru amacına yönelik olarak kabul etmiştir (*Ahmed ve Diğerler/ Birleşik Krallık*, B.No: 65/1997/849/1056, 2.9.1998, § 54) AİHM, kamu görevlilerinin de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesinin sağladığı güvencelerden yararlanacağını, ifade hürriyetine ilişkin ilkelerin onlar için de geçerli olduğunu belirtmektedir. Buradaki temel mesele, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü ile bu özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanılan meşru amaçların sağladığı kamusal yarar arasında adil bir dengenin kurulmasıdır. AİHM bu denetimi yaparken, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ikinci paragrafında yer alan "görev ve sorumluluklar"a özel bir önem atfetmekte, bunun özellikle de ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin ölçülülüğünü değerlendiren ulusal makamların takdir yetkisini haklılaştırdığını vurgulamaktadır (bkz. *Vogt/Almanya* (BD), B.No. 17851/91, 26.9.1995, § 53; *Baka/Macaristan*, B.No: 20261/12, 23.6.2016, § 162).

12. Anayasa'da öngörülen meşru bir amaca yönelik sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere en az müdahaleye imkân veren ölçülü bir sınırlama olması gerekmektedir (bkz. AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18.10.2007; AYM, E.2017/27, K.2017/117, 12.7.2017, § 30). Ölçülülük ilkesi, bir kuralla ulaşılmak istenen amaçla sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi düzenler. Buna göre, bir düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olabilmesi öngörülen hedefe ulaşmak için elverişli, gerekli ve orantılı olmasına bağlıdır. "Elverişlilik" müdahalenin öngörülen amacı gerçekleştirmek için müsait, elverişli nitelikte olmasını, "gereklilik" müdahalenin öngörülen amaç bakımından zorunlu olmasını, aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılamamasını, "orantılılık" ise hak ve

özgürlüğe yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (bkz. AYM, E.2016/16, K.2016/37, 5.5.2016, § 10; E.2017/14, K.2017/83, 29.3.2017, §12).

13. Diyanet İşleri Başkanlığının siyasi tarafsızlığını sağlama amacını gerçekleştirme bakımından itiraz konusu kuralın "elverişli" olduğu kabul edilebilir. Ancak, "işine son verme" yaptırımının görev içinde veya dışında olmasına bakılmaksızın her kademedeki personelin neredeyse her türlü siyasi söylemini içerecek şekilde öngörülmesinin söz konusu amaç bakımından mutlaka "gerekli" olduğu söylenemez. Kural, aynı zamanda "Memurin Kanununun hizmetliler için yasak ettiği siyasi faaliyet"leri de yaptırım kapsamına aldığından, Devlet Memurları Kanunu'nda yer alan "kademe ilerlemesinin durdurulması" gibi daha hafif tedbirlerle de siyasi tarafsızlık amacı sağlanabilir. Bu durum bilhassa dini hizmet ifa etmeyen, tamamen teknik ve idari işlerle görevli personelin görevi dışında fiilleri bakımından geçerlidir.

14. Öte yandan, "işine son verme" yaptırımının amaçla orantılı olduğu da söylenemez. İşe son verme, başvurucunun mesleki hayatında olduğu kadar temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etkiye sahip olan ağır bir yaptırımdır (bkz. *G.G.* (GK), B.No: 2014/16701, 13.10.2016, § 66). Yetkili merciye, fiilin ağırlığına, failin konumuna, fiilin etkisine, görev içinde veya dışında olup olmadığına bakmadan ve herhangi bir kademelendirme yapılmadan bu ağır yaptırımı uygulama yetkisi veren kuralın, ifade özgürlüğüne ölçülü bir sınırlama getirdiği söylenemez.

15. Açıklanan gerekçelerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 26. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümüzden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyoruz.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Zühtü ARSLAN	Engin YILDIRIM	Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz yoluyla iptali istenen kural 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 25. maddesidir. Kuralın birinci fıkrasında yer alan, her derecede DİB personelinin, görevi içinde veya dışında siyasi partilerden birini veya onların tutum ve davranışını övemeyeceği ve yeremeyeceği düzenlenmiştir. Birinci fıkrada sözü edilen siyaset yasağının, Kurumun görevini laiklik ilkesi doğrultusunda ve bütün siyasi görüş ve düşünüş dışında kalarak yerine getireceğine ilişkin Anayasanın 136. maddesi doğrultusunda bulunduğu düşüncesinde olduğumuzdan, ilk fıkraya ilişkin istemin reddi gerektiği yönünde çoğunlukla birlikte oy kullanmış bulunmaktayım.

Buna karşın, iptal istemine konu oluşturan ve ilk fıkradaki yasağa ilişkin kuralın yaptırımını teşkil eden ikinci fıkra yönünden aşağıda açıklanan gerekçelerle tarafımızca farklı oy kullanılmıştır.

İkinci fıkra; "Bu gibi hareketleri tahkikatla sabit olanların, ilgili ve yetkili mercilerce işine son verilir" şeklindedir.

Gerek özel hukukta, gerekse kamu görevlilerine ilişkin düzenlemelerde işyeri veya kurum disiplinine uymayan davranışların yasaklanması ve kurala uyulmadığında yaptırım uygulanması hukuk düzenlerinde benimsenen bir yöntemdir. Anayasada belirtilen hakların yapısından veya ilgili hükümde yer alan sınırlama nedenlerine bağlı olarak kanunla sınırlandırılması hukuka uygundur. Bu nedenle, kuralın yasağa uymayanlara yaptırım öngören temel önermenin hukuk düzenimiz yönünden sorunlu olmadığını düşünmekteyiz. Ne var ki öngörülen yaptırımın hukukun evrensel temel prensiplerine ve anayasal ilkelere aykırı bulunmaması zorunludur. Bu ilkeler öncelikle Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devletinin adalet, hakkaniyet ilkeleridir. İkinci olarak, hakka yönelik sınırlamanın Anayasanın 13. maddesinde ifade edilen, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması da anayasal bir zorunluluktur.

633 sayılı Kanunun 25. maddesinin ikinci fıkrasında; ihlal edilen yasağın görev içinde veya dışında olması, ihlal eden personelin din

hizmeti görevlisi veya diğer bir idari ya da teknik personel olması arasında hiçbir fark gözetilmeden en üst ve ağır dereceli yaptırımın uygulanması öngörülmektedir. Bu nedenle yaptırımın uygulanması bakımından örneğin, il müftülüğünde idari memur olan görevlinin eylemi ile vaiz veya imamın eylemi arasında, bu eylemlerin görev yeri ve sırasında olması ile özel yaşamları sırasında olması arasında bir fark gözetilmemiştir. Kurala göre siyaset yasağı ihlali nerede, ne şekilde ve hangi görevli tarafından yapılırsa yapılsın, işine son verilmesi gerekmektedir. Ayrıca yaptırımın türü ve niteliği konusunda da bir derecelendirme yapılmamış, her derecedeki fiil, ağırlık derecesine bakılmaksızın en ağır biçimde yaptırıma bağlanmıştır. Dolayısıyla kuralın Anayasanın 13. maddesi yönünden demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle ayrıca ölçülülük testinin uygulanmasına gerek de bulunmamaktadır.

Diğer taraftan Danıştay 5. Dairenin 20.9.2017 tarihli ve 2016/51104 E.-2017/20273 sayılı kararında, Kanunun 25/2. maddesi uyarınca davacının görevine son verilmesinin disiplin yaptırımı olmayıp, görevinin sonlandırılmasına ilişkin idari işlem niteliğinde olduğu kabul edilip, hukuka aykırılık bulunmayan işleme yönelik davanın reddi gerektiğine karar verilmiştir. Danıştay 5. Dairenin 4.4.2017 tarihli ve 2016/ 51121 E.-2017/10017 sayılı ve 22.3.2017 tarihli, 2016/51102 E.-2017/8513 sayılı Kararları da bu yöndedir.

Kamu görevlisinin göreve kabulüyle ilgili şartlardan olmayan, görevi sırasındaki bir eylemi nedeniyle mesleğinden çıkartılmasına ilişkin işlemin disiplin yaptırımı olmadığının kabulü, disiplin yaptırımlarının yargı denetimi dışında tutulamayacağına ve savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 129. maddesini yok saymak anlamına gelmektedir. Kuralı uygulamakla görevli yargı yerinin takdirinde olmakla birlikte, belirtilen yargısal yorum ve idari uygulanma biçimi kuralın anlam ve kapsamını belirlemektedir. Anayasa Mahkemesi de kuralın hukuk düzenindeki anlam ve kapsamını dikkate alarak anayasal denetim yapmakla görevli bulunduğundan, sözkonusu yargı kararlarıyla belirginleşen anlam ve kapsamıyla birlikte kuralın Anayasanın 129. maddesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır. Bundan ayrıca, kuralın belirtilen anlam ve kapsamı karşısında mahkemelerin meslekten çıkarma yaptırımını denetleme ve etkili

karar verme yetkisi ortadan kalktığından, incelenen kuralın hak arama ve adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasanın 36. maddesine de aykırı olduğu sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

Açıklanan hukuki gerekçeler karşısında kuralın Anayasanın 13., 36. ve 129. maddelerine aykırı bulunduğu ve iptali gerektiği görüşünde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2017/167
Karar Sayısı : 2017/172
Karar Tarihi : 13.12.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Söke 2. Asliye Hukuk Mahkemesi (Aile Mahkemesi sıfatıyla)

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun,

A. 318. maddesinin birinci fıkrasının,

B. 319. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 12., 13. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Evlatlık ilişkisinin geçen zaman içinde taraflarca sürdürülmesinin olanaksız hale gelmesi sebebiyle açılan evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu kuralların yer aldığı 318. ve 319. maddeleri şöyledir:

"2. Diğer noksanlıklar

Madde 318- Evlât edinme esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle sakatsa, Cumhuriyet savcısı veya her ilgili evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir.

Noksanlıklar bu arada ortadan kalkmış veya sadece usule ilişkin olup ilişkinin kaldırılması evlâtlığın menfaatini ağır biçimde zedeleyecek olursa, bu yola gidilemez."

"II. Hak düşürücü süre

Madde 319- Dava hakkı, evlâtlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden başlayarak bir yıl geçmekle düşer."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 1.11.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı kural ile sınırlıdır.

3. Başvuran Mahkeme, 4721 sayılı Kanun'un 318. maddesinin birinci fıkrası ile 319. maddesinin iptalini talep etmiştir.

4. İtiraz konusu 318. maddenin birinci fıkrasında, evlat edinmenin esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle sakat olması halinde Cumhuriyet savcısı veya her ilgilinin evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebileceği öngörülmektedir. Kural, hem Cumhuriyet savcısının hem de her ilgilinin dava hakkını düzenlemektedir. Bakılmakta olan dava, evlat edinenin açtığı evlatlık ilişkisinin kaldırılması davasıdır. İtiraz konusu kural, her ilgili ile birlikte Cumhuriyet savcısının diğer noksanlıklara ilişkin dava hakkı yönünden ortak ve geçerli kuraldır. Bu nedenle itiraz konusu 318. maddenin birinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin *"…her ilgili…"*ibaresi yönünden sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

5. Açıklanan nedenlerle 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun;

A. 318. maddesinin birinci fıkrasının esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin*"…her ilgili…"* ibaresi yönünden sınırlı olarak yapılmasına,

B. 319. maddesinin esasının incelenmesine

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

6. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatma KARAMAN ODABAŞI tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 318. Maddesinin Birinci Fıkrasının *"… her ilgili…"* İbaresi Yönünden İncelenmesi

1. İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle, 743 sayılı mülga Kanun'da evlatlık ilişkisinin usulüne uygun olarak kurulmasından sonra gerçekleşebilecek birtakım olgulara dayalı olarak bu ilişkinin kaldırılmasına ilişkin hükümlere yer verilmesine rağmen 4721 sayılı Kanun'da bu hususta bir düzenlemeye yer verilmediği, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebeplerinin yalnızca ilişkinin kurulması aşamasındaki yasal koşullardaki eksikliklerle sınırlandırıldığı, bu şekilde hukuki yolla kurulmuş gerçek olmayan soybağının bir defa usulüne uygun olarak kurulmasından sonra sonsuza kadar sürmesi sonucunu doğuran bir düzenleme yapıldığı, evlat edinme ile kurulan soybağının biyolojik soybağı ile eş tutulduğu, başta her iki tarafın yararına olduğu düşünülen evlatlık ilişkisinin sonradan tarafların zararına olabileceği göz önüne alınarak bu ilişkinin sonlandırılmasını sağlayacak hukuki olanağın tanınmadığı, bu durumun kişilerin dava açma hakkını

ölçüsüz bir şekilde sınırlandırdığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 12., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

8. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 41. maddesi yönünden de incelenmiştir.

9. İtiraz konusu kuralda evlat edinmenin esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle sakat olması hâlinde Cumhuriyet savcısı ve her ilgilinin evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebileceği öngörülmüş olup kural "*…her ilgili…*" ibaresiyle sınırlı olarak incelenmiştir.

10. 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, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

11. 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.

12. Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütü gösterilmiştir. Buna göre temel hak ve hürriyetler yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, özüne dokunulmaksızın, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere kanunla sınırlanabilir.

13. 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.

14. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Bu hak, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne taşınması hakkını da kapsar. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bir hakkın sınırlandırılması da mümkündür. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

15. Anayasa'nın 41. maddesinde "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır./ Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar./ Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir./ Devlet her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*" denilmiştir. Aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde, ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş; Devlete, ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapma ve teşkilatı kurma ödevi yüklenmiştir. Böylece aile kurumuna anayasal koruma sağlanmıştır. Bu düzenlemeyle ailenin birlik ve bütünlüğünün korunması amaçlanmaktadır.

16. Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak mümkün değildir. Bu nedenle kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Bu bağlamda hak arama özgürlüğünün sınırlarının belirlenmesinde aile kurumunu özel olarak düzenleyen ve anayasal güvenceye bağlayarak koruma altına alan Anayasa'nın 41. maddesinin gözetilmesi gerektiği açıktır.

17. Evlât edinme, aile hukuku alanında soybağının kurulması yoluyla hısımlık yaratan bir kurumdur. Toplumun geleceğinin şekillenmesinde çocuğun oynayacağı rol göz önüne alındığında, günümüzde genel olarak çocuğun önde gelen menfaati evlat edinme konusunda temel ilke olarak kabul edilmekte ve evlat edinmeye ilişkin hukuki düzenlemeler bu yönde geliştirilmektedir. Buradan hareketle, evlat edinme öncelikle evlât edinen ile küçükler arasında kurulan, küçüklerin maddi ve manevi gelişimleri, bakım, eğitim ve korunma ihtiyaçları, gelecekleri, sosyal ilişkileri, inanç ve ahlaki yargılarının biçimlenmesi konularında yaşamsal yetkiler sunan ve bu ilişkiyi mümkün olduğunca aralarında doğal soybağı bulunan anne, baba ve çocuk ilişkisinde olduğu gibi gerçekleştirmeyi amaçlayan bir kurumdur. Ergin kişiler yönünden ise evlâtlık ilişkisi bakım, yardım ve korunma gibi ihtiyaçların ortaya çıktığı istisnai durumlar için tesis edilebilmekte ve küçüklerin evlât edinilmesine oranla daha sıkı koşullarda gerçekleşebilmektedir.

18. Evlat edinmeye ilişkin hukuki düzenlemeler Anayasa'nın 41. maddesine uygun olarak Devletin ailenin korunmasına ilişkin yükümlülüğünün bir gereğidir. Bu düzenlemeler çocuğun korunması, özellikle bir aile düzeninden yoksun çocukların uygun ortamlarda himayesi amacına yönelik olduklarından ve soybağına ilişkin bulunduklarından kamu düzeniyle yakından ilgilidir.

19. 743 sayılı mülga Kanun'da, hâkimin izni ve belirlenen şekil şartlarına uygun olarak irade beyanlarının sözleşme ilişkisi çerçevesinde ortaya konulması yoluyla kurulan evlatlık ilişkisi, 4721 sayılı Kanun'da köklü değişikliklere uğramış; kuruluş aşamasından itibaren kamusal niteliği ağır basan, mahkeme kararıyla kurulabilen ve yine belli şartların varlığı halinde ancak mahkeme kararıyla kaldırılabilen bir müesseseye dönüştürülmüştür. 4721 sayılı Kanun ile evlatlık ilişkisinin meydana getirdiği soybağı ve hısımlık ilişkisi, mümkün olduğu kadar doğal soybağına benzetilmek ve yaklaştırılmak istenmiştir. Bu bakımdan anne, baba ve çocuk arasındaki doğal soybağı ilişkisinin kaldırılması mümkün olmadığı gibi evlatlık yoluyla kurulan soybağı ilişkisinin de ilke olarak sonlandırılmaması öngörülmüştür.

20. 4721 sayılı Kanun'da evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin hükümlere yer verilmiş ve bu kapsamda rızanın bulunmaması sebebiyle evlatlık ilişkisinin kaldırılması Kanun'un 317. maddesinde, diğer noksanlıklar sebebiyle evlatlık ilişkisinin kaldırılması Kanun'un 318. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'un 318. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen itiraz konusu kuralda, evlat edinmenin esasa ilişkin diğer noksanlıklarla sakat olması halinde ilişkinin kaldırılmasının istenebileceği belirtilmektedir. Rızanın bulunmaması dışında evlat edinmeyi sakatlayacak esasa ilişkin noksanlıkların neler olduğu kuralda tek tek belirtilmemiştir. Ancak 4721 sayılı Kanun'un evlat edinmeye ilişkin 305. ve devamı maddelerinde evlat edinmenin şartları emredici nitelikteki hükümlerle düzenlenmiştir. Bu kapsamda, 4721 sayılı Kanun'da evlatlık ilişkisinin kaldırılması ancak ilişkinin kuruluşu aşamasına ilişkin olarak Kanun'da sayılan sebeplerle sınırlı biçimde kabul edilmiştir. Çocuğun ve ailenin korunması ilkesinden hareketle, evlat edinme ile kurulan soybağının mümkün olduğu ölçüde doğal soybağına benzetilmesi ve yakınlaştırılması amaçlandığından, kanun koyucu usulüne uygun olarak kurulmuş bir evlatlık ilişkisinde sonradan ortaya çıkabilecek olumsuzluklar nedeniyle ilişkinin sonlandırılmasına olanak veren bir düzenlemeye yer vermemiştir.

21. Anayasa'nın 41. maddesi ile bağlantılı olarak, evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebeplerinin ilişkinin kuruluşundaki birtakım noksanlıklarla sınırlandırılması ve evlatlık ilişkisinin usulüne uygun olarak kurulmasından sonraki süreçte ortaya çıkabilecek olumsuzluklar nedeniyle ilişkinin sonlandırılmasının istenememesi tarafların hak arama hürriyetine bir sınırlandırma getirmektedir. Nitekim evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebeplerini kuruluşundaki noksanlıklarla sınırlandıran itiraz konusu kural; usulüne uygun kurulmuş bir evlatlık ilişkisi ile oluşturulan soybağının, aralarında doğal soybağı bulunan anne, baba ve çocuk ilişkisinde olduğu gibi kalıcı olmasını, bunun bilincinde olan taraflarca ilişkinin ve oluşturulan aile ortamının istikrarlı bir şekilde sürdürülmesini, evlat edinilenin himaye edileceği kalıcı bir aile ortamının sağlanmasını ve bunun sonucunda toplumsal huzurun korunmasını amaçlayan koruyucu bir düzenleme olup kamu yararına yöneliktir. İtiraz konusu kuralın çocuğu ve aileyi korumayı hedeflediği dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum

düzeninin gereklerine aykırı olmadığı açıktır. Bu nedenle evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava açma hakkının kapsamına ilişkin itiraz konusu kural, Anayasa'nın 41. maddesindeki ailenin ve çocuğun korunmasına ilişkin hükümlere uygundur. Bununla birlikte düzenlemenin ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının da incelenmesi gerekir.

22. İtiraz konusu kural kapsamında hak arama hürriyetine getirilen sınırlandırma yalnızca evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını talep hakkıyla sınırlı olup ilişkinin devamı sürecinde yaşanan bazı olumsuzluklar sebebiyle tarafların başvurabilecekleri başka hukuki imkânlar bulunmaktadır. Bu bakımdan evlatlık ilişkisi devam etmekle birlikte evlat edinenin miras hukukuna ilişkin düzenlemeler kapsamında şartların gerçekleşmesi halinde evlatlığı mirasçılıktan çıkarmasına bir engel bulunmadığı gibi evlatlığın menfaatlerinin korunması bakımından velayet hakkının kullanımı yönünden hakimden gerekli önlemlerin alınmasının istenmesine, şartların gerçekleşmesi halinde velayetin kaldırılmasına da bir engel bulunmamaktadır. Velayet kaldırılsa dahi evlatlık ilişkisi devam edeceğinden evlat edinenin bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü de kural olarak devam edecektir. Bu bakımdan itiraz konusu düzenleme hak arama hürriyetinin özüne dokunacak bir sınırlama getirmemekte, hakkın kullanımını ortadan kaldırmamakta veya güçleştirmemektedir. Bu nedenle itiraz konusu kural ile getirilen sınırlamanın ölçüsüz olduğu söylenemez.

23. Diğer taraftan Anayasa'nın 41. maddesi kapsamında getirilen düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı da söylenemez. İtiraz konusu kural, evlat edinme ile kurulan soybağının aralarında doğal soybağı bulunan anne, baba ve çocuk ilişkisinde olduğu gibi kalıcı olmasını, ilişkinin ve oluşturulan aile ortamının istikrarlı bir şekilde sürdürülmesini amaçladığından itiraz konusu kuralın gerekli, ulaşılmak istenen amaç ile orantılı ve amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğu açıktır.

24. Açıklanan nedenlerle kural *"…her ilgili…"* ibaresi yönünden Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

25. Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI ile Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

26. Kuralın Anayasa'nın 5. ve 12. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun'un 319. Maddesinin İncelenmesi

1. İtirazın Gerekçesi

27. Başvuru kararında özetle, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava açma hakkının ilişkinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırıldığı, evlatlık ilişkisinin usulüne uygun olarak kurulmasından sonra gerçekleşebilecek bazı sebeplerle ilişkinin kaldırılmasının mümkün olması halinde dava açmak için süre sınırlaması getirilmesinin, Kanun'un 318. maddesinin birinci fıkrası için ifade edilen aynı gerekçelerle Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 12., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

28. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 41. maddesi yönünden de incelenmiştir.

29. İtiraz konusu kuralda, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava hakkının, ilişkinin kaldırılmasını gerektiren sebebin öğrenilmesinden itibaren bir yıl geçmekle düşeceği öngörülmektedir.

30. Hak arama özgürlüğü demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir.

31. Anayasa'nın 41. maddesi, ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu, eşler arasındaki eşitliğe dayandığını belirttikten sonra "*Devlet,*

ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar." diyerek aile kurumunu özel olarak düzenlemiş ve anayasal güvenceye bağlayarak koruma altına almıştır.

32. İtiraz konusu kuralda evlatlık ilişkisinin kaldırılması için öngörülen süre, hak düşürücü nitelikte olup yargılamanın her aşamasında hakim tarafından resen dikkate alınacaktır. Bu nedenle Kanun'da öngörülen süre geçmiş ise dava, hak düşürücü sürenin geçirilmesi nedeniyle reddedilecektir.

33. Kuralda öngörülen dava açma süresi, yargılama usulüne ilişkin olup kamu düzeniyle yakından ilgili bulunan soybağını ilgilendiren davalarda dava açma süresini belirleme yetkisi Anayasa'daki kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla kanun koyucunun takdirindedir.

34. Kanun koyucu, soybağı davalarında dava açma süresine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Ölçülülük ilkesi nedeniyle kanun koyucu, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür.

35. İtiraz konusu kural ile getirilen süre sınırlaması, evlatlık ilişkisinde çocuğun, ailenin ve kurulan soybağının devamlı olarak dava tehdidi altında kalmasının engellenmesini, evlat edinme ilişkisine istikrar kazandırılmasını, aile ve çocuğun korunmasını, ailenin ve toplumun huzurunun bozulmasının önlenmesini amaçlamaktadır. Bu bakımdan itiraz konusu kural, ailenin ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlete yüklenen görevin gereği olup Anayasa'nın 41. maddesine uygun bir düzenlemedir.

36. İtiraz konusu kuralda, evlatlık ilişkisinin kaldırılması için bir yıllık süre sınırlaması getirilmekle birlikte, ilişkinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesi bu sürenin başlangıcı olarak belirlenmiştir. Sürenin, sebebin öğrenilmesinden itibaren başlaması, özellikle küçük yaşta evlat edinilenlerin gerek kendilerinin ve gerek vesayet makamınca istek üzerine veya resen atanacak kayyım aracılığıyla dava açabilecekleri zamana kadar

dava haklarının ve hak arama hürriyetlerinin korunmasını sağlayacak nitelikte bir düzenlemedir. Ayrıca evlatlık ilişkisinin kaldırılması sebebinin öğrenilmesinden itibaren başlayan bir yıllık süre gerekli hazırlıkların yapılabilmesi ve dava hakkının kullanılabilmesi bakımından yeterli, ölçülü ve makul bir süre olup hak arama hürriyeti kapsamında mahkemeye erişim hakkını ölçüsüz bir şekilde sınırlandırmamaktadır.

37. Öte yandan evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava hakkının bir yıl süre ile sınırlandırılması, evlat edinme ile ilgili olarak ortaya çıkacak ihtilafların bir an önce ortadan kaldırılmasını, kamu düzeniyle yakından ilgili bulunan evlatlık ilişkisinde çocuğun, ailenin ve kurulan soybağının korunmasını, ilişkiye kalıcılık ve istikrar kazandırılmasını amaçladığından ve ilişkinin sürekli dava tehdidi altında kalmasını önlediğinden, itiraz konusu kuralın gerekli, ulaşılmak istenen amaç ile orantılı ve amacı gerçekleştirmeye elverişli olduğu anlaşılmaktadır.

38. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

39. Kuralın Anayasa'nın 5. ve 12. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun;

A. 318. maddesinin birinci fıkrasının "*…her ilgili…*" ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 319. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

13.12.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA
Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlat edinmeye ilişkin hükümleri, Kanun'un 305-320. maddelerinde yer almaktadır. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması nedenleri, Kanun'un 317 ve 318. maddelerinde tahdidi olarak belirlenmiş ve bunlar "rızanın bulunmaması" ve "diğer noksanlıklar" şeklinde iki hal ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, Türk hukukunda, evlatlık ilişkisi bir kez kurulduğunda, sonradan ortaya çıkabilecek olumsuzluklara, haklı nedenlere, hatta çocuğun üstün çıkarlarının gerektirmesi haline bağlı olarak dahi sona erdirilememektedir.

2. İtiraz yoluyla Kanun'un 318. maddesinin birinci fıkrasının iptalini isteyen Mahkeme, yapay bir ilişki olan evlatlık ilişkisinin, hiçbir şekilde değiştirilemez bir olgu olan doğal (biyolojik) ana-baba ve çocuk ilişkisiyle aynı imiş gibi düzenlenmesinin, Anayasa'nın 2., 5., 12., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğunu öne sürmüştür.

3. Öncelikle, evlatlık ilişkisinin hiçbir nedenle sona erdirilememesine yol açan kuralın eksik düzenleme değil, yasa koyucunun bilinçli bir takdiri

olduğuna işaret etmek gerekir. Kuralın iptali halinde yasa koyucunun evlatlık ilişkisini, doğal soybağı ile eş tutan bir sistem dahilinde yaptığı düzenlemenin bozulacağı, bu şekilde Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis etmiş olacağı ve yasa koyucuyu, benimsediği sistemi terk etmeye mecbur bırakacağı ileri sürülebilecek ise de bu kaygıların geçerli olmadığı belirtilmelidir. Zira yasa koyucunun, kuralın iptali halinde dahi önünde çeşitli seçenekler bulunacak ve çocuğun üstün yararı gözetilerek, evlat edinen ve evlat edinilen yönünden farklı hükümler getirebilecektir. Öte yandan, Medeni Kanunda benimsenen sistem Anayasa'ya aykırılık içeriyorsa, değiştirilmesi tabidir. Bu nedenle, Anayasa'ya aykırı sonuçlara yol açan veya kişilerin anayasal güvence altında olan temel haklarını kullanılmaz hale getiren bir düzenlemenin iptal edilmesinin, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisi içinde bulunduğu tartışmasızdır.

4. İkinci olarak, itiraz yoluyla gelen Mahkeme her ne kadar kuralın, Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığını öne sürmemiş ise de esas incelemenin, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca Anayasa'nın 17. maddesi yönünden de yapılması gerekir. Anayasa Mahkemesi, aşağıda belirtilen kararlarında, soybağı ve babalık gibi müesseseleri Anayasa'nın 17. maddesiyle doğrudan ilgili görmüş olup, yapay bir soybağı olan evlatlık ilişkisinin de Anayasa'nın 17. maddesiyle ilişkili olduğu kabul edilmelidir.

5. Anayasa Mahkemesinin Esas: 2011/116, Karar: 2012/39 sayılı iptal kararının gerekçesinde aşağıdaki hususlar belirtilmiştir:

"Anayasa'nın 'Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı' başlıklı 17. maddesinde, 'Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir' denilmektedir. Buna göre kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete görev olarak verilmiştir."

"Anayasa'nın 'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde,

diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir."

"İtiraz konusu kuralda, çocuğa dava açmak için tanınan bir yıllık sürenin haklı bir sebeple kullanılamaması durumunda bunun yerine bir aylık, çok sınırlı bir ek süre öngörülmüştür. Hak düşürücü niteliğinden dolayı da çok sınırlı olan bu sürenin geçmesinden sonra çocuk, babası ile arasında soybağını kurma ve buna bağlı haklara sahip olma olanağını yitirecektir. Bu nedenle, çocuğun maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlayan itiraz konusu kuralda öngörülen süre adil, ölçülü ve makul değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

6. Keza Anayasa Mahkemesinin Esas: 2010/71, Karar: 2011/143 sayılı kararda şu iptal gerekçelerine yer verilmiştir:

"Anayasa'nın 'Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı' başlıklı 17. maddesinde, 'Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir' denilmektedir. Buna göre kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete görev olarak verilmiştir. Güçlüler karşısında güçsüzleri koruyacak olan devlet gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece sosyal niteliğine ulaşacaktır. Bu itibarla kişilerin yaşayışlarına ilişkin yasal düzenlemeler 'yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma hakları'nı önemli ölçüde zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içermemelidir."

"Anayasa'nın 'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir.

İtiraz konusu kuralda, çocuk hakkındaki bir yıllık babalık davası açma süresinin çocuğa doğumdan sonra hiç kayyım atanmamışsa, çocuğun ergin olduğu

tarihte işlemeye başlayacağı öngörülmektedir. Kuralda öngörülen dava açma süresi, yargılama usulüne ilişkin olup, soybağı davalarında dava açma süresini belirleyip belirlememe yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir.

Yasa koyucu, soybağı davalarında dava açma süresine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise 'elverişlilik', 'gereklilik' ve 'orantılılık' olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. 'Elverişlilik', getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik', getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve 'orantılılık' ise getirilen kural ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesi nedeniyle Devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Anayasa'da düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Devlet'in herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama görevi göz önüne alındığında; kişi evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir.

İtiraz konusu kural ile çocuğun babalık davasını açma hakkının hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırılmasının gerekçesinin, davalı babanın sürekli olarak dava tehdidi altında kalmamasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Davalı babanın veya ailesinin uzun süre dava tehdidi altında bulunmaması, diğer yandan da çocuğun ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla, her iki taraf açısından yasa koyucunun süre koyma konusundaki takdir yetkisini makul bir süre olarak belirlemesi gerekmektedir. Hak düşürücü niteliğinden dolayı itiraz konusu kuralda öngörülen sürenin geçmesinden sonra çocuğun babası ile arasındaki soybağını kurma olanağını yitirmesi hususu göz önüne alındığında, çocuk hakkında hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren işleyecek olan bir yıllık dava açma süresi yeterli ve makul olmadığı gibi, ölçülü de değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

7. Konuya ilişkin uluslararası düzenlemelere bakıldığında, evlatlık ilişkisinin kurulduktan sonra bir daha ortadan kaldırılmamasını öngören her hangi bir sözleşme veya AİHM kararı bulunmadığı görülmektedir. Pek çok ülkede, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisindeki gibi, evlatlık ilişkisine daha çok iradeye dayalı bir nitelik kazandırılmış ve bu ilişkinin haklı sebeplerin varlığı halinde kaldırılabilmesi öngörülmüştür.

8. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kabulünden sonra 2008 yılında akdedilen "Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" nin 8. maddesinde, her ne kadar sonraki evlat edinme (ikinci bir evlatlık ilişkisi kurulması) ilke olarak yasaklanmış ise de, bunun da istisnası öngörülmüş ve *"sonraki evlat edinmenin ciddi nedenlerle adil bulunması ve eski evlat edinmenin hukuka göre sona erdirilemediği durumlarda"* yetkili merciin kararıyla yeni bir evlatlık ilişkisi kurulması yolu açılmıştır. Görüleceği gibi burada, ilk evlatlık ilişkisinin sona erdirilmesi konusunda yetkili mercilere oldukça geniş bir takdir alanı bırakılmış, yani istisna hükmü geniş tutulmuştur.

Aynı sözleşmenin evlat edinmenin geri alınması ve iptali kenar başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrasında *"evlat edinme, yalnızca yetkili makamın kararı ile geri alınabilir ya da iptal edilebilir. En üstün tutulacak unsur her zaman çocuğun çıkarıdır"* denilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında da evlat edinmenin, *"çocuğun ergenlik yaşına varmasından önce, hukukun izin verdiği ciddi nedenlerle"* geri alınabileceği belirtilmiştir.

Buna göre, sözleşmede de evlatlık ilişkisi bir kez kurulduktan sonra, çocuğun veya ailenin çıkarına hizmet etmese bile, taraflar hayatta olduğu sürece muhafazasına her hangi bir mutlak değer atfedilmediği açıktır. Aksine, ciddi sebeplerin varlığı ve çocuğun üstün yararının gerektirmesi halinde bunun mümkün olması gerektiği, ancak ilgili düzenlemelerin kanunla yapılmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

9. Mahkememizin, iptal isteminin reddine ilişkin çoğunluk gerekçesinde Anayasa'nın 17. maddesindeki dokunulmaz, devredilmez,

vazgeçilmez nitelikteki temel hakka kanunla yapılmış olan müdahale yönünden inceleme yapılmadığı gibi, Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama hürriyeti yönünden sınırlamanın ölçüsüz olmadığı değerlendirilmiştir. Bu bağlamda, evlatlık ilişkisinin devamı süresince tarafların başvurabilecekleri başka hukuki imkanlar bulunduğu, evlat edinenin, şartları mevcutsa, mirasçılıktan çıkartma, evlatlığın da velayet haklarının kullanımı bakımından hakimin müdahalesini isteme gibi haklarını kullanabilecekleri, bu nedenle hak arama özgürlüğünün özüne dokunulduğunun ve getirilen sınırlamanın ölçüsüz olduğunun söylenemeyeceği ifade edilmiştir.

10. Ancak, bu değerlendirme, Anayasa Mahkemesinin yukarıda 6. ve 7. paragraflarda belirtilen kararlarına uymadığı gibi, burada söz konusu olan hakların kapsamının da farklı olduğu hususu gözardı edilmektedir. İptali istenen kuralla müdahale edilen, mirastan mahrum bırakma veya velayetin alınmasını isteme hakkı değil, doğrudan doğruya evlatlık ilişkisinden doğan soybağını mahkeme önüne getirebilme hakkıdır. Diğer hakların kullanılması, tarafların maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin yeterli bir güvence oluşturmayabilir. Özellikle evlatlık ilişkisinin, çocuğun cinsel istismarı, suça itilmesi, angarya ve kötü muamele hatta işkence gibi çok ağır durumların ortaya çıktığı ve telafi edilemez biçimde zarar gördüğünün açık olduğu hallerde, sadece mirastan mahrumiyet veya velayetin alınması yollarıyla dengelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır.

11. Mevcut düzenlemelere göre velayet ilişkisinin kaldırılması için mahkemeye başvurma imkanı bulunmayışı, adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkına yapılmış, ölçüsüz ve zorunlu olmayan bir müdahaledir. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 36. maddesine de aykırıdır.

12. Konunun, Anayasa'nın 41. maddesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Ailenin ve çocuğun korunmasına yönelik maddenin, evlatlık ilişkisinin geri alınamamasına veya yapay bir soybağı ilişkisi olan evlatlık ilişkisine biyolojik soybağı niteliği kazandırılmasına dayanak teşkil edecek her hangi bir yönü yoktur.

13. Açıklanan nedenlerle iptal istemine konu kanun hükmünün, Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşünülmektedir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz yoluyla iptali istenen kural, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 318. maddesinde düzenlenen; "Evlat edinme esasa ilişkin diğer noksanlıklardan biriyle sakatsa, Cumhuriyet savcısı veya her ilgili evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir" hükmü olup, Mahkememizce kural, maddedeki 'her ilgili' ibaresi yönünden incelenmiş ve çoğunluk tarafından iptal istemi reddedilmiştir. Kuralın reddi görüşüne aşağıda yazılı gerekçelerle iştirak etmemekteyiz.

4721 sayılı Kanun 2001 yılında kabul edilirken evlatlık kurumu mülga 743 sayılı Kanundan farklı bir biçimde, anne-çocuk arasındaki doğal soybağına benzetilmiş ve bir kez kurulduktan sonra bu bağın artık çözülemeyeceği esası kabul edilmiştir. Yine, önceki düzenlemeden farklı olarak evlatlık kurumu sözleşme ilişkisi olarak ele alınmayıp, küçüğün yararını esas alan ve mahkeme kararıyla kurulabilen bir aile hukuku kurumu olarak değerlendirilmiştir. Bu nedenle, mülga kanunda yer alan, tarafların rızaları ile ilişkiye son vermeleri veya haklı nedenlerin bulunması durumunda mahkeme kararıyla evlatlık ilişkisinin kaldırılması (743/m.258) gibi dava yollarına yer verilmemiştir.

TMK'nın 317. maddesinde evlatlık ilişkisini sona erdiren 'rıza yokluğu' nedeni düzenlenmiş ve 318. maddede ise 305. maddeyle bağlantılı olarak yalnızca evlatlık ilişkisinin kurulması anına kadar olan şartlara ilişkin 'diğer nedenler' ortadan kaldırma nedeni olarak sayılmıştır. Dolayısıyla, 305/2. maddedeki 'küçüğün yararı' esası dahi evlatlık bağının kurulma anıyla sınırlı olarak dava nedeni teşkil edebilir. Bu anlamda örneğin, küçüğün emeğinin sömürülmesi amacıyla evlatlık ilişkisinin kurulmak

istenildiği sonradan anlaşılmışsa bu durumun 318. maddeye göre dava nedeni oluşturması mümkündür. Buna karşın başlangıçta küçüğün menfaatine aykırı bir amaç bulunmamakla birlikte sonraki yıllarda evlat edinenin küçüğe uzun süre eziyet ettiği tespit edildiği bir durumda evlatlık bağının çözülmesi için bir dava yolu öngörülmemiştir. Esasen kimi durumda haklı nedenler evlat edinen yönünden de oluşabilir. Önceki kanunda yer alan, evlatlık bağının haklı nedenlere dayalı olarak ortadan kaldırılması yolunun yeni kanuna alınmaması karşısında bu tercihin bilinçli olarak yapıldığı da anlaşılmaktadır. İsviçre hukukuyla benzeşen bu düzenlemeye karşın Alman hukukunda çocuğun yararının gerektirdiği haklı nedenlere dayalı olarak evlatlık bağının kaldırılması yolu bulunmaktadır. Doktrinde, olması gereken hukuk açısından hukukumuzda da haklı nedenlere dayalı dava yolunun bulunması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. Murat Aydoğdu, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlat Edinme, İzmir 2006, s. 736; A. Cemal Ruhi, Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, 2.B. Ankara 2003, s. 69). Hukukumuzda evlatlığın asıl ailesiyle olan soybağının devam ediyor olması karşısında, evlatlık bağının çözülmesinin hukuk düzeni yönünden yol açacağı bir sakınca da bulunmamaktadır.

Toplumsal ihtiyaçlara göre belirli bir hukuki kurumun düzenlenmesi yasama organının takdiri içerisindedir. Buna karşın yasama organı bu düzenlemeler sırasında tamamen sınırsız olmayıp, Anayasal ilkelere uygun davranılması gerekmektedir. Bu anlamda evlatlık kurumuna ilişkin sistem tercihi de elbette yasama organının takdirine girmektedir. Fakat incelenen kuralın anayasal ilkeler yönünden değerlendirilmesi de Mahkemenin yargı yetkisi içerisindedir. Başka bir ifadeyle söz konusu yasal düzenlemeler diğer anayasal ilkelere aykırı düşmemeli ve bu arada Anayasanın 13. maddesi uyarınca kişilik haklarına ölçüsüz bir müdahale oluşturulmamalıdır. Örneğin benzer bir kuralı incelerken AYM "Yasa koyucu soybağı davalarında dava açma süresine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır" demek suretiyle bu hususa işaret etmiştir; AYM 27.10.2011, 2010/71 E.-2011/143 K.

Evlatlık bağının çözülmezliği ilkesinin esas alınması noktasında anayasal ilkelere bir aykırılığın bulunduğunu düşünmemekteyiz. Bu

anlamda evlatlık kurumunun sözleşme hukuku alanından çıkartılıp aile hukuku alanına dahil edilmesi ve rızaya bağlı olarak ilişkinin ortadan kaldırılmasına imkan tanınmamasının da anayasal bir sorun teşkil etmeyeceği söylenmelidir. Esasında özellikle küçüklerin evlat edinilmesi durumunda, reşit olduktan sonra bu konudaki rızasına hukuki bir değer tanınmaması, küçüğün kişilik hakkını sınırlayan bir müdahaledir. Fakat, aile kurumunun ve bakılıp gözetilmesi, eğitimi gibi nedenlerle küçüğün menfaatlerinin korunmasına olan ihtiyaç dolayısıyla böyle bir sınırlamanın demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olduğunu kabul etmek gerekir.

Buna karşın evlat edinenin bir süre sonra evlatlığa sürekli eziyet etmesi gibi bir örnekte, belki velayetin kaldırılması ve cezai yaptırım uygulanması gibi hukuki yollara başvurulabilir ise de evlatlığa bu ilişkiyi çözdürme imkanı tanınmamasının, gereklilik ve ölçülülük testi bakımından soruna neden olacağı söylenmelidir. Gerçekten böyle bir örnekte, velayet yetkisi bu kişiden alınmış olsa dahi yıllarca eziyet veya cinsel istismara uğramış bir evlatlığın, bu ağır suçun faili ile aile bağını sürdürmek zorunda bırakılmasının demokratik toplumun zorlayıcı bir ihtiyacını karşıladığını ve ölçülü olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir. Bu düşünceye karşı, "kanun koyucunun evlatlık ilişkisini doğal soybağı ilişkisiyle bir tutmak istediği ve bu tercihin de takdir alanı içinde olduğu" itirazında bulunulabilir. Yukarıda açıklandığı üzere kanun koyucunun bir hukuki rejim yönündeki tercihiyle ilgili bir sorun görmemekteyiz. Fakat tercih edilen hukuki rejimin, tarafların kişilik haklarını ölçüsüz biçimde sınırlandırmaması da gerekir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi Anayasanın 17. maddesinde yer alan "maddi ve manevi varlığını koruma" hakkının devredilmez, vazgeçilmez temel haklardan olduğunu ve bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılmasının da devlete görev olarak verildiğini" ifade ettikten sonra, TMK'nın 303. maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin mazeret nedeniyle aşılması durumunda, mazeretin ortadan kalkmasından sonra verilen ek bir aylık süreyi değerlendirmiş ve çocuğun maddi-manevi varlığını geliştirme ve hak arama haklarıyla bağlantılı olarak, kuralda belirlenen kısıtlı sürenin ölçülü olmaması nedeniyle 4. fıkranın çocuk yönünden iptaline karar vermiştir; AYM 15.3.2012, 2011/116 E. – 2012/39 K.; RG. 21.07.2012-28360.

Mahkememiz TMK'nın 319. maddesinde evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına yönelik dava hakkı için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü süreyi iptal ederken de haklı nedenlerin 5 yıldan sonra öğrenilmiş olmasına ilişkin mazeret nedenlerini dahi incelemeye gerek görmeden davanın reddini gerektiren kuralı, Anayasanın 2, 13 ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir; AYM 27.12.2012, 2012/35 E.- 2012/203 K.

Doğal soybağı ilişkisi anne ve çocuk arasında doğumla, baba ile ise evlilik ve tanıma ile kazanılmaktadır (TMK m.282). Anne ve baba ile doğumla oluşan doğal soybağı ilişkisinin çözülememesi yerinde olduğu gibi, doğuştan kazanılan bu bağın hukuken ortadan kaldırılması da mümkün olmamalıdır. Evlatlık hukukuna bağlı soybağı ilişkisinin bu kuruma benzetilmek istenilmesi de yasal bir tercih konusudur. Ancak, küçüğün menfaatleri gereği hukuk düzenince türetilen bir kurum yoluyla kabul edilen evlatlık bağının, haklı nedenlerin varlığı halinde dahi çözülmesinin yasaklanması kişilik haklarını zedeleyecektir. Özellikle belirttiğimiz örneklerdeki gibi bir durumda evlatlığın, üzerinde kalıcı psikolojik travma oluşturabilen eylemlerin failiyle arasındaki mevcut soybağını sürdürmeye mahkum edilmesi, Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ölçüsüz bir müdahale oluşturmaktadır. Yine aynı örnekler bakımından haklı nedenlerin varlığına karşın, evlatlığa bu ilişkiyi sona erdirebilecek idari veya yargısal bir yolun tanınmaması hak arama hürriyetini de ölçüsüz biçimde sınırlandırmaktadır.

Açıkladığımız hukuki gerekçeler karşısında, haklı nedenlerin varlığı halinde dahi evlatlık bağının ortadan kaldırılması yolunun tanınmaması nedeniyle kuralın Anayasanın 17, 36 ve 13. maddelerine aykırı düştüğü ve evlatlık ile evlat edinilenin kişilik haklarını ölçüsüz biçimde sınırlandırdığı kanaatinde olduğumuzdan, çoğunluğun oy ve gerekçelerine katılamamaktayız.

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Hasan Tahsin GÖKCAN

Esas Sayısı : 2017/175
Karar Sayısı : 2017/175
Karar Tarihi : 28.12.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Aksaray İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 10. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 10., 18., 55. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Göç İdaresi Aksaray İl Müdürü olarak vekâleten atanan davacının, vekâleten atandığı kadroya ilişkin mali hakların kendisine ödenmesi talebiyle yaptığı başvurunun reddi işleminin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KURALI

375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) ek 10. maddesinin birinci fıkrası ile itiraz konusu kuralın yer aldığı üçüncü fıkrası şöyledir:

"Ek Madde 10- (Ek: 11/10/2011-KHK-666/1 md.)

Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı, Başbakanlık ve bakanlıklar ile bunların bağlı ve ilgili kuruluşları (Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Toplu Konut İdaresi Başkanlığı ile 2659 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 2 nci maddesi kapsamında bulunanlar hariç), sosyal güvenlik kurumları, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Yükseköğretim Kurulu, Üniversitelerarası Kurul ve Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının;

a) Merkez teşkilatlarında Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfına ait kadrolarda yer alanlar ile 28/2/1985 tarihli ve 3160 sayılı Kanuna göre tazminat 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) (Değişik : 20/8/2016-6745/76 md.) 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 dâhil) atananlar ve bunların yardımcı ve stajyerleri ile iç denetçilerden ekli (III) sayılı Cetvelde yer alan unvanlı kadrolarda bulunanlardan,

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.

…

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."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 28.12.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı kural ile sınırlıdır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, KHK'nın ek 10. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin iptalini talep etmiştir.

4. İtiraz konusu kural, KHK'ya ekli (II) sayılı Cetvel kapsamında yer alan kadrolara vekâleten atananlara vekâlet görevi nedeniyle ek 10. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ödemelerin yapılmayacağını öngörmektedir. Bakılmakta olan davanın konusu ise Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü kadrosuna yapılan vekâleten atamaya ilişkin mali hakların ödenmesi talebiyle yapılan yargılamayı konu edinmektedir. İtiraz konusu kural, Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü kadrosunun yanı sıra (II) sayılı Cetvel kapsamında yer alan diğer kadrolar açısından da ortak ve geçerli kuraldır. Bu nedenle itiraz konusu kurala ilişkin esas incelemenin, *"Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü"* yönünden sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

5. Açıklanan nedenlerle, 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 10. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin *"Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü"* yönünden yapılmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

6. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Volkan HAS tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu KHK kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle; KHK'ya ekli (II) sayılı Cetvel kapsamında yer alan kadrolara vekâleten atananlara vekâlet görevi nedeniyle ek 10. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ödemelerin yapılmayacağını öngören itiraz konusu kuralın 666 sayılı KHK ile düzenlendiği, KHK'nın dayanağı olan 6223 sayılı Yetki Kanunu uyarınca doğrudan mali konularda KHK çıkarmanın mümkün olmadığı, öte yandan belirli bir kadroya vekâleten atananların da asaleten atananlarla aynı görev ve sorumlulukları üstlendikleri, aynı görev ve sorumlulukları üstlenenler arasında mali haklar bakımından farklılık yaratılmasının eşitlik ve adalet ilkeleri ile angarya yasağını ihlal ettiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10., 18., 55. ve 91. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

8. İtiraz konusu kural, 375 sayılı KHK'ya 666 sayılı KHK ile eklenen (II) sayılı Cetvel kapsamında yer alan kadrolara vekâleten atananlara vekâlet görevi nedeniyle 375 sayılı KHK'nın ek 10. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ödemelerin yapılmayacağını öngörmekte olup kural *"Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü"* yönünden incelenmiştir.

9. Kural, 375 sayılı KHK'ya 666 sayılı KHK ile eklenmiştir. 666 sayılı KHK 6.4.2011 tarihli ve 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 KHK'lardandır.

1. Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

10. Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen KHK'lar, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması

görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde KHK'nın öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar Anayasa'nın 148. maddesinde KHK'ların yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin içine öncelikle KHK'nın yetki kanununa uygunluğunun denetimi girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içinde KHK çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, KHK'yı Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

11. Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hâl KHK'larından farklı olarak olağan dönemlerdeki KHK'ların bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle KHK'lar ile dayandıkları yetki kanunu arasında çok sıkı bir bağ vardır. KHK'nın yetki kanunu ile olan bağı, KHK'yı aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. KHK'nın Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkarılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen KHK'ların içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

12. KHK'ların 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. KHK'lar ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

13. Anayasa'da kimi konuların KHK'larla 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 kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez."* denilmiştir. Bu kural gereğince Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna ancak KHK'yla düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda KHK çıkarma yetkisi verebilir.

14. 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 KHK çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

2. İtiraz Konusu Kuralın 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi

15. Anayasa'nın 91. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, çıkarılacak KHK'nın amacının, kapsamının, ilkelerinin, kullanma süresinin ve bu süre içinde birden fazla KHK'nın çıkarılıp çıkarılamayacağının yetki kanununda gösterilmesi gerekir. Buna göre bir KHK'nın 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 KHK'yla düzenlenemeyecek yasak alan içinde bulunmayan kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarının 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında kalması durumunda KHK'yla düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırı bir durumun olmayacağı açıktır.

16. 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 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 Kanunu'nun kapsamında bulunmadığından KHK'yla 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.

17. 666 sayılı KHK'nın 1. maddesiyle KHK'ya ekli (II) sayılı Cetvel kapsamında yer alan kadrolara vekâleten atananlara vekâlet görevi nedeniyle ek 10. maddenin birinci fıkrasında belirtilen ödemelerin yapılmayacağı belirtilerek anılan personelin mali haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmaktadır. İtiraz konusu kural, 375 sayılı KHK'nın ek 10. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin *"Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü"* yönünden incelenmesine ilişkindir. 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda kamu görevlilerinin *"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. Diğer yandan 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.

18. Açıklanan nedenlerle kural *"Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü"* yönünden 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında bulunmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

19. Kural, Anayasa'nın 91. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 10., 18. ve 55. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

20. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez."* denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 10. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin *"Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü"* yönünden iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V. HÜKÜM

27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 10. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin, *"Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün il müdürü"* yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası

gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, 28.12.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

Esas Sayısı : 2016/179
Karar Sayısı : 2017/176
Karar Tarihi : 28.12.2017

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK, Özgür ÖZEL ile birlikte 129 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 10.8.2016 tarihli ve 6740 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 28.3.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'na eklenen ek 2. maddenin;

1. Birinci fıkrasının;

a. Birinci cümlesinin,

b. İkinci cümlesinde yer alan *"…Müsteşarlıkça uygun görülen…"* ibaresinin,

c. Üçüncü cümlesinin,

2. Beşinci fıkrasının dokuzuncu cümlesinin,

B. 2. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddenin,

Anayasa'nın 2., 7., 10., 13., 20., 35., 48., 60. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali talep edilen kuralların yer aldığı 6740 sayılı Kanun'un;

1. 1. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen ek 2. maddenin birinci ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Türk vatandaşı veya 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olup kırk beş yaşını doldurmamış olanlardan 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre çalışmaya başlayanlar, işverenin bu Kanun hükümlerine göre düzenlediği bir emeklilik sözleşmesiyle emeklilik planına dâhil edilir. *İşveren, çalışanını ancak otomatik katılım için emeklilik planı düzenleme konusunda* ***Müsteşarlıkça uygun görülen*** *şirketlerden birinin sunacağı emeklilik planına dâhil edebilir.* ***Bakanlar Kurulu, bu madde uyarınca emeklilik planına dâhil edilecek işyerleri ile çalışanları ve bu kapsamdaki uygulama esaslarını belirlemeye yetkilidir.****"*

"Çalışan adına bireysel emeklilik hesabına ödenen katkı payları üzerinden ek 1 inci maddedeki usul ve esaslara göre bu madde uyarınca ayrıca Devlet katkısı sağlanır. Çalışanın bu madde kapsamında cayma hakkını kullanmaması hâlinde, sisteme girişte bir defaya mahsus olmak üzere, ek 1 inci maddedeki Devlet katkısı hak etme ve ödeme koşuluna tabi olmak kaydıyla, bin Türk lirası tutarında ilave Devlet katkısı sağlanır. Bakanlar Kurulu, bu tutarı yarısına kadar artırmaya veya yarısına kadar azaltmaya yetkilidir. Emeklilik hakkının kullanılması hâlinde, hesabında bulunan birikimi en az on yıllık, yıllık gelir sigortası sözleşmesi kapsamında almayı tercih eden çalışana, birikiminin yüzde beşi karşılığı ek Devlet katkısı ödemesi yapılır. Bu madde hükmüne göre çalışan katkı payının takip ve tahsil sorumluluğu şirkete aittir. Müsteşarlık takip ve tahsil sorumluluğunun bu amaçla yetkilendirilecek bir kuruluşça yerine getirilmesine karar verebilir. Bankalar, Sosyal Güvenlik Kurumu ve ilgili diğer kamu kurumları, çalışan katkı payının takip ve tahsili ile Devlet katkısının hesaplanması için ihtiyaç duyulan verileri, Müsteşarlıkça belirlenen usul ve esaslara göre emeklilik gözetim merkezi ile bu maddeye göre takip ve tahsil sorumluluğu ile yetkilendirilecek kuruluşa aktarır. Emeklilik gözetim merkezi ile bu maddeye göre yetkilendirilecek kuruluş, söz konusu verileri şirketler ile paylaşabilir. ***Bu verilerden kişisel nitelikte olanlar, veri sahibinin açık rızasının alınmasına gerek olmaksızın ilgili kuruluşlar arasında paylaşılabilir ve veri paylaşımı, kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmez.****"*

2. 2. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. madde şöyledir:

*"**Bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kırk beş yaşını doldurmamış olan çalışanlar, ek 2 nci madde hükümleri çerçevesinde otomatik olarak emeklilik planına dâhil edilir.****"*

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 2.11.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Abuzer YAZICIOĞLU tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 1. Maddesiyle 4632 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 2. Maddenin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

3. Dava konusu kural, 18.1.2017 tarihli ve 6770 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilmiştir. Bu nedenle konusu kalmayan cümleye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

B. Kanun'un 1. Maddesiyle 4632 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 2. Maddenin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan "… *Müsteşarlıkça uygun görülen…*" İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

4. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın emeklilik şirketleri arasından otomatik katılımlı bireysel emeklilik sözleşmesi yapılacak şirketleri belirleme yetkisini idareye verdiği, herhangi bir kriter belirlenmeden verilen bu yetkinin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına

aykırı olduğu, sistemde denetim ve gözetim yetkisi bulunan ve 4632 sayılı Kanun hükümleri kapsamında şirketlere kuruluş izni ve faaliyet ruhsatı verilmesinde görevli olan idarenin ayrıca otomatik katılımlı bireysel emeklilik sistemine katılacak şirketleri belirleme yetkisine sahip olmasının sözleşme özgürlüğü ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

5. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

6. Kanun'un ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde işverenin, çalışanını ancak otomatik katılım için emeklilik planı düzenleme konusunda Hazine Müsteşarlığınca (Müsteşarlık) uygun görülen şirketlerden birinin sunacağı emeklilik planına dâhil edebileceği öngörülmekte olup cümlede yer alan *"…Müsteşarlıkça uygun görülen…"* ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

7. Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilkeyle 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 ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

8. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir.

9. Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."* denilmek suretiyle sözleşme özgürlüğü güvenceye bağlanmış ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiş ancak devlete, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirleri alma görevi verilmiştir. Buna göre millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaç kapsamında alınacak tedbirler nedeniyle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması mümkündür. Ancak sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir.

10. Anılan madde uyarınca 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 ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

11. 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.

12. 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 olmasını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. *"Demokratik toplum düzeninin gerekleri"*nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir.

13. Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen *"ölçülülük ilkesi"*, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

14. 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.

15. 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.

16. 4632 sayılı Kanun'un 8. ve 9. maddelerinde emeklilik şirketlerinin kuruluşu ve faaliyete başlamasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Buna göre emeklilik şirketlerinin bireysel emeklilik sistemi kapsamında katılımcılarla sözleşme yapabilmesi için öncelikle Müsteşarlıktan kuruluş izni, ardından faaliyet ruhsatı, daha sonrasında ise Sermaye Piyasası Kurumundan fon kurma onayı alması gerekmektedir. Kural, bu şekilde faaliyete başlayan emeklilik şirketlerinin otomatik katılımlı bireysel emeklilik sistemi (OK-BES) kapsamında işverenle sözleşme yapabilmesi için ayrıca emeklilik planı düzenleme konusunda Müsteşarlık tarafından uygun görülmesi şartını hükme bağlamaktadır.

17. Kuruluş izni, faaliyet ruhsatı ve fon kurma onayı almış bulunan emeklilik şirketlerinin isteyen herkesle bireysel emeklilik sözleşmesi yapabilme imkânının devam ettiği, kuralın sadece OK-BES kapsamında

yapılacak sözleşmeler ile ilgili olarak emeklilik şirketleri yönünden ilave bir koşul öngördüğü, bu koşulu yerine getiren emeklilik şirketleri arasından da işverenin seçim yapma olanağının bulunduğu gözetildiğinde OK-BES kapsamında sözleşme yapılabilecek emeklilik şirketlerine ilişkin koşulların belirli bir ölçü ve denge gözetilerek belirlenmesinin sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldıran veya onu kullanılamayacak ölçüde sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.

18. Kural, bir taraftan emeklilik şirketlerini etkilerken diğer taraftan çalışanların otomatik olarak katıldığı sisteme yatırılan tasarruflarının güvenliğini ilgilendirmektedir. Bu nedenle katılımcıların cayma veya ayrılma hakkını kullanmasına kadar zorunlu olarak yatırılacak katkı paylarının ve devletin katkı payının yer aldığı fonların yönetimini üstlenen emeklilik şirketlerinin emeklilik planı düzenleme konusundaki uygunluğunun tespitinde idareye ek bir yetki verilmesi suretiyle kamu yararının gerçekleştirilmesinin amaçlandığı gözetildiğinde söz konusu sınırlamanın *"demokratik toplum düzeninin gerekleri"*ne aykırılık taşımadığı anlaşılmaktadır.

19. Öte yandan emeklilik şirketlerinin bireysel emeklilik sisteminde isteyen herkesle sözleşme yapma imkânının ortadan kaldırılmamış olması, dava konusu kuralla getirilen ek koşulun OK-BES kapsamında yapılacak sözleşmelerle sınırlı olması ve işverenin bu ek koşulu yerine getiren emeklilik şirketleri arasında seçim yapma olanağının bulunması nedeniyle sözleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olduğu ve bireylere aşırı bir külfet yüklemediği sonucuna ulaşılmaktadır.

20. Ayrıca bireysel emeklilik sisteminde isteyen herkesin emeklilik şirketlerinden dilediğiyle bireysel emeklilik sözleşmesi yapabilmesi mümkün ve tarafların sözleşmeden dönmesi hâlinde özel hukuk çerçevesinde karşılıklı güvence mekanizmaları bulunmakta iken OK-BES kapsamındaki emeklilik sözleşmesinin işveren tarafından yapılması, belirli bir süre zorunlu katkı payının ödenmesi, istek hâlinde katkı payının en kısa zamanda iadesi ile iradesi dışında katılımcı olanların menfaatlerinin korunması söz konusu olduğundan bireysel emeklilik sistemi ile OK-BES arasında eşitlik karşılaştırması yapılması mümkün değildir.

21. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 10., 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

C. Kanun'un 1. Maddesiyle 4632 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 2. Maddenin Birinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

22. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralda sisteme dâhil edilecek işyerleri ve çalışanların belirlenmesi ile ilgili olarak sınırların ve temel ilkelerin ifade edilmesi yerine idareye keyfî ve adaletsiz uygulamalara neden olabilecek, yasama yetkisi kapsamında kalması gereken hususlarda yetki tanıyan bir düzenleme yapıldığı, böylece hukuki belirsizlik oluştuğu ve yasama yetkisinin yürütme organına devredildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

23. Dava konusu kural, Bakanlar Kurulunun otomatik katılımlı bireysel emeklilik planına dâhil edilecek işyerleri ile çalışanları ve bu kapsamdaki uygulama esaslarını belirlemeye yetkili olduğunu öngörmektedir.

24. 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.

25. 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, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî 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.

26. 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 hususu *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum"* olarak nitelendirilmiştir.

27. Anılan madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilmezliği 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 yürütme organına da bırakabilir.

28. Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince 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. 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 düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

29. Dava konusu kuralla, Bakanlar Kuruluna tanınan yetkilerden biri otomatik katılımlı bireysel emeklilik planına dâhil edilecek işyerleri ile çalışanları belirlemek olsa da kuralın yer aldığı fıkranın birinci cümlesinde *"Türk vatandaşı veya 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamında olup kırk beş yaşını doldurmamış olanlardan 31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerine göre çalışmaya başlayanlar, işverenin bu Kanun hükümlerine göre düzenlediği bir emeklilik sözleşmesiyle emeklilik planına dâhil edilir."* denilmek suretiyle bu hususların kanun koyucu tarafından bizzat düzenlendiği görülmektedir. Anılan cümle, dava tarihinden sonra kabul edilen 6770 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirilmek suretiyle OK-BES kapsamına giren çalışanların kapsamı genişletilmiştir. Bu itibarla Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin farklı bir nitelik taşıdığı ve işyerleri ile çalışanların belirlenmesine yönelik bir yetki olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim Bakanlar Kurulunun 2.1.2017 tarihli ve 2017/9721 sayılı kararı ile çıkarılan yönetmelik hükümleri gereğince sisteme dâhil edilme süreci, Kanun'da nitelikleri belirtilen işyerlerinin çalışan kişi sayısına göre sıralı bir takvime bağlanmıştır.

30. OK-BES kapsamına giren işyerleri ile çalışanların Kanun'un ek 2. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde açıkça düzenlendiği, bu suretle Bakanlar Kurulunu bağlayıcı bir çerçevenin çizildiği, kuralla Bakanlar Kuruluna tanınan yetkinin Kanun'un anılan hükmü uyarınca tespit edilen işyerleri ve çalışanlarının sisteme dâhil edilmesi sürecine ilişkin uygulama esaslarının belirlenmesinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Kanun'da çizilen çerçeve içinde kalmak kaydıyla çok sayıda çalışanın sisteme girişinde yaşanabilecek risk ve güçlüklere göre öngörülemez, değişken ve teknik konularla ilgili uygulama esaslarını belirleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, belirsizlik oluşturduğu anlamına gelmeyeceği gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali sonucunu da doğurmaz.

31. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

D. Kanun'un 1. Maddesiyle 4632 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 2. Maddenin Beşinci Fıkrasının Dokuzuncu Cümlesinin İncelenmesi

1. Genel Açıklama

32. Dava konusu kuralın yer aldığı fıkrada, cayma hakkını kullanmayan katılımcının birikimine eklenecek devlet katkısı, bu katkı miktarının hesaplanma yöntemi ve oranı, katkı paylarının takip ve tahsil sorumluluğu, katılımcı katkı payının takip ve tahsili ile devlet katkı payının hesaplanması için ihtiyaç duyulan verilerin paylaşılması ve paylaşılma kapsam ve usulü düzenlenmektedir. Kuralda ise paylaşılması öngörülen verilerden kişisel nitelikte olanların veri sahibinin rızası aranmaksızın ilgili kuruluşlar arasında paylaşılabileceği ve bu paylaşımın kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine aykırılık oluşturmayacağı belirtilmektedir.

33. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinde kişisel veri, *"kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"* şeklinde tanımlanmış; 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da özel nitelikli kişisel veri *"Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir."* biçiminde ifade edilmiştir. Bu itibarla dava konusu kural kapsamında paylaşılması öngörülen veriler *"çalışan katkı payının takip ve tahsili ile Devlet katkısının hesaplanması için ihtiyaç duyulan veriler"* olarak belirlendiğinden bu bilgilerin 6698 sayılı Kanun kapsamında kaldığı ve özel nitelikli olmayan kişisel veriler olduğu şüphesizdir. Ayrıca bu veriler, yalnızca "*çalışan katkı payının takip ve tahsili*" ve "*Devlet katkı payının hesaplanması*" amacıyla paylaşılabilecektir.

34. Dava konusu kurala göre kişisel verilerin paylaşılması, OK-BES'in işleyişinde yetki ve görev üstlenen organlar ile emeklilik şirketleri arasında söz konusudur. Bu bağlamda, devlet katkı payını hesaplama, Müsteşarlığa bildirme ve devlet katkı payını ilgili emeklilik şirketine aktarma yetkilisi olan ve emeklilik şirketlerini günlük izleme sorumluluğu bulunan emeklilik gözetim merkezi, çalışan katkı payının takip ve tahsil sorumluluğu ile

yetkilendirilecek kuruluş ve katılımcı birikimlerini işleten, devreden veya devralan emeklilik şirketleri arasında bilgi paylaşımının hızlı ve düzenli olmasının katılımcıların ekonomik güvenceleri yönünden önemli olduğu anlaşılmaktadır.

2. İptal Talebinin Gerekçesi

35. Dava dilekçesinde özetle, kişisel verilerin veri sahibinin rızası aranmaksızın ilgili kuruluşlar arasında paylaşılabileceği, paylaşılacak verilerin kapsamı, niteliği, paylaşım amacının sınırları, bu süreçlerin denetimi ve veri sahibinin bu konularda bilgilendirilmesi konularının açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmediği, mevcut düzenlemenin hedeflenen amacın ötesinde özel hayatın ve kişisel bilgilerin gizliliğinin keyfî şekilde ihlal edilmesi ve Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, ülkemizin taraf olduğu ve uymakla yükümlü bulunduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık sonucunu doğurduğu, böylece hukuki belirsizlik oluştuğu ve özel hayatın korunması hakkına yönelik ölçüsüz bir sınırlama getirildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 20. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

36. Dava konusu kural, çalışan katkı payının takip ve tahsili ile devlet katkısının hesaplanması için ihtiyaç duyulan verilerden kişisel nitelikte olanların veri sahibinin açık rızasının alınmasına gerek olmaksızın ilgili kuruluşlar arasında paylaşılabilmesini ve veri paylaşımının kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmeyeceğini öngörmektedir.

37. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşulları arasında hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri bulunmaktadır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Belirtilen ilkeler

doğrultusunda aktarılacak kişisel verilerin neden ve hangi gerekçeyle temin edileceğine ilişkin olarak konu ve amaç sınırlamasının yapılması suretiyle bu verilerin kapsamının ve ne şekilde kullanılacağının belirli olması gerekmektedir.

38. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı vurgulanmış; ikinci fıkrasında, özel hayatın gizliliğine çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilmiş bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiş; üçüncü fıkrasında ise herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu, bu hakkın kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı ifade edilmiştir. Ayrıca maddede kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

39. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi veya aktarılması sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak bu hak sınırsız olmayıp kanunda öngörülen hâllerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesindeki güvencelere uygun biçimde sınırlandırılabilir.

40. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları, yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

41. Kural uyarınca OK-BES'e dâhil olan katılımcıların katkı paylarının takip ve tahsil edilmesi ve devlet katkı payının hesaplanması için gerekli olan kişisel verileri, veri sahibinin açık rızasının alınmasına gerek olmaksızın ilgili kuruluşlar arasında paylaşılabilecek ve bu veri paylaşımı,

kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine aykırılık teşkil etmeyecektir. Kural kapsamında paylaşıma konu olabilecek kişisel veriler, çalışan katkı payının takip ve tahsili ile devlet katkı payının hesaplanması için ihtiyaç duyulan verilerle sınırlı olup söz konusu veriler yalnızca emeklilik gözetim merkezi, takip ve tahsil sorumluluğu ile yetkilendirilecek kuruluş ve ilgili emeklilik şirketleri arasında paylaşılabilecektir.

42. Kuralda; paylaşılabilecek kişisel verilerin kapsamı, temin edilme sebebi ve amacı, kullanılma şekli ile paylaşım yapabilecek kurum ve kuruluşların açıkça belirlenmiş ve kişisel verilerin usulsüz olarak paylaşılması hâline ilişkin olarak kanuni güvence tanınmış olması nedeniyle söz konusu kuralın belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği söylenemez.

43. Diğer yandan OK-BES'e dâhil olan katılımcıların katkı paylarının takip ve tahsil edilmesi ile devlet katkı payının hesaplanması için gerekli olan kişisel verilerin ilgili kuruluşlar arasında paylaşılabileceğinin belirtilmesi nedeniyle kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına bir sınırlama getirildiği açıktır. Ancak bu sınırlamayla OK-BES'in işleyişinde aktif rol üstlenen emeklilik gözetim merkezine, takip ve tahsil sorumluluğu ile yetkilendirilecek kuruluşuna ve ilgili emeklilik şirketlerine 4632 sayılı Kanun hükümleriyle verilen görevlerin yani katılımcıların ve devletin ekonomik menfaatlerinin korunmasının, yüksek katılımlı ve yoğun işlemli sistemde aksaklıkların yaşanmamasının, toplumsal güvene olumsuz biçimde yansıyacak sistem hatalarının doğurabileceği makro ekonomik sonuçların önüne geçme görev ve sorumluluğunun yerine getirilmesinin, dolayısıyla kamu düzeninin sağlanmasının amaçlandığı gözetildiğinde söz konusu sınırlamanın *"demokratik toplum düzeninin gerekleri"*ne aykırılık taşımadığı açıktır.

44. Anılan kapsamda düzenleme yapılırken *"çalışan katkı payının takip ve tahsili ile Devlet katkı payının hesaplanması için ihtiyaç duyulan verilerin"* paylaşılacağı belirtilmek suretiyle paylaşılabilecek kişisel verilerin kapsamı ve paylaşılma amacı ile paylaşımda bulunabilecek kurum ve kuruluşların da emeklilik gözetim merkezi, takip ve tahsil sorumluluğu ile yetkilendirilecek kuruluş ve ilgili emeklilik şirketleri biçiminde açık ve sınırlı bir şekilde belirlenmiş olması nedeniyle kural, sınırlamada kullanılan araç ile hakkın

özüne dokunmamakta; amaca uygun dengeli bir orantı oluşturmakta; kamu düzeninin korunması şeklindeki kamu yararı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasında makul bir denge kurmaktadır.

45. Öte yandan Kanun'un 23. maddesinin altıncı, yedinci ve sekizinci fıkralarında katılımcılara ait bilgiler "*sır*" olarak nitelendirilmiş, sistemde görev alan kişi ya da kuruluş mensuplarının sistemin işleyiş sürecinde elde ettiği sırların herhangi bir şekilde açıklanması, kişisel menfaatlerde kullanılması eylemleri suç olarak düzenlenerek cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu fiillerin sırrı öğrenen kişi tarafından kendi yararına işlenmesi hâlleri ise cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesi uyarınca da kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek suç olarak düzenlenmiştir.

46. Anılan hükümlerle dava konusu kural kapsamında elde edilecek bilgilerin amacı dışında kullanılmasını ve kişilerin özel hayatına dair bilgileri ile kişisel verilerin ifşa edilmesini önleyecek kanuni güvencenin sağlandığı da görülmektedir.

47. Diğer taraftan kuralla kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerinin ve bu bağlamda konuyla ilgili temel kanun olan 6698 sayılı Kanun'un tamamen uygulama dışında bırakıldığı da söylenemez. Kural, paylaşılması öngörülen kişisel verilerin paylaşılma şartlarını kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuattan bağımsız olarak düzenlemekte; buna karşılık kişisel verilerin güvenliğine, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin hususlarda kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerinin uygulanmayacağına yönelik bir hüküm öngörmemektedir. Bu itibarla kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatın ve bu kapsamda 6698 sayılı Kanun'un dava konusu kuralla açıkça bağışık tutulmuş konu haricindeki diğer hükümlerinin uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

48. Bu yönleriyle kuralla özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması haklarına getirilen sınırlamanın söz konusu hakların özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

49. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

50. Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

E. Kanun'un 2. Maddesiyle 4632 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 2. Maddenin İncelenmesi

51. Dava konusu kuralda, 6770 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle değişiklik yapılmıştır. Bu nedenle konusu kalmayan maddeye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

52. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın uygulanması hâlinde Anayasal ilkelerin ihlal edilmiş olacağı ve telafisi imkânsız zararların doğacağı, yürürlüğün durdurulması kararı verilmeden daha sonra verilecek bir iptal kararının etkisiz kalmasının muhtemel olacağı, yürürlüğün durdurulması kararının hukuk sisteminde herhangi bir boşluk oluşturmayacağı belirtilerek kuralın yürürlüğünün durdurulması talep edilmiştir.

10.8.2016 tarihli ve 6740 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 28.3.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'na eklenen ek 2. maddenin;

1. Birinci fıkrasının;

a. İkinci cümlesinde yer alan *"…Müsteşarlıkça uygun görülen…"* ibaresine,

b. Üçüncü cümlesine,

2. Beşinci fıkrasının dokuzuncu cümlesine,

yönelik iptal talepleri, 28.12.2017 tarihli ve E.2016/179, K.2017/176 sayılı kararla reddedildiğinden bu ibare ve cümlelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

B. 1. 1. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen ek 2. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi,

2. 2. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddesi,

hakkında 28.12.2017 tarihli ve E.2016/179, K.2017/176 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden bu cümle ve maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması talepleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

28.12.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

10.8.2016 tarihli ve 6740 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. maddesiyle 28.3.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'na eklenen ek 2. maddenin;

1. Birinci fıkrasının;

a. Birinci cümlesi, 18.1.2017 tarihli ve 6770 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu cümleye ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

b. İkinci cümlesinde yer alan *"…Müsteşarlıkça uygun görülen…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına, iptal talebinin REDDİNE,

c. Üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına, iptal talebinin REDDİNE,

2. Beşinci fıkrasının dokuzuncu cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına, iptal talebinin REDDİNE,

B. 2. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddesi, 18.1.2017 tarihli ve 6770 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle değiştirildiğinden,

konusu kalmayan bu maddeye ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

28.12.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

Esas Sayısı : 2017/140
Karar Sayısı : 2017/177
Karar Tarihi : 28.12.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bursa 13. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 75. maddesinin 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere…*" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanıkların tehdit suçundan cezalandırılmaları için açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 75. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"*Önödeme*

Madde 75- (1) ***Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere****, yalnız adlî para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçların faili;*

a) Adlî para cezası maktu ise bu miktarı, değilse aşağı sınırını,

b) Hapis cezasının aşağı sınırının karşılığı olarak her gün için otuz Türk Lirası üzerinden bulunacak miktarı,

c) Hapis cezası ile birlikte adlî para cezası da öngörülmüş ise, hapis cezası için bu fıkranın (b) bendine göre belirlenecek miktar ile adlî para cezasının aşağı sınırını,

Soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmaz. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/12 md.) Taksirli suçlar hariç olmak üzere, önödemeye bağlı olarak kovuşturmaya yer olmadığına veya kamu davasının düşmesine karar verildiği tarihten itibaren beş yıl içinde önödemeye tabi bir suçu işleyen faile bu fıkra uyarınca teklif edilecek önödeme miktarı yarı oranında artırılır."

B. İlgili Görülen Kanun Hükmü

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili görülen 253. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"Uzlaşma

Madde 253- (Değişik: 6/12/2006-5560/24 md.)

(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Tehdit (madde 106, birinci fıkra),

4. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

5. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Hırsızlık (madde 141),

6. (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Dolandırıcılık (madde 157),

7. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

8. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

c) (Ek: 24/11/2016-6763/34 md.) Mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olması koşuluyla, suça sürüklenen çocuklar bakımından ayrıca, üst sınırı üç yılı geçmeyen hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlar.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, (…) cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009 - 5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 26.7.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

3. Başvuran Mahkeme Kanun'un 75. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olan "*önödeme*" kurumunun kapsamını belirleyen kuralda yer alan *"Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere..."* ibaresinin iptalini talep etmiştir.

4. Bakılmakta olan davadaki uyuşmazlığın konusunu Türk Ceza Kanunu'nun 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olan tehdit suçu oluşturmaktadır. Uzlaşma kapsamında yer almakla birlikte Kanun'da öngörülen ceza türü veya miktarı açısından önödeme hukuki kurumunun kapsamına tehdit suçu haricinde başka suçların da girebilmesi mümkün olup söz konusu suçlar bakılmakta olan davanın konusunu oluşturmamaktadır.

5. Açıklanan nedenlerle 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 75. maddesinin 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere…*" ibaresinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin 5237 sayılı Kanun'un 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*tehdit*" suçu yönünden yapılmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

6. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Aydın AYGÜN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

7. Başvuru kararında özetle; uzlaşma kapsamındaki suçların önödemeye tabi olmaması nedeniyle sanıkların cezalandırılabilmelerinde mağdurun uzlaşma hususunda ileri sürdüğü görüşün etkili olduğu, uzlaşma kapsamındaki suçların önödeme kapsamının dışına çıkarılmasının hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

8. Kanun'un 75. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı altı ayı aşmayan suçların failinin Kanun'da öngörülen miktar ile soruşturma

giderlerini yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödediği takdirde hakkında kamu davası açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. İtiraz konusu kural, Kanun'un 75. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere…*" ibaresinin Kanun'un 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan tehdit suçu yönünden incelenmesine ilişkindir.

9. 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.

10. Ceza hukukunun toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgisinin 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'ya bağlı kalmak koşuluyla soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

11. 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, kişiler arasında ayrım yapılmasını ve kişilere 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.

12. Kanun'un 75. maddesinde düzenlenen "*önödeme*", belli nitelik ve türdeki suçlar için gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında gerçekleşebilen ve soruşturma aşamasında fail hakkında kamu davasının açılmasını önleyen; kovuşturma aşamasında ise hakkındaki kamu davasının düşmesini sağlayan bir hukuki kurumdur. Ancak faile ön ödeme önerisinde bulunulabilmesi için maddede belirtilen diğer koşulların yanı sıra suçun uzlaşma kapsamında yer almaması gerekmektedir. Bu gereklilik, kanun koyucunun kapsam dışında kalan suçlar yönünden uzlaşma kurumunu önödeme kurumuna tercih ettiğini de göstermektedir.

13. Suç teşkil eden her eylemin mutlaka ceza yaptırımı ile karşılanması, cezanın suçtan zarar görenin tatmin aracı olarak kullanılması eski hukuk anlayışlarında kabul edilmesine karşın çağdaş gelişim her suçlunun hemen bir ceza yaptırımı ile karşılaşması yerine topluma karşı sorumluluklarını gözden geçirmesine olanak vermek üzere belirli sürelerle gözetim ve denetimini öngören ve mümkün olduğunca suçtan zarar görenin tatminini de içeren uygulamalara yönelmiş bulunmaktadır.

14. Bu bağlamda uzlaşma kurumu da uyuşmazlığın yargı dışı yolla ancak adli makamların denetiminde çözümlenmesini amaçlayan bir yöntemdir. Uzlaşma, bu kapsama giren suçlarda fail ve mağdurun suçtan doğan zararın giderilmesi konusunda anlaşmalarına bağlı olarak devletin de ceza soruşturması veya kovuşturmasından vazgeçmesi ve suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzenin barış yoluyla yeniden tesisini sağlayıcı nitelikte bir hukuksal kurumdur. Uzlaşma ile şüpheli veya sanık işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek, suçun sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmekte; ayrıca devlet yaptırım uygulamak yönünden katlanacağı birçok masraftan da kurtulmuş olmaktadır. İtiraz konusu kural uyarınca uzlaşma kapsamına giren bir suçun önödeme kapsamına alınmamış olması, anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirindedir. Dolayısıyla kuralda hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yön bulunmamaktadır.

15. Suçların tasnifinde dikkate alınan kıstaslardan birini de korunan hukuki değer oluşturmaktadır. Hukuki değer, ceza normu ile korunan ve suçla ihlal edilen yarardır. Kural olarak her bir ceza normu birbirinden farklı

en az bir hukuki değeri korumaktadır. Bazı fiillerle ihlal edilen yararın, diğer bir ifade ile bazı suçlarla korunan hukuki değerin kişisel yönünün daha da ön planda olduğu kabul edilmektedir. Uzlaşma kapsamında yer alan suçlar da bu kapsamda yer almayan suçlara oranla kişisel yararları daha fazla ihlal etmektedir. Ceza hukukunda kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özelliklerinin göz ardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Buna göre uzlaşma kapsamında bir suç olarak belirlenmiş fiilin faili ile bu kapsamda olmayan bir suçu işleyen fail farklı hukuki konumdadırlar. Bu nedenle farklı hukuksal konumda bulunan kişiler hakkında farklı usulün uygulanmasını öngören itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

16. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

IV. HÜKÜM

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 75. maddesinin, 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan *"Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere…"* ibaresinin, 5237 sayılı Kanun'un 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"tehdit"* suçu yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 28.12.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

Esas Sayısı : 2017/160
Karar Sayısı : 2017/178
Karar Tarihi : 28.12.2017

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 1. maddesinin (9) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Ankara İl Özel İdaresinde daire başkanı olarak görev yapmakta iken bu idarelerin 6360 sayılı Kanun gereğince kapatılması üzerine söz konusu Kanun hükümlerine göre diğer bir kamu kurumuna araştırmacı olarak atanan davacının atama işleminin iptali ve yoksun kaldığı mali hakların iadesi talebiyle açtığı davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İtiraz Konusu Kanun Hükmü

Kanun'un geçici 1. maddesinin (9) numaralı fıkrasının itiraz konusu (a) bendi şöyledir:

"a) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memur kadrolarındaki personel 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun değişik 22 nci maddesinin ikinci, üçüncü

ve beşinci fıkralarında belirtilen esas ve usuller çerçevesinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarına, Devlet Personel Başkanlığına bildirim tarihinden itibaren doksan gün içinde nakledilir. Ayrıca, nakledilen personelden devir tarihi itibarıyla müdür ve daha üstü yönetici kadrolarında bulunan personel hakkında aynı tarihteki kadro unvanları dikkate alınarak söz konusu maddenin altıncı fıkra hükümleri de uygulanır ve üç yıllık süre, devir tarihinden itibaren başlar. Ancak, 4046 sayılı Kanunun anılan maddesi uyarınca yapılacak fark tazminatı hesabında, 25/6/2001 tarihli ve 4688 sayılı Kanunun 32 nci maddesine göre yapılan ödeme dikkate alınmaz. Personel nakledildiği kurumda göreve başlayıncaya kadar eski kurumunda çalışmaya devam eder ve bu personelin her türlü mali ve sosyal hakları çalıştıkları kurum tarafından karşılanır."

B. İlgili Görülen Kanun Hükümleri

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22. maddesinin ilgili görülen ikinci, üçüncü, beşinci ve altıncı fıkraları şöyledir:

"Kuruluşlardaki Personelin Nakli

Madde 22- (Değişik: 3/7/2005-5398/8 md.)

…

Nakle tâbi personelin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre kazanılmış hak aylık derecesinden aşağı olmamak kaydıyla, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının boş kadrolarından Devlet Personel Başkanlığınca tespit edilen kadroya, anılan Başkanlık tarafından kırkbeş gün içerisinde ataması teklif edilir. 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarının (özelleştirme kapsamındaki kuruluşlar hariç) mevcut boş kadro veya pozisyonlarına da ihtiyaçlar doğrultusunda atama teklifi yapılabilir. Bu personelden 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı Cetveldeki kadrolarda istihdam edilmekte olanlar ile burada sayılan unvanlarla çalışan diğer statülerdeki personelin atama teklifleri, Araştırmacı unvanlı kadrolara veya istekleri hâlinde 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (1) sayılı Cetvelde yer alan unvanlar hariç olmak üzere öğrenim durumları itibarıyla ihraz etmiş oldukları unvanlara ilişkin kadrolara, daha önce bu unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlarda bulunmuş olması ve

atama yapılacak kadro unvanının 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki cetvellerde yer alması kaydıyla yapılır. Ancak (1) sayılı cetvelde yer alan, mesleğe özel yarışma sınavı ile giren ve belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonucunda göreve alınanların atama teklifleri, söz konusu görev unvanına uygun kadrolara yapılır. Devlet Personel Başkanlığı tarafından gönderilen atama teklif yazısının atamayı yapacak kamu kurum ve kuruluşuna intikalinden itibaren otuz gün içerisinde bu kurum ve kuruluş tarafından atama işlemlerinin yapılması zorunludur. Naklen atanan personel hakkında geçici 9 uncu madde hükümleri dikkate alınır.

Kuruluşun satılması veya devredilmesi halinde bu kuruluşta çalışan nakle tâbi personelin ataması yukarıdaki hükümlere göre yapıldıktan sonra atama emri, ilgili personele atamayı yapan kurum veya kuruluş tarafından, istihdam fazlası personel için yapılacak atama emri ise kuruluşu tarafından 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Personelin işe başlama sürelerine ve işe başlamama halinde yapılacak işlemlere ilişkin olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 62 ve 63 üncü maddeleri hükümlerinin uygulanmasından atamayı yapan kamu kurum ve kuruluşu sorumludur. Kurum ve kuruluşlar atama ve göreve başlatma işlemlerinin sonucunu en geç onbeş gün içerisinde Devlet Personel Başkanlığına bildirirler. Yeni kurumunda görevine başlayan personel istekleri halinde, boş kadro bulunması ve ilgili mevzuata uygun olması şartıyla eski kadro veya pozisyonuna uygun kadrolara kurumlarınca atanabilirler. Askerlik görevlerini yapmakta olanlar için yukarıdaki süreler terhislerini takip eden aybaşından itibaren başlar. Bu madde gereğince diğer kamu kurum ve kuruluşlarına yapılacak nakil sebebiyle boşalan kadro ve pozisyonlar, boşaldıkları tarihten itibaren herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

…

Bu madde hükümlerine göre kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen sözleşmeli personel ile iş kanunlarına tâbi personele, Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları sözleşme ücreti, ücret (fazla mesai ücreti hariç), ikramiye, bankacılık tazminatı, ek ücret, ek ödeme, teşvik ödemesi ve benzeri adlarla yapılan ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); nakledildiği kurum veya kuruluştaki kadro veya pozisyonlara ilişkin olarak yapılan aylık, ek gösterge,

ikramiye, her türlü zam ve tazminatları (ek tazminat ve bankacılık tazminatı dâhil), makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, sözleşme ücreti, ücret, ek ücret, ek ödeme, teşvik ödemesi, döner sermaye payı ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (fazla mesai ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenir. Atandıkları kurumdaki kadro unvanı veya pozisyonlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, başka kurumlara geçenlere fark tazminatı ödenmesine son verilir.

399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli (1) sayılı cetvelde belirtilen kadrolarda görev yapmakta iken nakle tâbi tutulan personelin (bu Kanuna göre anonim şirket halinde birleştirilen kuruluşlardaki personel dâhil), Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı bir bütün olarak, göreve başladıkları tarihi izleyen aybaşından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile saklı tutulur ve şahsa bağlı haktan yararlanılan süreler 5434 sayılı Kanunun ek 68 inci ve ek 73 üncü maddelerinde belirtilen sürelerin hesabında (daha önce nakledilenler dâhil) dikkate alınır. İlgililerin yeni kadrolarına atandıkları tarihten önce, eski kadroları için mevcut olan ve saklı haklar kapsamında bulunan gösterge, puan, oran ve katsayı artışları şahsa bağlı haklarda artış sayılır. Ancak eski kadro için bu tarihten sonra ihdas edilmiş hiçbir malî ve sosyal hak ve yardım ile sair ödemeler şahsa bağlı hak kapsamında değerlendirilmez. Atanılan kadrodaki derece yükselmeleri veya kademe ilerlemeleri, aylık gösterge ve ek gösterge dışındaki ödemelerde, şahsa bağlı olarak saklı tutulan hakların ödendiği eski kadronun derecelerinin yükseltilmesi veya kademelerinin ilerletilmesi sonucunu doğurmaz. Bu personelin (bu Kanuna göre anonim şirket halinde birleştirilen kuruluşlardaki personel dâhil), Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, ikramiye, her türlü zam ve tazminatları (ek tazminat ve bankacılık tazminatı dâhil), makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, ücret (fazla mesai ücreti hariç), ek ücret, ek ödeme ve benzeri adlarla yapılan ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); nakledildiği kurum ve kuruluş tarafından şahsa bağlı hak olarak ödenen aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı ödemeleri ile şahsa bağlı hak dışında yapılan ikramiye, ücret, ek ücret, ek

ödeme, ek tazminat, teşvik ödemesi, döner sermaye payı ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (fazla mesai ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenir. Atandıkları kurumdaki kadro unvanı veya pozisyonlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, başka kurumlara geçenlere şahsa bağlı hak uygulaması ile fark tazminatı ödenmesine son verilir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 7.9.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Sadettin CEYHAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Uygulanacak Kural Sorunu

3. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine 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. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve

mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

4. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un geçici 1. maddesinin (9) numaralı fıkrasının (a) bendinin iptalini talep etmiştir.

5. İtiraz konusu kuralın birinci cümlesi kapatılan il özel idarelerinde görevli olup 657 sayılı Kanun'a tabi olarak çalışan personelin 4046 sayılı Kanun'un değişik 22. maddesinin ikinci, üçüncü ve beşinci fıkrası hükümlerine göre nakil işlemlerinin yapılacağını, ikinci cümlesi müdür ve daha üstü yönetici kadrolarında görev yapan personel hakkında söz konusu maddenin altıncı fıkra hükümlerinin de uygulanacağını, üçüncü cümlesi fark tazminatı hesaplanırken 4688 sayılı Kanun'un 32. maddesine göre yapılan ödemenin dikkate alınmayacağını, dördüncü cümlesi ise tüm bu personelin nakledildikleri kurumlarında göreve başlayana kadar eski kurumlarında çalışmaya devam edeceklerini ve bu süre zarfında maaşlarını da çalıştıkları kurumlardan alacaklarını düzenlemektedir. Kuralın atıfta bulunduğu 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesinin üçüncü fıkrası diğer kurumlara nakledilen personele yapılacak tebligat usulünü, göreve başlanmaması durumunda yapılacak işlemleri ve personel nakline ilişkin usulleri, beşinci fıkrası ise sözleşmeli personel ile iş kanunlarına tâbi personele ödenecek fark tazminatına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Ayrıca itiraz konusu kuralın üçüncü cümlesi fark tazminatına dâhil edilmeyecek olan bir ödemeyi, son cümlesi ise nakledilen personelin nakil işlemleri gerçekleşmeden önce eski kurumunda çalışmaya devam edeceğini kayıt altına almaktadır.

6. İtiraz yoluna başvuran mahkemede görülmekte olan dava; kapatılan il özel idaresinde daire başkanı olarak görev yapmakta olan personelin yeni kurumuna araştırmacı kadrosuyla atanması, eski kadrosuna ilişkin saklı hakların üç yılla sınırlı olması ve bu sürenin bitiminde atandığı araştırmacı kadrosuna ait maaşa ek olarak fark tazminatı alacak olması nedeniyle açılmış bir davadır.

7. Açıklanan nedenlerle 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun

Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 1. maddesinin (9) numaralı fıkrasının (a) bendinin, birinci cümlesindeki "*üçüncü ve beşinci*" ibaresi ile üçüncü ve dördüncü cümlelerinin itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu ibare ve cümlelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. İtirazın Gerekçesi

8. Başvuru kararında özetle, kapatılan il özel idarelerinde müdür ve üzeri kadrolarda görev yapan personelin diğer kurumlara araştırmacı unvanlı kadrolara atanmalarının bu kurumlardaki eş değer kadrolarda bulunan kişilerle eşitsizlik oluşturduğu ve bu kişilerin saklı haklarının sadece üç yıl süreyle korunacak olmasının kazanılmış haklara müdahale teşkil ettiği ve bu hâliyle düzenlemenin hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. İtiraz konusu kural, kapatılan il özel idarelerinde müdür ve daha üstü yönetici kadrolarında görev yapan personelin 4046 sayılı Kanun'un değişik 22. maddesinin ikinci fıkrası ve altıncı fıkrası hükümlerine göre diğer kurumlara atanacağını hüküm altına almaktadır. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasına göre kapatılan il özel idarelerindeki müdür ve daha üstü yönetici kadrosunda görev yapmakta olan personel diğer kamu kurumlarındaki araştırmacı kadrolarına atanacak; altıncı fıkrasına göre ise bu personelin Devlet Personel Başkanlığına bildirim tarihi itibarıyla almakta olduğu aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı ve görev tazminatı bir bütün olarak göreve başladığı tarihi izleyen ayın başından geçerli olmak üzere "*şahsa bağlı hak*" kabul edilecek ve üç yıl süre ile saklı tutulacaktır.

10. Ayrıca 4046 sayılı Kanun'un değişik 22. maddesinin altıncı fıkrasıyla, bu personele yapılacak ödemeler bakımından üç yıl süreyle saklı tutulan "*şahsa bağlı hak*" uygulamasının yanında "*fark tazminatı ödenmesi*" uygulaması da kabul edilmiştir. Buna göre şahsa bağlı hakların saklı tutulacağı üç yılın

bitiminde personelin Devlet Personel Başkanlığına bildirildiği tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları ödemelerin toplam net tutarının nakledildiği kurum ve kuruluş tarafından şahsa bağlı hak olarak ödenen her türlü ödemelerin toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarının herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenmesi gerekmektedir.

11. 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 ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin gereklerinden biridir.

12. Kamu personeli olarak görev yapan kişilerin bulundukları görevlerden alınmalarını gerektiren haklı bir neden olmadıkça görevlerine son verilememesi, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Kamu personelinin bulundukları görevden alınma ve başka bir göreve atanmalarının, haklarında bu yönde idari işlem tesis edilmesi ile gerçekleşmesi kural olmakla birlikte, hukuki ve fiilî zorunluluk hâllerinde bu hususlarda yasal düzenlemeler yapılabileceği de kabul edilmektedir. Söz konusu zorunluluklar nedeniyle getirilen ve ilgililerin kazanılmış haklarını ihlal etmeyen düzenlemeler, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

13. Kanun koyucu Anayasa'ya uygun olmak kaydıyla kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirleyerek kadro düzenlemesi yapabilir ve bu kapsamda kamu hizmetinin gerekleri yönünden ve kamu yararı amacıyla yeni kadrolar ihdas edebileceği gibi mevcut bazı kadroları da kaldırabilir. Ayrıca kamu idareleri ile kamu görevlileri arasındaki ilişkiler kural tasarruflarla düzenlendiğinden kamu görevlilerinin statülerine ilişkin yeni kurallar koyabilir ya da var olan kuralları değiştirebilir.

14. Kamu kurum ve kuruluşlarının yeniden yapılandırılmaları kapsamında teşkilat yapısı değiştirilen veya tamamen kaldırılan kurum ve kuruluşların bazı kadrolarında görev yapan kamu görevlilerinin görevlerinin

sona erdirilerek başka kadrolara atanmalarının öngörülmesi, söz konusu hukuki ve fiilî zorunluluklar nedeniyle getirilen yasal düzenlemelerin bir örneğini oluşturmaktadır.

15. Bu durumda ilgililerin başka kadrolara atanmalarının sebep unsuru il özel idarelerinin kapatılması ve bu idarelerin görevlerinin diğer kamu kurumlarına verilmesi olup bu durum, yürürlükte bulunan kanunlara dayanılarak ve kamu görevlisinin öznel durumu dikkate alınarak idarece tesis edilen naklen atama işlemlerinden farklıdır. Söz konusu hukuki ve fiilî zorunluluklar nedeniyle kazanılmış haklar korunarak başka kadrolara atama yapılması, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

16. Kanun'un genel gerekçesinde; vatandaşların günlük yaşantısını ve hayat kalitesini doğrudan etkileyen, halkın refahının artırılması ve hayatının kolaylaştırılmasını sağlayan temel unsurların yerel yönetimlerin sundukları hizmetlerle ilgili olduğu, bu sebeple mahalli idarelerin sürekli biçimde geliştirilmesi ve etkin hizmet üretme kapasitesine sahip hâle getirilmesinin gerekliliği vurgulanmış ve yerel yönetimlerin sunmakta oldukları hizmetlerin tek bir elden yönetilmesinin hizmetlerin koordineli, etkin ve verimli bir şekilde vatandaşa sunulmasını beraberinde getireceği ifade edilmiştir. Büyükşehirleri zorunlu kılan temel hususlardan bir başkasının ise belli bir coğrafi alanda çok sayıda yerel yönetimin yetkili olması hâlinde planlama ve koordinasyonun sağlanamaması ve ölçek ekonomisinden yeterince yararlanılamaması nedenleriyle kaynak israfına yol açılması olduğu belirtilmiştir. Tüm bu hususları dikkate alan kanun koyucu, büyükşehir statüsünde olan illerdeki il özel idarelerini kapatıp bu idarelerin görev ve yetkilerini de büyük oranda belediyelere devretmiştir. Genel gerekçeden, kanun koyucu tarafından mahalli müşterek nitelikteki hizmetlerin tek bir kurumsal çatı altında toplanması durumunda koordineli, esnek ve süratli çözüm üretebilen bir hizmet teşkilatlanmasının oluşturulacağı ve yürütülen hizmetin etkinliğinin artırılacağı değerlendirilerek il özel idarelerinin kapatıldığı ve bu kurumlar tarafından sunulan hizmetlerin büyük oranda büyükşehir belediyelerince yerine getirilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

17. Hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri de kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak kişinin bulunduğu statüden doğan,

tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır.

18. Kamu görevlilerinin kazanılmış hakları, istihdam türüne bağlı olarak tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardır. Objektif ve genel hukuksal durumun şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesi, kazanılmış hak yönünden yeterli değildir. Kural işlemler her zaman değiştirilebilir ya da yargı organları tarafından Anayasa'ya veya kanuna aykırı görülerek iptal edilebilir. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Diğer bir ifadeyle bir kamu görevlisinin daha önce görev yaptığı unvana bağlı olarak elde ettiği mali haklar, ileriye dönük kazanılmış hak şeklinde değerlendirilemez. Bu nedenle kanun koyucunun takdir yetkisi gereği kapatılan bir kurumda yönetici kadro veya pozisyonunda görev yapmakta olan kamu görevlilerinin bu görevler nedeniyle elde ettikleri mali hakların atandıkları yeni kadrolar bakımından kazanılmış hak olarak değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

19. İdarenin yönetici kadro veya pozisyonlarına atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle yönetici kadro veya pozisyonlarına atanan kişiler yönünden bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan yahut bu durumunun devam edeceği yönündeki haklı beklentiden söz edilemez. Dolayısıyla il özel idarelerinin kapatılmasının zorunlu bir sonucu olarak il özel idarelerinin iptal olan yönetici kadrolarında görev yapanların atanacakları kadroları belirleyen itiraz konusu kuralın kazanılmış hak ve hukuki güvenlik ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

20. Kaldı ki kural; söz konusu personelin en son bulundukları kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları aylık, ek gösterge, zam, özel hizmet tazminatı, makam tazminatı, temsil tazminatı ve görev tazminatının bir bütün olarak göreve başladıkları tarihi izleyen ayın başından geçerli olmak üzere üç yıl süre ile saklı tutulacağını, bu saklı hakkın memur maaş zamları oranında artırılacağını ve üç yıllık sürenin bitiminde de yönetici kadrolar için öngörülen mali haklarla araştırmacı kadrosuna ilişkin

mali haklar arasındaki fark tutarının aradaki fark kapanıncaya kadar bir tazminat olarak ödeneceğini kayıt altına almaktadır.

21. İlgililerin şahsa bağlı hakları kapsamında öngörülen parasal haklarının belli bir süre ile sınırlandırılması hukuki güvenlik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyeceğinden itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmamaktadır.

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

23. Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 1. maddesinin (9) numaralı fıkrasının (a) bendinin;

A. 1. Birinci cümlesinde yer alan *"…üçüncü ve beşinci…"* ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2. Birinci cümlesinin kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

B. İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

C. Üçüncü ve dördüncü cümlelerinin, itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümlelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

28.12.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

Esas Sayısı : 2016/150
Karar Sayısı : 2017/179
Karar Tarihi : 28.12.2017

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK ve Özgür ÖZEL ile birlikte 130 milletvekili

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1. İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi	(E.2016/134)
2. Konya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2016/137)
3. Malatya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (Ticaret Mahkemesi sıfatıyla)	(E.2016/138)
4. Gaziantep 1. Asliye Ticaret Mahkemesi	(E.2016/147)
5. Antalya 2. Asliye Ticaret Mahkemesi	(E.2016/149)
6. Antalya 3. Asliye Ticaret Mahkemesi	(E.2016/151)
7. Alaşehir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (Ticaret Mahkemesi Sıfatıyla)	(E.2016/176)
8. Konya 3. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2016/186)
9. İstanbul Anadolu 9. Asliye Ticaret Mahkemesi	(E.2016/189)
10. Manisa 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (Ticaret Mahkemesi Sıfatıyla)	(E.2016/190)
11. Gaziantep 2. Asliye Ticaret Mahkemesi	(E.2016/193)
12. Gönen Asliye Hukuk Mahkemesi (Ticaret Mahkemesi Sıfatıyla)	(E.2017/1)
13. Bolu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2017/9)
14. Alaşehir 2. Asliye Hukuk Mahkemesi	(E. 2017/11)
15. Derinkuyu Asliye Hukuk Mahkemesi	(E.2017/22)

16. Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2017/40)
17. Ceylanpınar Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2017/82)
18. Kahramanmaraş 3. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2017/91)
19. Nazilli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi
(Tüketici Mahkemesi Sıfatıyla) (E.2017/92)
20. Suluova Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2017/96)
21. İstanbul 3. Tüketici Mahkemesi (E.2017/111)
22. Kaş Asliye Hukuk Mahkemesi
(Ticaret Mahkemesi Sıfatıyla) (E.2017/115)
23. Muğla 2. Asliye Hukuk Mahkemesi
(Ticaret Mahkemesi Sıfatıyla) (E.2017/126)
24. Silifke 2. Asliye Hukuk Mahkemesi
(Tüketici Mahkemesi Sıfatıyla) (E.2017/146)
25. Kâhta 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2017/153)
26. Gaziantep 4. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2017/164)

DAVA VE İTİRAZLARIN KONUSU: 4.6.2016 tarihli ve 6719 sayılı Elektrik Piyasası ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. maddesiyle değiştirilen 14.6.1935 tarihli ve 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının,

B. 2. maddesiyle 18.12.1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na eklenen 27/A maddesinin,

C. 3. maddesiyle 9.7.1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu'na eklenen *"Yapı Denetimi"* başlıklı ek 1. maddenin,

D. 4. maddesiyle 19.2.1985 tarihli ve 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendinin *"... 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini..."* ve *"...veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu*

tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları..." bölümlerinin,

E. 6. maddesiyle 4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'na eklenen ek 12. maddenin,

F. 11. maddesiyle değiştirilen 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (o) bendinin *"...TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları..."* bölümünün,

G. 15. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendinin,

H. 17. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın,

I. 21. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un;

1. 17. maddesinin değiştirilen (1), (3) ve (4) numaralı fıkralarının,

2. 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının değiştirilen (a), (ç), (d) ve (f) bentlerinin,

3. 17. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın,

İ. 22. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın;

1. İkinci cümlesinin,

2. Beşinci cümlesinde yer alan *"...varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak, bedel alınmaksızın..."* bölümünün,

J. 24. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesine eklenen (7) numaralı fıkranın ikinci cümlesinin,

K. 25. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen geçici 8. maddesinin,

L. 26. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 19. ve geçici 20. maddelerin,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 9., 10., 11., 13., 35., 36., 40., 41., 43., 47., 56., 63., 73., 125., 128., 138., 153., 167. ve 172. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve 6446 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendi, 17. maddesinin değiştirilen (1), (3), (4) numaralı fıkraları, (6) numaralı fıkrasının değiştirilen (a) bendi, (ç) bendinin birinci cümlesi, ikinci cümlesinin *"…teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti…"* ibaresi dışındaki kısmı, (d) ve (f) bentleri ile 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 19. madde haricindeki kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talepleridir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenen kuralların yer aldığı 6719 sayılı Kanun'un;

1. 1. maddesiyle değiştirilen 2804 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğünün yurt dışı faaliyetleriyle ilgili yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi, bunlara ödenecek ücretler ile harcamalara ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenir."

2. 2. maddesiyle 2565 sayılı Kanun'a eklenen 27/A maddesi şöyledir:

"Madde 27/A- Askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgelerinde veya ülke güvenliği ile doğrudan ilgili Türk Silahlı Kuvvetlerine tahsisli ve fiilen kullanımında olan araziler, harekat ve savunma amaçlı yerlerdeki tesisler (konut ve sosyal tesisler hariç) ile özel güvenlik bölgesi ilan edilen yerlerdeki tesisler, rafineri, petrokimya tesisleri ve eklentileri ile nükleer santral projeleri kapsamında yapılması öngörülen tesis ve faaliyetler hakkında 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununun kıyılar, sahil şeritleri, doldurma ve kurutma yoluyla kazanılan arazilere ilişkin yapı ve yapılaşmaya dair sınırlayıcı hükümleri ile 3 üncü maddesi hükümleri ve nükleer santral projeleri kapsamında yapılması öngörülen tesis ve faaliyetler

hakkında 26/1/1939 tarihli ve 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanunun sınırlayıcı hükümleri uygulanmaz."

3. 3. maddesiyle 2690 sayılı Kanun'a eklenen *"Yapı Denetimi"* başlıklı ek 1. madde şöyledir:

"Ek Madde 1- Nükleer santral sahalarında yapılacak yapılar hakkında 29/6/2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümleri ile 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun fenni mesuliyete ilişkin hükümleri uygulanmaz. Ancak bu yapıların yapı denetimi Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından yetkilendirilen tüzel kişiliğe sahip yapı denetimi kuruluşları tarafından, denetim kuruluşu ile nükleer santralin lisans sahibi arasında akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yapılır. Yapı denetiminin bu kuruluşlar tarafından yapılması nükleer santral lisans sahibinin münhasır ve kusursuz sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaz. Bu yapılara ilişkin olarak yapılacak yetkilendirme ve denetimlerle ilgili usul ve esaslar ile yapı denetimi kuruluşu ile nükleer santral lisans sahibi arasında akdedilecek hizmet sözleşmesinin kapsamına ilişkin hususlar Çevre ve Şehircilik Bakanlığının görüşü alınarak Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

4. 4. maddesiyle 3154 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendi şöyledir:

"Madde 2- *Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görevleri* ***(Ek ibare: 20/2/2001-4628/17 md.)*** *ilgili Kanunlarda piyasada faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlara bırakılmadığı takdirde ve ölçüde şunlardır:*

...

j) Elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin milli menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilmesi için gerekli yükümlülükleri ile ilgili olarak inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemleri yapmak üzere; ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarını, ***14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel***

kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini *görevlendirmek, yetkilendirmek* ***veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları*** *ve diğer hususları yönetmelikle düzenlemek."*

5. 6. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'a eklenen ek 12. madde şöyledir:

"Ek Madde 12- Bu Kanun uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarına ait IV. Grup (b) bendi madenlere ilişkin ruhsatlar, rezerv kaybına sebep olmayacak şekilde, elektrik üretimine yönelik olmak üzere Bakanlık onayı ile ayrı ruhsatlara bağlanabilir."

6. 11. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (o) bendi şöyledir:

"İstisnalar

Madde 3- *(Değişik: 30/7/2003-4964/2 md.)*

...

o) *(Ek: 25/6/2009-5917/31 md.; Değişik: 4/6/2016-6719/11 md.) Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının bağlı, ilgili veya ilişkili kurum veya kuruluşlarının, faaliyetleri ile ilgili olarak birbirlerinden veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarından karşılanan enerji, yakıt, mal, hizmet, danışmanlık alımları ve büyük onarım işleri,* ***TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları,***

...

Ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç bu Kanuna tâbi değildir."

7. 15. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendi şöyledir:

*"**MADDE 3-** (1) Bu Kanunun uygulanmasında;*

…

şş) Teknik ve teknik olmayan kayıp: Dağıtım sistemine giren enerji ile dağıtım sisteminde tüketicilere tahakkuk ettirilen enerji miktarı arasındaki

farkı oluşturan ve maliyeti etkileyen; teknik kayıp ve/veya kaçak kullanım gibi sebeplerden kaynaklanan ve teknik bir sebebe dayanmayan kaybı,

…

ifade eder."

8. 17. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen (10) numaralı fıkra şöyledir:

"(10) Nükleer enerji üretim tesisleri için alınacak yapı ruhsatı ve diğer mevzuattan kaynaklanan inşaata ilişkin izin, onay, lisans, ruhsat ve benzeri belgeler ile üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edildiğine ilişkin belgeler üretim lisansı verilmesinden sonra olmak üzere, Kurul tarafından belirlenen süre içinde Kuruma sunulur. Kurul tarafından belirlenen süre içinde istenen belgelerin mücbir sebepler veya lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında Kuruma sunulmaması hâlinde üretim lisansı iptal edilir. Bu üretim tesislerinde, diğer mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla üretim lisansı alınmadan önce üretim tesisi ile doğrudan ilgili olmayan yapıların inşasına başlanabilir."

9. 21. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un değişiklikler yapılan 17. maddesi şöyledir:

"MADDE 17- (1) (Değişik: 4/6/2016-6719/21 md.) Bu Kanun kapsamında düzenlenen ve bir sonraki dönem uygulanması önerilen tarifeler, ilgili tüzel kişi tarafından Kurulca belirlenen usul ve esaslara göre, tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içerecek şekilde hazırlanır ve onaylanmak üzere Kuruma sunulur. Kurul, mevzuat çerçevesinde uygun bulmadığı tarife tekliflerinin revize edilmesini ister veya gerekmesi hâlinde resen revize ederek onaylar. İlgili tüzel kişiler Kurul tarafından onaylanan tarifeleri uygulamakla yükümlüdür.

(2) Lisans sahibinin, her yıl uygulayacağı tarifelerde yapacağı aylık enflasyon değişimi ve lisansında belirtilen diğer hususlarla ilgili ayarlamalar Kurul tarafından onaylanır. Onaylanan tarifeler kapsamında belirlenen fiyat formülleri mevzuatta belirtilen koşullarda tadil edilebilir.

(3) (Değişik: 4/6/2016-6719/21 md.) Onaylanan tarifeler içinde, söz konusu tüzel kişinin tarife konusu faaliyetine ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedelleri dışında piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsur yer alamaz. İletim ek ücreti bu hükmün istisnasını oluşturur.

(4) (Değişik: 4/6/2016-6719/21 md.) İlgili faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içeren Kurul onaylı tarifelerin hüküm ve şartları, bu tarifelere tabi olan tüm gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Bir gerçek veya tüzel kişinin tabi olduğu tarifede öngörülen ödemelerden herhangi birini yapmaması hâlinde, söz konusu hizmetin durdurulabilmesini de içeren usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir. Kurul tarafından tüketici özelliklerine göre abone grupları belirlenebilir. Kurulca düzenlemeye tabi tarifeler, doğrudan nihai tüketiciye veya nihai tüketiciye yansıtılmak üzere ilgili tüketiciye enerji tedarik eden lisans sahibi tüzel kişilere yansıtılır.

(5) Tarife onayı gerektiren bir lisansın verilmesi ile birlikte, içinde bulunulan yıla ait tarife de Kurulca incelenerek onaylanır.

(6) Kurulca düzenlemeye tabi tarife türleri şunlardır:

a) (Değişik: 4/6/2016-6719/21 md.) Bağlantı tarifeleri: Bağlantı tarifeleri, ilgili bağlantı anlaşmasına dâhil edilecek olan bir dağıtım sistemine bağlantı için eşit taraflar arasında ayrım yapılmaması esasına dayalı fiyatları, hükümleri ve şartları içerir. Bağlantı tarifeleri, şebeke yatırım maliyetlerini kapsamaz; bağlantı yapan kişinin iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflar ile sınırlıdır. Bağlantı hattının tüketici tarafından tesis edilmesi hâlinde, bağlantı hattı işletme ve bakım sorumluluğu karşılığı dağıtım şirketine devredilir, bu tüketicilerden bağlantı bedeli alınmaz.

b) İletim tarifesi: TEİAŞ tarafından hazırlanacak olan iletim tarifesi; üretilen, ithal veya ihraç edilen elektrik enerjisinin iletim sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm kullanıcılara eşit taraflar arasında ayrım gözetmeksizin uygulanacak fiyatları, hükümleri ve şartları içerir. TEİAŞ'ın yapacağı şebeke yatırımları ve iletim ek ücretleri iletim tarifesinde yer alır.

c) Toptan satış tarifesi: Kurumun belirleyeceği usul ve esaslar kapsamında, elektrik toptan satış fiyatları taraflarca serbestçe belirlenir. Dağıtım şirketlerinin teknik ve teknik olmayan kayıpları ile genel aydınlatma kapsamında temin edeceği elektrik enerjisi ile tarifesi düzenlemeye tabi tüketicilere yapılacak elektrik enerjisi satışı için TETAŞ'tan tedarik edilecek elektrik enerjisinin toptan satış tarifesi TETAŞ'ın mali yükümlülüklerini yerine getirebilme kapasitesi dikkate alınarak Kurul tarafından belirlenir.

ç) (Değişik: 4/6/2016-6719/21 md.) Dağıtım tarifeleri: Dağıtım şirketleri tarafından hazırlanacak olan dağıtım tarifeleri, elektrik enerjisinin dağıtım sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişilere eşit taraflar arasında ayrım gözetmeksizin uygulanacak hizmetlere ilişkin fiyatları, hükümleri ve şartları içerir. Dağıtım tarifeleri; dağıtım sistemi yatırım harcamaları, sistem işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme-bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti, reaktif enerji maliyeti gibi dağıtım faaliyetinin yürütülmesi kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluşur. Dağıtım şirketlerinin tarifelerine esas alınacak teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlar bu kayıpları düşürmeyi teşvik edecek şekilde Kurul tarafından belirlenir. Kurulca belirlenen hedef oranlarını geçmemek kaydı ile teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin maliyetler dağıtım tarifelerinde yer alır ve tüketicilere yansıtılır. Teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlarının tespiti ve değiştirilmesi ile oluşacak maliyetin tarifelerde yer alması ve tüketicilere yansıtılmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından düzenlenir.

d) (Değişik: 4/6/2016-6719/21 md.) Perakende satış tarifeleri: Serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketiciler için, eşit taraflar arasında ayrım gözetmeksizin uygulanacak fiyatları, hükümleri ve şartları içerir. Serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketicilere uygulanacak perakende satış tarifeleri, görevli tedarik şirketi tarafından önerilir ve Kurul tarafından incelenerek onaylanır. Tedarik lisansı sahibi şirketin lisansında, elektrik enerjisi tüketim miktarlarına göre değişen tipte tarifelerin veya fiyat aralıklarının uygulanmasına ilişkin yükümlülükler yer alabilir ve buna ilişkin hususlar Kurul tarafından düzenlenir. Perakende satış tarifeleri, aktif enerji maliyeti, faturalama ve müşteri hizmetleri maliyeti, perakende satış

hizmet maliyeti gibi perakende satış faaliyetinin yürütülmesi kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluşur.

e) Piyasa işletim tarifesi: EPİAŞ'ın faaliyetlerini sürdürmesi için gereken gelir ihtiyacının karşılanabilmesi ve mali sürdürülebilirlik esasına göre hazırlanır.

f) (Değişik: 4/6/2016-6719/21 md.) Son kaynak tedarik tarifesi: Serbest tüketici niteliğini haiz olduğu hâlde elektrik enerjisini, son kaynak tedarikçisi olarak yetkilendirilen tedarik lisansı sahibi şirket dışında bir tedarikçiden temin etmeyen tüketicilerin rekabetçi piyasaya geçmesini teşvik edecek ve son kaynak tedarikçisinin makul kâr etmesine imkân verecek düzeyde, yürürlükteki perakende satış tarifeleri ile piyasa fiyatları dikkate alınarak hazırlanır. Ancak, bu sınırlamalarla bağlı olmaksızın; Kurulca sosyal ve ekonomik durumlar gözetilerek belirlenecek bir miktarın altında elektrik enerjisi tüketen tüketiciler için ayrı tarife yapılabilir. Son kaynak tedarik yükümlülüğü kapsamında uygulanması öngörülen tarifeler tedarik lisansı sahiplerince ayrıca teklif edilir. Son kaynak tedarik tarifesi, aktif enerji maliyeti, faturalama ve müşteri hizmetleri maliyeti, perakende satış hizmet maliyeti gibi son kaynak tedariği kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluşur.

(7) Belirli bölgelere veya belirli amaçlara yönelik olarak tüketicilerin desteklenmesi amacıyla sübvansiyon yapılması gerektiğinde, sübvansiyon fiyatlara müdahale edilmeksizin yapılır. Sübvansiyonun tutarı ile usul ve esasları ilgili bakanlığın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenir ve ilgili kurumun bütçesinden ödenir.

(8) Elektrik enerjisinin kalitesizliğinden veya kesintilerinden kaynaklanan zarar ve hasarların ilgililerinden tazminine ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir.

(9) İletim veya dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler tarafından yapılacak altyapı çalışmaları, altyapı kazı ruhsat harcına tabi değildir. Ruhsat başvuruları dâhil olmak üzere altyapı çalışmalarında teminat sunulması koşulu aranmaz. Altyapı çalışmaları nedeniyle doğacak zemin tahrip bedellerinin belirlenmesine esas birim fiyatlar, Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca yayımlanan birim fiyatları aşamaz. İletim ve dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerce yapılan altyapı kazı ruhsat başvuruları ilgili kamu tüzel kişilerince ivedilikle sonuçlandırılır.

(10) (Ek: 4/6/2016-6719/21 md.) Kurum tarafından gelir ve tarife düzenlemeleri kapsamında belirlenen bedellere ilişkin olarak yapılan başvurularda ve açılan davalarda; tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkisi, bu bedellerin, Kurumun düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır."

10. 22. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine eklenen (5) numaralı fıkra şöyledir:

"(5) Bakanlık tarafından, EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesinin talep edilmesi hâlinde, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek özelleştirme işlemlerinde, 4046 sayılı Kanunun bu maddeye aykırı olmayan hükümleri ile birlikte bu fıkra hükümleri uygulanır. ***Bu fıkra kapsamında yapılacak özelleştirme ihalesine yönelik olarak varlıkların veya hisselerin değer tespiti yapılmaz.*** *Özelleştirme ihalesi, bu madde kapsamında imzalanacak Elektrik Satış Anlaşması için geçerli olacak elektrik enerjisi satış fiyatının belirlenmesi amacıyla, 4046 sayılı Kanunda belirtilen pazarlık usulü uygulanmak suretiyle gerçekleştirilir. Pazarlık usulü eksiltmeye esas elektrik enerjisi başlangıç satış fiyatından eksiltme yapılmak suretiyle uygulanır ve ihale komisyonu tarafından gerekli görüldüğü takdirde ihale, pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık eksiltme suretiyle sonuçlandırılabilir. Özelleştirme ihalesi sonucunda,* ***varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak, bedel alınmaksızın*** *EÜAŞ ve ihale üzerinde kalan teklif sahibi arasında imzalanacak devir sözleşmesi ile eş zamanlı şekilde, kurulacak elektrik üretim tesisinde üretilecek elektrik enerjisinin satışına ilişkin olarak, ihale üzerinde kalan teklif sahibi veya bağlı ortaklık ile TETAŞ veya EÜAŞ arasında ihale sonucu belirlenen elektrik enerjisi satış fiyatı üzerinden, Elektrik Satış Anlaşması imzalanır. İhalede eksiltmeye esas olacak elektrik enerjisi başlangıç satış fiyatı ile Elektrik Satış Anlaşması fiyatının güncellenmesi dâhil diğer usul ve esaslar ihale ilanına çıkılmadan önce Bakanlık tarafından Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirilir. Bu usul ve esaslar ihale şartnamesinde belirtilir."*

11. 24. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesine eklenen (7) numaralı fıkra şöyledir:

"(7) TETAŞ; üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralarda belirtilen elektrik enerjisi miktarını, mevcut sözleşmeler kapsamında karşılayamaması durumunda yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerini işleten şirketlerden temin eder. ***Söz konusu teminle ilgili miktar, süre ve fiyat belirleme dâhil diğer usul ve esaslar Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir.****"*

12. 25. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen geçici 8. maddesi şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 8- EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerine ve kamu üretim şirketlerine ait üretim tesislerine, bunlardan bu maddede yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce özelleştirilmiş olanlarla, yürürlük tarihinden sonra özelleştirilecek olanlar için de geçerli olmak üzere, çevre mevzuatına uyumuna yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla 31/12/2019 tarihine kadar süre tanınır. Bu süre zarfında ve önceki dönemlere ilişkin olarak bu gerekçeyle, EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarında ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerinde ve kamu üretim şirketlerine ait üretim tesislerinde, bunlardan bu maddede yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce özelleştirilmiş olanlarla, yürürlük tarihinden sonra özelleştirilecek olanlar için de geçerli olmak üzere, elektrik üretim faaliyeti durdurulamaz ve idari para cezası uygulanmaz. Çevre mevzuatına uyuma yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanmasına ilişkin usul ve esaslar bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir."

13. 26. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 19. ve geçici 20. madde şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 19- (1) Bu maddeyi ihdas eden Kanunla öngörülen düzenlemeler yürürlüğe konuluncaya kadar, Kurul tarafından yürürlüğe konulan mevcut yönetmelik, tebliğ ve Kurul kararlarının bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur."

"GEÇİCİ MADDE 20- (1) Kurul kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 17 nci madde hükümleri uygulanır."

II. İLK İNCELEME

A. E.2016/150 Sayılı Başvuru Yönünden

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 7.9.2016 yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine; yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. E.2016/134, E.2016/137, E.2016/138, E.2016/147, E.2016/149, E.2016/151, E.2016/176, E.2016/189, E.2016/190, E.2016/193, E.2017/1, E.2017/11, E.2017/22, E.2017/82, E.2017/91, E.201/92, E.2017/96, E.2017/111, E.2017/115, E.2017/126, E.2017/146, E.2017/153, E.2017/164 Sayılı Başvurular Yönünden

2. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca E.2016/134, E.2016/137, E.2016/138 sayılı dosyaların 14.7.2016 tarihinde; E.2016/147, E.2016/149, E.2016/151 sayılı dosyaların 7.9.2016 tarihinde; E.2016/176 sayılı dosyanın 2.11.2016 tarihinde; E.2016/189, E.2016/190, E.2016/193 sayılı dosyaların 14.12.2016 tarihinde; E.2017/1 sayılı dosyanın 18.1.2017 tarihinde; E.2017/11, E.2017/22 sayılı dosyaların 9.2.2017 tarihinde; E.2017/82, E.2017/91, E.2017/92 sayılı dosyaların 15.3.2017 tarihinde; E.2017/96 sayılı dosyanın 29.3.2017 tarihinde; E.2017/111, E.2017/115 sayılı dosyaların 4.5.2017 tarihinde; E.2017/126 sayılı dosyanın 31.5.2017 tarihinde; E.2017/146 sayılı dosyanın 26.7.2017 tarihinde; E.2017/153 sayılı dosyanın 7.9.2017 tarihinde, E.2017/164 sayılı dosyanın 28.9.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işlerin esasının incelenmesine, E.2017/91 sayılı dosyada yürürlüğün durdurulması talebinin 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında

Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından reddine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C. E.2016/186 Sayılı Başvuru Yönünden

3. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 23.11.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

4. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine 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. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

5. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında 6446 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendinde yer alan *"…teknik olmayan kayıp…"* ibaresi ile *"…ve/veya kaçak kullanım gibi sebeplerden kaynaklanan ve teknik bir sebebe dayanmayan kaybı…"* bölümü de bulunmaktadır.

6. Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (şş) bendinde teknik ve teknik olmayan kayıp tanımlanmıştır. Buna göre teknik ve teknik olmayan kayıp, dağıtım sistemine giren enerji ile dağıtım sisteminde tüketicilere tahakkuk ettirilen enerji miktarı arasındaki farkı oluşturan ve maliyeti

etkileyen; teknik kayıp ve/veya kaçak kullanım gibi sebeplerden kaynaklanan ve teknik bir sebebe dayanmayan kayıptır.

7. Bakılmakta olan dava; elektrik faturası kapsamında tahsil edilen kayıp–kaçak, dağıtım, sayaç okuma, iletim, BTV, TRT payı, perakende satış hizmet bedeli ve bu bedellere yansıtılan KDV tutarının tazmini talebine ilişkindir. İtiraz konusu kuralların yer aldığı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (şş) bendinde teknik ve teknik olmayan kayıp (kayıp-kaçak) bedelinin tüketicilerden tahsil edileceğine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi taraflar arasında teknik ve teknik olmayan kayıp bedelinin tanımı ile ilgili bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

8. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"...tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içerecek şekilde..."* bölümü de bulunmaktadır.

9. Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (ff) bendinde tarife, elektrik enerjisinin ve/veya kapasitesinin iletimi, dağıtımı ve satışı ile bunlara dair hizmetlere ilişkin fiyat hüküm ve şartları içeren düzenlemeler olarak tanımlanmıştır. İtiraz konusu kuralın yer aldığı Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasında Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında düzenlenen ve bir sonraki dönem uygulanması önerilen tarifelerin ilgili tüzel kişi tarafından Enerji Piyasası Düzenleme Kurulunca (Kurul) belirlenen usul ve esaslara göre tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içerecek şekilde hazırlanarak onaylanmak üzere Kurula sunulacağı, Kurulun mevzuat çerçevesinde uygun bulmadığı tarife tekliflerinin revize edilmesini isteyeceği, gerekmesi hâlinde resen revize ederek onaylayacağı, ilgili tüzel kişilerin Kurul tarafından onaylanan tarifeleri uygulamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

10. İtiraz konusu kuralın yer aldığı Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrası, Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan tüm tarifelerin hazırlanması ve onaylanması ile ilgili genel hüküm niteliğinde olup davada uygulanma durumu bulunmayan bağlantı tarifesi, perakende satış tarifesi, piyasa işletim tarifesi gibi tarifelerin

de hazırlanmasına ilişkin genel çerçeve çizmektedir. Bunun yanında Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde davanın konusunu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tarifelerde yer alacağı ve tüketicilerden tahsil edileceğine ilişkin hüküm de bulunmamaktadır. Bu bağlamda itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

11. Başvuran Mahkemenin talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...tarife konusu faaliyetine ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedelleri dışında…"* bölümü de bulunmaktadır.

12. İtiraz konusu kuralın yer aldığı Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasında onaylanan tarifeler içinde söz konusu tüzel kişinin tarife konusu faaliyetine ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedelleri dışında piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsur yer alamayacağı, iletim ek ücretinin bu hükmün istisnasını oluşturduğu belirtilmiştir.

13. Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile tarifelerin kapsamının belirlenmesi ile ilgili olarak tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerinin tarifelerde yer alabileceği piyasa faaliyetleriyle ilgili olmayan unsurların ise tarifelerde yer alamayacağı ilkesi düzenlenmekte olup kural davanın konusunu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tarifelerde yer alacağı ve tüketicilerden tahsil edilebileceğine ilişkin hüküm içermemektedir. Bu bağlamda itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

14. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"ilgili faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içeren..."* bölümü ile aynı fıkranın üçüncü ve dördüncü cümleleri de bulunmaktadır.

15. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, ilgili faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içeren Kurul onaylı tarifelerinin hüküm ve şartlarının bu tarifelere tabi olan gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı belirtilmektedir. Bu düzenleme Kurul tarafından onaylanan tüm tarifelerin bağlayıcı olduğuna ilişkin genel hüküm niteliğinde olup düzenlemede dava konusu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin

tarifede yer alacağına ve tüketicilerden tahsil edileceğine ilişkin hüküm bulunmadığından kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

16. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının itiraz konusu üçüncü cümlesinde Kurul tarafından tüketici özelliklerine göre abone gruplarının belirlenebileceği ifade edilmiştir. Kurul kararıyla belirlenen abone grupları sanayi, mesken, tarımsal sulama, aydınlatma ve ticarethane abone grupları olup bakılmakta olan davada taraflar arasında abone gruplarının oluşturulmasıyla ilgili bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural davada uygulanacak kural değildir.

17. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının itiraz konusu dördüncü cümlesinde Kurulca düzenlemeye tabi tarifelerin doğrudan nihai tüketiciye veya nihai tüketiciye yansıtılmak üzere ilgili tüketiciye enerji tedarik eden lisans sahibi tüzel kişilere yansıtılacağı belirtilmiş olup kural davada uygulanma durumu olmayan bağlantı tarifeleri, toptan satış tarifesi, piyasa işletim tarifesi ve perakende satış tarifelerini de kapsadığından genel bir düzenlemedir. Kuralda tüketicilere yansıtılacak tarifelerin içeriği ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda kuralın bakılmakta davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

18. Başvuran Mahkemenin talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) bendinin, ikinci cümlesinde yer alan *"...iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflar ile sınırlıdır."* bölümü ile üçüncü cümlesi de bulunmaktadır.

19. Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinde bağlantı tarifelerinin ilgili bağlantı anlaşmasına dâhil edilecek olan bir dağıtım sistemine bağlantı için eşit taraflar arasında ayrım yapılmaması esasına dayalı fiyatları hükümleri ve şartları içerdiği, şebeke yatırım maliyetlerini kapsamadığı, bağlantı yapan kişinin iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflar ile sınırlı olduğu, bağlantı hattının tüketici tarafından tesis edilmesi hâlinde bağlantı hattı işletme ve bakım sorumluluğu karşılığı dağıtım şirketine devredileceği ve bu tüketicilerden bağlantı bedeli alınmayacağı belirtilmiştir.

20. Bağlantı tarifeleri kapsamında bulunan bağlantı bedeli, dağıtım sistemine bağlantı yapan kişinin iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflarla sınırlı bir bedel olup tüketicilerden tek seferde alınmaktadır. Bağlantı bedeli, tüketicilerden elektrik faturası kapsamında düzenli olarak her ay tahsil edilen bir bedel değildir. Bakılmakta olan davada, davacı tarafından bağlantı bedelinin tazmini talep edilmediğinden itiraz konusu kurallar davada uygulanacak kural değildir.

21. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (d) bendinin dördüncü cümlesi de bulunmaktadır.

22. Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrasının (d) bendinde perakende satış tarifeleri düzenlenmiş olup bu tarife serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketicileri kapsamaktadır. Serbest tüketici, Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (cc) bendinde tanımlanmış olup kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişilerdir. Serbest olmayan tüketici ise elektrik enerjisi veya kapasite alımlarını sadece bölgesinde bulunduğu perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi veya perakende satış şirketlerinden yapabilen gerçek veya tüzel kişilerdir. Somut olayda davacının dört adet tarımsal sulama aboneliği olup Kurul tarafından yıllık belirlenen tüketimden daha fazla tüketime sahip olduğundan serbest tüketici konumundadır. İtiraz konusu kural serbest tüketici niteliğine sahip olmayan tüketicilere uygulanan perakende satış tarifesi kapsamına giren bedelleri düzenlediğinden kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

23. Açıklanan nedenlerle 4.6.2016 tarihli ve 6719 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 1. 15. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendinde yer alan *"…teknik olmayan kayıp…"* ibaresi ile *"…ve/veya kaçak kullanım gibi sebeplerden kaynaklanan ve teknik bir sebebe dayanmayan kaybı…"* bölümünün,

2. 21. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin;

a. Değiştirilen (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"… tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içerecek şekilde…"* bölümünün,

b. Değiştirilen (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…tarife konusu faaliyetine ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedelleri dışında …"* bölümünün,

c. Değiştirilen (4) numaralı fıkrasının;

ca. Birinci cümlesinde yer alan *"İlgili faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içeren…"* bölümünün,

cb. Üçüncü ve dördüncü cümlelerinin,

d. (6) numaralı fıkrasının değiştirilen;

da. (a) bendinin;

daa. İkinci cümlesinde yer alan *"…iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflar ile sınırlıdır."* bölümünün,

dab. Üçüncü cümlesinin,

db. (d) bendinin dördüncü cümlesinin,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu cümlelere, bölümlere ve ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. 1. 21. maddesiyle;

a. 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının değiştirilen;

aa. (ç) bendinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinin,

ab. (f) bendinin dördüncü cümlesinin,

b. 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın,

2. 26. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20. maddenin,

esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

D. E.2017/9 Sayılı Başvuru Yönünden

24. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 9.2.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve başvurunun yöntemine uygunluğu sorunları görüşülmüştür.

25. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendi de bulunmaktadır.

26. Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (şş) bendinde teknik ve teknik olmayan kayıp tanımlanmıştır. Buna göre teknik ve teknik olmayan kayıp, dağıtım sistemine giren enerji ile dağıtım sisteminde tüketicilere tahakkuk ettirilen enerji miktarı arasındaki farkı oluşturan ve maliyeti etkileyen; teknik kayıp ve/veya kaçak kullanım gibi sebeplerden kaynaklanan ve teknik bir sebebe dayanmayan kayıptır.

27. Bakılmakta olan dava, elektrik faturası kapsamında tahsil edilen kayıp-kaçak, dağıtım, sayaç okuma, iletim ve perakende satış hizmet bedellerinin tazmini talebine ilişkindir. İtiraz konusu kuralda teknik ve teknik olmayan kayıp (kayıp-kaçak) bedelinin tüketicilerden tahsil edileceğine ilişkin bir hüküm olmadığı gibi taraflar arasında teknik ve teknik olmayan kayıp bedelinin tanımı ile ilgili bir uyuşmazlık da bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

28. Diğer taraftan 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü

aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda, iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarının açıklanması gerektiği belirtilmiş, anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında ise açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının, Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hükme bağlanmıştır.

29. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de itiraz yoluna başvuran Mahkemenin gerekçeli kararında, Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine İçtüzüğün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de Anayasa Mahkemesince yapılan ilk incelemede, başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse itiraz yoluna ilişkin işlerde esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine karar verileceği belirtilmiştir.

30. Başvurunun incelenmesinden itiraz yoluna başvuran Mahkeme tarafından 6446 sayılı Kanun'un geçici 20. maddesinin hangi nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla Kanun'un geçici 20. maddesi yönünden yapılan başvurunun yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

31. Açıklanan nedenlerle 4.6.2016 tarihli ve 6719 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 15. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu bende ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. 26. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20. maddenin iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusunun, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından REDDİNE,

C. 21. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin;

1. Değiştirilen (3) numaralı fıkrasının,

2. Eklenen (10) numaralı fıkrasının,

esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

E. E.2017/40 Sayılı Başvuru Yönünden

32. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 1.3.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

33. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrası da bulunmaktadır.

34. Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (ff) bendinde tarife, elektrik enerjisinin ve/veya kapasitesinin iletimi, dağıtımı ve satışı ile bunlara dair hizmetlere ilişkin fiyat hüküm ve şartları içeren düzenlemeler olarak tanımlanmıştır. İtiraz konusu kuralda Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında düzenlenen ve bir sonraki dönem uygulanması önerilen tarifelerin ilgili tüzel kişi tarafından Kurulca belirlenen usul ve esaslara göre tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içerecek şekilde hazırlanarak onaylanmak üzere kurula sunulacağı, Kurulun mevzuat çerçevesinde uygun bulmadığı tarife tekliflerinin revize edilmesini isteyeceği, gerekmesi hâlinde resen revize ederek onaylayacağı, ilgili tüzel kişilerin Kurul tarafından onaylanan tarifeleri uygulamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

35. İtiraz konusu kural, Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan tüm tarifelerin hazırlanması ve onaylanması ile ilgili genel hüküm niteliğinde olup bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmayan bağlantı tarifesi, perakende satış tarifesi, piyasa işletim tarifesi gibi tarifelerin hazırlanmasına ilişkin olarak

da genel çerçeve çizmektedir. Bunun yanında itiraz konusu kuralda davanın konusunu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tarifelerde yer alacağı ve tüketicilerden tahsil edileceğine ilişkin hüküm de bulunmamaktadır. Bu bağlamda itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

36. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrası da bulunmaktadır.

37. Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasında onaylanan tarifeler içinde söz konusu tüzel kişinin tarife konusu faaliyetine ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedelleri dışında piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsurun yer alamayacağı, iletim ek ücretinin bu hükmün istisnasını oluşturduğu belirtilmiştir.

38. Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile tarifelerin kapsamının belirlenmesi ile ilgili olarak tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerinin tarifelerde yer alabileceği piyasa faaliyetleriyle ilgili olmayan unsurların ise tarifelerde yer alamayacağı ilkesi düzenlenmekte olup kural davanın konusunu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tarifelerde yer alacağı ve tüketicilerden tahsil edilebileceğine ilişkin hüküm içermemektedir. Bu bağlamda bu kuralın da bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

39. Diğer taraftan Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde iletim ek ücretinin, tarife konusu faaliyetle ilgili olmadığı hâlde tarifede yer almasına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bakılmakta olan davada elektrik faturası kapsamında tahsil edilen bu bedelin de tazminini talep edildiğinden Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi davada uygulanacak kuraldır.

40. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrası da bulunmaktadır.

41. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, ilgili faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içeren Kurul onaylı tarifelerinin hüküm ve şartlarının bu tarifelere tabi olan gerçek

ve tüzel kişileri bağlayacağı belirtilmektedir. Bu düzenleme Kurul tarafından onaylanan tüm tarifelerin bağlayıcı olduğuna ilişkin genel hüküm niteliğinde olup bu düzenlemede davanın konusunu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tarifede yer alacağına ve tüketicilerden tahsil edileceğine ilişkin hüküm bulunmadığından söz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

42. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde de bir gerçek ve tüzel kişinin tabi olduğu tarifede öngörülen ödemelerden herhangi birini yapmaması hâlinde, söz konusu hizmetin durdurulabilmesini de içeren usul ve esasların Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK) tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık elektrik faturası kapsamında kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tahsil edilip edilemeyeceği noktasında toplanmakta olup taraflar arasında tarifelerde öngörülen bedelin ödenmemesi durumunda elektrik hizmetinin durdurulup durdurulamayacağı veya bu hususun yönetmelikle düzenlenip düzenlenemeyeceği noktasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu cümle de bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

43. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde ise Kurul tarafından tüketici özelliklerine göre abone gruplarının belirlenebileceği ifade edilmiştir. Kurul kararıyla belirlenen abone grupları sanayi, mesken, tarımsal sulama, aydınlatma ve ticarethane abone grupları olup bakılmakta olan davada taraflar arasında abone gruplarının oluşturulmasıyla ilgili bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu kural da bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

44. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinde de Kurulca düzenlemeye tabi tarifelerin doğrudan nihai tüketiciye veya nihai tüketiciye yansıtılmak üzere ilgili tüketiciye enerji tedarik eden lisans sahibi tüzel kişilere yansıtılacağı belirtilmiş olup kural davada uygulanma durumu olmayan bağlantı tarifeleri, toptan satış tarifesi, piyasa işletim tarifesi ve perakende satış tarifelerini de kapsadığından genel bir düzenlemedir. Kuralda tüketicilere yansıtılacak tarifelerin içeriği ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda kuralın bakılmakta olana davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

45. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) bendi de bulunmaktadır.

46. Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinde bağlantı tarifelerinin ilgili bağlantı anlaşmasına dâhil edilecek olan bir dağıtım sistemine bağlantı için eşit taraflar arasında ayrım yapılmaması esasına dayalı fiyatları hükümleri ve şartları içerdiği, şebeke yatırım maliyetlerini kapsamadığı, bağlantı yapan kişinin iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflar ile sınırlı olduğu, bağlantı hattının tüketici tarafından tesis edilmesi hâlinde bağlantı hattı işletme ve bakım sorumluluğu karşılığı dağıtım şirketine devredileceği ve bu tüketicilerden bağlantı bedeli alınmayacağı belirtilmiştir.

47. Bağlantı tarifeleri kapsamında bulunan bağlantı bedeli, dağıtım sistemine bağlantı yapan kişinin iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflarla sınırlı bir bedel olup tüketicilerden tek seferde alınmaktadır. Bağlantı bedeli tüketicilerden elektrik faturası kapsamında düzenli olarak her ay tahsil edilen bir bedel değildir. Bakılmakta olan davada, davacı tarafından bağlantı bedelinin tazmini talep edilmediğinden itiraz konusu bent davada uygulanacak kural değildir.

48. Başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallar arasında Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (d) bendi de bulunmaktadır.

49. Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrasının (d) bendinde perakende satış tarifeleri düzenlenmiş olup bu tarife serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketicileri kapsamaktadır. Serbest tüketici, Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (cc) bendinde tanımlanmış olup kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişilerdir. Serbest olmayan tüketici ise elektrik enerjisi veya kapasite alımlarını sadece, bölgesinde bulunduğu perakende satış lisansı sahibi dağıtım şirketi veya perakende satış şirketlerinden yapabilen gerçek veya tüzel kişilerdir.

Somut olayda davacı, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurulu tarafından yıllık belirlenen tüketimden daha fazla tüketime sahip olduğundan serbest tüketici konumundadır. İtiraz konusu kural serbest tüketici niteliğine sahip olmayan tüketicilere uygulanan perakende satış tarifesini düzenlediğinden kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

50. Açıklanan nedenlerle 4.6.2016 tarihli ve 6719 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 17. maddesinin;

A. 1. Değiştirilen (1) numaralı fıkrasının,

2. Değiştirilen (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

3. Değiştirilen (4) numaralı fıkrasının,

4. (6) numaralı fıkrasının değiştirilen (a) ve (d) bentlerinin,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu fıkra, cümle ve bentlere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. 1. Değiştirilen (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin,

2. (6) numaralı fıkrasının değiştirilen (ç) ve (f) bentlerinin,

3. Eklenen (10) numaralı fıkrasının,

esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. BİRLEŞTİRME KARARLARI

51. E.2016/137 ve E.2016/138 sayılı dosyaların 14.7.2016 tarihinde E.2016/134 sayılı dosya ile birleştirilmesine, E.2016/134 sayılı dosyanın 12.10.2016 tarihinde, E.2016/147, E.2016/149 ve E.2016/151 sayılı dosyaların 7.9.2016 tarihinde; E.2016/176 sayılı dosyanın 2.11.2016 tarihinde, E.2016/186 sayılı dosyanın 23.11.2016 tarihinde, E.2016/189, E.2016/190 ve E.2016/193 sayılı dosyaların 14.12.2016 tarihinde; E.2017/1 sayılı dosyanın 18.1.2017 tarihinde, E.2017/9, E.2017/11 ve E.2017/22 sayılı dosyaların 9.2.2017 tarihinde;

E.2017/40 sayılı dosyanın 1.3.2017 tarihinde, E.2017/82, E.2017/91 ve E.2017/92 sayılı dosyaların 15.3.2017 tarihinde; E.2017/96 sayılı dosyanın 29.3.2017 tarihinde, E.2017/111 ve E.2017/115 sayılı dosyaların 4.5.2017 tarihinde, E.2017/126 sayılı dosyanın 31.5.2017 tarihinde, E.2017/146 sayılı dosyanın 26.7.2017 tarihinde, E.2017/153 sayılı dosyanın 7.9.2017 tarihinde, E.2017/164 sayılı dosyanın 28.9.2017 tarihinde, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2016/150 sayılı dava ile birleştirilmesine, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2016/150 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

52. Dava dilekçesi ve başvuru kararları ile ekleri, Raportör Osman KODAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen 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 Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Müsteşarı Fatih DÖNMEZ, Müsteşar Yardımcısı Abdullah TANCAN, Müsteşar Yardımcısı Necati YAMAÇ, Müsteşar Yardımcısı Abdülkerim YÖRÜKOĞLU, Bakan Danışmanı Ertuğrul ALTIN, Bakan Danışmanı Tahsin YAZAR, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Başkanı Zafer DEMİRCAN, I. Hukuk Müşaviri Hayrettin KURT, Av. Nilüfer ÖZDEMİR MALLI, Hukuk Müşaviri Önder GENÇ, Proje Grup Başkanı Hilal YÜCEL, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Başkanı Mustafa YILMAZ, Başkan Yardımcısı Mehmet ERTÜRK, Tarifeler Dairesi Başkanlığı Grup Başkanı Ali Rıza DİNÇ'in 28.12.2017 tarihinde yaptıkları sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen 2804 Sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

53. Dava dilekçesinde özetle; Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemeyeceği, Anayasa'nın 128.

maddesinde de memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğinin öngörüldüğü, dava konusu kuralla Maden Tetkik ve Arama (MTA) Genel Müdürlüğünün yurt dışında faaliyet gösterecek personeli hakkında 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun uygulanmasının ortadan kaldırılarak MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışı faaliyetlerinde görevlendirilecek personelin niteliği, görev süresi, bunlara ödenecek ücretleri ile harcamalara ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

54. Kanun'un ek 1. maddesinin dava konusu ikinci fıkrasında MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışı faaliyetleriyle ilgili yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi, bunlara ödenecek ücretler ile harcamalara ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmektedir.

55. Anayasa'nın 7. maddesinde "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) 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.

56. Söz konusu maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere yasama yetkisinin devredilmezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında 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, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

57. Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, 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. Bu nedenle Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

58. Anayasa'nın 128. maddesinde *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür./Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır./ Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."* denilmiştir. Anılan hükümle kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmektedir.

59. 2804 sayılı Kanun'un 2. maddesinde MTA Genel Müdürlüğünün başlıca görevi, ülkemizde işletmeğe elverişli maden ve taş ocağı sahaları bulunup bulunmadığını ve işletilen maden ve taş ocaklarının daha faydalı surette işletilmelerinin nelere bağlı olduğunu araştırmak, arama faaliyetleri yapmak, fennî ve jeolojik çalışmalar yapmak, madenlerin tahlil ve fennî usullere göre tespit edilmesini sağlamak, ülkemizde bulunan rezervleri raporlamak, ekonomik değerlendirmelerini gerçekleştirmek ve ülkemiz madenlerinde ve maden sanayinde çalışacak Türk mühendis, fen memuru, ustabaşı ve mütehassıs işçi yetiştirmek olarak belirlenmiştir.

60. 2804 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasında, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğünün Kanun'un 2. maddesinde belirtilen görevleri kapsamına giren iş ve hizmet konularında 11.9.1981 tarihli ve 2522 sayılı Kamu Kuruluşlarının Yurt Dışındaki İhalelere Katılması Hakkında Kanuna tâbi olmaksızın bağlı bulunduğu Bakanlık onayı ile yurt dışında

arama ve araştırma faaliyetleri yapmaya, bu faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla yurt dışında şirket kurmaya, yerli ve/veya yabancı gerçek veya tüzel kişilerle yurt dışında şirket veya ortaklık kurmaya, imtiyazlı ortak olmaya, şirketler veya ortaklıklarla ilgili her türlü pay, hisse senedi ve diğer ortaklık paylarını alıp satmaya ve yurt dışında çalışma büroları açmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

61. Madde gerekçesinde MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışında arama ve araştırma faaliyetleri yaparak ülkemizin ihtiyacı olan ham madde tedarik güvenliği ve çeşitliliğini sağlamasının planlandığı, bu kapsamda ülkemizin ham madde tedarik stratejisine katkı sağlamak amacıyla başta çevre ülkeler olmak üzere yurt dışında arama, proje geliştirme ve yatırım konularında iş birliği yapılacağı, MTA Genel Müdürlüğünün yer bilimlerinde sahip olduğu bilgi birikimini ve tecrübesini kullanarak yurt dışında faaliyet gösterecek yerli firmalara ücret karşılığında danışmanlık yaparak yol göstermeye de çalışacağı belirtilmiştir.

62. MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışı faaliyetleriyle ilgili olarak yurt dışında çalıştıracağı personeli, kurumun kendi personeli ile arama ve araştırma faaliyeti yapma konusunda anlaşma sağladığı ülkeden temin edeceği yerli ve yabancı personel oluşturmaktadır. Bu kapsamda MTA kendi bünyesinde çalışan kamu görevlilerini yurt dışında açacağı çalışma bürolarında görevlendirmek suretiyle faaliyette bulanabileceği gibi yurt dışında kuracağı veya ortağı olacağı şirketlerde ilgili ülkeden temin edeceği mahallî personeli çalıştırmak suretiyle de faaliyette bulunabilecektir.

63. MTA Genel Müdürlüğünün bünyesinde çalışmakta olan personelden memur, geçici personel ve kadrolu işçilerin statüleri belirli olup bunlar hakkında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uygulanmaktadır.

64. Kural gereğince MTA, bünyesinde çalışmakta olan ve Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olmayan geçici personel ile işçileri yurt dışı faaliyetleri ile ilgili yurt dışında çalıştırmak üzere görevlendirebileceği gibi MTA bünyesinde çalışmakta olan memurları da yurt dışı faaliyetleriyle ilgili olarak görevlendirebilecektir.

65. Kuralla MTA Genel Müdürlüğü bünyesinde çalışan personelle ilgili yeni bir statü oluşturulmamakta, statüleri belirli olan personelden yurt dışında çalıştırılacak olanların niteliği, görev süresi bunlara ödenecek ücretlere ilişkin hususların yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmektedir. Bu bağlamda yurt dışında görevlendirilecek personelin sahip olduğu statü devam etmekte, statüleri gereği almakta oldukları maaş ve ücretlerin yanında yurt dışında görevlendirmeleri nedeniyle ödenecek ilave ücretlerin belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmaktadır.

66. Ayrıca MTA Genel Müdürlüğü, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (II) sayılı cetvelin *"özel bütçeli idareler"* bölümünde yer almakta olup 6245 sayılı Harcırah Kanunu'nun 1. maddesinin (a) fıkrasında özel bütçeli idareler hakkında Harcırah Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtildiğinden MTA'nın bünyesinde çalışan memurların yurt dışında faaliyette bulunmak üzere görevlendirilmesi durumunda bu personele Harcırah Kanunu uygulanacaktır.

67. MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışında arama ve araştırma faaliyeti gerçekleştireceği ülkelerin ekonomik ve sosyal şartları, piyasa koşulları, hukuki ve idari şartlarının farklı olması, insan kaynağının temindeki güçlük ve iş güçlüğü hususları göz önünde bulundurulduğunda yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi ve bunlara ödenecek ücretlere ilişkin hususlar gelişen koşul ve durumlara göre değişik önlemler almayı ve sık sık değişiklik yapılmasını gerektiren uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin konular arasına girmektedir.

68. Dolayısıyla kuralla MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışı faaliyetleriyle ilgili yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi ve bunlara ödenecek ücretlere ilişkin değişen koşullara göre farklılık gösterebilecek uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların yönetmelikle düzenlenmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemeyeceği gibi kuralda memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık da bulunmamaktadır.

69. Diğer taraftan dava konusu kuralla MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışı faaliyetleriyle ile ilgili harcamalara ilişkin usul ve esasların da Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmektedir.

70. MTA'nın yurt dışı faaliyetleriyle ilgili harcamaları, yurt dışında arama ve araştırma faaliyetleri kapsamında gerçekleştireceği mal, hizmet alımı ve yapım işlerine ilişkin harcamalarıdır.

71. MTA'nın yurt dışı faaliyetleriyle ilgili harcamalara ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesini öngören bir Anayasa kuralı bulunmamaktadır. Kanun koyucunun MTA'nın yurt dışı faaliyetleriyle ilgili harcamalara ilişkin farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışında arama ve araştırma faaliyetleri kapsamında gerçekleştireceği mal, hizmet alımı ve yapım işlerine ilişkin harcama usulleri, arama ve araştırma yapılacak ülkede ihtiyaç duyulacak mal ve hizmetlerin niteliğine ve ilgili ülkenin ekonomik, idari ve sosyal koşullarına göre sık sık değişebilecek niteliktedir. Bu bağlamda kuralla MTA'nın yurt dışında arama ve araştırma faaliyetiyle sınırlı olarak gerçekleştireceği harcamalara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenmesinin öngörülmesi yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

72. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

73. Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN kuralda yer alan *"…yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi, bunlara ödenecek ücretler ile …"* ibaresi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

B. Kanun'un 2. Maddesiyle 2565 Sayılı Kanunu'na Eklenen 27/A Maddesinin İncelenmesi

74. Dava konusu kural 31.10.2016 tarihli ve 678 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesiyle değiştirilmiştir.

75. Bu nedenle konusu kalmayan maddeye ilişkin iptal talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

76. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

C. Kanun'un 17. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'un 6. Maddesine Eklenen (10) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

77. Dava dilekçesinde özetle; kuralla nükleer üretim tesislerine mülkiyet veya kullanım hakkı elde edilmeden üretim lisansı verilmesine imkân tanındığı, bu durumun mülkiyet hakkını ihlal edeceği, ön proje onayı alınmadan başlanacak her türlü faaliyetin ilerleyen süreçte alınamayan izinler ve onaylar sonucunda atıl hâle gelebileceği, idari kurumlardan gerekli izinler alınmadan ormanlık alanlarda veya diğer alanlarda yapılacak her türlü faaliyetin çevre hakkını ihlal edeceği, düzenlemede üretim tesisi ile ilgili olmayan yapıların inşasına üretim lisansı alınmadan da başlanılabilmesinin öngörüldüğü ancak üretim lisansı alınamadığı takdirde bu yapıların akıbetinin ve atıl kalmaları durumunda çevrede meydana gelen tahribatın nasıl giderileceğinin belirli olmadığı, insanın, toplumun ve çevrenin varlık, sağlık ve güvenliği ile bu konuda Anayasa'nın devlete yüklediği görev göz önünde bulundurulduğunda nükleer santral tesislerinin ön lisans aşamasındaki esaslara tâbi olmamasının kabul edilemeyeceği, üretim lisansı verilmesinden sonra ne kadar sürede bu izinlerin ve onayların tamamlanması gerektiği hususunun kanunla belirlenmediği, lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebeplerin bulunması hâlinde belgelerin verilmemesinin lisans iptalinin istisnalarından sayılarak belirsiz bir alan oluşturulup idareye geniş takdir yetkisi tanındığı, düzenlemede kamu yararının bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 35. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

78. Kuralla nükleer enerji üretim tesisleri için alınacak yapı ruhsatı ve diğer mevzuattan kaynaklanan inşaata ilişkin izin, onay, lisans, ruhsat ve benzeri belgeler ile üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edildiğine ilişkin belgelerin üretim lisansı

verilmesinden sonra olmak üzere Kurul tarafından belirlenen süre içinde Kuruma sunulacağı, Kurul tarafından belirlenen süre içinde istenen belgelerin mücbir sebepler veya lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında Enerji Piyasası Düzenleme Kurumuna sunulmaması hâlinde üretim lisansının iptal edileceği, bu üretim tesislerinde diğer mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla üretim lisansı alınmadan önce üretim tesisi ile doğrudan ilgili olmayan yapıların inşasına başlanılabileceği belirtilmiştir.

79. 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.

80. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği ve kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

81. Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilmek suretiyle sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir.

82. 6446 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca üretim lisansı başvurusunda bulunan tüzel kişiye, üretim tesisinin yatırımına başlayabilmesi için mevzuattan kaynaklanan izin, onay, ruhsat ve benzeri belgeleri edinebilmesi ve üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkını elde edebilmesi için Kurum tarafından belirli süreli ön lisans verilmektedir. Ön lisans, sahibine lisansına konu üretim tesisi yatırımına başlamak için mevzuattan kaynaklanan izin, onay, ruhsat ve benzeri belgeleri edinebilmek ve üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkını elde edebilmek için ilgili kurum ve kuruluşlar nezdinde girişimde bulunma hakkını vermektedir. Ön lisans kapsamında öngörülen

yükümlülüklerini süresi içinde tamamlayan tüzel kişiye ise Kurul kararı ile üretim lisansı verilmektedir.

83. Kuralla; nükleer enerji üretim tesisleri yönünden farklı bir düzenlemeye gidilerek nükleer enerji üretim tesisi kurmak isteyen tüzel kişiye önce üretim lisansının verilmesi, daha sonra nükleer üretim tesisi yatırımlarına başlanılabilmesi için alınması gereken yapı ruhsatı ve diğer mevzuattan kaynaklanan inşaata ilişkin izin, onay, lisans, ruhsat ve benzeri belgeler ile üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edildiğine ilişkin belgelerin Kurul tarafından belirlenen süre içinde Kuruma sunulması öngörülmüştür.

84. Nükleer santraller, nükleer güvenlik gerekliliği sebebiyle diğer tüm elektrik üretim tesislerinden farklı olarak Türkiye Atom Enerjisi Kurumu (TAEK) tarafından yürütülen ayrı bir lisanslama sürecine tabidir.

85. 19.12.1983 tarihli ve 18256 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Nükleer Tesislere Lisans Verilmesine İlişkin Tüzük'ün 8. maddesi çerçevesinde nükleer enerji santrallerinin lisanslanması; TAEK tarafından yer lisansı, inşaat lisansı ve işletme lisansı olmak üzere üç aşamada tamamlanmaktadır.

86. Nükleer enerji üretim tesislerinin yatırımına başlanılabilmesi için 2872 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca ÇED olumlu kararı, TAEK'ten yer lisansı, inşaat lisansı, sınırlı çalışma izni, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan üretim lisansının alınmış olması, nükleer üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edilmiş olması, tesisin kurulacağı sahaya ilişkin imar planlarının onaylanmış olması ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. ve 22. maddeleri uyarınca yapı ruhsatının bulunması gerekmektedir.

87. Nükleer enerji üretim tesisleri yönünden üretim lisansının önceden alınmış olması; belirtilen diğer izin, ruhsat ve belgeler temin edilmeksizin nükleer üretim tesisinin yatırımına, diğer bir ifadeyle inşasına başlanılmasına imkân vermemektedir.

88. Bu bağlamda dava konusu kuralla nükleer enerji üretim tesisleri, üretim lisansı haricindeki diğer izin, onay, ruhsat ve benzeri belgelerden

muaf tutulmamakta; diğer elektrik üretim tesisleri yönünden üretim lisansından önce ön lisans aşamasında alınması gereken izin, onay, ruhsat ve benzeri belgelerin nükleer enerji santralleri yönünden üretim lisansı alınmasından sonra Kurul tarafından belirlenen sürede Kuruma sunulması öngörülmektedir.

89. Kurul tarafından belirlenen süre içinde istenen belgelerin mücbir sebep veya lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında Kuruma sunulmaması hâlinde ise üretim lisansının iptal edileceği kuralda belirtilmiştir. Kanun koyucu; kuralla hangi durumların mücbir sebep veya lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebep olduğunu tek tek belirlemek yerine genel bir belirleme yapmış, her bir olayın özelliğine göre mücbir sebep veya lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleme yetkisini Kurula vermiştir.

90. Kurula verilen bu yetki, kamu yararının sağlanmasının yanı sıra hizmet gerekleri ve yetkiyi veren Kanun'un amacının gerçekleştirilmesi ile sınırlıdır. Kurul, takdir yetkisini kullanırken hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyete de uygun davranmak zorunda olup Kurulun işlemleri yargı denetimine tâbidir. Anayasa'nın 125. maddesinde *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."* denilerek idarenin hukuka bağlılığı, yargı denetimi sayesinde etkili biçimde sağlanmış ve idare edilenler, idarenin hukuka aykırı davranışlarına karşı korunmuştur.

91. Diğer taraftan kuralla nükleer enerji üretim tesislerinde, diğer mevzuattan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi kaydıyla üretim lisansı alınmadan önce üretim tesisi ile doğrudan ilgili olmayan yapıların inşasına başlanılabileceği hüküm altına alınmıştır.

92. Nükleer güvenlikle ilgisi olmayan liman, yol, su, elektrik, sosyal tesisler gibi yapılar nükleer üretim tesisi ile doğrudan ilgili olmadığından TAEK tarafından lisanslamaya tabi değildir. Bu bağlamda kuralla nükleer enerji üretim tesisi ile doğrudan ilgili olmayan bu yapıların inşasına üretim lisansı alınmadan önce başlanılabilmesine olanak sağlanmaktadır. Ancak kuralda bu yapıların inşasına başlanılabilmesi, diğer mevzuatlardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi şartına bağlı kılındığından bu yapılarla ilgili 3194 sayılı İmar Kanunu ve 2872 sayılı Çevre Kanunu

gibi diğer mevzuatlarda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekmektedir.

93. Bütün bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda nükleer enerji üretim tesislerinin kendine özgü yapısını dikkate alarak bu tesislerin kurulmasına ilişkin izin ve belgelerin ne zaman teslim edileceğini düzenleyen kuralın Anayasa'nın 35. ve 56. maddelerinde öngörülen mülkiyet hakkı ve çevre hakkını sınırlayan bir düzenleme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

94. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesinin bir gereği olarak Anayasa'da düzenlenmeyen bir alanı doğrudan düzenleyebilir. Bu bağlamda nükleer üretim tesislerinin kurulması anayasal bir konu olmayıp anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

95. Kuralın gerekçesinde Hazineye ait ve Orman ve Su İşleri Bakanlığına tahsisli arazilerin yatırımcılara kullanım hakkı veya irtifak hakkı ile devri esnasında 19.6.2007 tarihli ve 26557 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik ile 18.4.2014 tarihli ve 28976 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Orman Kanunu'nun 17/3 ve 18. maddelerinin Uygulama Yönetmeliği kapsamında yatırımcıdan elektrik üretim lisansı istenilmekte olduğu ancak 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 6. maddesi ile elektrik üretim lisansı alınması için üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edilmesi şartının olmasının uygulamada sorunlara yol açtığı, kuralla milletlerarası anlaşma hükümleri uyarınca yapılması öngörülen üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edildiğine ilişkin belgelerin üretim lisansı alınmasından sonra Kurul tarafından belirlenen süre içinde Kuruma sunulması ve böylece ortaya çıkması muhtemel zararların önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

96. Kanun koyucu tarafından kuralla nükleer enerji üretim tesislerine ilişkin yapı ruhsatı ve diğer mevzuattan kaynaklanan inşaata ilişkin izin, onay, lisans, ruhsat ve benzeri belgeler ile üretim tesisinin kurulacağı sahanın mülkiyet veya kullanım hakkının elde edildiğine ilişkin belgelerin üretim lisansı verilmesinden sonra olmak üzere Kurul tarafından belirlenen süre içinde Kuruma sunulacağını öngörülmesi suretiyle nükleer enerji üretim tesislerinin kurulmasının kolaylaştırılmasının hedeflendiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla kamu yararı amacı dışında bir amaç gözettiği saptanamayan ve kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalan kuralda, hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

97. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 35. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

98. Kuralın Anayasa'nın 5. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

D. Kanun'un 3. Maddesiyle 2690 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

99. Dava dilekçesinde özetle; kuralda nükleer santral sahalarında yapılacak yapıların denetimi konusunda 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile 3194 sayılı İmar Kanunu'nun fennî mesuliyete ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağının belirtildiği ancak nükleer santral sahalarındaki yapılara ilişkin ödevlerin ne şekilde yerine getirileceğinin öngörülmediği, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının sağlanmasına ilişkin ödevlerin somut tedbirlere bağlanması ve bu tedbirlerin de hukuk devletinin bir gereği olan kanun yoluyla alınması gerektiği, kuralda denetim şirketlerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu denetim sonuçlarının TAEK yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı, TAEK'in denetim yetkisinin devam edip etmediği, hizmet sözleşmesi kapsamında yapılacak inceleme ve denetimlerde denetleyen şirketle denetlenen şirketin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti hâlinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, denetimin tekrarlanabilirliği hususlarında açıklık bulunmadığı, kuralla denetim şirketlerinin yetkileri ve nitelikleri ile bu şirketler tarafından yapılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkeler belirlenmeksizin yürütme organına düzenleme yetkisi verildiği, bu durumun belirsizliğe yol açtığı gibi bu belirsizliğin de kuralın Anayasa'nın 128. maddesi yönünden yapılacak denetimine engel oluşturduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 7., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

100. Kuralda nükleer santral sahalarında yapılacak yapılar hakkında 29.6.2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümleri

ile 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun fennî mesuliyete ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı ancak bu yapıların yapı denetiminin Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından yetkilendirilen tüzel kişiliğe sahip yapı denetimi kuruluşları tarafından, denetim kuruluşu ile nükleer santralin lisans sahibi arasında akdedilecek hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yapılacağı, yapı denetiminin bu kuruluşlar tarafından yapılmasının nükleer santral lisans sahibinin münhasır ve kusursuz sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmayacağı, bu yapılara ilişkin olarak yapılacak yetkilendirme ve denetimlerle ilgili usul ve esaslar ile yapı denetimi kuruluşu ile nükleer santral lisans sahibi arasında akdedilecek hizmet sözleşmesinin kapsamına ilişkin hususların Çevre ve Şehircilik Bakanlığının görüşünün alınarak Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

101. 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 keyfî 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 idareye hangi müdahale yetkisi tanıdığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler.

102. 2690 sayılı Kanun'un 1. maddesinde; Kanun'un amacının barışçıl amaçlarla Türkiye'de atom enerjisinin kalkınma planlarına uygun olarak ülke yararına kullanılmasını sağlamak, temel ilke ve politikaları belirleyip önermek, bilimsel, teknik ve idari çalışmaları yapmak, düzenlemek, desteklemek, koordine etmek ve denetlemek üzere Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun kuruluşu, işleyişi, görevi, yetki ve sorumluluklarını saptamak olduğu belirtilmiştir.

103. TAEK'in görev ve yetkilerinin düzenlendiği Kanun'un 4. maddesinin (e) fıkrasında, nükleer güç ve araştırma reaktörleri ve yakıt çevrimi tesislerinin yer seçimi, inşaat, işletme ve çevre güvenliğiyle ilgili her

türlü onay, izin ve lisansı vermek; gerekli inceleme ve denetimi yapmak, izin ve lisansa uyulmayan hâllerde işletme yetkilerini sınırlamak; verilen izin veya lisansı geçici veya sürekli olarak iptal etmek ve bu tesislerin kapatılması için Başbakana öneride bulunmak ve bu amaçlarla gerekli teknik mevzuat, tüzük ve yönetmelikleri hazırlamak; (k) fıkrasında nükleer madde ve tesislerin korunması ile ilgili esasları belirleyen tüzük ve yönetmelikleri hazırlamak, uygulamak ve bunlarla ilgili hususları denetlemek ve diğer kuruluşların konu ile ilgili olarak hazırlayacakları yönetmelikler hakkında görüş bildirmek Kurumun görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

104. Kanun'un 8. maddesinin (a) fıkrası uyarınca TAEK'in ihtisas dairelerinden olan Nükleer Güvenlik Dairesi, Kanun'un 4. maddesinde belirtilen görevlerden nükleer güvenlikle ilgili olanları yerine getirmek; nükleer tesislerin yer seçimi, inşaat, sistem mühendisliği, hizmete alma, işletme, fiziksel korunma konuları ile radyasyondan korunma, nükleer madde güvenliği ve denetimi, çevre güvenliği hizmetlerini ve diğer ilgili görevleri yapmakla görevli kılınmıştır.

105. TAEK nükleer santrallerin kurulmasından ve denetlenmesinden birinci derecede yetkili ve sorumlu kuruluş olup 2690 sayılı Kanun'un belirtilen bu hükümlerinde TAEK'in nükleer santralleri denetleme yetkisi, bu yetkinin çerçevesi ve yaptırımlar öngörülmüştür.

106. Kuralla TAEK'in denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi kaldırılmamakta nükleer santral sahalarında kurulacak nükleer güvenlik açısından önemli olan yapı ve sistemlerin imalat, inşaat ve montaj faaliyetlerine ilişkin ikincil ve özel bir denetim öngörülmektedir.

107. Bu bağlamda kuralda nükleer santral sahalarında yapılacak nükleer güvenlik açısından önemli olan yapıların TAEK tarafından yetkilendirilen tüzel kişiliğe sahip yapı denetim kuruluşları tarafından, denetim kuruluşu ile nükleer santralin lisans sahibi arasında yapılacak hizmet sözleşmesi hükümlerine göre gerçekleştirilmesi öngörülmektedir. Bu nitelikte özel bir denetim oluşturma 15.12.1994 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan ve 14.1.1995 tarihli ve 22171 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Nükleer Güvenlik Sözleşmesi'nin devlete yüklediği yükümlülükten kaynaklanmaktadır.

108. Nitekim Nükleer Güvenlik Sözleşmesi'nin 9. maddesi *"Her Akit Taraf bir nükleer tesisin güvenliği için asıl sorumluluğun ilgili lisans sahibine ait olmasını temin edecek ve her lisans sahibinin sorumluluklarını yerine getirmesini temin etmek için uygun tedbirleri alacaktır."* biçimindedir. Bu düzenlemeye göre nükleer güvenliğin sağlanmasından birinci derece sorumlu lisans sahibi ise de devletin lisans sahibinin sorumluluklarını yerine getirmesi için uygun tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kuralla bu çerçevede nükleer santral kuran kuruluşların sorumlulukları ve bu sorumluluklarının yerine getirilip getirilmediğinin denetimine ilişkin düzenleme getirilmektedir. Bu bağlamda nükleer santrallere ilişkin faaliyetlerin ilgili mevzuata uygun olarak yürütülmesinden kurucu diğer bir ifadeyle lisans sahibi münhasıran ve kusursuz olarak sorumludur. Kurucunun münhasıran ve kusursuz sorumluğu; nükleer santral sahalarında bulunan yapı, sistem ve bileşenlerin imalat, inşaat ve montaj faaliyetlerinin idari ve fennî mesuliyetini, denetim sorumluluğunu, etüt ve proje müellifliğini de kapsamaktadır.

109. Nükleer santrallerin asıl denetim yetkisi TAEK'te kalmaya devam etmekte, TAEK bu denetimi lisanslama ve uygulama projelerini kabul ederken gerçekleştirmektedir. TAEK'in ayrıca nükleer yapı denetim kuruluşlarını da denetleme yetkisi bulunmaktadır. TAEK denetimleri sırasında nükleer santral sahibinin sorumluluklarını yerine getirmediğini tespit etmesi hâlinde nükleer santral sahibinin lisansını iptal edebilme imkânına sahip olduğu gibi nükleer yapı denetim kuruluşunun da görevlerini yerine getirmediğini belirlemesi hâlinde nükleer yapı denetim kuruluşunun yetkisini kaldırabilme imkânı da bulunmaktadır.

110. Bu itibarla kuralla nükleer santral sahalarında bulunan nükleer güvenlik açısından önemli olan yapıların yapı denetiminin TAEK tarafından yetkilendirilen nükleer yapı denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilmesine olanak tanınmakta olup nükleer yapı denetim kuruluşlarının denetleme yetkisinin tek başına icrai bir yetki olmaması, denetim sonucunda idari yaptırım uygulama yetkisinin TAEK'te kalmaya devam etmesi, ayrıca konusunda teknik ve uzmanlık bilgisine sahip özel nitelikteki nükleer yapı denetim kuruluşlarınca gerçekleştirilecek denetim hizmetlerinin devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde olmaması hususları göz

önünde bulundurulduğunda kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir.

111. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği ilkeleri gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Ancak bu durumda kanunda belirlenmesi beklenen çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum Anayasa'da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirmektedir.

112. Nükleer santrallerin yapı denetiminin kanunla düzenlenmesini öngören bir hüküm Anayasa'da bulunmadığından kanun koyucu yasal çerçeveyi belirlerken daha geniş takdir yetkisine sahip olacaktır. 2690 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (e) ve (k) fıkraları, 8. maddesinin (a) fıkrası ile dava konusu kuralda nükleer santrallerin yapı denetiminin nasıl gerçekleştirileceği ve kapsamı düzenlenmiştir. Bu hükümler uyarınca nükleer santrallerin yapı denetimi, hem TAEK tarafından hem de TAEK tarafından yetkilendirilmiş nükleer yapı denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilecektir. Nükleer yapı denetim kuruluşu, nükleer santralin kurucusu ile yapacağı hizmet sözleşmesine göre bu denetimi gerçekleştirecektir. Nükleer yapı denetim kuruluşunun yetki ve denetim sınırları hizmet sözleşmesinde belirtilecektir. Hizmet sözleşmesinin hukuki çerçevesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilmiştir.

113. Nükleer santrallerin yapı denetimini gerçekleştirecek olan yapı denetim kuruluşları TAEK tarafından yetkilendirilecektir. Nükleer yapı denetim kuruluşuna uygulanacak yaptırım olarak TAEK yapı denetim kuruluşunun yetkisini kaldırabilecektir. Nükleer santralin kurucusu ile hizmet sözleşmesi imzalamış olan yapı denetim kuruluşunun yetkisini kaybetmesi durumunda hizmet sözleşmesi sona erecektir. Ayrıca gerek

nükleer santralin kurucuları olan firmalar gerekse tüzel kişiliğe sahip nükleer yapı denetim kuruluşları 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na tâbi şirketler olacağından bunların kuruluşuna ilişkin düzenlemede de bir belirsizlik bulunmamaktadır.

114. Dolayısıyla 2690 sayılı Kanun'da yapı denetim kuruluşlarınca nükleer santrallerde yapılacak denetime ilişkin yasal çerçeve; hizmet sözleşmesi, yetkilendirme, lisanslama boyutuyla ortaya konulduğundan idareye belirlenen bu çerçeve içerisinde idari, teknik ve uzmanlık gerektiren konularda düzenleme yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelmediği gibi kuralda belirsizlik de bulunmamaktadır.

115. Dava konusu kuralla TAEK'in nükleer santralleri denetleme ve yaptırım uygulama yetkisi ortadan kaldırılmadan nükleer santral sahalarında kurulacak nükleer güvenlik açısından önemli yapı ve sistemlerle ilgili ikincil ve özel bir denetim öngörülerek nükleer santraller sıkı bir denetime tabi tutulmaktadır. Nükleer santrallerin bu şekilde sıkı denetime tabi tutulması, nükleer santrallerin işletilmesinin çevre ve insan sağlığında ortaya çıkarması muhtemel zararların önlenmesine hizmet edeceğinden kural, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 5. maddesi ve çevre ve sağlık hakkını düzenleyen Anayasa'nın 56. maddesiyle de uyumludur.

116. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 7., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

E. Kanun'un 4. Maddesiyle 3154 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (j) Bendinin *"... 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini..."* ve *"...veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları..."* Bölümlerinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

117. Dava dilekçesinde özetle; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin millî menfaatlere

ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilmesi için gerekli yükümlülükleri ile ilgili olarak inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerinin asli ve sürekli bir kamu görevi olması nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği, kuralla bu işlemlerin 6446 sayılı Kanun kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilmesine imkân verildiği, dağıtım lisansı sahibi tüzel kişiler veya özel hukuk tüzel kişilerinin yetkilerinin sınırları, söz konusu işlemlerin Bakanlık yönünden bağlayıcılık taşıyıp taşımadığı, ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarının yetkilerinin devam edip etmediği, muhatap şirket ile işlemi yapan şirketin yükümlülüklerini yerine getirmediğinin veya usulsüzlük yapıldığının tespiti hâlinde uygulanacak yaptırım ve sonuçları, işlemlerin tekrarlanabilirliği konusunda kuralda açıklık bulunmadığı, konunun temel ilkeleri ve çerçevesi çizilmeksizin yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesinin kuralın belirsizliğine yol açtığı, diğer taraftan kuralla inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemleri ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılan tesisler ile bu işlemleri 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı tüzel kişiler veya özel hukuk tüzel kişiler eliyle yaptırılan tesisler yönünden işlem giderlerinin karşılanacağı kaynak ve giderler konusunda aynı hukuki konumda bulunan tesis sahiplerine farklı yükümlülükler getirildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

118. Dava konusu kuralların yer aldığı 3154 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendinde *"elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin millî menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilmesi için gerekli yükümlülükleri ile ilgili olarak inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemleri yapmak üzere; ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşlarını, 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini görevlendirmek, yetkilendirmek veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları ve diğer hususları yönetmelikle düzenlemek"* Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır.

119. 3154 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (d) fıkrasında kamu ihtiyaç, güvenlik ve yararına uygun olarak enerji ve tabii kaynaklar ile enerjinin üretim, iletim, dağıtım, tesislerinin etüt, kuruluş, işletme ve devam ettirme hizmetlerinin genel politikasını tespit çalışmalarının koordinasyonunu temin etmek ve denetlemek, yine aynı maddenin (g) fıkrasında, Bakanlığa bağlı ve Bakanlıkla ilgili kuruluşların çalışmalarını ve işlemlerini her bakımdan tetkik, tahkik ve teftişe tabi tutmak, gerekli her türlü emri vermek ve denetlemek Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır.

120. Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde de enerji kaynaklarının üretim, iletim ve dağıtım tesislerinin millî menfaatlere ve modern teknolojiye en uygun şekilde kurulmaları ve işletilmeleri için gerekli tedbirleri almak ve aldırtmak Enerji İşleri Genel Müdürlüğünün görevleri arasında belirtilmiştir.

121. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının denetim birimlerinden olan Denetim Hizmetleri Başkanlığının görevlerini düzenleyen Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, Bakanlığın denetimi altındaki her türlü kuruluş ile gerçek ve tüzel kişilerin faaliyet ve işlemleri ile ilgili olarak Bakanlığın görev ve yetkileri çerçevesinde inceleme, denetim ve soruşturma yapmak Denetim Hizmetleri Başkanlığının görevleri arasında sayılmıştır.

122. Dava konusu kuralların yer aldığı 3154 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendi, elektrik piyasasında faaliyet gösteren kişilerin teknik faaliyet olan projelendirme, tesis etme konuları ile ilgili olup elektrik piyasasında faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin idari, mali, hukuki alanlardaki nitelik ve faaliyetlerine yönelik değildir.

123. 6.11.2015 tarihli ve 29524 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Elektrik Üretim Tesisleri Kabul Yönetmeliği'nin 4. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde *"Kontrol Firması (KF): Tesisin yapım sürecinin tamamlanmasını müteakip, saha testlerine nezaret etmek, tesisin onaylı projelerine uygunluğunu kontrol etmek ve bu amaçla gereken test ve uygulamayı yaptırarak sonuçlarını raporlamak ve Güvenilir İşletme Raporunu hazırlamak üzere Bakanlık tarafından yetkilendirilen ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişiler"* biçiminde; (h) bendinde ise *"Proje Onay Birimi (POB): Elektrik tesislerinin, hesap ve raporlarını inceleyerek proje paftalarını onaylamak üzere*

görevlendirilmiş Bakanlık birimini veya bu amaçla Bakanlık tarafından yetkilendirilen Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ), Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ), Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi (TEDAŞ), Elektrik Dağıtım Anonim Şirketleri (EDAŞ), Elektrik Üretim Anonim Şirketi (EÜAŞ), Organize Sanayi Bölgeleri (OSB), Türk Standartları Enstitüsü Kurumu (TSE), İller Bankası (İB), Türkiye Elektromekanik Sanayi Anonim Şirketi (TEMSAN), Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu (TKDK) ve benzeri ihtisas sahibi kurum ve kuruluşları" biçiminde tanımlanmıştır.

124. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının elektrik tesislerinin yapım aşamasında bir görevi bulunmamaktadır. Bakanlık tarafından yetkilendirilen Kontrol Firmaları, elektrik tesisinin yapım sürecinin tamamlanmasına müteakip saha testlerine nezaret etmekte, tesisin onaylı projelerine uygunluğunu kontrol etmekte, senkronizasyon öncesi testlere nezaret etmekte sonuçların standartlara uygunluğunu teyit ederek ön kabul raporu hazırlamakta, senkronizasyon sonrası test ve kontrolleri kapsayan nihai rapor hazırlamakta, bakanlık tarafından yetkilendirilmiş olan Proje Onay Birimi (POB) tarafından oluşturulan geçici kabul heyetine refakat etmekte ve tesisin işletmeye alınmasından sonra can, mal ve çevre açısından emniyetli olduğuna dair güvenli işletme raporu hazırlamaktadır. Elektrik tesisin proje onayı ve kabul işlemleri ise Bakanlık veya Bakanlığın yetkilendirdiği POB tarafından gerçekleştirilmektedir.

125. Dolayısıyla elektrik tesislerinin millî menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilebilmesi için yapılması gereken inceleme tespit ve raporlama, proje onay ve kabul işlemleri, Bakanlık tarafından yetkilendirilen Kontrol Firmaları ile Proje Onay Birimi tarafından yerine getirilmektedir.

126. Bu bağlamda dava konusu kuralla elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin millî menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilebilmesi için bu tesislerle ilgili inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerini yapmak üzere 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerinin veya özel hukuk tüzel kişilerinin görevlendirmesine, yetkilendirmesine veya bu tüzel kişilerden hizmet satın alınmasına olanak sağlanmaktadır.

127. Elektrik tesislerinin millî menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilebilmesi için bu tesislerle ilgili inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerini yapmak üzere Bakanlık tarafından yetkilendirilen Kontrol Firmaları ile Proje Onay Birimlerini Bakanlığın denetleme yetkisi bulunmaktadır.

128. Diğer taraftan 6446 sayılı Kanun'un 15. maddesi uyarınca elektrik piyasası faaliyetleri olan üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyetlerini gerçekleştiren kişilerin bu faaliyetleri de inceleme ve denetime tabidir. Bunlardan dağıtım faaliyeti ile iştigal eden dağıtım şirketlerinin denetimi Bakanlık tarafından yapılırken diğer elektrik piyasası faaliyetleri ile lisanssız faaliyet gösteren kişilerin inceleme ve denetimi EPDK tarafından yapılmaktadır. EPDK'nın 6446 sayılı Kanun'un 16. maddesi uyarınca elektrik piyasasındaki faaliyetleri gerçekleştiren kişilere yaptırım uygulama yetkisi bulunmaktadır.

129. Bütün bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin millî menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilebilmesi için bu tesislerle ilgili inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerini yapmak üzere dağıtım lisansı sahibi tüzel kişilerinin veya özel hukuk tüzel kişilerinin görevlendirilmesi, yetkilendirilmesi veya bu tüzel kişilerden hizmet satın alınmasını öngören kuralda Anayasa'nın 128. maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

130. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. Elektrik tesislerinin özel hukuk tüzel kişileri tarafından denetlenmesi konusunun kanunla düzenlenmesini öngören bir hüküm Anayasa'da bulunmadığından kanun koyucu yasal çerçeveyi belirlerken daha geniş takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda kanun koyucu dava konusu kuralda Bakanlığın elektrik tesislerinin millî menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilmesi için gerekli yükümlülükleri ile ilgili olarak inceleme tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerini yapmak üzere 6446 sayılı Kanun kapsamında dağıtım şirketlerini veya özel hukuk tüzel kişilerini yetkilendirebileceği veya

bu tüzel kişilerden hizmet satın alabileceği ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları ve diğer hususları yönetmelikle düzenleyebileceğini belirtmek suretiyle konunun genel çerçevesini çizmiştir.

131. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 48. maddesinde denetim faaliyeti, danışmanlık hizmeti olarak kabul edilmiş ve bu suretle denetim faaliyetinin danışmanlık hizmeti satın alınması yoluyla üçüncü kişilere gördürülmesine olanak tanınmıştır. Anılan Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin ihalelerin bu Kanun hükümlerine göre yürütülmesi zorunlu olduğundan Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının denetim hizmeti satın alması da anılan Kanun hükümleri uyarınca yerine getirilecektir. Dolayısıyla denetim şirketlerinin niteliklerinin belirlenmesi, seçimi ve yetkilendirilmesinin 4734 sayılı Kanun'da yer alan hükümler çerçevesinde gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

132. Bakanlık tarafından ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşları haricinde yetkilendirilecek dağıtım şirketlerinin veya özel hukuk tüzel kişilerinin 6102 sayılı Kanun'a göre kurulmuş şirketler olacağında kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca Bakanlığın bu şirketlerden hizmet satın alması bir özel hukuk sözleşmesiyle olacağından şirketlerin hak ve yükümlülükleri ile sözleşmeye aykırılık durumunda uygulanacak yaptırımlar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 4734 sayılı Kanun ve 6102 sayılı Kanun hükümleri uyarınca belirlenecektir.

133. Bu bağlamda konunun genel çerçevesi ve temel kurallar 3154 sayılı Kanun, 6446 sayılı Kanun, 4734 sayılı Kanun ve 6102 sayılı Kanun ile belirlendikten sonra denetim şirketlerinin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleriyle ilgili idari ve teknik ayrıntılara ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması yasama yetkisinin devri anlamına gelmediği gibi kuralda belirsizlik de bulunmamaktadır.

134. Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi veya toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Durum

ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

135. Elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin millî menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilebilmesi için bu tesislerle ilgili inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemleri, ihtisas sahibi kamu kuruluşları, yetkilendirilen dağıtım şirketleri veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilmesi hâllerinde işlem giderleri ilgili lisans sahibi tarafından karşılanmaktadır. Bu bağlamda elektrik tesisleriyle ilgili bu işlemlerin ihtisas sahibi kamu kuruluşları, yetkilendirilen dağıtım şirketleri veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilmesi durumunda bu işlemlerin giderlerinin karşılanması noktasında bir farklılık bulunmadığından kuralın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu söylenemez.

136. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

F. Kanun'un 6. Maddesiyle 3213 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 12. Maddenin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

137. Dava dilekçesinde özetle; kuralla ruhsatların bölünmezliği ilkesine istisna getirilerek kamu kurum ve kuruluşlarına ait belirli madenlere ilişkin ruhsatlarının rezerv kaybına neden olmayacak şekilde elektrik üretimine yönelik olmak üzere bölünebilmesine olanak sağlandığı, ruhsat bölme ve ayrı ruhsata bağlama işlemlerinde uygulanacak kriter olarak kuralda belirtilen *"rezerv kaybına sebep olmama"* kriterinin soyut bir kriter olduğundan belirsizliğe yol açtığı, ruhsatların bölünmezliği kuralına sadece kamu kurum ve kuruluşlarına ait ruhsatlar yönünden bir istisna getirilerek belirli bir zümreye imtiyaz sağlandığı, kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ruhsatların bölünmek suretiyle devlet tarafından belirli şirketlere ihale edileceği, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ruhsat sahalarını ihaleyle işleten

kişiler ile özel kişilere ait olan ve ruhsatları bölünemeyen kömür sahalarını işletenler arasında devlet eliyle eşitsizlik yaratıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

138. Kanun'un dava konusu ek 12. maddesinde kamu kurum ve kuruluşlarına ait IV. Grup (b) bendi madenlere ilişkin ruhsatların rezerv kaybına sebep olmayacak şekilde, elektrik üretimine yönelik olmak üzere Bakanlık onayı ile ayrı ruhsatlara bağlanabileceği öngörülmektedir.

139. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, hukuk devleti olmanın gereğidir. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği gibi kamu yararı; bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Kamu yararı düşüncesi olmaksızın yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak kanun hükmü konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde söz konusu kanun hükmü Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer. Açıklanan ayrık hâl dışında, bir kanun hükmünün ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı ve hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirinde olduğundan bu kapsamda kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

140. Kuralın gerekçesinde; mevcut kömür madenleri ruhsatlarının teknik ve ekonomik sebeplerden dolayı daha verimli elektrik üretimi tesisi kurulabilmesi amacıyla bölünmesinin meri mevzuatta mümkün olmadığı, bu durumun birçok ruhsat alanının etkin olarak kullanımını kısıtladığı, kömür madenlerinin kalite açısından ancak yerinde elektrik üretimi amacıyla kullanılabileceği dikkate alındığında bir kısım ruhsatların ancak bölünerek yatırımcıya uygun koşullarda devredilmesinin mümkün olduğu, büyük sahaların rezerv kaybına neden olmadan elektrik üretimine yönelik bölünmesi ve farklı sektörlerde kömür üretilmesiyle herhangi bir ruhsat bölgesinde sorun yaşansa bile diğer ruhsatlarda çalışma ve kömür üretiminin devam edeceği ifade edilmiştir.

141. 3213 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında *"Madenler üzerinde tesis olunan ilk müracaat (takaddüm),(…), arama ruhsatnamesi, buluculuk, (…) ve işletme ruhsatı haklarının hiç birisi hisselere bölünemez. Her biri bir bütün halinde muameleye tabi tutulur."* denilmektedir. Bu düzenleme uyarınca kural olarak maden haklarının bölünmemesi, tek bir gerçek veya tüzel kişide toplanması gerekir.

142. Kuralla kamu kurum ve kuruluşlarına ait IV. Grup (b) bendi madenlere ilişkin ruhsatların rezerv kaybına sebep olmayacak şekilde elektrik üretimine yönelik olmak üzere Bakanlık onayı ile ayrı ruhsatlara bağlanabileceği belirtilmek suretiyle Kanun'un 5. maddesinde öngörülen maden haklarının bölünmemesi kuralına istisna getirilmiştir.

143. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait IV. Grup (b) bendi madenlere ilişkin ruhsatların bölünmesiyle kamunun uhdesinde bulunan büyük ruhsat sahalarında birden fazla sektörün çalışmasıyla; mevcut kömür rezervlerinin hızlı ve etkin bir şekilde ekonomiye kazandırılması, işletme kolaylığının sağlanması, enerji üretiminin artırılması, sektörlerden birinde olumsuzluk yaşanması hâlinde diğer sektörün üretime devam etmesiyle enerji üretiminin kesintiye uğramasının önüne geçilmesi, istihdamın artırılması ve finans yükünün azaltılarak yatırımların daha hızlı hayata geçirilmesinin hedeflendiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamayan kural anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

144. 3213 sayılı Kanun'un 2. maddesinde madenler beş grupta sınıflandırılmış olup maden arama ve işletme ruhsatları bu gruplara göre verilmektedir. Dava konusu kuralda belirtilen IV. Grup (b) bendi madenler; turba, linyit, taş kömürü, antrasit, asfaltit, bitümlü şist, bitümlü şeyl, kokolit ve sapropeldir.

145. Kuralda belirtilen rezerv kavramı Kanun'un 3. maddesinde kaynağın boyutları ve tenörü/kalitesi belirlenmiş ve günün şartlarında ekonomik olarak üretilebilir ve işlenebilir kısmı; görünür rezerv, kaynağın üç boyutu ile belirlenmiş olan ve bu boyutlar içinde sürekliliği konusunda en az risk taşıyan, jeolojik, madencilik, metalürjik, ekonomik, pazarlama, hukuki, çevresel, sosyal, mali etkenlerin altında ve günün şartlarında işletilebilir

kısmı; muhtemel rezerv ise sürekliliği görünür rezervde olduğu kadar tarif edilemeyen, ekonomik işletilebilirliği jeolojik, madencilik, metalürjik, ekonomik, pazarlama, hukuki, çevresel, sosyal ve mali etkenler ile ilgili belirsizlikler içeren cevher miktarı olarak tanımlanmıştır.

146. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait IV. Grup (b) bendi madenlere ilişkin ruhsatların ayrı ruhsatlara bağlanması işlemi teknik ve uzmanlık gerektiren bir konu olup kuralda ruhsat bölme işleminin *"rezerv kaybına sebep olmayacak şekilde"* gerçekleştirileceği belirtilmek suretiyle ruhsat bölme işlemindeki kriter ortaya konulmuştur. Bu kriterin kamu yararı amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

147. Bunun yanında kuralda ayrı ruhsata bağlama işleminin elektrik üretimine yönelik olmak üzere Bakanlık onayıyla gerçekleştirileceği belirtilmek suretiyle bu konuda yetkili birim de gösterilmiştir.

148. Bu itibarla ruhsat bölme işleminin hangi maden ruhsatlarına ilişkin, kim tarafından, hangi kriterlere göre gerçekleştirileceği, açık, net, anlaşılır ve nesnel bir şekilde belirtildiğinden kuralda belirsizlik bulunmamaktadır.

149. Dava dilekçesinde kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ruhsatların bölünmek suretiyle devlet tarafından belirli şirketlere ihale edileceği, belirli bir zümreye imtiyaz sağlanacağı, kamu kurum ve kuruluşlarına ait ruhsat sahalarını ihaleyle işleten kişiler ile özel kişilere ait olan ve ruhsatları bölünemeyen kömür sahalarını işletenler arasında devlet eliyle eşitsizlik yaratılacağı ileri sürülmüş ise de kuralla kamunun uhdesinde bulunan ruhsat sahalarının daha verimli kullanılması amacıyla Bakanlık oluru ile bölünerek özel sektörün bu sahaları kullanmasına imkân tanınmakta olup bu ruhsat sahalarına ilişkin işletme hakkının elde edilmesi noktasında özel sektörde faaliyette bulunan tüm gerçek ve tüzel kişiler eşit durumda olduğundan kuralla belli bir zümreye imtiyaz sağlandığı söylenemez.

150. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşlarına ait IV. Grup (b) bendi madenlere ilişkin ruhsatların rezerv kaybına sebep olmayacak şekilde, elektrik üretimine yönelik olmak üzere Bakanlık onayı ile ayrı ruhsatlara bağlanabileceğini öngören kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

151. Diğer taraftan Anayasa'nın 168. maddesi gereğince, tabii servetler ve kaynaklar devletin hüküm ve tasarrufu altında olup bunların aranması ve işletilmesi hakkı devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzel kişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır.

152. Anayasa'nın 168. maddesinin madenlerin aranması ve işletilmesi hakkının gerçek ve tüzel kişilere devredilmesi konusunda kanun koyucuya düzenleme yapma yetkisi verdiği hususu göz önünde bulundurulduğunda kamu kurum ve kuruluşlarına ait enerji üretimini sağlayan maden ruhsatlarının rezerv kaybına sebep olmayacak şekilde ayrı ruhsatlara bağlanması suretiyle aynı sahada özel sektörün de maden işletme hakkı elde etmesine olanak sağlayan ve Kanun'da düzenlenen bu hüküm Anayasa'nın 168. maddesiyle de uyumludur.

153. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

G. Kanun'un 11. Maddesiyle Değiştirilen 4734 Sayılı Kanun'un 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (o) Bendinin *"…TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları…"* Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

154. Dava dilekçesinde özetle; kuralla Türkiye Elektrik Ticaret ve Taahhüt Anonim Şirketinin (TETAŞ) tedarik amaçlı yapacağı elektrik enerjisi alımlarının 4734 sayılı Kanun'un kapsamı dışında tutulduğu, bu alımların 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 7. fıkrasında belirtilen yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerinden gerçekleştirilecek elektrik enerjisi alımlarını ifade ettiği, kuralın kamu denetiminden bağışık tutulan elektrik enerjisi üreticilerine keyfî hareket edebileceği çok geniş ve kuralsız bir takdir alanı tanıdığı, hukuki güvenliği ve öngörülebilirliği sağlamadığı, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle bağdaşmadığı, belli elektrik üreticilerinden sağlanan tedariğin rekabetçilikten uzak bir şekilde karşılanmasının sektörün sağlıklı ve düzenli işlemesini sekteye uğratacak sonuçlara yol açacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

155. Kuralda TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımlarının ceza ve ihalelerden yasaklama hükümleri hariç 4734 sayılı Kanun'a tâbi olmadığı hüküm altına alınmıştır.

156. Devletin genel enerji ve ekonomi politikasına uygun olarak elektrik ticaret ve taahhüt faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurulmuş olan TETAŞ, elektrik enerjisinin toptan satışı ve serbest tüketicilere satışı ile iştigal eden kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kârlılık, verimlilik ilkeleri doğrultusunda faaliyet gösteren bir kamu iktisadi devlet teşekkülüdür.

157. TETAŞ'ın hak ve yükümlülüklerini düzenleyen 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (3) numaralı fıkrasında TETAŞ'ın görevli tedarik şirketlerine tarifesi düzenlemeye tabi olan tüketiciler için toptan satış tarifesinden elektrik enerjisi satacağı, (5) numaralı fıkrasında Kurul tarafından son kaynak tedarikçisi olarak yetkilendirilen tedarikçilerin son kaynak tedarikçisi kapsamındaki müşteriler için temin ettiği elektrik enerjisinin Kurul tarafından her yıl belirlenecek oranı kadarını TETAŞ'tan temin etmekle yükümlü olduğu, (6) numaralı fıkrasında dağıtım şirketlerinin genel aydınlatma ile teknik ve teknik olmayan kayıplarından dolayı enerji ihtiyaçlarını TETAŞ'tan temin edecekleri belirtilmiştir. Aynı maddenin (7) numaralı fıkrasında ise TETAŞ'ın üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralarda belirtilen elektrik enerjisi miktarını mevcut sözleşmeler kapsamında karşılayamaması durumunda yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerini işleten şirketlerden temin edeceği kural altına alınmıştır.

158. Devlet harcamalarında 4734 sayılı Kanun'un uygulanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel yoktur. Ancak bir mal ve hizmet alımı ihalesi 4734 sayılı Kanun'da belirlenen usullerin dışına çıkarılırken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan kamu yararı amacı gözetilmelidir.

159. Elektrik enerjisi diğer mallara göre daha kısıtlı depolanma imkânına sahip olup tüketildiği anda üretilmesi gereken ve tüketildiğinin belirlenmesi ve ölçülmesinden sonra miktarı kesinleşen bir metadır.

Elektrik enerjisinin üretim ve tüketimi saat, gün ve mevsim bazında hatta anlık olarak değişebilmektedir. Ayrıca elektrik enerjisi ihtiyacı sürekli olup elektrik enerjisinin hızlı bir şekilde temin edilmesi ve tüketiciye kesintisiz olarak sunulması gerekmektedir. Bu nedenlerle elektrik piyasasında faaliyet gösteren TETAŞ'ın enerji ihtiyacının temininde piyasa koşulları gözetilerek acil kararlar alma yükümlülüğü bulunmaktadır.

160. Kuralla mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihaleleri yönünden 4734 sayılı Kanun'un kapsamına giren TETAŞ'ın mevcut portföyünün dışında, acil tedarik amaçlı elektrik enerjisi alımları Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkartılmaktadır. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve halkın çıkarlarını en iyi şekilde belirleyebilecek organ konumuyla, hangi araç ve yöntemlerle kamu yararının sağlanabileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir. TETAŞ'ın tedarik amaçlı yapacağı elektrik enerjisi alımlarının Kamu İhale Kanunu kapsamı dışına çıkarılmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

161. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

162. Kuralın Anayasa'nın 167. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

H. Kanun'un 22. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'un 18. Maddesine Eklenen (5) Numaralı Fıkranın İkinci Cümlesi İle Beşinci Cümlesinde Yer Alan *"…varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak, bedel alınmaksızın…"* Bölümünün İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

163. Dava dilekçesinde özetle; kuralların bulunduğu Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile kamunun elinde bulunan elektrik üretimine yönelik varlıkların yürürlükteki özelleştirme mevzuatının dışında bir yöntemle özel sektöre devrinin öngörüldüğü, elektrik üretim amaçlı her türlü varlığın özelleştirilmesinde özelleştirilecek olan kamu varlıklarının ve hisselerinin bedelinin tespiti ve tahsil yönteminin kanunla düzenlenmesi

gerektiği, kurallarla elektrik üretim amaçlı her türlü varlığın bedel tespiti ve tahsilatı yapılmaksızın özelleştirilmesinin öngörülmesinin Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 tarihli ve E.1994/43, K.1994/42-2 sayılı kararıyla çeliştiği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 7., 11., 47. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

164. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

165. Dava konusu kuralların yer aldığı 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasında Bakanlık tarafından, Elektrik Üretim Anonim Şirketi (EÜAŞ) ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesinin talep edilmesi hâlinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca 6446 Kanun uyarınca gerçekleştirilecek özelleştirme işlemlerinde 4046 sayılı Kanun'un 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine aykırı olmayan hükümleri ile birlikte (5) numaralı fıkra hükümlerinin uygulanacağı, bu fıkra kapsamında yapılacak özelleştirme ihalesine yönelik olarak varlıkların veya hisselerin değer tespiti yapılmayacağı, özelleştirme ihalesinin bu madde kapsamında imzalanacak Elektrik Satış Anlaşması için geçerli olacak elektrik enerjisi satış fiyatının belirlenmesi amacıyla 4046 sayılı Kanun'da belirtilen pazarlık usulü uygulanmak suretiyle gerçekleştirileceği, pazarlık usulü eksiltmeye esas elektrik enerjisi başlangıç satış fiyatından eksiltme yapılmak suretiyle uygulanacağı ve ihale komisyonu tarafından gerekli görüldüğü takdirde ihalenin pazarlık görüşmesine devam edilen teklif sahiplerinin katılımı ile açık eksiltme suretiyle sonuçlandırılabileceği ifade edilmiş; özelleştirme ihalesi sonucunda varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak bedel alınmaksızın EÜAŞ ve ihale üzerinde kalan teklif sahibi arasında imzalanacak devir sözleşmesi ile eş zamanlı şekilde, kurulacak elektrik üretim tesisinde üretilecek elektrik enerjisinin satışına ilişkin olarak ihale üzerinde kalan teklif sahibi veya bağlı ortaklık ile TETAŞ veya EÜAŞ arasında ihale sonucu belirlenen elektrik enerjisi satış fiyatı üzerinden elektrik satış anlaşması imzalanacağı belirtilmiştir.

166. 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasında EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları ile yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesine ilişkin kurallar düzenlenmiştir.

167. Bu düzenlemeye göre EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca, gerçekleştirilecek özelleştirme işlemlerinde 4046 sayılı Kanun'un 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine aykırı olmayan hükümleri ile birlikte (5) numaralı fıkra uygulanacaktır. Fıkra kapsamında yapılacak özelleştirme ihalesine yönelik olarak varlıkların veya hisselerin değer tespiti yapılmayacak; özelleştirme ihalesi, elektrik satış anlaşması için geçerli olacak elektrik enerjisi satış fiyatının belirlenmesi amacıyla 4046 sayılı Kanun'da belirtilen pazarlık usulü uygulanmak suretiyle gerçekleştirilecektir. Pazarlık usulü Bakanlık tarafından belirlenen eksiltmeye esas elektrik enerjisi başlangıç satış fiyatından eksiltme yapılmak suretiyle uygulanacak özelleştirme ihalesi sonucunda varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak bedel alınmaksızın EÜAŞ ve ihale üzerinde kalan teklif sahibi arasında devir sözleşmesi imzalanacak, aynı zamanda kurulacak elektrik üretim tesisinde üretilecek elektrik enerjisinin satışına ilişkin olarak ihale üzerinde kalan teklif sahibi veya bağlı ortaklık ile TETAŞ veya EÜAŞ arasında ihale sonucu belirlenen elektrik enerjisi satış fiyatı üzerinden elektrik satış anlaşması imzalanacaktır.

168. Anayasa'nın 47. maddesinde *"…/Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir./Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir."* denilmiştir.

169. 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesinde 4046 sayılı Kanun'un bu maddeye aykırı olmayan hükümleri ile birlikte bu fıkra hükümlerinin uygulanacağı belirtilmek suretiyle 4046 sayılı Kanun'a atıfta bulunulmuştur.

170. 4046 sayılı Kanun'un 18. maddesinde özelleştirme yöntemleri; satış, kiralama, işletme hakkının verilmesi, mülkiyetin gayrı ayni hakların tesisi ve gelir ortaklığı modeli ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar olarak belirlenmiş ve özelleştirme programına alınan kuruluşların bu yöntemlerden birinin veya birkaçının birlikte uygulanması suretiyle özelleştirileceği ifade edilmiş; 3. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendinde ise kuruluşların; satış, kiralama, işletme hakkı devri, mülkiyetin gayri ayni hakların tesisi ve işin gereğine uygun sair hukuki tasarruflar ile devredilmelerine ilişkin özelleştirme yöntemlerinden hangisi ile özelleştirileceğini belirlemek Özelleştirme Yüksek Kurulunun görevleri arasında belirtilmiş; 2. maddesinde ise tabii kaynakların, belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle özelleştirileceği, özelleştirme uygulamalarında esas alınacak ilkeler arasında öngörülmüştür. Dolayısıyla EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesinde işletme hakkının verilmesi yöntemiyle özelleştirmenin gerçekleştirileceği anlaşılmaktadır.

171. Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasında EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesinde varlıkların ve hisselerin değer tespitinin yapılmaması ve varlıkların ve hisselerin devrine yönelik bedel alınmaması öngörülürken düzenlemede aynı zamanda özelleştirilen sahalarda kurulacak elektrik üretim tesisinde üretilecek elektrik enerjisinin satış anlaşmasına ilişkin hükümlere de yer verilmektedir. Bu hükümlere göre elektrik satış anlaşması için geçerli olacak elektrik enerjisi satış fiyatının belirlenmesi amacıyla 4046 sayılı Kanun'da belirtilen pazarlık usulüyle Bakanlık tarafından belirlenen başlangıç satış fiyatından eksiltme yapılmak suretiyle ihale sonuçlandırılacak; ihale üzerinde kalan teklif sahibi ile TETAŞ veya EÜAŞ arasında ihale sonucunda belirlenen elektrik satış fiyatı üzerinden elektrik satış sözleşmesi, devir sözleşmesi ile eş zamanlı olarak imzalanacaktır.

172. Bu bağlamda 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasında EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin özelleştirme amacı, yöntemi, özeleştirme ihalesinin nasıl gerçekleştirileceği belirtildiğinden kuralların belirsizliğinden ve öngörülemezliğinden söz edilemez.

173. Kamu varlıklarının özelleştirilmesinde Anayasa'nın öngördüğü zorunlu bir yöntem olmadığından kanun koyucunun bazı mal ve hizmetler yönünden farklı usuller benimsemesinde anayasal açıdan bir engel bulunmamaktadır. Ancak kanun koyucu takdir yetkisini kullanırken hukuk devletinin bir gereği olan kamu yararını gözetmelidir.

174. 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasında belirtilen özelleştirme yönteminde EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesinin talep edilmesi hâlinde varlıkların veya hisselerin değer tespiti yapılmamakla birlikte pazarlık usulü uygulanmak suretiyle en düşük elektrik satış fiyatı üzerinden elektrik satış anlaşması imzalanmaktadır. Bu özelleştirme yönteminde kamu varlıklarının işletme hakkı bedelsiz devredilmekle birlikte özelleştirme bedeli, en düşük elektrik satış fiyatı üzerinden sağlanmaktadır. Bunun yanında yatırım maliyetine katlanılmadan elektrik üretim santrali yaptırılmakta, böylece atıl durumda bulunan kömür kaynaklarının ekonomiye kazandırılması hedeflenmektedir. Bu itibarla kamu yararı amacı dışında bir amaç gözetildiği saptanamayan ve kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalan kurallarda, hukuk devleti ilkesine aykırı bir husus bulunmamaktadır.

175. Kurallar kapsamında bulunan EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesinde 4046 sayılı Kanun'un 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine aykırı olmayan hükümleri ile birlikte bu maddenin (5) numaralı fıkrasında belirtilen hükümlerin uygulanmasının öngörülmesi, kanun koyucunun bu konudaki takdirini ve tercihini yansıtmakta; bu yönüyle kurallarda, özelleştirmeye ilişkin usul ve esasların kanunla gösterilmesini öngören Anayasa'nın 47. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

176. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. ve 47. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

177. Kuralların Anayasa'nın 7., 11. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

I. Kanun'un 24. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'un 27. Maddesine Eklenen (7) Numaralı Fıkranın İkinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

178. Dava dilekçesinde özetle; kuralla 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca yapılacak olan özelleştirme ihalesi sonucunda belirli fiyat, miktar ve üzerinden imzalanacak olan sözleşme kapsamında verilecek olan alım garantisine ilişkin şartları tamamen değiştirme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

179. Dava konusu kuralın bulunduğu Kanun'un 27. maddesinin (7) numaralı fıkrasında TETAŞ'ın üçüncü, beşinci ve altıncı fıkralarda belirtilen elektrik enerjisi miktarını, mevcut sözleşmeler kapsamında karşılayamaması durumunda yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerini işleten şirketlerden temin edeceği, söz konusu teminle ilgili miktar, süre ve fiyat belirleme dâhil diğer usul ve esasların Bakanlar Kurulu tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

180. 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesinde TETAŞ'ın hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Maddenin (3) numaralı fıkrasında TETAŞ'ın görevli tedarik şirketlerine tarifesi düzenlemeye tabi olan tüketiciler için toptan satış tarifesinden elektrik enerjisi satacağı, (5) numaralı fıkrasında Kurul tarafından son kaynak tedarikçisi olarak yetkilendirilen tedarikçilerin, son kaynak tedarikçisi kapsamındaki müşteriler için temin ettiği elektrik enerjisinin Kurul tarafından her yıl belirlenecek oranı kadarını TETAŞ'tan temin etmekle yükümlü olduğu, (6) numaralı fıkrasında dağıtım şirketlerinin genel aydınlatma ile teknik ve teknik olmayan kayıplarından dolayı enerji ihtiyaçlarını TETAŞ'tan temin edecekleri belirtilmiştir.

181. TETAŞ, 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesinde belirtilen hak ve yükümlülükleri kapsamında görevli tedarik şirketleri ve dağıtım şirketlerine temin etmekle yükümlü olduğu elektrik enerjisini, EÜAŞ ve bağlı ortaklıklarının bünyelerinde bulunan elektrik üretim santralleri, yap-

işlet, yap-işlet-devret ve işletme hakkı devredilen santrallerden mevcut sözleşmelerle karşılamaktadır.

182. 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (7) numaralı fıkrasıyla elektrik arz güvenliğinin sağlanması için TETAŞ'ın görevli tedarik şirketleri ve dağıtım şirketlerine temin etmekle yükümlü olduğu elektrik enerjisini mevcut sözleşmeleri kapsamında karşılayamaması durumunda mevcut faaliyette bulunan yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerini işleten şirketlerden temin edebilmesine olanak tanınmakta; dava konusu kuralla da yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerinden temin edilecek enerji miktarı, temin süresi ve fiyat belirleme dâhil diğer usul ve esasları belirleme yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmektedir.

183. 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasında ise EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesine ilişkin yöntem düzenlenmektedir. Buna göre Bakanlık tarafından EÜAŞ ile bağlı ortaklıklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin yenilenebilir enerji kaynakları veya yerli kömüre dayalı elektrik üretim tesisi kurulması amacıyla özelleştirilmesinin talep edilmesi hâlinde varlıkların veya hisselerin değer tespiti yapılmaksızın, bedelsiz olarak işletme hakkı devredilmekte ancak bunun karşılığında özel sektör tarafından ileride kurulacak olan elektrik üretim santrallerinden en düşük satış fiyatı üzerinden elektrik enerjisi temin edilmesi amacıyla pazarlık usulüyle ihale gerçekleştirilmekte; ihale sonucunda en düşük elektrik satış fiyatı üzerinden elektrik satış anlaşması imzalanmaktadır.

184. Bu bağlamda dava konusu kuralla 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesinin (5) numaralı fıkrası kapsamında gerçekleştirilecek özelleştirme ihalesi sonucunda imzalanacak elektrik satış sözleşmesine ilişkin şartları değiştirme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesi söz konusu değildir.

185. Diğer taraftan Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunda genel ifadelerle düzenleme yapılarak ayrıntının yürütmeye bırakılması mümkündür. TETAŞ'ın elektrik enerjisi ihtiyacını mevcut sözleşmeler kapsamında karşılayamaması durumunda yerli

kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerinden temin etme konusu, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gereken hususlar arasında bulunmadığından kanun koyucu yasal çerçeveyi belirlerken daha geniş takdir yetkisine sahiptir.

186. 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (7) numaralı fıkrasında TETAŞ'ın yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerini işleten şirketlerden hangi yükümlülükleri kapsamında ve hangi şartlarda elektrik enerjisini temin edeceği hususları herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir şekilde düzenlenerek konuya ilişkin temel kurallar kanunla belirlenmiştir. Bu itibarla kanunla temel ilkeleri belirlenmiş ve çerçevesi çizilmiş konuda dava konusu kuralla TETAŞ'ın yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerinden temin edeceği enerji miktarı, temin süresi ve fiyat belirleme dâhil diğer usul ve esasları belirleme yetkisinin yürütmeye verilmesi yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

187. Öte yandan TETAŞ'ın yerli kömür yakıtlı elektrik üretim santrallerini işleten şirketlerden temin edeceği elektrik enerjisinin miktarı, temin süresi ve fiyatı gibi unsurlar sık sık değişebilen, dönemsel, teknik ve uzmanlık gerektiren işlerdendir. Bu bağlamda kuralda temel ilkeler ve sınırlar gösterildikten sonra ayrıntı ve uzmanlık gerektiren hususları düzenleme yetkisinin yürütmeye verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

188. Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

189. Kuralın Anayasa'nın 2. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

İ. Kanun'un 25. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 6446 Sayılı Kanun'un Yeniden Düzenlenen Geçici 8. Maddesinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

190. Dava dilekçesinde özetle; kuralla EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerine ve kamu üretim şirketlerine ait üretim tesislerine, bunlardan bu maddede yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce özelleştirilmiş olanlara, yürürlük tarihinden sonra

özelleştirilecek olanlar için de geçerli olmak üzere çevre mevzuatına uyum sağlamaya yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla 31.12.2019 tarihine kadar süre tanındığı, bu süre zarfında anılan kamu üretim şirketlerinin elektrik faaliyetinin durdurulamayacağı ve bu şirketlere idari para cezasının uygulanmayacağının öngörüldüğü, Anayasa Mahkemesinin 22.5.2014 tarihli ve E.2013/65 K.2014/93 sayılı kararıyla 6446 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesinin sadece kuralda belirtilen sürenin ölçülü olmadığı gerekçesiyle değil aynı zamanda belirtilen süre zarfında elektrik üretim faaliyetlerinin çevreye uygunluğunun idare tarafından denetimini olanaksız kıldığı ve elektrik üretim faaliyetleri açısından denetimsiz bir alan oluşturduğu, bunun da devletin bu konudaki gözetim ve denetim görevini yerine getirmesine engel teşkil ettiği gerekçeleriyle iptal edildiği, bu iptal kararının bağlayıcı olmasına rağmen kanun koyucunun sadece süreyi yeniden düzenlediği, elektrik üretim faaliyetlerinin denetim eksikliğini gidermediği, yeniden düzenlenen sürenin de ölçülü olmadığı gibi sürdürülebilir çevre ilkesiyle de uyumlu olmadığı, düzenlemenin kamu yararını sağlamaya yönelik olmadığı, adalet ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 56. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

191. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

192. Kanun'un dava konusu geçici 8. maddesinde; EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerine ve kamu üretim şirketlerine ait üretim tesislerine, bunlardan maddede yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce özelleştirilmiş olanlarla yürürlük tarihinden sonra özelleştirilecek olanlar için de geçerli olmak üzere çevre mevzuatına uyumuna yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla 31/12/2019 tarihine kadar süre tanınacağı, bu süre zarfında ve önceki dönemlere ilişkin olarak bu gerekçeyle EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarında ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerinde ve kamu üretim şirketlerine ait üretim tesislerinde

bunlardan maddede yapılan değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce özelleştirilmiş olanlarla yürürlük tarihinden sonra özelleştirilecek olanlar için de geçerli olmak üzere elektrik üretim faaliyetinin durdurulamayacağı ve idari para cezasının uygulanmayacağı, çevre mevzuatına uyuma yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanmasına ilişkin usul ve esasların maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Bakanlık tarafından çıkarılan yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

193. 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.*"

194. 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'da yer alan konuya ilişkin diğer kuralların da hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

195. Anayasa Mahkemesinin 22.5.2014 tarihli ve E.2013/65 K.2014/93 sayılı kararıyla 6446 sayılı Kanun'un geçici 8. maddesinin EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerine, çevre mevzuatına uyumuna yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla 31.12.2018 tarihine kadar süre tanınmasının, bu sürenin üç yıla kadar uzatılması konusunda Bakanlar Kuruluna yetki verilmesinin ve ayrıca anılan kamu üretim şirketlerinin elektrik üretim faaliyetinin durdurulamayacağı ve idari para cezası uygulanmayacağı hususunun kurala bağlanmasının belirtilen süre zarfında elektrik üretim faaliyetlerinin çevreye uygunluğunun idare tarafından denetimini olanaksız kıldığı, elektrik üretim faaliyetleri açısından denetimsiz bir alan oluşturduğu, bunun da devletin bu konudaki

gözetim ve denetim görevini yerine getirmesine engel olduğu, EÜAŞ'a bağlı santraller ile özelleştirilen santrallerin 2018 yılının sonuna kadar çevre mevzuatı hükümlerine tâbi olmaktan çıkarılmasının ve bu durumun üç yıl daha uzatılabilmesi ihtimali karşısında tanınan sürenin ölçülü olmadığı gerekçeleriyle iptaline karar verilmiştir.

196. 6446 sayılı Kanun'un iptal edilen geçici 8. maddesinde; EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerine, çevre mevzuatına uyumuna yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla öngörülen sürenin Bakanlar Kurulu tarafından 3 yıl daha uzatıldığında 8 yıl 9 ay 1 gün olduğu, 6446 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen geçici 8. maddesinde öngörülen sürenin ise 3 yıl 6 ay 14 gün olduğu ve bu sürenin Bakanlar Kurulu tarafından uzatılmasının ise mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

197. EÜAŞ devletin genel enerji ve ekonomi politikasına uygun olarak kamu adına elektrik üretim ve satış faaliyetlerinde bulunmak amacıyla kurulmuş bir iktisadi devlet teşekkülü olup ülkemizde ihtiyaç duyulan elektriğin üretilmesinde EÜAŞ'ın önemli rolü bulunmaktadır.

198. Kuralla EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerine ve bu şirketlere ait üretim tesislerine, çevre mevzuatına uyumuna yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla 31.12.2019 tarihine kadar süre tanınmakta olup bu süre zarfında elektrik üretim faaliyetinin kesintisiz devam etmesi suretiyle elektrik arz güvenliğinin sağlanması amaçlandığından düzenlemenin kamu yararı amacıyla ihdas edildiği ve kanun koyucunun takdir yetkisinde kaldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak ve kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla düzenlediği kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

199. Öte yandan kuralla EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerine ve bu şirketlere ait üretim tesislerine, çevre mevzuatına uyumuna yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi

ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla 31.12.2019 tarihine kadar süre tanınması, bu süre zarfında çevre mevzuatına aykırılık bulunduğu gerekçesiyle belirtilen işletmelerin üretim faaliyetinin durdurulamayacağının ve idari para cezası verilemeyeceğinin öngörülmesi nedeniyle çevre kirliliğinin ve tahribatının önlenmesi bakımından gereken tedbirlerin alınması engellendiğinden kuralın sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına müdahale niteliği taşıdığı görülmektedir. Ancak bu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması gerekir.

200. Ülkemizde faaliyette bulunan EÜAŞ ve bağlı ortaklıklarına ait olan termik santrallerin üretime başladığı tarihler göz önünde bulundurulduğunda kurulduğu dönemin teknolojisiyle dizayn edilen bu tesislerin geçerli emisyon değerlerini sağlamasında güçlükler bulunmaktadır.

201. EÜAŞ ve bağlı ortaklıklarına ait olan termik santrallerinin çevre mevzuatıyla uyumlu biçimde üretim faaliyetlerine devam edebilmesi için çevre mevzuatına uyumlarına yönelik yatırımların yapılması ve çevre izinlerinin alınması zorunlu olup bu çevresel yatırımların yapılması ve çevre izinlerinin alınması belirli bir süreyi gerektirmektedir.

202. Devlet; tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini temin etmek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu tedbirlerden birisi de elektrik arz güvenliğinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda EÜAŞ ve bağlı ortaklıklarına ait olan termik santrallerinin çevre mevzuatına uyumlu hâle getirilmeleri ve çevre izinlerinin alınması için süre tanımadan bu üretim tesislerin faaliyetlerinin durdurulması bölgesel ve ulusal düzeyde enerji dengesini etkileyebilecek, elektrik enerjisinin arz güvenliğinin sağlanabilmesini tehlikeye sokabilecektir.

203. Dolayısıyla kuralla EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulacak kamu üretim şirketlerine ve bu şirketlere ait üretim tesislerine, çevre mevzuatına uyumuna yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla süre tanınması kamu yararını gerçekleştirme amacına yönelik olup bu amacı gerçekleştirmeye elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez.

204. Kanun koyucu tarafından dava konusu kuralla EÜAŞ veya bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimleri ile varlıklarına ve 4046 sayılı Kanun kapsamında oluşturulan kamu üretim şirketlerine ve bu şirketlere ait üretim tesislerine, çevre mevzuatına uyumuna yönelik yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre mevzuatı açısından gerekli izinlerin tamamlanması amacıyla 31.12.2019 tarihine kadar tanınan süre kesin olup bu sürenin çevresel yatırımların gerçekleştirilmesi ve çevre izinlerinin alınmasının gerektirdiği zaman göz önünde bulundurularak geçici bir tedbir olarak öngörüldüğü anlaşıldığından ulaşılmak istenen amaçla orantılıdır. Bu itibarla dava konusu kuralla öngörülen müdahalenin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

205. Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın bu kuralı Mahkemenin somut olarak Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği hükümlerin bağlayıcılığıyla sınırlı olup bu bağlayıcılık kanun koyucunun iptal edilen konuyla ilgili olarak ileriye yönelik yeniden bir düzenleme yapamayacağı ve eğer yaparsa yeni düzenlemenin sırf bu nedenle Anayasa'ya aykırı hâle geleceği anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle kuralın Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilemez.

206. Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 2., 5., 13., 56. ve 153. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

J. Kanun'un 21. Maddesiyle Değiştirilen 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

207. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine 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. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin

Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

208. Başvuran Mahkeme (E.2016/137), Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptalini talep etmiştir.

209. 6446 sayılı Kanun'un itiraz konusu 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasında Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında düzenlenen ve bir sonraki dönem uygulanması önerilen tarifelerin ilgili tüzel kişi tarafından Kurulca belirlenen usul ve esaslara göre tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içerecek şekilde hazırlanarak onaylanmak üzere Kurula sunulacağı, Kurulun mevzuat çerçevesinde uygun bulmadığı tarife tekliflerinin revize edilmesini isteyeceği, gerekmesi hâlinde resen revize ederek onaylayacağı, ilgili tüzel kişilerin Kurul tarafından onaylanan tarifeleri uygulamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

210. Bakılmakta olan dava elektrik faturası kapsamında tahsil edilen kayıp-kaçak, dağıtım, sayaç okuma, enerji fonu, iletim, dağıtım, BTV, TRT payı, perakende satış hizmet bedeli ve bu bedellere yansıtılan KDV tutarının tazmini talebine ilişkindir.

211. İtiraz konusu kural Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasında ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan tüm tarifelerin hazırlanması ve onaylanması ile ilgili genel hüküm niteliğinde olup davada uygulanma durumu bulunmayan bağlantı tarifesi, perakende satış tarifesi, piyasa işletim tarifesi gibi tarifelerin de hazırlanmasına ilişkin genel çerçeve çizmektedir. Bunun yanında itiraz konusu kuralda davanın konusunu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tarifelerde yer alacağı ve tüketicilerden tahsil edileceğine ilişkin hüküm de bulunmamaktadır. Bu bağlamda itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

212. Açıklanan nedenlerle kurala yönelik başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine karar vermek gerekir.

K. Kanun'un 21. Maddesiyle Değiştirilen 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının;

1. Birinci Cümlesinin İncelenmesi

213. Konya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2016/137) ve Bolu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2017/9) Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptalini talep etmiştir.

214. İtiraz konusu kuralın yer aldığı Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasında onaylanan tarifeler içinde söz konusu tüzel kişinin tarife konusu faaliyetine ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedelleri dışında piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsur yer alamayacağı ve iletim ek ücretinin ise bu hükmün istisnasını oluşturduğu belirtilmiştir.

215. 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile tarifelerin kapsamının belirlenmesi ile ilgili olarak tarife konusu faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerinin tarifelerde yer alabileceği piyasa faaliyetleriyle ilgili olmayan unsurların ise tarifelerde yer alamayacağı ilkesi düzenlenmekte olup kural davaların konusunu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tarifelerde yer alacağı ve tüketicilerden tahsil edilebileceğine ilişkin hüküm içermemektedir. Bu bağlamda itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davalarda uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

216. Açıklanan nedenlerle Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesine yönelik başvuruların Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle reddine karar vermek gerekir.

2. İkinci Cümlesinin İncelenmesi

a. İtirazların Gerekçeleri

217. Başvuru kararlarında özetle; elektrik enerjisinin üretilip dağıtılması kamu hizmeti sayılmakla birlikte bedeli mukabilinde dağıtılan elektrik enerjisi satış fiyatı üzerine elektrik enerjisini satın alan tüketiciye

ait olmayan maddi külfetlerin eklendiği, tüketicilerin *"hizmetsiz bedel olmaz"* ilkesi gereği almadığı bir hizmetin bedelini ödemek zorunda kaldığı, kuralla tüketiciden dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, kayıp-kaçak, iletim vs. bedellerin tahsil edilmesi yönünde yasal zemin oluşturulduğu, dürüst tüketicinin katlanmaması gereken ve yürütülen hizmetin doğası gereği hizmetin yürütülmesi sırasında tüm tedbirlere rağmen işletmeci konumundaki dağıtım şirketi tarafından işletme riski kabul edilerek katlanılması gereken kayıp-kaçak bedelinin Kurul tarafından onaylanan elektrik satış tarifesi içinde hizmetin maliyetini etkileyen bir bileşen olarak değerlendirilerek dürüst tüketici aleyhine ek mali yük oluşturulduğu, dağıtım şirketleri lehine getirilen bu düzenlemenin hukuk devletinin ayrılmaz ve vazgeçilmez bir parçası olan hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

b. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

218. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 73. maddesi yönünden de incelenmiştir.

219. 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde onaylanan tarifeler içinde söz konusu tüzel kişinin tarife konusu faaliyetine ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedelleri dışında piyasa faaliyetleri ile doğrudan ilişkili olmayan hiçbir unsurun yer alamayacağı ifade edilmiş, itiraz konusu kuralla da iletim ek ücretinin bu hükmün istisnasını oluşturduğu belirtilmiştir.

220. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

221. Anayasa'nın 73. maddesinde, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi, resim, harç ve benzeri

mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülerek Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi, vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir.

222. Verginin kanuniliği ilkesi gereği, kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir vergi, resim, harç veya benzeri bir mali yükümlülük alınmasına izin vermesi bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli değildir. Getirilen mali yükümlülüğün miktar ve oranının da kanunda gösterilmesi gerekir. Ancak vergi, resim, harç veya benzeri mali yükümlülüklerle ilgili düzenleme yapılırken bu yükümlülüklere ilişkin tüm unsurların aynı kanun, madde veya fıkrada düzenlenmesi zorunlu değildir. Bu çerçevede konuya ilişkin kanunla belirlenmesi zorunlu olan unsurlar aynı kanunun farklı hükümlerinde düzenlenebileceği gibi farklı kanunlarda da düzenlenebilir.

223. 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde; Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ) tarafından hazırlanan iletim tarifesinin üretilen, ithal veya ihraç edilen elektrik enerjisinin iletim sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm kullanıcılara eşit taraflar arasında ayrım gözetmeksizin uygulanacak fiyatları, hükümleri ve şartları içerdiği, TEİAŞ'ın yapacağı şebeke yatırımları ve iletim ek ücretlerinin iletim tarifesinde yer aldığı belirtilmiştir.

224. 4628 sayılı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin yedinci fıkrasının (h) bendinde iletim ek ücreti oranını belirlemek ve iletim ek ücreti tutarının TEİAŞ tarafından tahsili ve Kuruma ödenmesine ilişkin düzenlemeleri yapmak Kurulun yetkileri arasında belirtilmiş; 10. maddesinin (A) fıkrasının (e) bendinde de iletim tarifesinin en fazla yüzde biri oranındaki iletim ek ücretlerinin Kurumun elektrik piyasası ile ilgili gelir kalemleri arasında olduğu ifade edilmiştir.

225. İletim ek ücreti, iletim faaliyetinin yürütülmesi kapsamında bir maliyet, hizmet bedeli olmadığı hâlde iletim sistemini kullanan üreticilerden ve tüketicilerden tahsil edilmekte; TEİAŞ tarafından EPDK'ya aktarılmaktadır.

226. İtiraz konusu kuralda düzenlenen iletim ek ücretinin iletim faaliyetiyle ilgili bir maliyet ve hizmet bedeli olmadığı hâlde iletim tarifesinde yer alması, EPDK'nın gelir kaynaklarından birisi olması, EPDK tarafından sunulan bir hizmetin karşılığında alınmaması hususları dikkate alındığında harç ve ücret olmadığı anlaşılmaktadır.

227. İletim ek ücretinin iletim tarifesi üzerinden EPDK tarafından kamu otoritesi kullanılarak yıllık belirlenen iletim ek ücreti oranına göre alınması, iletim ek ücretinin alınıp alınmaması noktasında kullanıcıların bir iradesinin olmaması, elektrik enerjisinin iletim faaliyeti ile ilgili maliyet ve hizmet bedeli olmaması nedeniyle karşılığının bulunmaması hususları göz önünde bulundurulduğunda iletim ek ücreti vergiye benzemektedir. Ancak iletim ek ücretinin belirli bir kamu hizmeti olan elektrik hizmeti ile ilgili olarak iletim tarifesi kapsamında iletim sistemini kullanan üreticilerden ve tüketicilerden alınması hususu dikkate alındığında iletim ek ücretinin vergi olmadığı anlaşılmaktadır.

228. Dolayısıyla iletim ek ücreti, kamu gücüne dayalı olarak, tek taraflı bir iradeyle belirlendiğinden *"vergi, resim, harç benzeri mali yükümlülük"* kavramı içinde değerlendirilebilecek bir kamu geliri niteliği taşımaktadır.

229. Vergilendirme, devletin egemenlik hakkından kaynaklanan en önemli yetkilerinden biridir. Devlet, Anayasa'da öngörülen vergilendirme ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla uygun gördüğü kaynaklar için vergi koyabilir.

230. Bu bağlamda elektrik piyasasının düzenleyici ve denetleyici kuruluşu olan EPDK'nın gelir kaynaklarından olan ve mali yükümlülük içeren iletim ek ücretinin elektrik enerjisinin iletim sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm kullanıcılara iletim tarifesi kapsamında yansıtılmasına olanak sağlayan kural, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kanunla düzenlendiğinden *"verginin yasallığı"* ilkesine aykırı olmadığı gibi devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 5. maddesine de aykırı değildir.

231. Her ne kadar söz konusu mali yükümlülüğün düzenlendiği fıkrada, mali yükümlülüğün miktar ve oranı belirtilmemişse de mali yükümlülüğe ilişkin unsurların 4628 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (A) fıkrasının (e) bendinin konusunu oluşturduğu anlaşılmaktadır.

232. Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayrım veya ayrıcalık yaratması gerekir. İtiraz konusu kural uyarınca öngörülen iletim ek ücreti, iletim tarifesi kapsamında elektrik enerjisinin naklinden yararlanan tüm kullanıcılara uygulandığından kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

233. Diğer taraftan kuralda tüketicilerden dağıtım, sayaç okuma, iletim ve kayıp-kaçak bedeli alınacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından dağıtım, iletim sayaç okuma ve kayıp-kaçak bedeli alınmasına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddialarının bu kural kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

234. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

L. Kanun'un 21. Maddesiyle Değiştirilen 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

235. Başvuran Mahkeme (E.2016/137) Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptalini talep etmiştir.

236. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, ilgili faaliyete ilişkin tüm maliyet ve hizmet bedellerini içeren Kurul onaylı tarifelerinin hüküm ve şartlarının bu tarifelere tabi olan gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı belirtilmektedir. Bu düzenleme Kurul tarafından onaylanan tüm tarifelerin bağlayıcı olduğuna ilişkin genel hüküm niteliğinde olup düzenlemede bakılmakta olan davanın konusunu oluşturan kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tarifede yer alacağına ve tüketicilerden tahsil edileceğine ilişkin hüküm bulunmadığından kuralın davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

237. Kanun'un 17. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde, bir gerçek ve tüzel kişinin tabi olduğu tarifede öngörülen ödemelerden herhangi birini yapmaması hâlinde söz konusu hizmetin durdurulabilmesini de içeren usul ve esasların EPDK tarafından çıkarılan yönetmelikle

düzenleneceği belirtilmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık elektrik faturası kapsamında kayıp-kaçak ve diğer bedellerin tahsil edilip edilemeyeceği noktasında toplanmakta olup taraflar arasında tarifelerde öngörülen bedelin ödenmemesi durumunda elektrik hizmetinin durdurulup durdurulamayacağı veya bu hususun yönetmelikle düzenlenip düzenlenemeyeceği noktasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu cümle de bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

238. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde Kurul tarafından tüketici özelliklerine göre abone gruplarının belirlenebileceği ifade edilmiştir. Kurul kararıyla belirlenen abone grupları sanayi, mesken, tarımsal sulama, aydınlatma ve ticarethane abone grupları olup bakılmakta olan davada taraflar arasında abone gruplarının oluşturulmasıyla ilgili bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu cümle de davada uygulanacak kural değildir.

239. Kanun'un 17. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesinde Kurulca düzenlemeye tabi tarifelerin doğrudan nihai tüketiciye veya nihai tüketiciye yansıtılmak üzere ilgili tüketiciye enerji tedarik eden lisans sahibi tüzel kişilere yansıtılacağı belirtilmiş olup kural, davada uygulanma durumu olmayan bağlantı tarifeleri, toptan satış tarifesi, piyasa işletim tarifesi ve perakende satış tarifelerini de kapsadığından genel bir düzenlemedir. Kuralda tüketicilere yansıtılacak tarifelerin içeriği ile ilgili bir düzenleme bulunmadığından bu cümle de bakılmakta olana davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

240. Açıklanan nedenlerle kurala yönelik başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine karar vermek gerekir.

M. Kanun'un 21. Maddesiyle Değiştirilen 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin İncelenmesi

241. Başvuran Mahkeme (E.2016/137) Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) bendinin iptalini talep etmiştir.

242. 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinde; bağlantı tarifelerinin ilgili bağlantı anlaşmasına dâhil edilecek olan

bir dağıtım sistemine bağlantı için eşit taraflar arasında ayrım yapılmaması esasına dayalı fiyatları hükümleri ve şartları içerdiği, şebeke yatırım maliyetlerini kapsamadığı, bağlantı yapan kişinin iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflar ile sınırlı olduğu, bağlantı hattının tüketici tarafından tesis edilmesi hâlinde bağlantı hattı işletme ve bakım sorumluluğu karşılığı dağıtım şirketine devredileceği ve bu tüketicilerden bağlantı bedeli alınmayacağı belirtilmiştir.

243. Bağlantı tarifeleri kapsamında bulunan bağlantı bedeli, dağıtım sistemine bağlantı yapan kişinin iç tesisatının dağıtım şebekesine bağlanması için inşa edilen bağlantı hattı kapsamında katlanılan masraflarla sınırlı bir bedel olup tüketicilerden tek seferde alınmaktadır. Bağlantı bedeli, tüketicilerden elektrik faturası kapsamında düzenli olarak her ay tahsil edilen bir bedel değildir. Bakılmakta olan davada, davacı tarafından bağlantı bedelinin tazmini talep edilmediğinden itiraz konusu bent davada uygulanacak kural değildir.

244. Açıklanan nedenlerle kurala yönelik başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine karar vermek gerekir.

N. Kanun'un 21. Maddesiyle Değiştirilen 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının (d) Bendinin İncelenmesi

245. Başvuran Mahkeme (E.2016/137) Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (d) bendinin iptalini talep etmiştir.

246. 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin altıncı fıkrasının (d) bendinde perakende satış tarifeleri düzenlenmiş olup bu tarife serbest tüketici niteliğini haiz olmayan tüketicileri kapsamaktadır. Serbest tüketici, Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (cc) bendinde tanımlanmış olup Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişilerdir. Serbest olmayan tüketici ise elektrik enerjisi veya kapasite alımlarını sadece bölgesinde bulunduğu perakende

satış lisansı sahibi dağıtım şirketi veya perakende satış şirketlerinden yapabilen gerçek veya tüzel kişilerdir. Bakılmakta olan davada davacıların üç adet tarımsal sulama aboneliği olup Kurul tarafından yıllık belirlenen serbest tüketici limitinden daha fazla tüketime sahip olduklarından serbest tüketici konumundadırlar. İtiraz konusu kural serbest tüketici niteliğine sahip olmayan tüketicilere uygulanan perakende satış tarifesini düzenlediğinden kuralın bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

247. Açıklanan nedenlerle kurala yönelik başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine karar vermek gerekir.

O. Kanun'un 21. Maddesiyle Değiştirilen 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının (ç) Bendinin İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçeleri

248. Dava dilekçesinde ve başvuru kararlarında özetle; kuralla dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim bedelleri ile tüketicinin sorumluluğunda olmaması gereken kayıp-kaçak bedelinin tahsil edilmesi yönünde yasal zemin oluşturulduğu, kanun koyucunun dağıtım şirketlerinin mali yükümlülüklerini ortadan kaldırmak amacıyla hareket ettiği, sorumluluğun şahsiliği ilkesi gereğince tüketicilerin yalnızca kendi kullandığı ve tükettiği mal ve hizmetin bedelini ödemekle yükümlü olduğu, elektrik enerjisinin nakli esnasında meydana gelen kayıp ile başka kişiler tarafından hırsızlık suretiyle kullanılan elektrik bedellerinin kurallara uyan tüketicilerden tahsil edilmesinin hukuk devleti ve adalet ölçüleri ile bağdaşmadığı, kayıpları önlemek için gerekli teknik yatırımları yapmak ve kaçağı önlemek için kaçak elektrik kullananları takip etmek, kaçak kullanılan elektriğin bedelini kaçak elektrik kullananlardan hukuk içinde takip ve tahsil etmenin dağıtıcı şirketin sorumluluğunda olduğu, kuralın dağıtıcı şirketin kayıp ve kaçağı önlemek için kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ve kaçak elektrik kullanan kişileri takip ederek gerekli önlemleri almak konusundaki gayretini de azaltacak nitelikte olduğu, belirsiz olan kuralda kamu yararı gözetilmediği gibi düzenlemenin tüketicilere yönelik ekonomik engeller içerdiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 172. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

249. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

250. Kuralda dağıtım şirketleri tarafından hazırlanacak olan dağıtım tarifelerinin elektrik enerjisinin dağıtım sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişilere eşit taraflar arasında ayrım gözetmeksizin uygulanacak hizmetlere ilişkin fiyat, hüküm ve şartları içerdiği, dağıtım tarifelerinin dağıtım sistemi yatırım harcamaları, sistem işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme - bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti, reaktif enerji maliyeti gibi dağıtım faaliyetinin yürütülmesi kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluştuğu, dağıtım şirketlerinin tarifelerine esas alacakları teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranların kayıpları düşürmeyi teşvik edecek şekilde Kurul tarafından belirleneceği, Kurul tarafından belirlenen hedef oranlarını geçmemek kaydıyla teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin maliyetlerin dağıtım tarifelerinde yer alacağı ve tüketicilere yansıtılacağı, teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlarının tespiti ve değiştirilmesi ile oluşacak maliyetin tarifelerde yer alması ve tüketicilere yansıtılmasına ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

251. Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Sosyal devlet sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır.

252. Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme, özel teşebbüsler kurma hürriyetine sahip olduğu ve devletin özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı belirtilmektedir. Anayasa'nın 167. maddesinde de devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı ifade edilerek ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale etmek hususunda görevli kılındığı anlaşılmaktadır.

253. Anayasa'nın 172. maddesinde devletin tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alacağı, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik edeceği belirtilmiştir.

254. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile elektriğin yeterli, kaliteli, sürekli, düşük maliyetli ve çevreyle uyumlu bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması için rekabet ortamında özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösterebilecek, mali açıdan güçlü, istikrarlı ve şeffaf bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması ve bu piyasada bağımsız bir düzenleme ve denetimin yapılması amaçlanmıştır.

255. 6446 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında elektrik piyasasındaki lisansa tabi faaliyetler üretim, iletim, dağıtım, toptan satış, perakende satış, piyasa işletim, ithalat ve ihracat faaliyetleri olarak belirtilmiştir. Bu faaliyetlerden dağıtım faaliyeti elektrik enerjisinin 36 kV ve altındaki hatlar üzerinden nakledilerek tüketicilere ulaştırılması faaliyetidir. Kanun'un 9. maddesi uyarınca dağıtım faaliyeti, lisansı kapsamında dağıtım şirketleri tarafından lisanslarında belirlenen bölgede yürütülmektedir. Dağıtım şirketleri, lisanslarında belirlenen bölgede sayaçların okunması, bakımı ve işletilmesi hizmetlerinin yerine getirilmesinden sorumludur. Dağıtım şirketleri, lisanslarında belirtilen bölgedeki dağıtım sistemini elektrik enerjisi üretimi ve satışında rekabet ortamına uygun şekilde işletmek, bu tesisleri yenilemek, kapasite ikame ve artırım yatırımlarını yapmak, dağıtım sistemine bağlı ve/veya bağlanacak olan tüm dağıtım sistemi kullanıcılarına ilgili mevzuat hükümleri doğrultusunda eşit taraflar arasında ayrım gözetmeksizin hizmet sunmakla yükümlüdür.

256. Diğer taraftan tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma görevi 4628 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fıkrasının (c) bendi gereğince EPDK'ya verilmiş, 4628 sayılı Kanun'un 5. maddesinin yedinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri gereğince de Kurul, toptan satış fiyat tarifesini, iletim tarifesini, dağıtım tarifeleri ile perakende satış tarifelerini incelemek ve onaylamak, iletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış için yapılacak fiyatlandırmaların ana esaslarını tespit etmek ve gerektiğinde ilgili lisans hükümleri doğrultusunda revize etmekle yetkilendirilmiştir.

257. EPDK'nın tarifeler açısından tüketiciler ile tedarikçilerin çıkarlarının dengelenmesi, rekabetin teşvik edilmesi, ekonomik verimliliğin teşvik edilmesi gibi sorumlulukları bulunmaktadır. EPDK, tarife düzenlemelerinde elektriğin düşük maliyetli şekilde kullanıcıya sunulmasının yanında elektrik sektörünün mali açıdan sürdürülebilir olmasını da göz önünde bulundurmaktadır.

258. Dağıtım şirketleri tarafından dağıtım faaliyetleri kapsamında hazırlanan ve Kurul tarafından onaylanan dağıtım tarifeleri, elektrik enerjisinin dağıtım sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişilere eşit taraflar arasında ayrım gözetilmeksizin uygulanacak hizmetlere ilişkin fiyat hüküm ve şartları içermektedir.

259. Dağıtım tarifeleri kapsamında bulunan bedeller ise dağıtım şirketlerinin dağıtım faaliyetlerini yürütebilmesi için gerekli olan maliyetlerden hareketle belirlenmektedir. Bu bağlamda dağıtım sisteminin kullanımına ilişkin bedellerin belirlenmesinde dağıtım faaliyetinin yürütülmesi kapsamında gerekli olan yatırım harcamaları ile yatırım harcamalarına ilişkin makul getiri, sistem işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme-bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti, reaktif enerji maliyeti ve iletim tarifesi kapsamında ödenen tutarlar gibi tüm maliyet ve hizmetler dikkate alınmaktadır.

260. Dağıtım tarifeleri içinde yer alan teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti şeklinde ifade edilen *"kayıp-kaçak elektrik"* dağıtım sistemine giren toplam enerji ile tüketicilere fatura edilen enerji arasındaki farkı oluşturan elektrik enerjisidir. Bu kayıp, elektriğin dağıtımı esnasında meydana gelen teknik sorunlardan meydana gelebileceği gibi elektriğin mevzuata aykırı şekilde kullanılmasından da kaynaklanabilmektedir.

261. Kuralla teknik ve teknik olmayan kayıp bedeli, dağıtım sistemi yatırım harcamaları, sistem işletim maliyeti, kesme-bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti, reaktif enerji maliyeti gibi diğer maliyet unsurları ile birlikte dağıtım tarifeleri kapsamında bir maliyet kalemi olarak kabul edilmekte; dağıtım şirketlerinin tarifelerine esas alacakları teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranların bu kayıpları düşürmeyi teşvik edecek şekilde belirlenmesi hususunda Kurula yetki verilmekte; Kurul

tarafından belirlenecek hedef oranlarını geçmemek kaydıyla teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin maliyetlerin dağıtım tarifelerinde yer alması, tüketicilere yansıtılması, teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranların tespiti ve değiştirilmesi ile oluşacak maliyetin tarifelerde yer alması ve tüketicilere yansıtılmasına ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından düzenlenmesi öngörülmektedir.

262. Kuralın gerekçesinde elektriğin üretim aşamasından nihai tüketiciye ulaştırılmasına kadar oluşan bütün maliyet kalemlerinin tarifeye yansıtılmak zorunda olunduğu, maliyet kalemlerinin elektrik enerjisinin maliyetinin elektrik enerjisinin tüketicilere ulaştırılabilmesi için katlanılan yatırım maliyetleri ve işletme giderlerinden oluştuğu, dağıtım faaliyetinin yürütülmesi aşamasında kaçınılmaz olarak oluşan kayıp-kaçak maliyeti ve diğer maliyet unsurlarının da tarifelerde dikkate alınması ve tüketiciye yansıtılması gerektiği, kayıp-kaçak maliyetlerinin yansıtılmasında şirketler için Kurul tarafından belirlenmiş olan hedef kayıp-kaçak oranlarının dikkate alınacağı, dağıtım şirketlerinin belirlenen hedef kayıp-kaçak oranlarına ulaşabilmek amacıyla planlanan yatırımları yapması ve kaçak kullanım ile etkin bir şekilde mücadele etmesi gerektiği, teknik ve teknik olmayan kayıpların azaltılmasını teşvik etmek amacıyla hedef kayıp-kaçak oranı ile gerçekleşen kayıp-kaçak oranı arasındaki farkın dağıtım şirketinin kazancı veya zararı olduğu belirtilmiştir.

263. Elektriğin üretim aşamasından nihai tüketiciye ulaştırılmasına kadar oluşan teknik ve teknik olmayan kayıp bedeli tüketicilere yansıtılırken Kurul tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranları dikkate alınmaktadır. Kurul, dağıtım bölgelerinde hedef kayıp-kaçak oranlarını belirlerken önceki yıllarda gerçekleşen kayıp-kaçak oranlarını göz önünde bulundurmakta; dağıtım şirketleri de Kurul tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranlarını geçmemek kaydıyla teknik ve teknik olmayan kayıp bedelini tüketicilere yansıtmaktadır. Dağıtım bölgesinde gerçekleşen kayıp-kaçak oranı Kurul tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranından fazla olması durumunda aradaki farka dağıtım şirketi katlanmakta, gerçekleşen kayıp-kaçak oranı Kurul tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranından düşük olması durumunda aradaki fark dağıtım şirketinin kârını oluşturmaktadır. Kurul tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranları, dağıtım şirketlerinin teknik ve teknik olmayan kayıpla mücadele noktasında teşvik unsuru olmaktadır.

Bu bağlamda kuralın dağıtım şirketlerinin kayıp ve kaçağı önlemek için kendi teknik alt ve üst yapısını yenileme ve kaçak elektrik kullanan kişileri takip ederek gerekli önlemleri alma konusundaki gayretini azaltacak nitelikte olduğu söylenemez.

264. 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca elektrik enerjisinin tüketicilere kesintisiz sürekli biçimde sunulması için dağıtım şirketlerinin teknik ve teknik olmayan kayıplardan dolayı elektrik enerjisini TETAŞ'tan satın almak suretiyle temin etmeleri gerekmektedir. Dağıtım şirketlerinin teknik ve teknik olmayan kayıp enerji için TETAŞ'a ödedikleri bu bedel tüketicilerden dağıtım tarifeleri kapsamında tahsil edilmekte ve TETAŞ'a ödenmektedir. Dağıtım şirketleri, Kurul tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranlarını geçmemek kaydıyla teknik ve teknik olmayan kayıp bedelini tüketicilere yansıttıklarından bölgelerinde gerçekleşen kayıp-kaçak oranlarının Kurul tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranlarının üzerinde gerçekleşmesi durumunda Kurul tarafından belirlenen hedefin üzerinde oluşan kayıp-kaçak elektrik enerjisinin bedelini tüketicilere yansıtmaksızın doğrudan TETAŞ'a ödemek durumundadır. Dolayısıyla EPDK'nın belirlediği hedef kayıp-kaçak oranları gözetilerek tahsil edilen kayıp-kaçak bedelinin kamu kaynaklarına geri döndüğü anlaşılmaktadır.

265. Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri gereğince devlet, elektrik enerjisinin kaliteli, sürekli, kesintisiz, düşük maliyetli şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması ve bu sayede istikrarlı bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Kuralın da elektrik enerjisi piyasasının sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlamaya yönelik tedbirler kapsamında ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Kurala ilişkin yasama belgelerinin incelenmesinden ve kuralın objektif anlamından kamu yararı dışında bir amaç güttüğüne dair bir sonuca ulaşılamamaktadır.

266. Bunun yanı sıra dağıtım tarifelerinin kimlere uygulanacağı, hangi bedellerden oluştuğu, dağıtım şirketlerinin tarifelerine esas alacakları teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranların kim tarafından nasıl belirleneceği, açık, net, anlaşılır bir şekilde belirtildiğinden kuralda belirsizlik bulunmamaktadır.

267. Bu itibarla tüketicilere güvenilir, kaliteli ve kesintisiz elektrik enerjisi hizmeti verilebilmesi amacıyla teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti ile diğer maliyet unsurlarının dağıtım tarifeleri içinde bir maliyet kalemi olarak kabul edilmesini, dağıtım şirketlerinin tarifelerine esas alacakları teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranların bu kayıpların düşürülmesini teşvik edecek şekilde Kurul tarafından belirlenmesini, Kurul tarafından belirlenen hedef oranları geçmemek kaydıyla teknik ve teknik olmayan kayıp maliyetlerinin tüketicilere yansıtılmasını öngören ve Kurula bu konulara ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi veren kural, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı gibi devletin millî ekonominin gereklerine uygun şekilde mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesini sağlayıcı tedbirler almasını öngören Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle de uyumludur.

268. Öte yandan elektrik enerjisi hizmetinin tüketicilere kaliteli, güvenilir ve sürekli verilebilmesi amacıyla dağıtım tarifeleri içinde diğer maliyet kalemleriyle birlikte bir maliyet kalemi olarak kabul edilen teknik ve teknik olmayan kayıp bedeli, tüketicilere Kurul tarafından belirlenen hedef oranları geçmemek kaydıyla yansıtılmakta olup Kurul tarafından belirlenen hedef kayıp-kaçak oranlarının dağıtım şirketlerinin teknik ve teknik olmayan kayıp ile mücadele etmelerini sağlama fonksiyonu bulunduğundan bu bağlamda kural, devletin tüketicileri koruyucu tedbirler almasını öngören Anayasa'nın 172. maddesiyle de uyumludur.

269. Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen "*eşitlik ilkesi*" ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu bağlamda eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayrım veya ayrıcalık yaratması gerekir. Dava konusu kuralla dağıtım tarifeleri içerisinde öngörülen maliyet ve hizmet bedelleri, elektrik enerjisinin dağıtım sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişilere uygulanması öngörüldüğünden kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

270. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 10., 48., 167. ve 172. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

271. Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

Ö. Kanun'un 21. Maddesiyle Değiştirilen 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının (f) Bendinin İncelenmesi

1. İtirazların Gerekçeleri

272. Başvuru kararlarında özetle; elektrik enerjisinin üretilip dağıtılması kamu hizmeti sayılmakla birlikte bedeli mukabilinde dağıtılan elektrik enerjisi satış fiyatı üzerine elektrik enerjisini satın alan tüketiciye ait olmayan maddi külfetlerin eklendiği, kuralla tüketiciden dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve tüketicinin sorumluluğunda olmaması gereken kayıp-kaçak bedelinin tahsil edilmesi yönünde düzenleme getirildiği, kaçak elektrik kullanımının önlenmesinin dağıtım şirketlerinin sorumluluğunda olduğu, elektrik enerjisi bedellerinin tahsil etme oranının her bölgede ve her yerde aynı olmadığı ve kayıp-kaçak bedelinin elektrik enerjisi bedeli ödeyen tüketiciye yüklenmesinin kaçınılmaz olduğu gerekçelerinin kabul edilemeyeceği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

273. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

274. Kuralda son kaynak tedarik tarifesinin serbest tüketici niteliğini haiz olduğu hâlde elektrik enerjisini, son kaynak tedarikçisi olarak yetkilendirilen tedarik lisansı sahibi şirket dışında bir tedarikçiden temin etmeyen tüketicilerin rekabetçi piyasaya geçmesini teşvik edecek ve son kaynak tedarikçisinin makul kâr etmesine imkân verecek düzeyde, yürürlükteki perakende satış tarifeleri ile piyasa fiyatları dikkate alınarak hazırlanacağı, ancak bu sınırlamalarla bağlı olmaksızın, Kurulca sosyal ve ekonomik durumlar gözetilerek belirlenecek bir miktarın altında elektrik enerjisi tüketen tüketiciler için ayrı tarife yapılabileceği, son kaynak tedarik yükümlülüğü kapsamında uygulanması öngörülen tarifelerin tedarik lisansı sahiplerince ayrıca teklif edileceği ve son kaynak tedarik tarifesinin aktif enerji maliyeti, faturalama ve müşteri hizmetleri maliyeti, perakende satış

hizmet maliyeti gibi son kaynak tedariği kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluştuğu belirtilmiştir.

275. 6446 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (cc) bendinde serbest tüketici, Kurul tarafından belirlenen elektrik enerjisi miktarından daha fazla tüketimi bulunduğu veya iletim sistemine doğrudan bağlı olduğu veya organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğini haiz olduğu için tedarikçisini seçme hakkına sahip gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Serbest tüketici, elektrik enerjisi veya kapasite alımlarını bulunduğu bölgede faaliyet gösteren ve Kurul tarafından yetkilendirilmiş görevli tedarik şirketinden yapabileceği gibi Kurul tarafından görevli tedarik şirketi olarak yetkilendirilmemiş bir tedarik şirketinden de bu alımlarını gerçekleştirebilir. Diğer bir ifadeyle serbest tüketici, elektrik enerjisi alımını görevli tedarik şirketi haricinde elektrik piyasasında faaliyet gösteren tedarik şirketinden ikili anlaşma yapmak suretiyle gerçekleştirebilir. Ancak serbest tüketici, bu hakkını kullanmadan doğrudan EPDK tarafından yetkilendirilmiş dağıtım bölgesinde faaliyet gösteren görevli tedarik şirketinden de elektrik alımı yapabilir. Bu durumda serbest tüketiciye son kaynak tedarik tarifesi uygulanmaktadır.

276. Son kaynak tedarik tarifesi, serbest tüketicilerin rekabetçi piyasaya geçmelerini teşvik edecek şekilde ve son kaynak tedarikçinin makul kâr etmesine imkân verecek düzeyde, serbest olmayan tüketicilere uygulanan perakende satış tarifesi ve piyasa fiyatları dikkate alınarak hazırlanmaktadır. Ancak bu sınırlamalara bağlı olmaksızın son kaynak tedarik tarifesi kapsamında Kurulca, sosyal ve ekonomik durumlar gözetilerek belirlenecek bir miktarın altında elektrik enerjisi tüketen tüketiciler için ayrı tarife yapılabilmektedir. Son kaynak tarifesi, aktif enerji maliyeti, faturalama ve müşteri hizmetleri maliyeti perakende satış hizmetleri maliyeti gibi son kaynak tedariği kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluşmaktadır.

277. Perakende satış hizmet bedeli, Kurul tarafından son kaynak tedarikçisi olarak yetkilendirilen tedarik lisansı sahibi şirketin faturalama ve müşteri hizmetleri maliyeti, perakende satış hizmetleri maliyeti gibi son kaynak tedariği kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri dikkate alınarak belirlenmektedir.

278. Tüketicilere güvenilir, kaliteli ve kesintisiz elektrik enerjisi hizmeti verilebilmesi için elektrik enerjisinin üretiminden tüketimine kadar geçen süreçte oluşan maliyet kalemlerinin karşılanması gerekmektedir. Kurul tarafından son kaynak tedarikçisi olarak yetkilendirilen tedarik lisansı sahibi şirketinin elektrik enerjisinin perakende satış faaliyeti kapsamında oluşan faturalama ve müşteri hizmetleri, perakende satış hizmetleri maliyeti gibi maliyetleri de bu kapsama girmektedir. Bu bağlamda son kaynak tedarik tarifesi kapsamında bulunan tüketicilere güvenilir, kaliteli ve kesintisiz elektrik enerjisi hizmeti verilebilmesi için elektrik enerjisinin perakende satış faaliyeti kapsamında oluşan faturalama, müşteri hizmetleri, perakende satış hizmetleri maliyeti gibi maliyetlerin yansıtılmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

279. Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri gereğince devlet elektrik enerjisinin kaliteli, sürekli, kesintisiz, düşük maliyetli şekilde tüketicilerin kullanımına sunulması ve bu sayede istikrarlı bir elektrik enerjisi piyasasının oluşturulması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. İtiraz konusu kuralın da elektrik enerjisi piyasasının sağlıklı bir şekilde işlemesini sağlamaya yönelik tedbirler kapsamında ihdas edildiği anlaşılmaktadır. Kurala ilişkin yasama belgelerinin incelenmesinden ve kuralın objektif anlamından kamu yararı dışında bir amaç güttüğüne dair bir sonuca ulaşılamamaktadır.

280. Bu itibarla serbest tüketici niteliğine haiz olduğu hâlde elektrik enerjisini Kurul tarafından son kaynak tedarikçisi olarak yetkilendirilen tedarik lisansı şirket dışında bir tedarikçiden temin etmeyen tüketicilere uygulanan son kaynak tedarik tarifesini düzenleyen ve bu bağlamda son kaynak tedarik tarifesinin aktif enerji maliyetinin yanında faturalama ve müşteri hizmetleri maliyeti, perakende satış hizmet maliyeti gibi son kaynak tedariği kapsamında tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluştuğunu belirten itiraz konusu kural, tüketicilere yönelik ekonomik engeller içermemekle birlikte kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı gibi devletin millî ekonominin gereklerine uygun şekilde mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesini sağlayıcı tedbirler almasını öngören Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleriyle uyumludur.

281. Öte yandan eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayrım veya ayrıcalık yaratması gerekir. Son kaynak tedarik tarifesi içinde öngörülen maliyet ve hizmet bedelleri, son kaynak tedarik tarifesi kapsamında bulunan tüm gerçek ve tüzel kişilere yansıtılacağından kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

282. Diğer taraftan başvuru kararlarında, kuralın tüketicilerden dağıtım, sayaç okuma, iletim, kayıp-kaçak bedelinin tahsil edilmesi yönünde düzenleme getirdiği, kaçak elektrik kullanımının önlenmesinin dağıtım şirketlerinin sorumluluğunda olduğu, elektrik enerjisi bedellerinin tahsil etme oranının her bölgede ve her yerde aynı olmadığı ve kayıp- kaçak bedelinin dengeli biçimde elektrik enerjisi bedeli ödeyen tüketiciye yüklenmesinin kaçınılmaz olduğu gerekçelerinin kabul edilemeyeceği belirtilerek kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmekte ise de dava konusu kuralda, tüketicilerden dağıtım, sayaç okuma, iletim, kayıp-kaçak bedeli alınacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almadığından dağıtım, iletim sayaç okuma ve kayıp-kaçak bedeli alınmasına yönelik Anayasa'ya aykırılık iddialarının bu kural kapsamında değerlendirilmesine olanak bulunmamaktadır.

283. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 10., 48. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

P. Kanun'un 21. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'un 17. Maddesine Eklenen (10) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçeleri

284. Dava dilekçesinde ve başvuru kararlarında özetle; kuralla tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkilerinin EPDK'nın düzenleyici işlemleri ile tüketiciden alınacak bedellerin uygunluğunu denetlemekle sınırlandırıldığı, hukuki denetimin şekilsel bir denetim hâline getirildiği, hakem heyetleri ve yargısal denetim yapan mahkemeler önünde hakkını arayan tüketicilerin hak arama hürriyetlerinin ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği, kuralın devletin Anayasa'ya göre alması gereken koruyucu tedbirlere aykırı bir düzenlemenin hayata geçirilmesine yol açtığı, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile

bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 9., 10., 11., 35., 36., 73., 125., 138. ve 172. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

285. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca ilgisi nedeniyle kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

286. Dava konusu kuralda EPDK tarafından gelir ve tarife düzenlemeleri kapsamında belirlenen bedellere ilişkin olarak yapılan başvurularda ve açılan davalarda, tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkisinin bu bedellerin Kurumun düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu belirtilmiştir.

287. Adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir./ Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."* denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil yargılanmanın ön koşulunu oluşturur.

288. Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkündür. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz.

289. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen

sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.

290. 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, istisnai olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

291. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın bu sınırlamayla öngörülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Bunun yanında demokratik hukuk devletinde 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.

292. EPDK tarafından gelir ve tarife kapsamında düzenlenen bedeller, aktif enerji maliyeti, faturalama, müşteri hizmetleri maliyeti, perakende satış hizmet maliyeti, dağıtım sistemi yatırım harcamaları, sistem işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme-bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti ve reaktif enerji maliyeti gibi tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluşmakta; bu bedeller Kurumun düzenleyici işlemlerinden olan Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği, Kurul tebliğleri, kararları doğrultusunda belirlenmekte ve tüketicilerden tahsil edilmektedir.

293. Dava konusu kuralla, EPDK tarafından gelir ve tarife kapsamında düzenlenen ve tüketicilerden tahsil edilen bedellerin iadesi talebiyle tüketici hakem heyetlerine başvurulması veya bu bedellerin tazmini talebiyle mahkemelerde dava açılması durumunda tüketici hakem heyetleri veya mahkemelerin yetkisi sadece tüketicilerden tahsil edilen bu bedellerin Kurumun düzenleyici işlemlerine uygun olarak tahsil edilip edilmediğinin denetlenmesiyle sınırlı tutulmak suretiyle hak arama hürriyetine sınırlama getirilmektedir.

294. Kuralın gerekçesinde düzenleyici işlemler yürürlükte iken düzenleyici işlemleri uygulamakla yükümlü bulunan kamu ve özel hukuk tüzel kişileri aleyhine yargı organları ve tüketici hakem heyetleri ile ilgili kurum ve kuruluşlara çok sayıda müracaatlarda bulunulduğu ve elektrik piyasasında faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlar ile yargı organlarının gereksiz iş yükü altında kaldığı, bu amaçla kuralla ürün veya hizmet bedeline ilişkin olarak yapılan başvurularda ve açılan davalarda tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkisinin ürün veya hizmet bedellerinin Kurumun düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlı tutulduğu belirtilmiştir.

295. Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir gereği olmakla birlikte hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü için tek başına yeterli bulunmamaktadır. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkı tanıyan bir düzenlemenin aynı zamanda yargı mercilerinin etkili bir yargılama yapmasını engelleyen kurallar içermesi hâlinde bu düzenlemenin hak arama özgürlüğüne uygun olduğundan söz edilemez.

296. EPDK tarafından gelir ve tarife kapsamında düzenlenen ve tüketicilerden tahsil edilen bedellerin iadesi talebiyle yapılan başvurularda ve açılan davalarda tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin söz konusu bedellerin kurumun düzenleyici işlemlerine uygun olup olmadığının yanı sıra uyuşmazlıkla ilgili diğer mevzuat hükümlerini de gözetmeleri adil yargılanma yapılmasının bir gereğidir.

297. Bu itibarla EPDK tarafından gelir ve tarife düzenlemeleri kapsamında belirlenen bedellere ilişkin olarak yapılan başvurularda ve açılan davalarda tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkisinin bu bedellerin sadece Kurumun düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğunu öngören kural, hak arama özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahalede bulunmaktadır.

298. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

299. Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

300. Kural, Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden kuralın Anayasa'nın 2., 5., 9., 10., 11., 35., 73., 125., 138. ve 172. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

R. Kanun'un 26. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 19. Maddenin İncelenmesi

1. İtirazın Gerekçesi

301. Başvuru kararında özetle; elektrik enerjisinin üretilip dağıtılması kamu hizmeti sayılmakla birlikte kuralla bedeli mukabilinde dağıtılan elektrik enerjisi satış fiyatı üzerine elektrik enerjisini satın alan tüketiciye ait olmayan maddi külfetlerin eklendiği, tüketicilerin *"hizmetsiz bedel olmaz"* ilkesi gereği, almadığı bir hizmetin bedelini ödemek zorunda bırakıldığı, tüketiciden dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve tüketicinin sorumluluğunda olmaması gereken kayıp-kaçak bedelinin tahsil edilmesi yönünde yasal zemin oluşturulduğu, tüketicinin katlanmaması gereken ve yürütülen hizmetin doğası gereği hizmetin yürütülmesi sırasında tüm tedbirlere rağmen işletmeci konumundaki dağıtım şirketi tarafından işletme riski kabul edilerek katlanılması gereken kayıp-kaçak bedelinin Kurul tarafından onaylanan elektrik satış tarifesi içinde hizmetin maliyetini etkileyen bir bileşen olarak değerlendirildiği, düzenlemenin hukuk devletinin ayrılmaz ve vazgeçilmez bir parçası olan hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

302. İtiraz konusu kuralla 6719 sayılı Kanun'la öngörülen düzenlemeler yürürlüğe konuluncaya kadar Kurul tarafından yürürlüğe konulan mevcut yönetmelik, tebliğ ve kurul kararlarının Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı öngörülmektedir.

303. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu

otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

304. Kanun'un 6719 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle değiştirilen 17. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi ile aynı maddenin (6) numaralı fıkrasının (ç) ve (f) bentlerinin Anayasa'ya uygunluk denetimi bölümünde belirtilen gerekçeler bu kural yönünden de geçerlidir.

305. Bunun yanında kanun koyucu tarafından Kanun'un 17. maddesinde yapılan değişiklikler nedeniyle 6446 sayılı Kanun'un alt düzenlemeleri olan Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği, Dağıtım Sistemi Gelirinin Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ ve Perakende Enerji Satış Fiyatlarının Düzenlenmesi Hakkında Tebliğ ile Kurul kararlarının Kanun'un 17. maddesiyle uyumlu hâle getirilmesi için yeniden düzenlenmesi gerekebilecektir. Bu düzenlemelerin yapılmasının da belirli bir süre alacağı kuşkusuzdur. Kuralla bu düzenlemeler yürürlüğe konuluncaya kadar Kurul tarafından daha önce yürürlüğe konulmuş mevcut yönetmelik, tebliğ ve kurul kararlarının Kanun'a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı öngörülmek suretiyle tarifelerle ilgili hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin olası duraksamalar giderilmek istenmiştir. Bu yönüyle kural, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gerçekleşmesine katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

306. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

S. Kanun'un 26. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 20. Maddenin İncelenmesi

1. İptal Taleplerinin Gerekçeleri

307. Dava dilekçesinde ve başvuru kararlarında özetle; dava konusu kuralla Kurul kararlarına uygun olarak tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında değiştirilen ve kişilerin aleyhine yasal dayanak oluşturan Kanun'un 17.

maddesinin uygulanmasının öngörüldüğü, açılan davaların olay sırasında yürürlükte olan yasal düzenlemeye göre sonuçlandırılması gerekirken yapılan düzenlemeyle sonradan çıkarılan yasal düzenlemenin daha önceden oluşan ve dava konusu yapılan işlemleri de kapsayacak şekilde genişletilerek uygulanmasının sağlandığı, böylece dağıtım şirketlerinin tüketicilerden haksız olarak tahsil ettiği bedellerin tazmin edilmesinin engellendiği, kanunların geriye yürümezliği, kazanılmış hak, hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkelerinin ihlal edildiği, mahkemelerin yargı yetkisini kullanmalarına müdahale edildiği, kuralın hak arama hürriyetini sınırlandırarak hakkın özüne dokunduğu, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkını ortadan kaldırdığı, tüketicilerin korunması ve eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 9., 10., 11., 13., 36., 40., 73., 138. ve 172. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

308. Dava konusu kuralda Kurul kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 6446 sayılı Kanun'un 17. madde hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

309. Hukuk devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden biri hukuk güvenliği ilkesidir. 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 kılan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. *"Kanunların geriye yürümezliği ilkesi"* uyarınca kanunlar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin

nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması, hukukun genel ilkelerindendir. Ancak kanun koyucunun kişilerin lehine haklar sağlayan kanuni düzenlemeleri geçmişe etkili olarak yapma konusunda takdir yetkisine sahip olduğuna kuşku yoktur.

310. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, kanunların geriye yürümezliği ilkesi ile ilgili olarak gerçek geriye yürüme ve gerçek olmayan geriye yürüme ayrımı yapılmaktadır. Gerçek geriye yürüme, yeni getirilen kuralın eski kural döneminde tamamlanmış ve hukuki sonuçlarını doğurmuş hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geriye yürüme ise yeni getirilen kuralın eski kural yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukuksal durum, ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.

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

312. 4628 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca EPDK, piyasa ihtiyaçlarını dikkate alarak serbest olmayan tüketicilere yapılan elektrik satışında uygulanacak fiyatlandırma esaslarını tespit etmekten ve bu fiyatlarda enflasyon nedeniyle ihtiyaç duyulacak ayarlamalara ilişkin formülleri uygulamaktan, bunların denetlenmesinden ve piyasada 4628 sayılı Kanun'a uygun şekilde davranılmasını sağlamaktan sorumludur.

313. Bunun yanında tüketicilere güvenilir, kaliteli, kesintisiz ve düşük maliyetli elektrik enerjisi hizmeti verilmesini teminen gerekli düzenlemeleri yapma görevi 4628 sayılı Kanun'un 5. maddesinin altıncı fıkrasının (c) bendi gereğince EPDK'ya verilmiş; 4628 sayılı Kanun'un 5. maddesinin yedinci fıkrasının (e) ve (f) bentleri gereğince de Kurul toptan satış fiyat tarifesini, iletim tarifesini, dağıtım tarifeleri ile perakende satış tarifelerini incelemek

ve onaylamak, iletim, dağıtım, toptan satış ve perakende satış için yapılacak fiyatlandırmaların ana esaslarını tespit etmek ve gerektiğinde ilgili lisans hükümleri doğrultusunda revize etmekle yetkilendirilmiştir.

314. Kayıp-kaçak bedeli ile diğer bedeller, 4628 sayılı Kanun'un vermiş olduğu yetki kapsamında EPDK tarafından onaylanan tarifeler içinde birer maliyet kalemi kabul edilerek tüketicilerden tahsil edilmektedir.

315. Kayıp-kaçak bedelinin tüketicilerden tahsil edilip edilemeyeceği noktasında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Danıştay 13. Dairesinin farklı kararlar vermesi üzerine Kanun'un farklı yorumlanmasından kaynaklanan ihtilafları gidermek için kanun koyucu tarafından Kanun'un 17. maddesinde kayıp-kaçak bedeli ile diğer bedellerin ilgili tarifeler kapsamında birer maliyet kalemi kabul edilerek bu bedellerin tüketicilerden tahsil edilmesine yönelik düzenleme yapıldığı görülmektedir.

316. Elektrik enerjisinin kaliteli, sürekli, kesintisiz bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulabilmesi için elektriğin üretiminden tüketicilere sunulması aşamasına kadar oluşan maliyetlerin karşılanması gerekmektedir. Bu bağlamda kayıp-kaçak bedeli ile diğer bedellerin tarifeler kapsamında birer maliyet kalemi kabul edilerek tüketicilerden tahsil edilmesinde kamu yararı bulunmaktadır.

317. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından mevcut kanun hükmünün farklı yorumlanmasından kaynaklanan ihtilafları gidermek amacıyla yapılan düzenlemenin söz konusu ihtilaf nedeniyle açılmış ve düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla henüz sonuçlanmamış dava ve başvurular hakkında da uygulanmasını öngören ve hak arama özgürlüğüne bir sınırlama getirmeyen kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

318. Diğer taraftan kuralla, Kurul kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ilgi ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 6446 sayılı Kanun'un 17. madde hükümlerinin uygulanacağı öngörülmekte olup taraflar arasında eski kural döneminde tamamlanmış, sona ermiş bir hukuksal durum söz konusu değildir.

Dolayısıyla taraflar arasında devam eden bir hukuki ilişki bulunduğundan kazanılmış haktan ya da kesinleşmiş işlemlerden söz edilemez.

319. Anayasa'nın "*Mahkemelerin bağımsızlığı*" başlıklı 138. maddesinin dördüncü fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organların ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği kurala bağlanmıştır.

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

321. Her kanunun muhatapları ve uygulayıcılar açısından uyulması zorunlu emirler niteliğinde olması hukuk kurallarının normatif doğasından kaynaklanır. Bir hukuk devletinde her kamusal yetkinin hukuka uygun kullanılması gerektiği gibi mahkemelerin de önlerine gelen uyuşmazlıklar hakkında karar verirken ilgili kanunlara uyma yükümlülüğü vardır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından hukuki ihtilafları gidermek amacıyla yapılan düzenlemelerin söz konusu ihtilaf nedeniyle açılmış ve düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla henüz sonuçlanmamış dava ve başvurular hakkında da uygulanmasının sağlanmasının yargı bağımsızlığını ihlal edici nitelikte olduğu söylenemez.

322. Kanun koyucu tarafından yargılamanın ne yönde yapılacağı veya belirli somut bir uyuşmazlığın nasıl karara bağlanacağı hususunda bir düzenleme getirilmediği gibi kesinleşmiş mahkeme kararlarının değiştirilmesi veya yerine getirilmesinin engellenmesi de söz konusu değildir.

323. Bu itibarla kuralla Kurul kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 6446 sayılı Kanun'un 17. madde hükümlerinin uygulanmasının öngörülmesi, hukuki güvenlik ilkesini ihlal edecek bir geriye

yürüme olarak nitelendirilemeyeceği gibi yargı kararını etkisizleştirmeye yönelik bir düzenleme şeklinde de değerlendirilemez.

324. Öte yandan eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayrım veya ayrıcalık yaratması gerekir. Kuralla dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 6446 sayılı Kanun'un 17. madde hükümlerinin uygulanması öngörüldüğünden aynı hukuki durumda bulunan kişilerin açmış olduğu icra takibi, dava ve başvuruların tamamında Kanun'un 17. maddesi uygulanacaktır. Bu bağlamda aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında bir ayrım veya ayrıcalık yaratılmadığından kuralda eşitlik ilkesine aykırılık da bulunmamaktadır.

325. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 10., 13., 36. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal taleplerinin reddi gerekir.

326. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI ve Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamışlardır.

327. Kuralın Anayasa'nın 5., 9., 11., 40., 73. ve 172. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

328. Dava dilekçesinde özetle, Anayasa'nın 128. maddesine rağmen MTA'nın bünyesinde çalışan kamu personelinin özlük haklarının düzenlenmesi konusunda yürütmeye sınırsız yetki verilmesi ve bu yetkinin yanlış kullanımı sonucunda telafisi güç ya da imkânsız durumların ortaya çıkacağı, 2565 sayılı Kanun 27/A maddesinin yürürlükte kaldığı süre zarfında kıyıların ve zeytinliklerin bu maddenin sağladığı istisna durumu nedeniyle görebileceği tahribatın giderilmesinin ya da onarılmasının mümkün olmayacağı, 2690 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin iptali söz konusu olsa bile bir takım nükleer santral yapılarının geçen süre zarfında çevre ve insan sağlığı açısından değerlendirilmeksizin ruhsata bağlanmasının söz konusu olabileceği, iptal kararı geriye yürümeyeceği için de kamusal açıdan denetlenmemiş olan yapı izinleri kazanılmış hak

kapsamında değerlendirilebileceğini, Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığının elektrik üretim, iletim, dağıtım ve tüketim tesislerinin milli menfaatlere ve modern teknolojiye uygun şekilde kurulması ve işletilmesi için gerekli yükümlülükleri ile ilgili olarak inceleme, tespit, raporlama, proje onay ve kabul işlemlerinin kamu hizmeti vasfında olduğu, bu iş ve işlemleri yapmak üzere ihtisas sahibi kamu kurum ve kuruluşları dışında herhangi bir tüzel kişiliğin görevlendirilmesinin ve yetkilendirilmesinin kamu yararına aykırı sonuçlar doğurabileceği, kamunun elindeki kömür sahalarına ilişkin ruhsatların bölünerek ayrı ruhsata bağlanması sonucunda ortaya çıkabilecek telafisi güç ya da imkânsız rezerv kaybı sonuçları olabileceği ve bu süreçte Anayasa'nın eşitlik ilkesinin açıkça ihlalinin söz konusu olacağı, TETAŞ'ın 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan istisna tutulması durumunun devam ettirilmesi, kamu zararına neden olacağı ve elektrik piyasalarında rekabetin sağlanmasını engelleyeceği için Anayasa'ya aykırı olduğu, nükleer santral sahalarına lisans ve gerekli diğer izinler alınmaksızın yapılacak olan yapıların çevresel ve ekonomik anlamda olumsuz sonuçları olabileceği, tüketicilerin ödemek zorunda bırakıldıkları kayıp-kaçak bedellerine ilişkin, bu bedellerin haksız yere tahsil edildiği şeklinde oluşmuş olan yargı kararları ile yüksek yargı içtihatlarına rağmen yürürlüğe konan kanun hükümlerinin hukuk devleti ile bağdaşmadığı, Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu, EÜAŞ ile bağlı ortaklarına ait varlıkların veya bu bağlı ortaklıkların hisselerinin bedeli hesaplanmaksızın ve alınmaksızın devredilmesinin, Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu, bu uygulamanın geri döndürülerek telafi edilmesinin imkânsız olduğu, 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (7) numaralı fıkrasının ikinci cümlesiyle Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin Anayasa'nın ilgili hükümlerine açıkça aykırı olduğu Anayasa'ya aykırı bir yetkinin kullanılmasının telafisi güç ya da imkânsız sonuçlar doğurabileceği, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş bir kuralın, iptal gerekçeleri giderilmeksizin yeniden kanunlaştırılmasının Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayıldığı, Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesinin, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağı belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

4.6.2016 tarihli ve 6719 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 21. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 17. maddesine eklenen (10) numaralı fıkraya yönelik yürürlüğün durdurulması talebinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B. 1. 1. maddesiyle değiştirilen 14.6.1935 tarihli ve 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasına,

2. 3. maddesiyle 9.7.1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu'na eklenen *"Yapı Denetimi"* başlıklı ek 1. maddeye,

3. 4. maddesiyle 19.2.1985 tarihli ve 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendinin *"... 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini..."* ve *"...veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları..."* bölümlerine,

4. 6. maddesiyle 4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'na eklenen ek 12. maddeye,

5. 11. maddesiyle değiştirilen 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (o) bendinin *"...TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları..."* bölümüne,

6. 17. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 6. maddesine eklenen (10) numaralı fıkraya,

7. 21. maddesiyle değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (ç) bendinin;

a. İkinci cümlesinde yer alan *"...teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti..."* ibaresine,

b. Üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerine,

8. 22. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın;

a. İkinci cümlesine,

b. Beşinci cümlesinde yer alan *"...varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak, bedel alınmaksızın... "* bölümüne,

9. 24. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesine eklenen (7) numaralı fıkranın ikinci cümlesine,

10. 25. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen geçici 8. maddesine,

11. 26. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 20. maddeye,

yönelik iptal talepleri, 28.12.2017 tarihli, E.2016/150, K.2017/179 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra, cümle, bölüm ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE,

C. 2. maddesiyle 18.12.1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na eklenen 27/A maddesi hakkında, 28.12.2017 tarihli ve E.2016/150, K.2017/179 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

28.12.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

4.6.2016 tarihli ve 6719 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;[EA25]

A. 1. maddesiyle değiştirilen, 14.6.1935 tarihli ve 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının;

1. *"…yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi, bunlara ödenecek ücretler ile…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Serruh KALELİ,

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI, M. Emin KUZ ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. 2. maddesiyle 18.12.1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na eklenen 27/A maddesi, 31.10.2016 tarihli ve 678 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan bu maddeye ilişkin iptal talebi hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. 3. maddesiyle 9.7.1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu'na eklenen *"Yapı Denetimi"* başlıklı ek 1. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D. 4. maddesiyle 19.2.1985 tarihli ve 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendinin *"... 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini..."* ve *"...veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları..."* bölümlerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal taleplerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E. 6. maddesiyle 4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'na eklenen ek 12. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F. 11. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (o) bendinin *"...TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları..."* bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G. 17. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 6. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H. 21. maddesiyle değiştirilen 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin;

1. (1) numaralı fıkrasına, (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesine, (4) numaralı fıkrasına ve (6) numaralı fıkrasının (a) ve (d) bentlerine yönelik olarak Konya 1. Asliye Hukuk Mahkemesince yapılan başvurunun (E.2016/137), bu kuralların bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmadığından, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2. (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesine yönelik olarak Bolu 2. Asliye Hukuk Mahkemesince yapılan başvurunun (E.2017/9), bu cümlenin bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmadığından, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3. (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4. (6) numaralı fıkrasının;

a. (ç) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. (f) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5. Eklenen (10) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

I. 22. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın;

1. İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2. Beşinci cümlesinde yer alan *"...varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak, bedel alınmaksızın..."* bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

İ. 24. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesine eklenen (7) numaralı fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J. 25. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen geçici 8. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

K. 26. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen;

1. Geçici 19. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2. Geçici 20. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI ile Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

28.12.2017 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6719 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "…*yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi, bunlara ödenecek ücret ile*…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.

2. İptali istenen kural, Maden Tetkik ve Arama (MTA) Genel Müdürlüğünün yurt dışı faaliyetleriyle ilgili yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi ve bunlara ödenecek ücretlere ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenmesini öngörmektedir. Çoğunluk kararında da ifade edildiği üzere, kural MTA Genel Müdürlüğünün kendi bünyesinde çalışmakta olan memurları da yurt dışı faaliyetleriyle ilgili olarak görevlendirmesine imkân vermektedir (§ 64).

3. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, Anayasa'nın 7. maddesinde güvenceye alınan yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesiyle bağdaşmaz. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri yükümlülüklerin konması, memurların atanmaları ve özlük hakları gibi Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir (bkz. AYM, E.2017/51, K.2017/163, 29.11.2017, § 13).

4. Öte yandan kanunla düzenleme, bir konudan kanunda sadece kavramsal veya kurumsal olarak bahsedilmesi değildir. Hiç kuşkusuz konuya ilişkin her türlü ayrıntının kanunda yer alması gerekmemektedir. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bir konunun temel esasları, ilkeleri ve kapsamı kanunda belirlendikten sonra, ancak uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlar yürütmeye bırakılabilir.

5. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*". Buna göre memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri ve özlük haklarına ilişkin düzenlemelerin temel esaslarının ve kapsamının kanunla düzenlenmesi anayasal bir zorunluluktur.

6. Mahkememiz çoğunluğu kuralla yeni bir statü oluşturulmadığı, statüleri zaten belli olan personelden yurt dışında çalıştırılacak olanların niteliğinin, görev süresinin ve bunlara ödenecek ücretlerin değişen ülke şartlarına göre değişiklik arzedecek olan uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlar olması nedeniyle yönetmeliğe bırakıldığını, bunun da Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir (§§ 65, 67, 68). Bu görüşün mantıki sonucu, yurt dışında görevlendirilecek kamu görevlilerinin niteliği, görev süresi ve alacakları ücret gibi hususların kanunla düzenlenmesinin anayasal zorunluluk olmadığıdır.

7. Hâlbuki yurt dışında görevlendirilecek memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin ve her türlü özlük haklarının kanunla düzenlenmesi Anayasa'nın 128. maddesinin bir gereğidir. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile kariyer mensuplarının özlük haklarını düzenleyen çok sayıda özel kanun yurt dışında görev alacak devlet memurlarıyla ilgili düzenlemelere ayrıntılı bir şekilde yer vermektedir.

8. Buna karşılık iptali istenen kural, yurt dışında görevlendirilecek kamu görevlilerinin niteliği, görev süresi ve ücretleri konusunda ne 657 sayılı Kanuna ne de başka bir kanuna atıf yapmaktadır. Kanunla düzenlenmesi öngörülen bir hususu tamamen yürütmeye bırakan kuralın Anayasa'nın 128. maddesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

9. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 6253 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı Kanunu'nun 29. maddesinin (10) numaralı fıkrasının uluslararası kuruluşlarda görevlendirilecek personelin "*niteliği, mali, sosyal ve diğer özlük hakları ile görevlendirme usul ve esasları*"nın TBMM Başkanlığınca belirleneceğini düzenleyen ikinci cümlesinde yer alan "… *mali, sosyal ve diğer özlük hakları ile*..." ibaresini iptal etmiştir. Mahkeme iptal kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: "*Kuralda, uluslararası kuruluşlarda görevlendirilenlerin mali, sosyal ve diğer özlük haklarının TBMM Başkanlığınca belirleneceği düzenlenmiş ancak söz konusu hususlarla ilgili olarak herhangi bir belirleme yapılmamış, bir çerçeve de çizilmemiştir. Ayrıca, yurtdışı görevlendirme konusunda genel hükümler ihtiva eden 657 sayılı Kanun'a herhangi bir atıf da yapılmamıştır. Uluslararası kuruluşlarda görevlendirilecek olanların kanunla düzenlenmesi gereken mali, sosyal ve diğer özlük haklarının belirlenmesi yetkisi*

TBMM Başkanlığına bırakıldığından, kuralda yer alan, 'mali, sosyal ve diğer özlük hakları' ibaresi kanunla düzenlenme ilkesine aykırıdır" (AYM, E.2012/18, K.2013/80, 18.6.2013).

10. Somut davada bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren farklı bir durum bulunmadığından, çoğunluk kararına katılmamız mümkün olmamıştır.

Başkan	Üye
Zühtü ARSLAN	M. Emin KUZ

KARŞIOY

Dava konusu kuralla, MTA Genel Müdürlüğünün 2804 sayılı Yasa'nın 2. maddesinde belirtilen görevleri kapsamına giren iş ve hizmet konularında yapacağı faaliyetlerle ilgili olarak, yurt dışında çalışma bürolarında MTA bünyesinde çalışan kamu görevlilerinin niteliği, görev süresi ve bunlara ödenecek ücretlere ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde ise kamu hizmetlerinin memur ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği bu kişilerin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülüklerinin, aylık ödenek ve özlük işlerinin kanunla düzenleneceği ifade edilmektedir.

Kural ile, MTA bünyesinde çalışan personelden yurt dışında çalışmaya gönderileceklerin, halen tabii oldukları Anayasal güvenceli, hukuki belirlilik içerisindeki yasal konumlarının ve bu statünün getirdiği niteleme hak ve görev sürelerinin akıbetinin, yasal zorunluluk yerine, yürütmenin yönetmelikle belirleme şeklindeki tasarrufuna indirgendiği görülmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde yetkinin yasama organına ait olduğu ve devredilemeyeceği söylenirken bu yetkinin de ancak Anayasa'nın 8. maddesine göre Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılabileceği ifade edilir.

Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gereken bir alanda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi olanaklı değildir. Çünkü bu yetki açıkça sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenlerle Anayasal ayrık durumlar hariç yürütmeye genel nitelikli kural koyma yetkisi verilemez.

Bu anlamda yürütmeye düzenleme yetkisi veren kuralın, Anayasa'nın 7. maddesine uygunluğu ve yürütmeye yetki devri şeklinde algılanmaması için kuralda, temel esasların veya temel hükümlerin mutlaka yer alması, sınırları belirsiz geniş bir alanın yönetimce düzenlenmesine bırakılmaması, düzenlemenin belirlilik ilkesini içermesi, kişi ve idare yönünden duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıkta olması zorunludur.

Temel kurallar saptandıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların yürütmeye bırakılmasının yasama yetkisinin devri olarak nitelenmediği kabul edilse de, kararımızın 67. paragrafındaki gibi dava konusu kuralın da bu kapsamda olduğunun kabulüne yönelmiş gerekçeye katılmak mümkün değildir.

Kuralda ifadesini bulan, MTA'nın çalıştıracağı personelin NİTELİKLERİNİN, örneğin (... konularında uzman … alanlarında çalışma yapmış …akademik çalışması bulunan ...mesleki tecrübesi olan …vb.ler arasında yazılı/sözlü sınav yöntemiyle gibi) ÇALIŞMA SÜRELERİNİN (… süreyle, performans ve yeterlilik kriterine bağlı olarak idarenin takdiriyle gibi) ve ÖDENECEK ÜCRETLERİN (uygulanacak kanun hükmüne atıf ya da bulunduğu ülke koşullarına göre niteliklerine bağlı bir alt üst sınır çizilerek) belirlenmesinin tespiti ve yasa kapsamına yazılmasının zor olduğu ve bu nedenle belirlenecek bu unsurların, UZMANLIK ve İDARE TEKNİĞİNE ilişkin konular arasına girdiği söylenemez.

Görevlendirilecek kişilerde aranan bu unsurlar, Anayasa'nın 128. maddesinde sayılan kamu hizmetlilerinin nitelikleri ve çalışma koşullarının belirlenmesi alanlarıdır ve Anayasal güvence kanuni belirlilik ve yasa ile düzenleme zorunluluğu içermektedir.

Anılan nedenler ile kamu hizmetinin gerektirdiği kamu görevlisi ile ilgili nitelik belirlemenin Anayasal zorunluluğuna rağmen görev süresini

tayin etme ve ödenecek ücretleri tespite yönelik alanların, bundan böyle idare tekniği konusu kapsamına girdiği sonucuna meşru zemin sağlayan karar sonucunu oluşturan çoğunluk görüşüne, kuralın yasama yetkisinin devri niteliğinde olması nedeniyle Anayasa'ya aykırı bulmuş ve çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

I- Kanun'un 1. Maddesiyle Değiştirilen, 2804 Sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu'nun Ek 1. Maddesi:

1. Maddenin ikinci fıkrasında, MTA Genel Müdürlüğünün yurt dışı faaliyetleriyle ilgili yurt dışında çalıştırılacak personelin görev süreleri, bunlara ödenecek ücretler ve harcamalara ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu düzenleme, her ne kadar tamamen yurt dışında faaliyet gösterecek yabancı uyruklu personel veya Türk vatandaşı olup da kamu görevlisi statüsünde olmayan kişiler yönünden Anayasa'ya her hangi bir aykırılık içermemekte ise de; anlam ve kapsam itibariyle MTA'nın kamu görevlisi statüsündeki personelinin yurt dışında çalıştırılması halini de içermektedir.

2. Anayasa'nın 128. maddesine göre atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmesi gereken memur ve diğer kamu görevlisi statüsündeki MTA personelinin yurt dışı görev süreleri ve ücretlerinin de kanunla belirlenmesi gerektiği açıktır. Bu personelin yurt dışında, yurt içindekinden farklı esaslara tabi olması mümkündür. Ancak bu düzenlemelerin kanunla yapılması veya genel ilke esasların kanunda belirtilip, ayrıntıların yönetmeliğe bırakılması gerekirken bütün bu konuların yönetmelikle düzenleneceği yolunda belirsiz bir yasa kuralı çıkartıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, Anayasanın öngördüğü anlamda bir kanuni düzenleme yapılmış sayılamayacağından, maddenin ikinci fıkrası, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. Bu nedenle kuralın iptali gerektiği düşüncesindeyim.

II- Kanun'un 2. Maddesiyle 2565 Sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununa Eklenen 27/A Maddesi:

3. Kanun'un 2. maddesiyle Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na eklenen 27/A maddesi şöyledir:

"Askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgelerinde veya ülke güvenliği ile doğrudan ilgili Türk Silahlı Kuvvetlerine tahsisli ve fiilen kullanımında olan araziler, harekat ve savunma amaçlı yerlerdeki tesisler (konut ve sosyal tesisler hariç) ile özel güvenlik bölgesi ilan edilen yerlerdeki tesisler, rafineri, petrokimya tesisleri ve eklentileri ile nükleer santral projeleri kapsamında yapılması öngörülen tesis ve faaliyetler hakkında 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununun kıyılar, sahil şeritleri, doldurma ve kurutma yoluyla kazanılan arazilere ilişkin yapı ve yapılaşmaya dair sınırlayıcı hükümleri ile 3 üncü maddesi hükümleri ve nükleer santral projeleri kapsamında yapılması öngörülen tesis ve faaliyetler hakkında 26/1/1939 tarihli ve 3573 sayılı Zeytinciliğin Islahı ve Yabanilerinin Aşılattırılması Hakkında Kanunun sınırlayıcı hükümleri uygulanmaz."

4. Maddenin iptali istemiyle, süresi içinde ve yöntemine uygun olarak iptal davası açılmıştır.

5. 27/A maddesine, 31.10.2016 tarihli ve 678 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (OHAL KHK) 5. maddesiyle bir ibare eklenmiştir. OHAL KHK'nin 5. maddesi şöyledir:

"18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununun 27/A maddesinin birinci fıkrasına "Türk Silahlı Kuvvetlerine" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya Sahil Güvenlik Komutanlığına" ibaresi eklenmiştir."

6. Anayasa Mahkemesi, iptal davası sonuçlanmadan önce yeni bir değişiklik yapıldığı gerekçesiyle, konusu kalmayan maddeye ilişkin iptal talebi hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" (KVYO) karar vermiştir.

7. Anayasa mahkemesince iptal davası henüz karara bağlanmadığı bir safhada iptal istemine konu olan kanun hükümlerinde her hangi bir değişiklik gerçekleştiğinde KVYO kararı verilmektedir. Böyle bir durumda,

değişikliğin anlam ve kapsamına bakılmamakta ve esası incelenmemektedir. Zira yeniden yapılmış olan kanuni düzenleme, yeni bir iptal davasının konusu olabilecek ve kuralın önceki iptal talebinin konusu olan cümle, ibare veya bölümleri yeniden incelenebilecektir.

8. OHAL KHK ile yapılan değişiklikte ise böyle bir durum söz konu değildir.

Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasına göre *"… olağanüstü hallerde … çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz"*. Bu husus, Anayasa Mahkemesinin 2.11.2016 tarihli, Esas: 2016/171; Karar: 2016/164 sayılı kararıyla da teyid edilmiştir.

Öte yandan, Anayasa'nın 151. maddesine göre *"Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, kanun hükmümde kararname veya içtüzüğün Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün sonra düşer"*.

Buna göre, 27/A maddesine OHAL KHK ile eklenen ibarelere karşı Resmî Gazete'de yayımlandıkları tarihten itibaren altmış gün içinde iptal davası açılamadığı gibi, hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" karar verilen, maddenin önceki hali için de, bir yetki kanununa dayanarak çıkarılmış olağan kanun hükmünde kararnamelerde veya kanunla yapılan düzenlemelerde olduğu gibi, tekrar iptal davası açılamayacaktır.

9. OHAL KHK'larının aynen veya değiştirilerek kabul edilmesine ilişkin kanunun (kanunlaştırma kanunu) Resmî Gazete'de yayımlanması ile bu kararnamelere karşı iptal davası açılabileceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, OHAL KHK'ya karşı açılabilecek bir iptal davasının konusu, OHAL KHK ile mevzuata giren madde, fıkra, bent, ibare veya kelimelerdir. Başka bir deyişle, bahse konu OHAL düzenlemelerine karşı iptal davası açıldığında dahi, bu madde, fıkra, bent, ibare veya kelimelerin eklendiği veya içerisine derç edildiği önceki mevzuat hükümlerinin kendiliğinden esas inceleme konusu yapılabileceğine, Anayasaya uygunluk veya aykırılığının saptanabileceğine veya verilmiş bir KVYO kararının resen kaldırılabileceğine ilişkin Anayasal veya kanuni bir dayanak bulunmamaktadır.

10. Anayasa hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa'nın 151. maddesindeki sürenin, OHAL KHK'nın olağan kanun hükmü haline gelmesiyle birlikte, daha önce KVYO kararı verilmiş iptal talepleri yönünden, yeniden ve geriye dönük olarak eski hale getirilebileceğini söylemek güçtür. OHAL KHK'nın Anayasaya uygunluk denetimi ise ancak kendi kanunlaştırma kanunu kapsamında yapılabileceğinden, maddenin incelemesi de ancak OHAL KHK ile eklenen *"Sahil Güvenlik Komutanlığı"* ibaresiyle sınırlı bir inceleme olabilecektir. İptal davasına konu 27/A maddesinin tümünün esas denetimi, ancak Anayasa Mahkemesinin çok geniş bir yorumla, KVYO kararı verilmiş olan maddenin tümüne ilişkin esas inceleme talebinin eski hale getirme yoluyla yeniden canlandırılabileceği şeklinde bugüne kadar mevcut olmayan bir içtihat tesis etmesi suretiyle mümkün olabilecektir ki, böyle bir içtihadın tesis edilebileceğinin bir güvencesi olmadığı açıktır.

Bu durumda, 27/A maddesinin esas denetimi ancak itiraz yoluyla, mahkemelerce Anayasa Mahkemesi önüne getirilebilecek, ancak bu halde de inceleme mahkemenin uygulayacağı kuralla sınırlı olacağından, maddenin çok çeşitli düzenlemeler içeren ve Anayasa'nın çeşitli maddelerine aykırılığı öne sürülen hükümlerinin çoğu anayasallık denetimi dışında kalacaktır.

11. Sonuç olarak, iptal davası açanların Anayasa'nın 148., 150. ve 151. maddelerindeki koşullar dışında mutlak bir hakkı olan, iptal davası yoluyla bir kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğunu denetlettirme hakkı, içtihat yoluyla benimsenmiş KVYO uygulaması nedeniyle kullandırılmamış, en azından zedelenmiş olmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, durumun özelliği gereği, OHAL KHK ile eklenen ibareler hariç tutularak 27/A maddesinin Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına devam edilmesi ve esas inceleme sonucuna göre iptal isteminin karara bağlanması gerektiği, KVYO kararı verilmesinin Anayasa'nın 148. ve 150. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle, çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

III- Kanun'un 21. Maddesiyle Değiştirilen 6446 Sayılı Kanunun 17. Maddesinin Altıncı Fıkrasının (ç) Bendi:

12. Dağıtım tarifelerini düzenleyen bentte;

- Dağıtım tarifelerinin dağıtım şirketleri tarafından hazırlanacağı, elektrik enerjisinin dağıtım sistemi üzerinden naklinden yararlanan tüm gerçek ve tüzel kişilere eşit taraflar arasında ayrım gözetmeden uygulanacak hizmetlere ilişkin fiyatları, hükümleri ve şartları içereceği,

- Dağıtım tarifelerinin sistem yatırım harcamaları, sistem işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme-bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti, reaktif enerji maliyeti gibi dağıtım faaliyetinin yürütülmesi kapsamındaki tüm maliyet ve hizmetleri karşılayacak bedellerden oluşacağı,

- Dağıtım şirketlerinin tarifelerine esas alınacak teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranların bu kayıpları düşürmeyi teşvik edecek şekilde Kurul tarafından belirleneceği,

- Kurulca belirlenen hedef oranlarını geçmemek kaydıyla teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin maliyetlerin dağıtım tarifelerinde yer alacağı ve tüketicilere yansıtılacağı,

- Teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlarının tespiti ve değiştirilmesi ile oluşacak maliyetin tarifelerde yer alması ve tüketicilere yansıtılmasına ilişkin usul ve esasların Kurul tarafından düzenleneceği

Belirtilmektedir.

13. Buna göre, Kurul'ca (EPDK) belirlenecek teknik ve teknik olmayan kayıplara ilişkin hedef oranlarını geçmemek kaydıyla, kayıplara ilişkin maliyetler dağıtım tarifelerinde yer alacak ve tüketicilere yansıtılacaktır. Dolayısıyla kayıplar, tahmini bir miktar olan hedef oranlarının altında kalırsa, hedef orana kadar olan maliyetler tüketiciye yansıtılacak, hedef oran ile gerçek teknik ve teknik olmayan kayıp arasındaki fark, enerji dağıtım şirketinin karını teşkil edecektir.

Bunun anlamı, gerçek kayıplar hedef oranların altında tahakkuk ettiğinde, dağıtım şirketinin, gerçek olmayan, tahmini ve hayali (fiktif) bir kayba tekabül eden meblağı tüketiciden alarak, kendi mal varlığına katmasıdır. Hizmet karşılığı olmayan bu bedellerin tüketiciye iadesi veya daha sonraki enerji faturalarına mahsubu şeklinde bir düzenlemeye de Kanunda yer verilmemiştir.

14. Hedef oranları belirleyecek olan Kurulda tüketiciler temsil edilmediği gibi, Kurulun görevleri arasında tüketici menfaatlerinin gözetilmesi şeklinde bir ilke de yer almamaktadır. Başka bir deyişle Kurulun, tüketici lehinde kullanabileceği bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

15. Öte yandan, teknik olmayan kayıplar, daha açık bir ifadeyle enerji hırsızlığı sonucu oluşan kayıplar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinde yer alan "karşılıksız yararlanma" suçunun konusu olup, daha önceki kanunda cezası daha ağır iken, Devletin bu olguyla baş edememesi ve diğer nedenlere bağlı olarak, 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla, bu suçun cezası azaltılmış ve bir yıldan üç yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir. Bu husus yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde olmakla birlikte, suçu önleme konusunda Devletin asli görevinin devam ettiğinde tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle, sosyal hukuk devletinde, kaçak enerji kullanımından (hırsızlığından) doğan kayıpların tamamen tüketiciye fatura edilmesi yerine bu riskin, devlet, enerji şirketleri ve tüketiciler arasında hakkaniyetli bir şekilde paylaştırılması gerekir. Anayasa'nın 172. maddesiyle Devlete verilen, tüketicinin korunması görevi de bunu gerektirir.

16. Bu nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devletinin gerekleri ile Anayasa'nın 172. maddesindeki tüketicinin korunması ilkesine uymayan (ç) bendinin, teknik ve teknik olmayan kayıplar ve hedef oranlar yönünden iptali gerekir.

IV- Kanun'un 26. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici Madde 20:

16. Geçici Maddede, Kurul kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 17. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Buna göre, açılmış olan davalar, icra takipleri ve yapılmış başvurular, Anayasaya aykırı olan (ç) bendi esaslarına göre sonuçlandırılacaktır.

Bahse konu bendin Anayasa'ya aykırılığı konusuna yukarıda belirtilen gerekçelerle, Geçici Madde 20'nin de Anayasanın sosyal hukuk devleti ve tüketicin korunması konusundaki esaslarına aykırı olacağı düşünülmektedir.

17. Öte yandan, hukuk kurallarının geriye yürütülmemesi, yani uyuşmazlıkların ortaya çıktığı tarihte yürürlükte olan kanunlara göre çözümlenmesi hukukta temel ilke olup, aksi yönde sonuçlar öngören Geçici Madde'nin, Anayasa'nın 2. maddesi kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi yönünden de iptali gerekmektedir. Şöyle ki:

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğinin, "belirlilik" ve "öngörülebilirlik" şeklinde alt ilkeleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında kanun hükümlerinin geriye yürütülmesi konusunu incelemiş ve hak arama yollarına başvurmuş olan kişilerin, bu yolla elde etmek istedikleri alacaklarını almalarının yasama tasarruflarıyla etkisizleştirilmesinin hukuki güvenlik ilkesine ters düştüğüne karar vererek, bu yönde sonuç doğuran kanun maddelerini iptal etmiştir.

18. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin başlıca:

28.4.2011 tarihli ve Esas: 2009/39; Karar: 2011/68 sayılı, 4.6.2014 tarihli ve Esas: 2014/85; Karar: 2014/103 sayılı, 18.10.2012 tarihli ve Esas: 2010/82; Karar: 2012/159 sayılı, 17.6.2015 tarihli ve Esas: 2014/194; Karar: 2015/55 sayılı

kararlarına bakılması uygun olacaktır.

Dava konusu maddeyle ilgili olarak da, yerleşik içtihattan dönülmesi için Anayasal ve hukuki bir neden bulunmadığını düşünmekteyim.

19. Kanun koyucunun bu yolla enerji faturalarına ilişkin yargı mercilerindeki ihtilaf sayısını azaltmak istemiş olabileceği öne sürülebilir ise de; maddenin, bu amaca hizmet etmeyeceği açıktır. Zira, 6446 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (ç) bendindeki gayrı adil düzenlemeler mevcut olduğu müddetçe, gerçek kayıp-kaçak miktarlarının, hedeflerin altında tahakkuk etmesi halinde enerji şirketi lehine doğan ve hizmet karşılığı olmayan kazanç ve hedef oranların belirlenmesinde Kurulun yapacağı idari işlemler, hukuka uygunluk yönünden her zaman yargı mercileri önüne getirilebilecektir. Bu

nedenle, maddenin, kanunların geriye yürümezliği ilkesinden ve Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarından ayrılmayı gerektirecek üstün bir kamu yararına hizmet ettiğini söylemek güçtür.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk kararına katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

6719 sayılı Kanunun bazı hükümlerinin iptal istemine ilişkin davada, diğer konularda Mahkememiz çoğunluğunun oy ve gerekçesine iştirak etmekle birlikte, iki kural hakkında kullandığımız farklı oya ilişkin gerekçeleri aşağıda açıklamaktayız.

1- 6719 Sayılı Kanunun 1. Maddesiyle Değiştirilen 2804 Sayılı Kanunun Ek 1. Maddesinin İkinci Fıkrası Yönünden

Ek 1. maddenin ilk fıkrasında Kurumun yurt dışındaki faaliyetlerini yürütmek amacıyla şirket veya ortaklık kurabileceği veya bürolar açabileceği belirtilmektedir. İkinci fıkrada ise MTA'nın faaliyetleriyle ilgili olarak "yurt dışında çalıştırılacak personelin niteliği, görev süresi, bunlara ödenecek ücretler ile harcamalara ilişkin usul ve esasların Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan yönetmelikle düzenleneceği" hükmü yer almaktadır.

Kuralın ilk fıkrasında belirtilen, yurt dışında kurulan şirket veya ortaklıkların personeli olarak çalıştırılacaklar yönünden Anayasanın 128. maddesinin söz konusu olmayacağı anlaşılmaktadır. Buna karşın Kurumun kadrolu görevlisi iken geçici olarak yurt dışında şirket veya kurum şubesinde görevlendirilen personelin, Anayasada belirtilen 'kamu görevlileri' kapsamında bulunduğu şüphesizdir. Anayasanın 128. maddesinin ikinci fıkrasında; memur ve kamu görevlilerinin atama, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği" belirtilmektedir. Anayasa tarafından özel olarak belirtilen kanunla düzenleme ilkesi açıkça, görev ve yetkilendirmeyi, tüm hak ve

yükümlülükler ile ödenekleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Ne var ki incelenen kuralla bu hususları kapsayan yetkilerle ilgili düzenleme yapma yetkisinin Bakanlar Kuruluna veriliyor olması, Anayasanın 128/2 ve 7. maddelerine aykırıdır. Bu nedenle çoğunluktan farklı oy kullanmış bulunmaktayız.

2- 6719 Sayılı Kanunun 26. Maddesiyle 6446 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici 20. Maddesi Yönünden

Kanunun geçici 20. maddesinde yer alan; "Kurul kararlarına uygun şekilde tahakkuk ettirilmiş dağıtım, sayaç okuma, perakende satış hizmeti, iletim ve kayıp-kaçak bedelleri ile ilgili olarak açılmış olan her türlü ilamsız icra takibi, dava ve başvurular hakkında 17. madde hükümleri uygulanır" denilmektedir. Dolayısıyla bu kural, hizmet satış ve kayıp-kaçak bedellerine ilişkin olarak 6719 sayılı Kanunda belirlenmiş olan kuralların, devam eden davalar hakkında da geçerli olmasını öngörmektedir. Gerekçeleri aşağıda açıklanacak olduğu üzere kural bu şekliyle hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırılık oluşturmaktadır.

İlk olarak belirtelim ki Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin alt unsuru ve bağımsız bir ilkesi olan HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİ gereği kanunlar bakımından 'derhal yürürlük' ve *'geçmişe yürümeme'* esasları geçerlidir.

Derhal yürürlük ilkesi, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanabilir olmasını ifade eder. Ancak bu ilkenin maddi hukuk ve usul hukuku bakımından sonuçları farklıdır. Usul hukuku yönünden derhal yürürlük ilkesi, sürmekte olan bir dava veya soruşturma sürecinde tamamlanmış usul işlemlerini etkilememek şartıyla geçerlidir. Maddi hukuk yönünden ise derhal yürürlük ilkesi gereği yeni kanun yalnızca yeni vakalar hakkında geçerlidir. Sözgelimi 5 Nisan tarihinde yürürlüğe giren yeni kanun hükmü ile haksız fiil failinin sorumluluğu artırılmış ise, bu hüküm, 5 Nisan ve sonraki tarihlerde meydana gelen kasıtlı veya taksirli fiillerde uygulanabilir iken, 4 Nisan ve önceki tarihlerde gerçekleşmiş fiiller hakkında (bunlar bakımından henüz dava açılmamış olsa dahi) uygulanamaz. Başka bir ifadeyle önceki tarihli olaylar hakkında önceki kanun hükmü uygulanır.

Hukuk güvenliği ilkesi, kanun koyucunun iradesini de sınırlayan etkisiyle kanunların genel, eşit, soyut, açık ve erişilebilir olmasını ve *geçmişe*

yürümemesini gerektirmektedir (bkz. Onur Sır, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi, Ankara 2011, s. 149). Kanunların geriye yürümemesi ilkesi, hukukun genel ilkeleri niteliğinde evrensel bir ilkedir (Ender E. Atay, Hukuk Başlangıcı, 4.B. Ankara 2017, s. 220). Bu ilke uyarınca kanunlar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanır ki hukuki istikrar ve güven tesis edilebilsin. Bu ilke sayesinde kişiler hukuk düzenini öngörebilir ve geleceğe dönük tasarrufta bulunup, hayatlarını ona göre tanzim edebilir. İlkenin yokluğu veya uygulanmaz hale getirilmesi hukuki istikrarı ortadan kaldırır, keyfiliğe zemin hazırlar ve hayatı çekilmez hale getirir. Ancak bu ilke mutlak olmayıp, bazı istisnaları bulunmaktadır.

Doktrinde yeni kanunun geriye yürümemesi kuralının istisnaları olarak; kazanılmış hakların korunması, kamu düzeni gerekliliği ve genel ahlakın korunması nedenleri gösterilmektedir. Belirtilen istisnai nedenlerden biri varsa yeni kural geçmişe yürütülebilecektir (bkz. Turhan Esener, Hukuk Başlangıcı, 8.B. İstanbul 2008, s. 247; Yasemin Işıktaş/Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2016, s. 178; Erdoğan Göğer, Hukuk Başlangıcı Dersleri, 3.B. Ankara 1974, s. 66; Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı, 4.B. Ankara 1983, s. 175). İstisnai haller arasında gösterilen 'kamu düzeni' nedeni de "yürürlükteki hukuk düzeninin temel ilkelerine aykırı olan ve halkın hukuk duygusunu katlanılamaz ölçüde sarsan hükümler" biçimde açıklanmaktadır (Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6.B. İstanbul 2007, s. 99). Ayrıca, Mahkememizin kararlarında da belirtildiği üzere 'haklı beklenti' de kanun koyucu tarafından gözetilmelidir.

Diğer taraftan kimi kararlarda aksi görülmekle birlikte 'kamu yararı' da tek başına geçmişe yürütmenin haklı nedenini oluşturamaz. Zira aksinin kabulü durumunda sınırı belirsiz kamu yararı kavramının bulunduğu hiçbir yerde bireyin hakkının korunmasından ve hukuki güvenlikten söz edilemeyecektir. Bu nedenle doktrinde geçmişe yürürlüğü gerektiren istisnai nedenler sınırlı biçimde sayılmaktadır.

Şu halde istisnai nedenler bulunmamasına karşın kanun hükmünün geçmişe yürür biçimde vaz edilmesi, hukuki güvenlik ilkesine ve hukuk devletine aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında

hukuk devleti bakımından kanunların yürürlüğe girdikten sonraki olaylara uygulanmasının kural olduğunu, ancak kazanılmış hakların korunması, kamu düzeni veya mali haklarda iyileştirme gibi istisnai hallerde geçmişe yürürlüğün kabul edilebileceğini belirtmiştir.

Örneğin geçmişe yürür şekilde haksız çıkan tarafa yargılama gideri, harç ve vekalet ücreti yükletilemeyeceğine ilişkin 5998 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi, hukuk devleti ve kanunların geçmişe yürütülememesi ilkesi uyarınca iptal edilmiştir; AYM 18.10.2012, 2010/82 – 2012/159. Diğer bir kararda şirket ortaklarının sorumluluğunu genişleten hükümlerin tahsil edilmeyen alacaklara da uygulanmasını öngören 5766 sayılı Kanunun geçici 1. maddesi iptal edilmiştir; AYM 28.4.2011, 2009/39 – 2011/168. Yine, 5393 sayılı Belediye Kanununa 6552 s. Kn. 123. madde ile eklenen ve 15. madde hükümlerinin devam eden icra takipleri hakkında da uygulanması gerektiğini ve hacizlerin de kaldırılacağını içeren geçici 8. maddesi de Mahkeme tarafından iptal edilmiştir; AYM 17.6.2015, 2014/194 – 2015/55; 5393. Anayasa Mahkemesinin kanunların geçmişe yürümemesi ilkesini esas aldığı başka kararlar da bulunmaktadır (bkz.4.6.2014, 2014-85/03; 9.5.2013, 2011/42 E. – 2013/60 K. ve 14.11.2013, 2013/24 E. – 2013/33 K.; 18.5.2011, 2008/80 E. – 2011/81 K.). Kanunların geçmişe yürütülememesi ilkesine Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da vurgu yapılmıştır (YİBK 22.5.1946, 1943/26 E. – 1946/9.K.)

Görüldüğü üzere hukuki güvenlik ilkesi ve hukuki istikrar için kanunların geçmişe yürümemesi esastır. Geçmişte kazanılan hakkın korunması için gerekiyorsa istisnaen kuralın geçmişe yürütülmesi kanun koyucunun ödevidir. Böyle bir durum yoksa esasen, yeni kanun geçmişe yürütülemediğinde, önceki kanuna göre kazanılmış hak zaten muhafaza edilmektedir. Başka deyişle geçmiş kanun hükmüne göre kazanılmış bir hakkın yokluğu geçmişe yürür kanun çıkarılmasını meşru kılmamakta, aksine hukuki güvenlik ilkesi ihlal edilmektedir.

İkinci olarak, kural hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ile de bağdaşmamaktadır. Bir davanın taraflarının mahkemeden beklentileri, meydana geldiği tarihte geçerli olan kurallar uyarınca uyuşmazlığın çözümlenmesidir. Davalar ancak mevcut kurallar öngörülerek açılabilir.

Hukuki sorumluluk doğuran kuralın dava sürecinde değiştirilmesi, mahkemenin etkili bir yargılama yapma ve karar verme yetkisini elinden aldığı gibi, tarafların mevcut hukuk düzeni karşısında elde etmeyi bekledikleri hakları da yok etmektedir. Devam eden yargılama süreçlerini etkileyen kural değişiklikleri de ancak yukarıda belirtilen geçmişe yürüme yasağının istisnalarının varlığı durumunda söz konusu olabilir. Dolayısıyla kuralın, Anayasanın 36. maddesine de aykırı olduğu düşüncesindeyiz.

Sonuç olarak Anayasanın 2. maddesinde mündemiç bulunan hukuki güvenlik ilkesine aykırı biçimde düzenlenmesi ve Anayasanın 36. maddesinde yer alan hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını ihlal etmesi nedenleriyle, geçici 20. maddenin iptali gerektiği görüşünde olduğumuzdan, çoğunluğun oy ve gerekçelerine katılamamaktayız.

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Hasan Tahsin GÖKCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6719 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 17. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

2. Dava konusu kural, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından gelir ve tarife düzenlemeleri kapsamında belirlenen bedellere ilişkin olarak yapılan başvurularda ve açılan davalarda; tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkisinin, bu bedellerin, Kurumun düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğunu öngörmektedir.

3. Elektrik enerjisinin üretilmesinden tüketilmesi aşamasına kadar çeşitli maliyet kalemleri oluşmaktadır. Elektrik enerjisinin kaliteli, sürekli, kesintisiz bir şekilde tüketicilerin kullanımına sunulabilmesi için elektriğin üretiminden tüketicilere sunulması aşamasına kadar oluşan bu maliyetlerin karşılanması gerekmektedir.

4. Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun birer maliyet kalemi olarak gelir ve tarife kapsamında öngördüğü bedeller, aktif enerji maliyeti, faturalama, müşteri hizmetleri maliyeti, perakende satış hizmet maliyeti, dağıtım sitemi yatırım harcamaları, sistem işletim maliyeti, teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti, kesme–bağlama hizmet maliyeti, sayaç okuma maliyeti ve reaktif enerji maliyeti gibi bedeller olup bu bedeller Kurumun düzenleyici işlemlerinden olan Elektrik Piyasası Tarifeler Yönetmeliği, Kurul tebliğleri, kararları doğrultusunda belirlenmekte ve tüketicilere uygulanmaktadır.

5. Kanun'un gerekçesinde düzenleyici işlemler yürürlükte iken, düzenleyici işlemleri uygulamakla yükümlü bulunan kamu ve özel hukuk tüzel kişileri aleyhine yargı organları ve tüketici hakem heyetleri ile ilgili kurum ve kuruluşlara çok sayıda müracaatlarda bulunulduğu ve elektrik piyasasında faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlar ile yargı organları gereksiz iş yükü altında kaldığı, bu amaçla kuralla ürün veya hizmet bedeline ilişkin olarak yapılan başvurularda ve açılan davalarda; tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkisinin ürün veya hizmet bedellerinin, Kurumun düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlı tutulduğu ifade edilmiştir.

6. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin gereklerinden olan hukuki güvenlik ilkesi, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılmaktadır.

7. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir…"* denilerek söz konusu haklar güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında ise *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır…"* denilmektedir.

8. Dava konusu kuralda *"Kurum tarafından gelir ve tarife düzenlemeleri kapsamında belirlenen bedellere ilişkin olarak yapılan başvurularda ve açılan davalarda; tüketici hakem heyetleri ile mahkemelerin yetkisinin, bu bedellerin, Kurumun*

düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır." denilmiştir. Dava konusu kuralla başvurucular bakımından değil Mahkemenin yargı yetkisine ilişkin bir düzenleme getirilmektedir. Dolayısıyla tüketicilerin mahkemeye erişim hakkının kısıtlanması söz konusu değildir.

9. Anayasa'ya uygun yorum, bir kanunun ilgili hükmünü iptal etmeden Anayasa'ya uygun bir anlam verilerek uygulamada kalmasının sağlanmasıdır. Anayasa'ya uygun yorum ilkesi Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen *"Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü"* ilkesine dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 31.3.1987 tarihli ve E.1986/24, K.1987/8 sayılı kararında *"…bir yasa hükmünün değişik yorumlara açık bulunması halinde Anayasa'yla bağdaşan ihtimale öncelik tanıma Anayasa'ya uygunluk denetiminde yerleşik bir yorum yöntemidir."* denilmiştir.

10. Dava konusu kural Anayasa'nın 125. maddesi bağlamında yargı yetkisine bir sınırlama getirmemekte, bir somutlaştırma yapmaktadır. İptali istenen kural daha ziyade Anayasa'nın 125. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan *"Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz…"* hükmünün, dava konusu kural özelinde somutlaştırılması olarak yorumlanmalıdır.

11. Dava konusu kuralla yargılama faaliyetine ilişkin bir sınırlama getirilmemekte, *"…tüketici hakem heyetleri ile Mahkemelerin yetkisinin bu bedellerin, Kurumun düzenleyici işlemlerine uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır."* denilmek suretiyle yerindelik denetimi yerine *"hukuka uygunluk denetimi"* yapılması vurgulanmaktadır. Mevzuata uygunluk denetimi, hukuk devleti ilkesine aykırı değildir. Kuralla kanun koyucunun kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereği olarak Mahkemelerin yerindelik denetimi yapmalarının önüne geçilmesini hedeflediği anlaşılmaktadır.

12. Bu sebeplerle dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını ve iptal ve itiraz başvurularının reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümüzden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmamaktayız.

Üye	Üye
Rıdvan GÜLEÇ	Recai AKYEL

Esas Sayısı : 2016/180
Karar Sayısı : 2018/4
Karar Tarihi : 18.1.2018

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Engin ALTAY, Levent GÖK, Özgür ÖZEL ile birlikte 122 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 19.8.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… Bakanlar Kurulu tarafından…"* ibaresinin,

B. 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu,…"* ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 87., 160., 161. ve 163. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

İptali istenen kuralların yer aldığı 6741 sayılı Kanun'un;

1. 4. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Türkiye Varlık Fonunun kaynakları;

a) Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından; özelleştirme kapsam ve programında bulunan ve Türkiye Varlık Fonuna devrine karar verilen kuruluş ve varlıklar ile Özelleştirme Fonundan Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına karar verilen nakit fazlasından,

b) Kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklardan; ***Bakanlar Kurulu tarafından*** *Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verilenlerden,*

c) Türkiye Varlık Fonu tarafından yurtiçi ve yurtdışı sermaye ve para piyasalarından ilgili mevzuat kapsamında yer alan izin ve onaylar aranmaksızın sağlanan finansman ve kaynaklardan,

ç) Para ve sermaye piyasaları dışında diğer yöntemlerle sağlanan finansman ve kaynaklardan,

oluşur."

2. 8. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

*"**3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu,** 6362 sayılı Kanun ile bu Kanun uyarınca yürürlüğe konulan ikincil mevzuat, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 9/11/1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın-İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler Türkiye Varlık*

Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket tarafından kurulan diğer şirketler hakkında uygulanmaz. Kamu kurum ve kuruluşlarına personel alınmasına dair ilgili mevzuat hükümleri Şirket tarafından istihdam edilecek personel hakkında uygulanmaz."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 2.11.2016 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu kanun hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Genel Açıklama

3. Ulusal varlık fonları -6741 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde belirtildiği üzere- kamuya ait çeşitli varlıkların belirli kurumsal yönetim ilkelerine bağlı olarak yönetilmesine ilişkin özel amaçlı yatırım fonlarıdır. Söz konusu fonlar ile reel sektör yatırımlarına, stratejik sektör, şirket ve projelere uzun vadeli kaynak sağlanarak kalkınmanın hızlandırılması, ekonomide sürdürülebilir büyüme oranlarının yakalanması ve ekonomik istikrarın sağlanması amaçlanmaktadır. Sürdürülebilir büyüme ve finansal kalkınmayı sağlamak üzere son on yıllık süreçte Körfez ülkeleri, Norveç ve ABD'nin yanı sıra Çin Halk Cumhuriyeti, Rusya, Singapur gibi ülkelerde ulusal varlık fonu modeli ön plana çıkmaktadır. Dünya genelinde kırktan fazla ülkede varlık fonu bulunmakta olup bu fonların küresel büyüklüğü trilyon dolarla ifade edilen miktarlara ulaşmıştır. Ulusal varlık fonlarının dünyadaki

örnekleri incelendiğinde tasarrufların emeklilik sistemi aracılığıyla ulusal varlık fonlarına aktarılması, kamusal fonların konsolide edilerek uzun vadeli yatırım perspektifleri ile değerlendirilmesi gibi yollarla büyümeye katkı sağlandığı; ulusal varlık fonu yönetimlerinin Merkez Bankaları ile koordinasyonu sağlanarak finansal istikrarın gözetildiği görülmektedir. Dünya örneklerinde bu fonların kaynakları esas olarak petrol, doğal gaz ve maden gibi doğal kaynaklardan oluşan emtia gelirleridir. Ancak ödemeler dengesi fazlası ile emeklilik fonu gibi emtia dışı varlık gelirleri de bu kaynaklar arasında olabilmektedir. Dünya örneklerinde olduğu gibi ulusal varlık fonları; devletlerin kontrolünde, bunlara ait kaynakların toplandığı bir çeşit havuzdur. Hâlihazırda Özelleştirme İdaresi Başkanlığı kamu iktisadi teşebbüslerinin mevcut olduğu benzer bir havuzu yönetmekte, elde ettiği özelleştirme gelirlerini değerlendirerek portföyündeki kuruluşlara kaynak yaratmakta ve gelirinin büyük bölümünü Hazineye aktarmaktadır.

4. Uluslararası Para Fonunun koordinasyonuyla bir araya gelen Uluslararası Varlık Fonu Çalışma Grubu tarafından yürütülen çalışmalar çerçevesinde ulusal varlık fonlarıyla ilgili uyulması gereken yirmi dört ilke Santiago İlkeleri olarak kabul edilmiş ve yayımlanmıştır. Bu ilkeler ile varlık fonlarının yönetim ve denetimiyle ilgili temel kurallar belirlenmiştir. Bu kapsamda fonların denetimiyle ilgili olarak fonun sahibinin varlık fonunun işlemlerini denetleyebilmesi, fonun işleyiş ve finansal raporlarının fonun amaçlarına uygun şekilde ulusal ve uluslararası standartlardaki mekanizmalar tarafından denetlenmesi temel ilkeler arasında yer almaktadır.

5. Bu gelişmeler çerçevesinde sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurt içinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmak, dış kaynak temin etmek, stratejik, büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmek için Türkiye Varlık Fonu ve bu fona bağlı alt fonları kurmak ve yönetmek üzere Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin (Şirket) kurulması, yönetimi ve faaliyetlerine ilişkin esasları düzenlemek amacıyla 6741 sayılı Kanun kabul edilmiştir.

6. Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Başbakanlığa bağlı, ana faaliyet konusu bu Kanun'la belirtilen Türkiye Varlık Fonu ve alt fonların kurulması ve yönetimi olan, profesyonel yönetim ilkelerine göre yönetilen, özel hukuk hükümlerine tabi Şirket kurulmuştur. Maddenin (3)

numaralı fıkrasında da Şirketin stratejik yatırım planında belirtilen hedefler ile likidite, yatırım, risk ve getiri tercihlerini dikkate alarak yerli ve yabancı şirketlerin paylarının, Türkiye'de ve yurt dışında kurulan ihraççılara ait payların ve borçlanma araçlarının, kıymetli madenler ve emtiaya dayalı olarak ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının, fon katılma paylarının, türev araçlarının, kira sertifikalarının, gayrimenkul sertifikalarının, özel tasarlanmış yabancı yatırım araçlarının ve diğer araçların alım satımını, her türlü para piyasası işlemlerini, gayrimenkul ve gayrimenkule dayalı haklar ile her türlü gayrimaddi hakların değerlendirilmesini; her türlü proje geliştirme, projeye dayalı kaynak yaratma, dış proje kredisi sağlama ve diğer yöntemlerle kaynak temini işlemlerini ve her türlü ticari ve finansal faaliyetleri, ulusal ve uluslararası birincil ve ikincil piyasalarda gerçekleştireceği ve Şirket tarafından ulusal yatırımlar ile uluslararası alanlarda diğer devletler ve/veya yabancı şirketlerce yapılacak yatırımlara iştirak edilebileceği belirtilmiştir.

7. Kanun'un 2. maddesinin (4) numaralı fıkrasında ise Şirketin organizasyon yapısında; portföy yönetim birimi, araştırma birimi, muhasebe, kayıt, bilgi ve belge sistemleri ile düzenli iş akışı ve haberleşmeyi sağlayacak organizasyon, iç kontrol ve risk yönetim sistemi ile iç denetim birimi, fon hizmet birimi ile gerekli diğer birimlerin kurulacağı, Şirketin faaliyet konularına ilişkin olarak hizmet alımı yapabileceği ve Şirketin faaliyet konusu ve amacı, sermaye miktarı, payları, payların devir esasları, paylara tanınacak imtiyazlar, tasfiye, devir, birleşme, fesih, organlar, komiteler, bunların oluşumu, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları, hesapları ve kârlarının dağıtımı ile teşkilatına ilişkin esaslar ile sair hususların yer aldığı esas sözleşmesinin genel hükümlerle bağlı olmaksızın doğrudan tescil ve ilan edileceği hüküm altına alınmıştır. Maddenin (5) numaralı fıkrasında, Şirketin 50.000.000 (elli milyon) Türk lirası olan kuruluş sermayesinin Özelleştirme Fonundan karşılanacağı ve tamamı ödenmiş olan bu sermayeyi temsil eden payların Özelleştirme İdaresi Başkanlığına ait olduğu belirtilmiştir. Maddenin (6) ve (7) numaralı fıkralarında da Şirketin hisse senetlerinin nama yazılı olduğu, en az beş kişiden oluşan yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdürün Başbakan tarafından atanacağı, yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdürün ekonomi, finans, hukuk, maliye ve bankacılık alanlarından en az birinde beş yıldan az olmamak üzere tecrübe sahibi olmalarının aranacağı belirtilmiştir.

8. Kanun'un 3. maddesine göre, Şirketin yapısına ve işleyişine ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir. Şirket tarafından hazırlanan Türkiye Varlık Fonu İçtüzüğü'nün ticaret siciline tescili ile Türkiye Varlık Fonu kurulur. Ayrıca gerek görülmesi hâlinde Türkiye Varlık Fonuna bağlı alt fonlar kurulabilir. Şirket ve bağlı şirketleri ile Türkiye Varlık Fonu ve onun bünyesinde kurulacak alt fonları kapsayan üç yıllık stratejik yatırım planı yönetim kurulu tarafından hazırlanır ve Bakanlar Kurulunun onayı ile yürürlüğe girer.

9. Kanun'un 5. maddesine göre, Türkiye Varlık Fonuna devredilen varlıklar ve haklar ile Şirket tarafından gerçekleştirilen faaliyetler neticesinde elde edilen tescile tabi olabilen diğer her türlü değer ilgili siciline veya kütüğüne Türkiye Varlık Fonu adına tescil edilir. Türkiye Varlık Fonu, bu madde kapsamındaki tescil işlemleri ile sınırlı olmak üzere tüzel kişiliği haiz addolunur.

10. Kanun'un 8. maddesinde ise bu Kanun'a göre kurulan Şirket ve Türkiye Varlık Fonu ile Şirket tarafından kurulacak şirketler ve alt fonlar hakkında muafiyet ve istisnalar düzenlenmiştir.

B. Kanun'un 4. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan *"…Bakanlar Kurulu tarafından…"* İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

11. Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kuralın yer aldığı bentte geçen kamu kurum ve kuruluşları kavramının geniş bir kavram olduğu, Kanun'la kurulan Türkiye Varlık Fonunun ulusal varlık fonlarının klasik kurulma amaçlarının ötesinde ilave borçlanma hedefi taşıdığı, ülke varlıklarının nakde çevrilerek yaratılan kaynakla portföy yönetimi faaliyetine girilmesinin ve bunun sürdürülmesinin amaçlandığı, bu işlemlerin ise kamu yararı amacı taşımadığı, Bakanlar Kuruluna sınırları açık olarak düzenlenmeden verilen yetkinin kişiler ve idare bakımından belirsiz olduğu, temel ilkeleri belirlenmeksizin, çerçevesi çizilmeksizin yürütme organına düzenleme yetkisi veren kuralla sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın idarenin düzenlemesine bırakılarak yasama yetkisinin devredildiği, Türkiye Varlık Fonunun kaynağı olarak kullanılacak ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve

varlıkların ait oldukları merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki idarelerin söz konusu kaynakların kullanımı konusunda parlamentoda her yıl görüşülerek yasalaşan yıllık bütçe kanunları ile parlamento tarafından bütçe hakkı çerçevesinde yetkilendirildiği, Türkiye Varlık Fonunun oluşturulmasında kullanılacak kaynakların büyük bir bölümünün birikiminin yıllık bütçe uygulamaları sonucunda gerçekleştiği, bu fon, alt fon, şirket ve alt şirket aracılığıyla toplanacak ve kullanılacak kaynakların bütçe ve kamu mali sisteminde ikincil bir kamu finansman havuzu (ikincil hazine) anlamı taşıdığı ve bu yetkinin Bakanlar Kuruluna bırakılmasının parlamentonun bütçe hakkı ve buna ilişkin anayasal hükümlere aykırı olduğu, varlıklarına el konulan merkezî yönetim bütçesi içinde yer alan kamu kurum ve kuruluşları açısından Sayıştay denetimi ile anayasal güvence altında bulunan bütçe sürecinin anlamsız ve uygulanmaz hâle geldiği, bunun bütçe sürecine müdahale anlamı taşıdığı, bütçe hakkının Bakanlar Kuruluna yani yürütme organına devri sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 87., 161. ve 163. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

12. Kanun'un *"Türkiye Varlık Fonu'nun kaynakları ve finansmanın sağlanması"* başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklardan *"Bakanlar Kurulu tarafından"* Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verilenler, Türkiye Varlık Fonunun kaynakları arasında gösterilmiştir. Bentte yer alan *"…Bakanlar Kurulu tarafından…"* ibaresi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

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

14. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden bir diğeri ise belirliliktir. Belirlilik ilkesi bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını

taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

15. 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.

16. 7. maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere yasama yetkisinin devredilmezliği esasen kanun koyma yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi dışında 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 yürütme organına da bırakabilir.

17. Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince 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. 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.

18. Kuralın yer aldığı Kanun'un 4. maddesinde Türkiye Varlık Fonunun kaynakları ve finansman sağlanması düzenlenmektedir. Kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklardan Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verilenler, Türk Varlık Fonunun kaynakları arasında yer almakta olup söz konusu kararın Bakanlar Kurulu tarafından verilmesi dava konusu kuralı oluşturmaktadır.

19. Ulusal varlık fonları dünya örneklerinde de görüldüğü üzere devletlerin kontrolünde, bunlara ait kaynakların toplandığı bir havuz niteliğindedir. Bu bağlamda Kanun'la kurulan Fon ve Şirketin devlete ait olan tüm kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altındaki ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkların bir havuzda toplanarak özelleştirme veya yap-işlet-devret modeli dışında daha etkin ve kontrollü yeni bir finansman modeli oluşturmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Kanun'la devlete ait kaynakların Kanun'da belirtilen amaçları gerçekleştirmek üzere bir araya toplanarak oluşturulduğu bu yeni modelde, ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkları olan tüm kamu kurum ve kuruluşların ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklarının Fona aktarılması veya Şirket tarafından yönetilmesinde kamu yararı amacı olmadığı söylenemez. Ayrıca dünyada ulusal varlık fonları, başlangıçta doğal kaynaklardan, ihracattan elde edilen gelir veya bütçe fazlalarının finansal piyasalarda değerlendirilmesi ve bu gelirlerin gelecek kuşaklar için korunması gibi amaçlarla ortaya çıkmışsa da devletlerin ihtiyaçlarına göre zamanla çeşitlenmiş ve büyük yatırım projeleri ile kalkınma ve sanayi politikalarının desteklenmesi için kalkınma amacıyla da kurulmaya başlanmıştır. Bu bağlamda Kanun'la kurulan Fon ve Şirketin ulusal varlık fonlarının ilk kurulma amaçlarından ziyade belirtilen yeni amaçlara yönelik olarak kurulduğu açık olup bu amaçları gerçekleştirmek üzere Kanun'un 2. maddesinde yer alan işlemleri yapmakla yetkili kılınmıştır.

20. Anayasa'nın 2. maddesinde güvence altına alınan "hukuk devleti" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "kamu yararı" konusunda

Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

21. 6741 sayılı Kanun'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere 6741 sayılı Kanun'la kurulan Türkiye Varlık Fonu ile mevcut durumda kamuya ait gelir ve fon fazlalarının reel sektöre uzun vadeli yatırım çerçevesine olanak sağlayacak bir üst fonda birleştirilmesinin bir çarpan etkisi ile sadece ülkemizde planlanan mega yatırımların finansmanını sağlamakla kalmayacağı, aynı zamanda sermaye piyasalarının da gelişimine katkıda bulunacağı, bu yolla bankacılık sisteminin finans sektöründeki hâkim rolünün azaltılarak alt yapı ve gayrimenkul fonları gibi sermaye piyasası ürünlerini de ön plana çıkarılabileceği, ayrıca Fonun kurulmasıyla kamu fonlarının konsolide olarak yönetildiği güçlü bir ulusal varlık fonunun oluşturulması suretiyle finansal stres ortamında piyasaların stabilize edici önlemlerin alınması ve ülkenin uluslararası kredibilitesinin artmasının sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

22. Dava konusu kuralla, kamu kurum ve kuruluşların tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkların söz konusu amaçları gerçekleştirmek üzere kurulan Türkiye Varlık Fonuna aktarılması veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verilme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesi suretiyle kanun koyucunun bunlara en hızlı şekilde kaynak ve finansman sağlanmasını amaçladığı anlaşılmaktadır. Nitekim Santiago İlkeleri içinde yer alan ilk ilke, varlık fonunun kuruluşundaki hukuki alt yapısının amaçlarını gerçekleştirmek için etkin işlem yapmasına imkân tanıması gerektiğine vurgu yapmaktadır.

23. Kamu kurum ve kuruluşların tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkların, bunların mevzuatlarında öngörülen ana faaliyet ve hizmetlerini yürütmesi için zorunlu olmayan, ana faaliyetlerinin icrasında ihtiyaç duyulmayan gelir, kaynak ve varlıkları ifade ettiği açıktır. Kuralın kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında olan ancak esas faaliyetlerin yürütülmesi için gerekli olmayıp atıl durumda bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklarının bir yandan ekonomiye kazandırılmasını diğer yandan da bunların aktarılmasına karar verilen Türkiye Varlık Fonunun

kaynak ve finansman bakımından güçlenerek söz konusu amaçların hayata geçirilmesi noktasında daha etkili bir rol üstlenmesinin sağlanması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

24. Öte yandan Bakanlar Kurulunun kural kapsamında vereceği kararların idari yargının denetimine tabi olduğu açıktır. Ayrıca 6741 sayılı Kanun'la kurulan Şirket, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonlar hakkında Kanun'un 6. maddesinde üç aşamalı bir denetim öngörülmektedir. Bu bağlamda Fon ve Şirket ile alt fon ve diğer şirketler hakkında öncelikle bağımsız denetim yapılması, ikinci aşamada bunların bağımsız denetimden geçmiş yıllık mali tabloları ile faaliyetlerinin Başbakan tarafından görevlendirilecek en az üç merkezî denetim elemanı tarafından bağımsız denetim standartları çerçevesinde denetlenmesi ve üçüncü aşamada bir önceki yıla ait mali tabloları ile faaliyetlerin her yıl ekim ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından denetlenmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla kural gereğince aktarılmasına veya yönetilmesine karar verilen kamu kaynağının denetim dışı kalması da söz konusu değildir.

25. 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, kanunla düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz ve yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

26. Dava konusu kuralla Bakanlar Kuruluna verilen yetki yalnızca kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altındaki ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkları kapsamaktadır. Söz konusu gelir, kaynak ve varlıkların ihtiyaç fazlası olma durumu ise zamana ve ülkenin içinde bulunduğu ekonomik, sosyal ve stratejik durum ve koşullara göre değişiklik gösterebilecek bir husustur. Kanun koyucunun temel kuralı saptadıktan sonra değişen

durum ve koşullara göre karar verme yetkisini yürütme organına bıraktığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kanunla temel ilkeleri belirlenmiş ve çerçevesi çizilmiş konuda dava konusu kuralla, kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkların Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verme yetkisinin yürütmeye verilmesi yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla temel esasları belirlenip sınırları çizdikten sonra söz konusu gelir, kaynak ve varlıkların aktarılması veya yönetilmesine karar verme yetkisinin yürütme organına bırakıldığı dava konusu kuralın belirsiz olduğu söylenemeyeceği gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

27. Anayasa'nın, 161. maddesinde *"Devletin ve kamu iktisadî teşebbüsleri dışındaki kamu tüzelkişilerinin harcamaları, yıllık bütçelerle yapılır./ Mali yıl başlangıcı ile merkezî yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir./ Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir./ Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz."* hükmü, 162. maddesinde *"Bakanlar Kurulu, merkezî yönetim bütçe tasarısı ile millî bütçe tahminlerini gösteren raporu, malî yıl başından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar./ Bütçe tasarıları ve rapor, kırk üyeden kurulu Bütçe Komisyonunda incelenir. Bu komisyonun kuruluşunda, iktidar grubuna veya gruplarına en az yirmibeş üye verilmek şartı ile, siyasî parti gruplarının ve bağımsızların oranlarına göre temsili göz önünde tutulur./ Bütçe Komisyonunun ellibeş gün içinde kabul edeceği metin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve malî yıl başına kadar karara bağlanır./ Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Genel Kurulda, kamu idare bütçeleri hakkında düşüncelerini, her bütçenin tümü üzerindeki görüşmeler sırasında açıklarlar; bölümler ve değişiklik önergeleri, üzerinde ayrıca görüşme yapılmaksızın okunur ve oylanır./ Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, bütçe kanunu tasarılarının Genel Kurulda görüşülmesi sırasında, gider artırıcı veya gelirleri azaltıcı önerilerde bulunamazlar."* hükmü ve 163. maddesinde *"Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz. Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez. Carî yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarılarında ve carî ve ileriki yıl bütçelerine malî yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde,*

belirtilen giderleri karşılayabilecek malî kaynak gösterilmesi zorunludur." hükmü yer almaktadır.

28. Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerinin genel olarak düzenlendiği Anayasa'nın 87. maddesinde "*Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesinhesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.*" denilmektedir.

29. Anayasa'nın 87. maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri arasında "*kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak*" yanında "*bütçe kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek*" görev ve yetkisine de ayrıca yer verilmiştir. Bütçe kanunlarını diğer kanunlardan ayrı tutan bu kurallar karşısında bütçe ile ilgili olmayan hiçbir hüküm bütçe kanununa konulamaz.

30. Anayasa'nın 88. maddesinde, kanunların Türkiye Büyük Millet Meclisinde teklif, görüşülme usul ve esasları genel olarak düzenlenirken bütçe kanunlarının görüşülme usul ve esasları 162. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Bu maddeyle bütçe kanun tasarılarının görüşülmesinde özel bir yöntem kabul edilmiş, Genel Kurulda üyelerin gider artırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiş ve Anayasa'nın 89. maddesiyle de Cumhurbaşkanı'na bütçe kanunlarını bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan Anayasa'nın 163. maddesinde bütçede değişiklik yapılabilmesinin esasları da ayrıca düzenlenmiş, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın anılan maddeleri incelendiğinde, bütçe kanunlarına bütçe ile ilgili olmayan kurallar konulmamasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Anayasa'da birbirinden tamamen ayrı ve değişik olarak düzenlenen iki kanunlaştırma yönteminin doğal sonucu olarak olağan kanun ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe kanunu ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması olanaksızdır.

31. Anayasa'nın 161. maddesinde *"Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz."* hükmü yer almaktadır. *"Bütçe ile ilgili hükümler"* kavramı, mali nitelikteki hükümleri değil kanun konusu olabilecek bir kuralı kapsamaması koşuluyla bütçenin uygulanması ile ilgili, uygulamayı kolaylaştırıcı ve açıklayıcı nitelikte hükümleri ifade etmektedir. Anayasa'nın 161. maddesinin getiriliş amacı, bütçe kanunlarında, yıllık bütçe kavramı dışındaki konulara yer vermemek, böylece bütçe kanunlarını ilgisiz kurallardan uzak tutarak kendi yapısı içinde bütünleştirmektir.

32. Anayasa koyucu bütçe kanunlarında yer alamayacak hususları belirtmiş olup bir kuralın uygulanması sonucu gelir elde edilecek ya da harcama yapılacak olması, o kuralın bütçe ile ilgili bir hüküm olduğu anlamına gelmez. Bütçe kanunlarında ilgili kurumun o yıla ait ödenek miktarı ile harcama usul ve esasları düzenlenmekle birlikte ödeneklere ilişkin genel ve soyut nitelikteki tüm kuralların bütçe ile ilgili hüküm olduğundan söz edilemez. Bu çerçevede kamu kurumlarının bütçe kanunlarıyla tahsis edilen ödeneklerinin harcanması ya da aktarılmasına ilişkin kurallar bütçe ile ilgili hüküm olmayıp bu hususların kanun konusu yapılabilmesine bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkların Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilmesi hakkında dava konusu kuralın doğrudan Anayasa'nın 161. maddesinde yer alan anlamda *"bütçe ile ilgili hüküm"* niteliğinde olmadığı açıktır. Dolayısıyla kamu kurum ve kuruluşları için bütçe kanunlarında öngörülen yıllık ödeneklerdeki ihtiyaç fazlası gelir ile bu ödeneklerden elde edilen kaynak ve varlıkların Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilmesine ilişkin dava konusu kuralın bütçe ile ilgili bir hüküm olmadığı dikkate alındığında kuralda Anayasa'nın bütçe ile ilgili kurallarına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

33. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 7., 87., 161. ve 163. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

34. Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

35. Kuralın Anayasa'nın 6. ve 8. maddeleri ile bir ilgisi görülmemiştir.

C. Kanun'un 8. Maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu…"* İbaresinin İncelenmesi

1. İptal Talebinin Gerekçesi

36. Dava dilekçesinde özetle; Kanun'un 6. maddesi ile kurulacak Şirketin, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketlerin, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların denetimlerinin, bunların tamamen kamuya ait varlık ve kaynaklarla oluşturulması nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) ait olması gerektiği, TBMM adına denetleme yapmak görevinin Anayasa ile Sayıştaya verildiği, bu nedenle Türkiye Varlık Fonunun işlemlerinin denetiminin Sayıştay tarafından yapılması gerektiği, aksi hâlde söz konusu Fona yapılan gelir, kaynak ve varlık aktarımlarının akıbetinin sorgulanmasının ve değerlendirilmesinin imkânsız olduğu, Kanun'da Fon için öngörülen denetim şeklinin Anayasa'nın 160. ve 165. maddelerinde öngörülen denetimlerle hiçbir ilgisinin bulunmadığı ve TBMM tarafından yapılması gereken denetimi karşılamadığı, öngörülen denetimin iç ve dış kamuoyunu doyurucu, tatmin ve ikna edici bir denetim şekli olmadığı, saydamlık ve hesap verebilirlik ilkelerine uymadığı, Anayasa Mahkemesinin 4.12.2014 tarihli ve E.2013/114, K.2014/184 sayılı kararı ile sermayesindeki kamu payı doğrudan veya dolaylı olarak %50'den az olan özel kanunlar ile kurulmuş anonim ortaklıklar ile merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan ya da dolaylı olarak ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketlerden kamu payı %50'nin altına düşmüş olanları, ortaklık hakları yönüyle Sayıştay tarafından denetlenmesi olanağını ortadan kaldıran düzenlemenin iptaline karar verildiği, tamamen kamuya ait varlık ve kaynaklarla oluşturulan Türkiye Varlık Fonunun ve bu fon bünyesinde kurulacak alt fonların, Türkiye Varlık Fonu Anonim Şirketinin, bu şirketin kuracakları alt şirketlerin denetiminin Sayıştay Kanunu kapsamı dışına çıkarıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

37. Dava konusu kuralla 3.12.2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu hükümleri, Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket

tarafından kurulan diğer şirketler hakkında uygulanmayacak kanunlar arasında sayılmıştır.

38. Anayasa'nın *"Sayıştay"* başlıklı 160. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde *"Sayıştay, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir…"* hükmüne, üçüncü fıkrasında ise *"Mahallî idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması Sayıştay tarafından yapılır."* hükmüne yer verilmiştir.

39. Buna göre, merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ve sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleriyle mallarının ve mahallî idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması görevlerinin Sayıştay tarafından yerine getirilmesi anayasal bir zorunluluk olup belirtilen idare ve kurumların Sayıştay tarafından denetlenmesi görevini ortadan kaldıracak bir düzenleme yapılması mümkün değildir.

40. Sayıştayın belirtilen görevinin yanı sıra Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde ifade edildiği üzere *"kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevli"* olması nedeniyle bu kapsamda Sayıştaya bir görev verilip verilmemesi konusunda kanun koyucunun takdir yetkisine sahip olduğu açıktır.

41. Anayasa'nın 160. maddesinde belirtilen idare ve kuruluşlar dışında kalan idare ve kuruluşlara ilişkin kamu kaynaklarının kamu yararına yönelik olarak hukuka uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi de Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin bir gereği olmakla birlikte Anayasa'da bu denetimin hangi kurum aracılığıyla ve hangi usullerle yapılacağı konusunda sınırlayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu denetimin Sayıştay aracılığıyla yapılması zorunluluğu bulunmayıp söz konusu denetimin hangi kurum aracılığıyla yaptırılacağı hususu kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

42. Anayasa Mahkemesinin 28.12.2016 tarihli ve E.2016/21, K.2016/199 sayılı kararında da *"Kanun koyucunun, Anayasa'nın 160. maddesinde belirtilenler*

dışında kalan anılan nitelikteki ve sermayesinde belli bir miktarda kamu payı bulunan şirketleri, bunların iştiraklerini ve bağlı ortaklıklarını Sayıştay denetimine tabi kılıp kılmama, ayrıca Sayıştay denetimine tabi kıldığı takdirde denetim yetkisinin kapsamını, yöntemini ve usulünü belirleme konusunda takdir yetkisi bulunduğu açıktır" denilmek suretiyle kanun koyucunun Anayasa'nın 160. maddesinde belirtilen kamu idare ve kurumları dışında kalan kurum ve kuruluşların Sayıştay denetimine tabi olup olmamaları ve denetimin kapsamı ile yöntemini belirleme konularında takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir.

43. Türkiye Varlık Fonu, 6741 sayılı Kanun'un amaç ve kapsamını belirleyen 1. maddesinde ve genel gerekçesinde belirtildiği üzere sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurt içinde kamuya ait olan varlıkları ekonomiye kazandırmak, stratejik büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmek yanında yurt içi ve yurt dışında finansal risklerin artmasıyla yaşanan ekonomik dalgalanma dönemlerinde, yabancı yatırımcıların gerçekleştirdikleri fon çıkışlarının varlık fiyatlarında sert düşüşlere yol açması ve yerli yatırımcıların spekülatif döviz talebinin artması, piyasalarda likiditenin azalması ve finansal istikrara yönelik endişelere yol açması gibi sorunları çözmek için finansal stres ortamında piyasalarda stabilize edici bir görev üstlenerek, kamu fonlarının konsolide olarak yönetildiği, ülke tasarruflarının büyüklüğünü ve gücünü görünür kılarak piyasalarda gerekli güven ortamını yaratarak stratejik düzeyde Türk ekonomisini dışarıdan yönlendirilen müdahalelere karşı kuvvetlenmesinde önemli rol üstlenmek, garanti mahiyetinde bir fon olmak üzere kurulmuştur.

44. Bu amaçlar yanında 6741 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde ifade edildiği gibi Türkiye Varlık Fonunun kurulmasıyla büyüme oranına ilave artış sağlanması, sermaye piyasalarının büyüme ve derinleşmesinin hızlandırılması, bazı finans varlıklarının kullanımının yaygınlaşması, yapılacak yatırımlarla ek istihdam sağlanması, savunma, havacılık ve yazılım gibi teknoloji yoğun stratejik sektörlerdeki yerli şirketlerin sermaye ve proje bazında desteklenmesi, küresel oyuncu olmalarının sağlanması, büyük alt yapı projelerine kamu kesimi borcu artırılmadan finansman sağlanması, katılım finansmanı sektör payının artırılması, arz güvenliğini sağlamak üzere Türkiye için önem taşıyan doğal gaz ve petrol gibi yurt dışındaki stratejik sektörlere kısıtlamalara bağlı olmadan doğrudan yatırım yapılabilmesi hedeflenmektedir.

45. Bu şekilde önemli finansal ve yapısal hedef ve beklentileri olan Türkiye Varlık Fonu ve Şirket gerekçede ifade edildiği gibi 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine tabi ancak bir devlet şirketi formunda, birçok konuda muafiyet ve istisnalara sahip olarak özel bir statüde kurulmuştur. Kanun koyucunun Türkiye Varlık Fonu ile anonim şirket statüsünü haiz kendine özgü bir kuruluş olan Şirket hakkında söz konusu hedef ve beklentileri yerine getirirken klasik yöntemlerin dışında farklı bir çalışma ve denetim usulü benimsediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Anayasa'nın 160. maddesinde Sayıştay denetimi öngörülen merkezî yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumları arasında yer almadığı gibi aynı madde uyarınca bunlar hakkında inceleme, denetleme ve hükme bağlama işleri de takdir yetkisi kapsamında kanunla özel olarak da Sayıştaya verilmemiştir. Ayrıca söz konusu Fon ve Şirkete genel bütçeden doğrudan bir kaynak aktarımı da yapılmadığı dikkate alındığında özel bir statüye sahip olarak kurulan ve farklı bir çalışma usulü öngörülen Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve diğer şirketler hakkında 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun uygulanmaması hakkında dava konusu kuralın Anayasa'nın 160. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

46. Öte yandan Anayasa'nın 165. maddesinde *"Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir."* hükmü yer almaktadır. Devlet gelir ve giderleri ile malları üzerinde denetimle ilgili olarak Anayasa'da Sayıştay denetimi yanında kabul edilen diğer yöntem Anayasa'nın 165. maddesinde belirtildiği üzere kanun gereğince kurulan ve denetimin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılması öngörülen sistemle gerçekleştirilen denetimdir. Bu bağlamda denetim bakımından tek yetkili organ Sayıştay değildir. Kanun koyucu bazı durumlarda Sayıştaydan başka kurumlara da denetim görevini verebilmektedir. Ancak Anayasa'nın 165. maddesi dikkate alındığında kurulacak denetim sisteminin mutlaka Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimini sağlayacak bir nitelikte olması gerekmektedir.

47. Türkiye Varlık Fonu, Anayasa'nın 165. maddesi içinde sayılan bir kamu kuruluşudur. 1961 Anayasası'nın 127. maddesinin son fıkrasında

sadece kamu iktisadi teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından denetlenmesi öngörülmüşken 1982 Anayasası'nın 165. maddesinde *"Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının"* denilerek kapsam genişletilmiştir. Nitekim maddenin Danışma Meclisindeki gerekçesi aynen 1961 Anayasası'nda olduğu gibi *"Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından denetlenmesi usul ve esasları kanunla düzenlenmelidir"* şeklinde iken madde, Millî Güvenlik Konseyinde yapılan değişiklikle şimdiki durumunu almıştır. Bu gerekçede *"Payının yarısından fazlasına Devletin sahip olduğu kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce, Yüksek Denetleme Kurulu raporlarıyla, düzenlenecek diğer raporlar da esas alınarak denetlenmesine imkân verecek şekilde madde yeniden düzenlenmiştir."* ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 165. maddesi *"Kamu İktisadi Teşebbüsleri denetimi"* başlığını taşıyor ise de bütçe içi ya da bütçe dışı kamu kaynaklarından oluşan, tüzel kişiliğe sahip ve bir kamu hizmeti yapmak üzere bir amaca tahsis edilen fonların da Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu bağlamda Türkiye Varlık Fonu ile Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları da kanunla düzenlenmesi gereken bir husustur.

48. 6741 sayılı Kanun'un "*Denetim*" başlıklı 6. maddesinde Şirket, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların bağımsız denetime tabi olduğu, Şirketin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında kurumsal yönetim düzenlemelerine uyacağı, Şirket ile Şirket tarafından kurulacak diğer şirketlerin, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların bağımsız denetimden geçmiş yıllık mali tabloları ile faaliyetlerinin, Başbakan tarafından görevlendirilecek sermaye piyasaları, finans, ekonomi, maliye, bankacılık, kalkınma alanlarında uzman en az üç merkezî denetim elemanı tarafından bağımsız denetim standartları çerçevesinde denetleneceği, denetim sonucunda hazırlanacak raporun her yıl haziran ayı sonuna kadar Bakanlar Kuruluna sunulacağı, Şirketin, Şirket tarafından kurulacak diğer şirketlerin, Türkiye Varlık Fonu ve Türkiye Varlık Fonu bünyesinde kurulacak alt fonların bir önceki yıla ait mali tabloları ile faaliyetlerinin, her yıl ekim ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından, 6. maddenin birinci ve ikinci fıkraları kapsamında

hazırlanan ve Başbakanlık tarafından gönderilen denetim raporları üzerinden görüşülerek denetleneceği hüküm altına alınmıştır.

49. Öngörülen denetimin Türkiye Varlık Fonu ile bu Fon bünyesinde kurulacak alt fonlar hakkında Türkiye Büyük Millet Meclisinin denetimine yer verdiği, bu bağlamda Anayasa'nın 165. maddesinde belirtilen Türkiye Büyük Millet Meclisince yapılacak denetimin esaslarının kanunla düzenlendiği anlaşılmaktadır.

50. Ayrıca 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun başta 14. maddesi olmak üzere diğer maddelerinde bağımsız denetime ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmakta olup Şirket 6741 sayılı Kanun'un 6. maddesi gereğince bu kapsamdaki kurumsal yönetim düzenlemelerine uyacaktır. Dolayısıyla dava konusu kuralla Sayıştay denetiminin kapsamı dışına çıkarılan Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketlerin, gerek 6741 sayılı Kanun gerekse diğer kanunlarda çok yönlü ve etkili olarak denetimlerinin sağlanmasına yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olduğundan denetim dışı kaldıkları veya söz konusu denetimin yetersiz olduğu söylenemez. Bu denetimlere ek olarak Anayasa'nın 160. maddesi gereğince Sayıştaya görev verilmesi ve bu denetimin kapsamının belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Bu bağlamda kanun koyucunun söz konusu Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler bakımından Sayıştay denetimi dışında ayrı bir denetim usulü öngörmesinde Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

51. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

52. Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ ile Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

IV. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

53. Dava dilekçesinde özetle, iptali istenen kuralların Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu ve yürürlüklerinin durdurulmaması hâlinde hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararların ortaya çıkacağı belirtilerek kuralların, yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

19.8.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… Bakanlar Kurulu tarafından…"* ibaresine,

B. 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu,…"* ibaresine,

yönelik iptal talepleri, 18.1.2018 tarihli, E.2016/180, K.2018/4 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması taleplerinin REDDİNE, 18.1.2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

19.8.2016 tarihli ve 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A. 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… Bakanlar Kurulu tarafından…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu,…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal talebinin REDDİNE, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

18.1.2018 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY

6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu ve Yönetimi A.Ş'nin kurulmasına ilişkin Yasa'nın 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "Bakanlar kurulu tarafından" ibaresinin Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 87., 161. ve 163. maddelerine yine Yasa'nın 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istenmiştir.

1- Yasama belgelerine göre, Sermaye Piyasası gelişimine katkıda bulunmak, bankacılığın finans sektöründeki hakim rolünü azaltmak, piyasalarda kriz döneminde stabilize edici görev üstlenmek, uluslararası ülke kredibilitesini artırmak, ekonomik yapısal sorunları aşmada katkı sağlamak vb. amaçlar ile, Devlete ait çeşitli fon ve gelirlerden oluşan kamu kaynakları

ile belirli kurumsal yönetim ilkelerine bağlı yönetim şekline sahip, özel amaçlı Türkiye Varlık Fonu ile onu yönetecek olan T.V.F Yönetimi A.Ş. kurulmuştur. Devletin kontrolünde Devlete ait kamu kaynaklarının toplandığı bu özel oluşum, Türkiye genelinde mülkiyeti hazineye ait bazı taşınmazlar ile THY A:O'nın%49 hissesi, T.C Ziraat Bankasının, Türkiye Petrolleri A.O'nın, PTT A.Ş.'nin, Borsa İstanbul A.Ş.'ne ait tüm hazine hisseleri ve Eti Maden İşletme ve Çaykur Genel Müdürlüğü gibi kurumların Türkiye Varlık Fonunun şimdiki portföyünü oluşturduğu belirlenmiştir.

Kuralın yer aldığı fıkra, kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklardan; BAKANLAR KURULU TARAFINDAN Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya şirket tarafından yönetilmesine karar verilenler, TVF kaynakları arasında belirlenmiştir şeklinde olup iptali istenen kural ise 4. maddesinin birinci fıkrası (b) bendinde yer alan "Bakanlar kurulu tarafından" ibaresidir.

Kuralda yer alan TVF'na aktarılacak değerler içinde yer alan kamu kurum ve kuruluşlarından kasdedilenin kim olduğu 6741 sayılı kanunda belirli değildir. Ancak T.C'nin idari teşkilatına ilişkin Anayasal yapı karşısında bu kavramın içine tüm kamu idareleri ve kamu kurumlarının gireceği de anlaşılmaktadır.(Devlet il özel idareleri, Belediyeler, köyler, Üniversiteler, Kitler gibi Kamu Tüzel Kişileri)

İptal isteminde bulunanın, TVF'nun amacı dışında borçlanma hedefi taşıdığı, ülke varlıklarını nakde çevirip porföy yönetmek istediği, hiçbir sınırlama ve belirleme olmaksızın tüm kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaç fazlası gelir kaynak ve varlıklarını TVF'na aktarma ve bunların TVF A.Ş'nce yönetilmesine karar verme yetkisi tanındığını, Merkezi bütçe kapsamındaki idarelerin gelir gider fazlasının devri, harcanması kendi kuruluş yasalarında ve kamu mali yönetim ve kontrol kanunda verilen ve idarelerin kaynakları ve kullanım yöntemleri parlementoda bütçe kanunları ile "bütçe hakkı" kavramı çerçevesinde yasalaşırken, TVF'na kaynak aktarılmasına ve bunların işleyişine denetimine ilişkin işlemlerin bu çerçeve dışında Anayasa'ya aykırı bir yetki devri ile gerçekleştirildiği, bunun bütçe sürecini anlamsız hale getirdiği, tüm bu olgular karşısında iptali istenen ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiğini ifade ettiği görülmüştür.

İptali istenen kurallar ile ilgili Mahkememiz çoğunluk görüşünü oluşturan talebin reddine ilişkin kararda, kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altındaki ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkların TVF'na aktarılmasında Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin, kurulca zamana, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik sosyal ve stratejik durum ve koşullara göre kullanılabileceğini, değişen duruma göre karar verme yetkisinin ise sınırları belirli bir yetki olup, yasama yetkisi devri anlamına gelmeyeceğinin, gerekçe olarak kullanıldığı görülmektedir. Yani bir nevi aktarılacak kurum kaynaklarının belirli olmasını yasanın temel kuralı, bunlardan hangilerinden ne kadarının aktarılmasındaki takdirinin de adeta uzmanlık ya da idare tekniği niteliğinde olup yetki devri kapsamına girmeyeceği kabulüne ilişkin içtihadi bilgiyi, kurala uyguladığı görülmektedir.

İptali istenen ibarenin içinde yer aldığı kural bütününde, Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacak olan yetkiyi doğuran olayın, TVF'na aktarılacak ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklar ifadesinde yerini bulan, nesnel değerlerin bizatihi kendilerinin oluşturduğu görülmektedir. Bir nevi elle tutulur gözle görülür sabit kıymetler yetkiyi doğuran nedenlerdir.

Ancak, kuralın yer aldığı yasa bütününe baktığınızda, yasanın: Amaç ve kapsam, şirket kuruluş ve faaliyet konusu, Türkiye Varlık Fonu kaynakları ve finansın sağlanması, hakların varlık fonu adına tescili, denetim, mal varlığının haciz ve rehni, muafiyet ve istisnalar, yürürlük başlıklı maddelerden müteşekkil bir yapıda, çıkarılış amacına yönelik, kullanılacak araçların nesnel karşılığını ifade ile sınırlı, genel bir içeriğe sahip temel ilkelerin neler olduğunun açıkça anlaşılamadığı bir düzenleme olduğu açıktır.

Kanunla düzenleme ilkesi; düzenlenen alanda temel ilkeleri kanuna yazma ve çerçevesinin de açıkça belirtilmiş olmasını ifade etmektedir. Ancak bundan sonra gelişen koşullara paralel hızla hareket amaçlı, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlarda yürütmeye yetki bırakılmasının yetki devir olmadığı kabul görmektedir.

Mahkememiz çoğunluğunun red gerekçesinde, yasa içinde yasamanın temel kuralları saptandığına ilişkin bir tespit vardır. Ancak kararın bu konuda gerekçesini oluşturan 26. paragrafında, yasaca saptanmış temel

ilkelerin neler olduğu ya da çizildiği varsayılan çerçevenin sınırlarına ilişkin bir değerlendirme bulunmamaktadır.

Gerekçede, Bakanlar Kuruluna yetki veren kuralda, yetkiyi oluşturan olguların, kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklar olduğu ifade edilmektedir. Bu olgular üzerinde zamana, ülke koşullarına göre esneklik sağlayacak Bakanlar Kurulunun icrai faaliyetlerinin de, anlaşılan yasama yetkisi devri niteliği taşımadığı kabul gören, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlar olarak nitelendiği ve gerekçe olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Ancak kamu kurumlarının gelir, kaynak ve varlık devirlerine ilişkin nesnel olgu, Bakanlar Kuruluna bırakılan yetkiyi oluşturan temel kurallar olmayıp, ancak üzerinde yetki kullanılabilecek araçlar olarak değerlendirilebilir. Yani, devredilen yetkinin kullanımına ilişkin temel ilkeler olmayıp, üzerinde yetki kullanılacak araçların sınırları niteliğindedir. Kural bütününde ayrıca temel yetki kullanım kurallarına ilişkin bir tanımlama da bulunmamaktadır.

Yürütmeye düzenleme yetkisi verilirken yasama organından beklenen yasama ile yürütme organının düzenleme alanındaki kesişen sınırının aşılmaması ve yetki devri olarak nitelenmemesi için düzenlemede temel esasların belirlenmesi ve içinde kullanılacak yetkiyi oluşturan takdirin keyfiliğini anlamak ve denetim alanı yaratmak için genel çerçevenin çizilmesi gerektiğidir.

Somut olay bazında baktığımızda,

Yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve idareye seçim hakkı tanımayan takdiri ortadan kaldıran bağımlı bir yetkidir. Bu halde sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın yönetimce düzenlenmesine bırakılması Anayasaya aykırılık oluşturacaktır.

Türkiye Varlık Fonunun Devlet kontrolünde kamu kaynaklarından beslenecek bir havuz ve bu haliyle yeni bir finansman modeli yapılaşması olduğu kabul edildiğinde, ülkede bugüne kadar görülmeyen bu benzer modelin hedef ve amaçlarına da uygun şekilde, işlevselliğini ayakta tutmak yanında kaynak sağlayacak kurumların varlıklarını, hedeflerini, amaçlarını, plan ve bütçelerini de korumak yasal bir zorunluluktur.

TVF'nun varlık nedenini oluşturan aktarma kaynakların, nesnel olarak ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıklar olarak isimleri belirli olmuş olsa da, fonun portföyünü oluşturan ve mevzuatta neyi ifade ettiği açıkça tanımlanmayan bu unsurları incelemek gerekir; Bu anlamda kamu kurum ve kuruluşlarının ihtiyaç fazlası gelirlerinden, bizatihi kurum kazancı, iştirak geliri, kıymetli evrak, ticari kazanç, satış, ceza ve benzerlerinden hangilerinin bu kapsamda olduğu ve portföy yönetiminde kullanılabileceği, tasarrufun bir üst sınırının olup olmadığı, kurumun kendi teşkilat ya da tabi olduğu genel yasalar karşısında ki kamu kaynaklarının kullanımına yönelik yasal mükellefiyetlerinin (5018 sayılı yasa gibi) kural karşısında istisna kapsamına girip girmediği, devredilen kamu kaynağının süre ya da iadeye esas olup olmadığı, bir kurumdan yıl içinde kaç kez aktarma yapılabileceği, ihtiyaç ve fazlasının nasıl ve neye göre tespit edileceği, kaynak kapsamında sayılan verilerin neler olduğu, neyin kaynak olarak tanımlandığı, işsizlik fonu, ceza gelirleri, tahvil getirileri vb. gibi tür gelir çeşitlerinin bu kapsama girip girmediği, kurum varlığı sayılacakların nelerden ibaret olduğu, gayri menkul mülkiyeti dışında intifa, irtifak ipotekli ya da temlik alacaklarının bu kapsamda olup olmadığı, kamu kurum ve kuruluşlarının orta ve uzun vadeli programlarının, özel teşebbüs ortaklarından elde edilen, edilecek özel teşebbüs gelir ve kaynaklarının da kapsama girip girmediği, TVF'na aktarılan kıymetler nedeniyle aktaran kurumun yapısal ya da finansal uğraması muhtemel ve ya uğradığı zararın nasıl karşılanacağı gibi, kapsam ve hukuki ve cezai sorumluluk belirleyecek temel noktalar ve takdire esas olanlar açık bir belirsizlik içerisinde ve tanımsızdır. Bunlara, karar gerekçesinde yer aldığı gibi değişen koşullara göre uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin belirlemeler denmesi veya öyleymiş gibi kabulü idare hukuku tekniğine uygun düşmemektedir.

Anılan nedenler ile iptali istenen "Bakanlar Kurulu tarafından" ibaresinin Kurul içinde yer alan yetkinin kullanılmasına neden olana araçların kapsamı ve nitelenmesi ve tanımı yönünden yetersizliği karşısında sübjektif tercihlere yatkın, ancak bağlı takdir yetkisinin kamu yararı sınırlarını tartışmaya açar niteliği karşısında, hukuk sistemimizin iç tutarlılığının gereği, normlar hiyerarşisinin güvencesi olan denetim adına sorunlar yaratır gözüktüğü ve denetime yeterli fırsat sunmadığı düşünceleri ile iptali istenen ibare Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırıdır. İptali gerekirken aksi yönde oluşan çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

2- Yasa'nın 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan hüküm nedeniyle 6741 sayılı Yasa ile kurulan TVF ve Yönetim A.Ş'ne getirilen Sayıştay denetimi muafiyetinin Anayasa'ya aykırı olduğu nedeniyle iptal istemine konu edildiği görülmektedir.

Dava konusu kuralla TVF ve Anonim Şirketi ile kurulacak alt diğer fonların denetimi Sayıştay Kanunu kapsamından çıkarılmış ve bunlar için kendi yasasından ayrı bir denetim usulü düzenlenmiştir.

TVF ve bünyesinde kurulacak fonların tüm portföy gelirleri ve varlık oluşumları tamamen kamuya ait kaynak gelir ve varlıklarından oluşmaktadır.

Sayıştay merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki idareleri, sermayesinde kamu payı olan, özel kanunlarla kurulmuş Anonim ortaklıklar ve bu ortaklıklara bağlı ya da kurdukları doğrudan ya da dolaylı olarak ortak oldukları şirketleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını, TBMM adına denetleyen, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamakla görevli yargısal nitelikli Anayasal hesap denetim kurumudur.

Sayıştay denetiminin bağımsız ve yargısal ve Anayasal görev niteliği karşısında Türkiye Varlık Fonu ve Yönetim A.Ş. için kurulan ikame denetim usulüne göre fon varlıklarının oluşumuna karar verme yetkisine sahip Bakanlar Kurulu başkanı olan Başbakanın, yasa ile denetim elemanları ataması ve hazırlanacak raporun neticede meclis plan bütçe komisyonunda görüşülmesi süreci, TBMM adına denetim yapan Sayıştay'ın bağımsız ve tarafsız ilkesi ile çelişir olup, bu denetim usulünün meclis adına denetim formasyonu ve hukuki değeri ile ilgisi, benzerliği ve yeterliliğinin kabulü, mümkün görülmemektedir. Kural ile gelen yeni usul bir kamusal denetim alanında yöntem ve usul değişikliği olmayıp, denetçileri yürütme organınca atanan yürütme faaliyetlerinin denetiminin, bağımsız ve ulus adına denetiminin sınırlanması ve alana müdahale edildiği algısı oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenler ile kamunun iştirakçisi olduğu sermayesindeki kamu payı doğrudan veya dolaylı olarak %50 den aşağı düştüğü takdirde bile bu şirketlerin Sayıştay denetimini ortadan kaldıran kanunun denetiminde 2016/21 E., 2016/199 K., 28.12.2016 tarihli kararın karşı oyunda

belirtildiği üzere, bağımsız denetim kurumlarınca düzenlenecek raporların, Sayıştay denetim ilkelerinden olan düzenlilik ve performans denetim ilkelerini sorgulayıp sağlayamayacağı ve bununla yetinilmesinin kamu kaynaklarının kullanılmasına ilişkin bağımsız ve etkili TBMM adına denetim sağlayan Sayıştay denetimi ile hiçbir yönden benzerlik taşımadığı, yöntem ve usul değişikliği gibi gerekçelerin kabul edilemeyeceği nedenleri ile anılan muhalefet görüşümü tekrarlamakla, TVF'nu Sayıştay denetiminden çıkaran kuralın Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırılığı nedenleri ile çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

1. İptal istemi, 6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan ***"… Bakanlar Kurulu tarafından…"*** ibaresine ve Kanun'un 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı **Sayıştay Kanunu…**"* ibaresine yöneliktir.

2. İptal isteminin gerekçelerindeki ve maddelerin anlam ve kapsamlarındaki bütünlük nedeniyle, Anayasa'ya uygunluk denetiminin her iki ibare yönünden birlikte yapılması daha uygun olacaktır.

3. Anayasa'nın bütçelerin hazırlanması, kabulü ve denetimi hakkındaki 161., 162., 163. ve 164. maddeleri hükümlerinin, yine Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesiyle birlikte değerlendirmesinde açıkça görüldüğü ve *"bütçe hakkı"*nın tarihsel gelişiminden bilindiği üzere;

- bütçeler özel yöntemle yapılır ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından yıllık olarak kabul edilir,

- bütçeler görüşülürken gelir azaltıcı veya gider artırıcı öneri yapılamayacağı gibi, kabulünden sonra da harcanabilecek miktar sınırının

Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçe kanununa hüküm konulamaz,

- Anayasa'nın 160. maddesinde görev ve yetkileri belirtilmiş olan Sayıştayın da genel uygunluk denetiminden geçen kesin hesap kanunu, TBMM tarafından ertesi yıl bütçe kanunu ile birlikte görüşülerek karara bağlanır.

4. Anayasa Mahkemesinin kararlarında ***"bütçe hakkı"*** şu şekilde tanımlanmaktadır:

"Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda ***yürütme organına sınırlarını belirleyerek*** *yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. … Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır"* (AYM E:2008/83, K:2010/121; E:2012/102, K:2012/207 sayılı kararları)

Anayasa Mahkemesinin E:2015/7, K:2016/47 sayılı kararında da şu gerekçelerle iptal hükmü verilmiştir:

"Bütçe hakkının doğal bir sonucu olarak yasama organının halk adına kamu gelirlerini toplama ve harcama konusunda sahip olduğu yetkinin, … ***kısmen ilgili bakanlara ya da kurumlara verilerek, … hiçbir sınırlamaya bağlı olmaksızın geniş yetkiler tanınması*** *… Meclisin sahip olduğu bütçe hakkının … ihlalidir".*

5. İptal davasına konu *"Bakanlar Kurulu tarafından…"* ibaresiyle Merkezi Yönetim Bütçesinde yer alan kamu idarelerinin tasarrufu altında bulunan ihtiyaç fazlası gelir, kaynak ve varlıkların Türkiye Varlık Fonuna aktarılması veya bunların Şirket tarafından yönetilmesine yetki verilmesi, ucu açık, sınırsız, içerik ve kapsamı belli olmayacak şekilde kamu kaynaklarının bütçe dışına ve dolayısıyla kesin hesap kanunu dışına çıkarılması, gözetilen kamu yararı her ne olursa olsun, Anayasa'nın 161-164. maddeleriyle uyumlu değildir.

6. İptal istemine konu ikinci ibare yani *"…Sayıştay Kanunu…"* hükümlerinin Türkiye Varlık Fonu ve Şirket hakkında uygulanmayacağı

kuralı yönünden düzenlemelerin bütününe bakıldığında ise, Anayasa'ya aykırılığın daha da açık bir hale geldiği görülebilmektedir. Anayasa'nın 160. maddesi gereğince *"… merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını TBMM adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak(la)"* görevli olan Sayıştayın devre dışı bırakıldığı yasal düzenlemelerde öngörülen kendine özgü denetim sisteminin, yeterli ve Anayasal anlamda "bütçe hakkı"na uygun olduğu söylenemez.

7. Anayasa Mahkemesinin 4.12.2014 tarihli ve E:2013/114, K:2014/184 sayılı kararında şunlar belirtilmiştir:

"Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan demokratik yönetim biçiminde, yürütme organına gelir toplama ve harcama yetkisi tanıyan bütçelerin yapımı, halkın temsilcilerinden oluşan yasama organının asli görevlerindendir. Yasama organı açısından aynı zamanda bir hak olan bu görev, yürütmenin bütçe ile ilgili işlemlerinin doğru, güvenilir ve kanunlara uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin denetimini de kaçınılmaz kılmaktadır. Bu bağlamda, yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirlenmiş yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine "bütçe hakkı" denilmektedir. Bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Anayasa'nın 87., 160., 162. ve 164. maddelerine göre bütçe hakkı TBMM'nindir. Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Bütçe uygulamalarının denetimi görevi, bütçe işlemlerinin gün geçtikçe nitelik ve nicelik itibariyle artması ve karmaşıklaşması nedeniyle yasama organı adına tarafsız ve uzman kuruluşlar tarafından yerine getirilmektedir. Ülkemizde de bu görev, Anayasa'nın 160. maddesiyle Sayıştaya verilmiştir. Yasama organının, yürütme organı üzerindeki bütçe denetimi büyük ölçüde Sayıştay tarafından yapılan bu denetimlere dayanmaktadır. Dolayısıyla, yasama organının işlevini etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmesinde Sayıştay denetiminin önemi yadsınamaz. Öte yandan, Sayıştay denetimi, demokratik devlet ilkesinin bir gereği olarak yürütmenin, halka

ve yasama organına hesap verme sorumluluğunun işlevselleştirilmesinin en önemli araçlarındandır.

6085 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Sayıştay'ın denetimine tabi kurum ve kuruluşlar arasında, sermayesinde kamu payı bulunan ve özel kanunlarla kurulmuş anonim ortaklıkları ile maddenin (a) bendinde sayılan idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bunların ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler de sayılmış olmasına rağmen dava konusu ibarelerle anılan bu kuruluşların Sayıştay tarafından denetlenebilmesi için bunların sermayesindeki kamu payının % 50'den fazla olması kuralına yer verilmektedir. Bu durum, Sayıştayın anılan kamu kaynaklarının kullanımına ilişkin denetim yetkisini ortadan kaldırmakta, dolayısıyla yasama organının yürütmenin bütçe ile ilgili işlemlerini kanunlara uygun bir şekilde yürütüp yürütmediğini denetleme imkânını sınırlayarak demokratik devlet ilkesine zarar vermektedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu ibareler, Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırıdır."

8. Öte yandan, Mahkememiz çoğunluk gerekçesinde atıf yapılan *"Anayasanın 160. maddesinde belirtilenler dışında kalan ve sermayesinde belli bir miktarda kamu payı bulunan şirketleri, bunların iştiraklerini ve bağlı ortaklıklarını Sayıştay denetimine tabi kılıp kılmama … konusunda"* kanun koyucunun takdir yetkisi bulunduğuna dair E:2016/21, K:2016/199 sayılı (ve karşıoy kullandığım) Anayasa Mahkemesi kararının, iptal davasına konu olan incelememiz konusu kurallarla ilgisi bulunmamaktadır. Zira yasa koyucunun zikredilen konudaki takdir yetkisi, Sayıştayın 160. maddede açıkça belirtilen merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu kurum ve kuruluşlarının tasarrufu altında bulunan gelir, kaynak ve varlıklardan farklı bir kategoriye ilişkindir. Eldeki iptal davası yönünden söz konusu olan merkezi yönetim bütçesi içindeki gelir, kaynak ve varlıklar yönünden benzer bir değerlendirme yapılmasına, Anayasa'nın 160. maddesinin amir hükmü engeldir.

Açıklanan nedenlerle iptal davasına konu kuralların Anayasa'nın 160., 161., 162., 163. ve 164. maddelerine aykırı oldukları, bu aykırılıkların yukarıda 7. paragrafta aktarılan Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği şekilde, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik devlet

ilkesine aykırı oldukları, iptalleri gerektiği kanaatiyle çoğunluk görüşlerine katılmamaktayım.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Üye Serruh KALELİ'nin 2 başlık altında açıkladığı karşıoy gerekçelerinden 2. bölüme aynen katılıyorum.

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Dava konusu kuralla Türkiye Varlık Fonu ve Şirket ile alt fonlar ve Şirket tarafından kurulan diğer şirketler hakkında 6085 sayılı Sayıştay Kanunu hükümleri uygulanamaz hale getirilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin, 4.12.2014 tarih ve E.2013/114, K.2014/184 sayılı kararında, "…dava konusu ibarelerle anılan bu kuruluşların Sayıştay tarafından denetlenebilmesi için, bunların sermayesindeki kamu payının %50'den fazla olması kuralına yer verilerek, Sayıştayın bu kuruluşlara ilişkin denetim yetkisi sınırlandırılmıştır. Anayasada Sayıştay denetiminin kapsamı ve niteliğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte **bu denetimin, demokrasinin temel gereklerinden olan şeffaflık, saydamlık, yasamanın yürütmeyi denetleme hakkı ve yürütmenin yasamaya ve halka hesap verme sorumluluğu anlayışına uygun olarak yapılması gerektiği açıktır.** Kuvvetler ayrılığı esasına dayanan **demokratik yönetim biçiminde,** yürütme organına gelir toplama ve harcama yetkisini tanıyan bütçelerin yapımı, halkın temsilcilerinden oluşan yasama organının asli görevlerindendir.

Yasama organı açısından aynı zamanda bir hak olan bu görev, yürütmenin bütçe ile ilgili işlemlerinin doğru, güvenilir ve kanunlara uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğinin denetimini de kaçınılmaz kılmaktadır. Bu bağlamda, yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirlenmiş yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine **'bütçe hakkı'** denilmektedir. Bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Anayasa'nın 87., 160., 162. ve 164. maddelerine göre bütçe hakkı TBMM'nindir. Bütçe, hükümetin Meclise karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Bütçe uygulamalarının denetimi görevi, bütçe işlemlerinin gün geçtikçe nitelik ve nicelik itibariyle artması ve karmaşıklaşması nedeniyle yasama organı adına tarafsız ve uzman kuruluşlar tarafından yerine getirilmektedir. Ülkemizde de bu görev, Anayasa'nın 160. maddesiyle Sayıştaya verilmiştir. Yasama organının, yürütme organı üzerindeki bütçe denetimi büyük ölçüde Sayıştay tarafından yapılan bu denetimlere dayanmaktadır. Dolayısıyla, yasama organının işlevini etkin ve sağlıklı bir biçimde yürütmesinde Sayıştay denetiminin önemi yadsınamaz. Öte yandan, **Sayıştay denetimi, demokratik devlet ilkesinin bir gereği olarak yürütmenin, halka ve yasama organına hesap verme sorumluluğunun işlevselleştirilmesinin en önemli araçlarındandır.**

6085 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Sayıştayın denetimine tâbi kurum ve kuruluşlar arasında, sermayesinde kamu payı bulunan ve özel kanunlarla kurulmuş anonim ortaklıklar ile maddenin (a) bendinde sayılan idarelere bağlı veya bu idarelerin kurdukları veya doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bunların ortak oldukları her çeşit idare, kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler de sayılmış olmasına rağmen, **dava konusu ibarelerle** anılan bu kuruluşların Sayıştay tarafından denetlenebilmesi için bunların sermayesindeki kamu payının %50'den fazla olması kuralına yer verilmektedir. **Bu durum, Sayıştayın anılan kamu kaynaklarının**

kullanımına ilişkin denetim yetkisini ortadan kaldırmakta, dolayısıyla yasama organının yürütmenin bütçe ile ilgili işlemlerini kanunlara uygun bir şekilde yürütüp yürütmediğini denetleme imkânını sınırlayarak demokratik devlet ilkesine zarar vermektedir. Açıklanan nedenlerle dava konusu ibareler, Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırıdır. …" denilerek kamunun payının %50'nin altında olduğu her türlü iştirak, şirket, işletme, kuruluş ve müesseselerin mali denetimlerinin Sayıştayca yapılmasının gerekli olduğu belirtilip kural iptal edilmiştir.

Dava konusu kural açısından da mezkur iptal kararından ayrılmayı gerektiren bir yön bulunmadığı ve dava konusu kuralın da önceki kural gibi Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırı düştüğü, iptali gerektiği kanaatine olduğumdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyorum.

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2017/89
Karar Sayısı : 2018/5
Karar Tarihi : 18.1.2018

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara Batı 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 29.6.2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a 3.7.2003 tarihli ve 4916 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen 7/B maddesinin dördüncü cümlesinin Anayasa'nın 11., 13., 35., 46. ve 57. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davacı kooperatif tarafından, Hazineye ait taşınmazın kooperatife satışından sonra uygulama imar planında rehabilitasyon merkezi ve spor alanı kullanımına ayrılan taşınmazın Hazine adına yapılan tapu tescilinin iptali ile kooperatif adına tapuya tesciline karar verilmesi talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın yer aldığı geçici 7/B maddesi şöyledir:

"Hazineye ait taşınmazlar; konut yapılmak amacıyla rayiç bedel üzerinden konut yapı kooperatiflerine, kooperatif birliklerine veya bu birliklerin oluşturduğu üst birliklere, bunlar arasında yapılacak ihale ile satılabilir. Bunların ihaleye katılabilmeleri için, ihale konusu taşınmazın tahmini bedelinin dörtte birini bir bankada adlarına açılan hesapta bloke etmeleri şarttır. Bu taşınmazların satış amacı dışında kullanılamayacağına, amacı dışında kullanıldığının tespiti halinde, satılan taşınmazın satış bedelinin faizsiz iade edilerek Hazinece geri alınacağına dair tapu

kütüğüne şerh konulur. ***Bu maddeye göre satılan taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerler, bedelsiz ve müstakil parsel olarak Hazine adına resen tescil edilir.***"

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 15.3.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı sorunu görüşülmüştür.

2. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi*" kenar başlıklı 40. maddesinde Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurularda izlenecek yöntem belirtilmiştir. Söz konusu maddenin (1) numaralı fıkrasında, bir davaya bakmakta olan mahkemenin bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda bu fıkrada sayılan belgeleri dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine göndereceği kurala bağlanmış, fıkranın (a) bendinde de "*iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslı*" mahkemeye gönderilecek belgeler arasında sayılmıştır. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında ise açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hükme bağlanmıştır.

3. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de itiraz yoluna başvuran mahkemenin gerekçeli kararında Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

4. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 4706 sayılı Kanun'un 7/B maddesinin dördüncü cümlesinin tamamının iptalini talep etmekle birlikte başvuru kararında sadece maddede yer alan *"bedelsiz"* ibaresine ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddialarını gerekçelendirilmiş; maddenin geri kalan kısmının ise Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça göstermemiştir.

5. Açıklanan nedenlerle, 29.6.2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a 3.7.2003 tarihli ve 4916 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen 7/B maddesinin dördüncü cümlesinin:

A. *"Bedelsiz"* ibaresi dışında kalan bölümünün iptaline karar verilmesi talebiyle yapılan itiraz başvurusunun 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin REDDİNE,

B. *"Bedelsiz"* ibaresinin esasının incelenmesine

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

6. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Anlam ve Kapsam

7. 3194 sayılı İmar Kanunu'nda imar uygulamaları ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

8. Kanun'un 18. maddesinin birinci fıkrasına göre; imar hududu içinde bulunan binalı veya binasız arsa ve arazileri malikleri veya diğer hak sahiplerinin muvafakatı aranmaksızın birbirleri ile yol fazlaları ile kamu kurumlarına veya belediyelere ait bulunan yerlerle birleştirmeye, bunları

yeniden imar planına uygun ada veya parsellere ayırmaya, müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esaslarına göre hak sahiplerine dağıtmaya ve resen tescil işlemlerini yaptırmaya belediyeler yetkilidir. Sözü edilen yerler belediye ve mücavir alan dışında ise bu yetkiler valilikçe kullanılır.

9. Kanun'un 18. maddenin ikinci fıkrasına göre belediyeler veya valiliklerce düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında bunların yüz ölçümlerinden yeteri kadar saha, düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışları karşılığında "düzenleme ortaklık payı" olarak düşebilir. Ancak bu maddeye göre alınacak düzenleme ortaklık payları, düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların düzenlemeden önceki yüz ölçümlerinin yüzde kırkını geçemez.

10. Kanun'un 18. maddenin üçüncü fıkrasına göre düzenleme ortaklık payları; düzenlemeye tabi tutulan yerlerin ihtiyacı olan Millî Eğitim Bakanlığına bağlı ilk ve ortaöğretim kurumları, yol, otoyol hariç erişme kontrolünün uygulandığı yol, su yolu, meydan, park, otopark, çocuk bahçesi, yeşil saha, ibadet yeri ve karakol gibi umumi hizmetlerden ve bu hizmetlerle ilgili tesislerden başka maksatlarla kullanılamaz. Ayrıca maddenin altıncı fıkrasında herhangi bir parselden bir defadan fazla düzenleme ortaklık payı alınmayacağı belirtilmiştir.

11. Kanun'un 18. maddesinin dördüncü fıkrasına göre ise düzenleme ortaklık paylarının toplamı, üçüncü fıkrada belirtilen umumi hizmetler için yeniden ayrılması gereken yerlerin alanları toplamından az olduğu takdirde eksik kalan miktar belediye veya valilikçe kamulaştırma yolu ile tamamlanır.

12. 4706 sayılı Kanun'un 7/B maddesinde de Hazineye ait taşınmazların konut yapılmak amacıyla rayiç bedel üzerinden konut yapı kooperatiflerine, kooperatif birliklerine veya bu birliklerin oluşturduğu üst birliklere bunlar arasında yapılacak ihale ile satılabileceği belirtildikten sonra itiraz konusu kuralla, bu maddeye göre satılan taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerlerin Hazine adına tescilinin *"bedelsiz"* yapılacağı hüküm altına alınmaktadır.

13. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere kuralla *"ileride kamu ihtiyaçlarının karşılanması güvence altına alınmakta ve Devletin ileride doğabilecek*

kamulaştırma yükü ortadan kaldırılmaktadır." Belirtilen husus dikkate alındığında kural kapsamında Hazineye bedelsiz devredilmesi öngörülen alanların 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesinde belirtilen umumi hizmetlere ayrılan yerler için Kanun'da belirtilen oranın üzerinde kalan ancak düzenleme ortaklık payı ile karşılanamayan kamu hizmet alanları olduğu anlaşılmaktadır.

B. İtirazın Gerekçesi

14. Başvuru kararında özetle, bedeli ödenmek suretiyle satılan ve kooperatif adına tapuya tescil edilen Hazineye ait taşınmazların yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılması hâlinde bedelsiz olarak Hazine adına tescil edilmesinin mülkiyet hakkına aykırı olduğu ve kişilerin bedelini ödeyerek aldıkları taşınmazların bedel ödenmeksizin idare tarafından geri alınmasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ek 1 No.lu Protokolü'nün 1. maddesi ile korunan mülkiyetin kullanımı hakkının ihlali olarak görüldüğü belirtilerek kuralın Anayasa'nın 11., 13., 35., 46. ve 57. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

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

16. Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir." denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın anılan maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Gayrimenkul malların mülkiyet hakkının kapsamına dâhil olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

17. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme olanağı

veren bir haktır. Bu bağlamda malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması veya mülkünden yoksun bırakılması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder.

18. Dava konusu kuralla konut yapılmak amacıyla rayiç bedel üzerinden konut yapı kooperatiflerine, kooperatif birliklerine veya bu birliklerin oluşturduğu üst birliklere ihale ile satılan Hazineye ait taşınmazların bunlarla ilgili olarak yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerlerin Hazine adına bedelsiz olarak tescil edileceği öngörülmektedir. Kuralda sayılan tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazların kamu hizmet alanına ayrılan kısmının mülkiyetinin imar uygulaması sonucu bedelsiz olarak Hazineye geçmesi mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir.

19. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrasında mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Zira mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamaması, devletin mülkiyetin kullanımını toplum yararına uygun olarak düzenleyebilmesini gerektirmektedir. Bu durumda da devletin mülkiyetin kullanımını kontrol yetkisine sahip olduğunun kabulü zorunlu hâle gelmektedir. Ayrıca Anayasa'nın kıyılara ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddeleri ile müsadereye ilişkin 28. maddesinin sekizinci fıkrası, 30. maddesi ve 38. maddesinin onuncu fıkrasında, devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir.

20. İtiraz konusu kuralda belirtilen taşınmazların mülkiyetinin bedelsiz olarak -kısmen- idareye geçmesi imar uygulaması yapılması nedeniyledir. İmar uygulamaları düzenli ve planlı bir şehirleşmenin sağlanabilmesi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen ve planlamanın yapıldığı kentte bulunan arsa ve arazilerin kullanım amaçlarının, şehircilik ve planlama ilke ve politikaları doğrultusunda yeniden belirlenmesini içeren idari tasarruflardır. Bu işlemler taşınmazların sınırlarının ve büyüklüklerinin

değiştirilmesini dahi gerekli kılabilmektedir. İmar uygulamalarında temel hedef taşınmazların kullanımının, şehircilik ve planlama ilkelerine uygun olarak yeniden düzenlenmesidir. Dolayısıyla itiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin mülkiyet hakkının düzenlenmesine ve kontrolüne yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

21. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

22. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir.

23. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup, objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanına ayrılan yerlerin müstakil parsel olarak Hazine adına tescil edilmesinde kamu yararı bulunduğu hususunda kuşku bulunmamaktadır.

24. İtiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı amacına dönük olması yeterli olmayıp ayrıca ölçülü olması gerekir. Ölçülülük ilkesi "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, "gereklilik" ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, "orantılılık"

ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir. Öngörülen tedbirin, ulaşılmak istenen kamu yararı karşısında maliki olağandışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez.

25. Arsa ve arazi düzenlemesi yapılmasının ve bu kapsamda kamu hizmetleri için ihtiyaç duyulan taşınmazların kısmen özel mülkiyette bulunan taşınmazlardan bedelsiz olarak karşılanmasının düzenli ve planlı bir kentleşmenin sağlanabilmesi amacına ulaşılabilmesi bakımından elverişsiz bir araç olmadığı söylenemez.

26. Düzenli bir kentleşmenin sağlanabilmesi planlama yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Yetkili kamu otoritelerince planlama yapılırken toplum olarak bir arada yaşamanın doğurduğu tüm sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçların estetik kaygısı da gözetilerek belirlenmesi ve karşılanması hedeflenmektedir. Sosyal birer varlık olarak aynı yerleşim yerinde ve bir arada yaşayan bireylerin bu ihtiyaçlarının giderilmesi, özel mülkiyette bulunmayan kamusal bir takım alanların varlığını gerekli hale getirmektedir. Özel mülkiyetin dışında bırakılan bu alanlar kentte yaşayan tüm bireylerin -ilgisine göre- kullanımına açık olan mekânlardır. Günümüzde tüm dünyada bu tür kamusal alanların oluşturulması için ihtiyaç duyulan taşınmazların en azından bir bölümü, kentin sınırları içinde yer alıp arsa ve arazi düzenlemesine tabi tutulan özel mülkiyetteki taşınmazların kısmen kamuya bedelsiz olarak terki suretiyle temin edilmektedir.

27. Bu taşınmazların kamuya terkinin bedelsiz olması Anayasa'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan, mülkiyet hakkının kullanımının kamu yararına aykırı olamayacağı kuralının bir gereğidir. Bireyler toplum olarak bir arada yaşamanın kendilerine sağladığı nimetlerin karşılığında birtakım toplumsal külfetlere katlanmak durumundadırlar. Ayrıca maliklerin toplum halinde yaşamanın getirdiği genel nitelikteki nimetlerden öte taşınmazlarının imar uygulamasına tabi tutulması nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi biçiminde kişiselleşmiş bazı menfaatler de elde edebildikleri dikkatten kaçırılmamalıdır. Bu açıdan, mülk sahiplerinin imar uygulamasına tabi tutulan taşınmazlarının mülkiyetinin kısmen, kamu

hizmetine tahsis edilmek üzere Hazineye geçmesinin adalet ve hakkaniyete aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralla, ihale ile özel kişilere satılan taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerlerin bedelsiz olarak Hazine adına resen tescil edilmesinin öngörülmesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna varılamayacaktı

28. Son olarak itiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığı da incelenmelidir. Özel mülkiyette bulunan taşınmazların, imar uygulamasına tabi tutulmasının malike sağladığı menfaatler gözetilerek kısmen ve bedelsiz olarak Hazineye devredilmesinin öngörülmesinde kamusal yarar bulunmakla birlikte bu yolla malike aşırı ve orantısız bir külfet yüklenmemelidir. Bu bağlamda malikin, imar uygulamasından elde ettiği yarar ile taşınmazının kısmen idareye devredilmesi ile yüklendiği külfet arasında bir kıyaslama yapılmalıdır. Bu çerçevede imar uygulaması sonucu taşınmazın değerinde meydana gelen değer artışının, menfaatlerin dengelenmesinde göz önünde bulundurulacak unsurlardan biri olduğu ifade edilmelidir. Taşınmazın değerinde meydana gelen artış ile idareye devredilen kısmının değeri arasında açık bir dengesizliğin bulunması durumunda malike yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olduğundan söz edilebilir.

29. İtiraz konusu kural, satılan taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerlerin, herhangi bir üst oran belirlenmeksizin bedelsiz olarak Hazine adına resen tescil edilmesini mümkün kılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu taşınmazları Hazineden satın alan kişilerin ileride yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan ve bedelsiz olarak Hazine adına tescil edilecek olan yerlerin taşınmazın ne kadarlık kısmına karşılık geleceğini bilmeleri mümkün değildir. Kural bu haliyle maliklerin, imar uygulamasından elde ettikleri yarar ile yüklendikleri külfet arasında açık bir dengesizliğin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesine imkân tanımamaktadır. Diğer bir ifadeyle imar uygulaması sonucu taşınmazın, bedelsiz olarak Hazineye devredilecek kısmına yönelik herhangi bir üst sınır getirilmemesi malikin Hazineye devretmekle topluma terk ettiği ekonomik değer ile imar uygulamasının, taşınmazın geride kalan kısmına sağladığı ekonomik

katkı arasında makul bir orantısallığın bulunup bulunmadığına yönelik bir değerlendirme yapılmasına olanak vermemektedir. Bu da malike aşırı bir külfet yüklemekte ve kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi malik aleyhine bozmaktadır.

30. Sonuç olarak imar uygulaması sonucu taşınmazın, bedelsiz olarak Hazineye devredilecek kısmına yönelik herhangi bir üst sınır getirilmemesi nedeniyle itiraz konusu kuralla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin orantısız olduğu sonucuna varılmaktadır.

31. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

Kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 11., 46. ve 57. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

IV. İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

32. 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında başvurunun; kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup bu madde veya hükümlerin iptalinin kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğurması hâlinde keyfiyeti gerekçesinde belirtilmek şartıyla uygulanma olanağı kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün söz konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline Anayasa Mahkemesince karar verilebileceği öngörülmektedir.

33. 29.6.2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması

Hakkında Kanun'a 3.7.2003 tarihli ve 4916 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen 7/B maddesinin dördüncü cümlesinde yer alan "*bedelsiz*" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan bu ibareden sonra gelen *"ve"* ibaresinin de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

V. HÜKÜM

29.6.2001 tarihli ve 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a, 3.7.2003 tarihli ve 4916 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen 7/B maddesinin dördüncü cümlesinde yer alan;

A. *"…bedelsiz…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. *"…bedelsiz…"* ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan bu ibareden sonra gelen *"…ve…"* ibaresinin de 30.3.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

18.1.2018 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

İptal istemine konu kuralın da yer aldığı 4706 sayılı Kanun'un 7/B maddesi, hazineye ait taşınmazların, salt "konut yapılmak amacıyla", rayiç bedel üzerinden "konut yapı kooperatiflerine, kooperatif birliklerine veya bu birliklerin oluşturduğu üst birliklere" ihale ile satılmasını düzenlemekte olup; bu taşınmazların satış amacı dışında kullanılamayacağı, aksi halde, satılan taşınmazın satış bedelinin faizsiz iade edilerek Hazinece geri alınacağı hususunun tapu kütüğüne şerh edileceği de madde metninde belirtilmektedir. Kuralın iptal istemine konu dördüncü cümlesinde ise "Bu maddeye göre satılan taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerler, bedelsiz ve müstakil parsel olarak Hazine adına re'sen tescil edilir." denilmektedir.

Hemen ifade etmek gerekir ki, kuralda sözü edilen **"imar uygulaması",** Hazine taşınmazını konut yapmak amacıyla satın alan kooperatif tarafından yaptırılacak "mevzi imar plânı" taslağı baz alınarak ilgili Belediyece onaylanacak imar plânıdır. Diğer bir deyişle, ilgili kooperatif işin başından itibaren sürece müdahil olmakta, yalnız kuralda sözü edilen "kamu hizmet alanlarının tespiti ve plâna devredilmesi" faaliyeti ilgili Belediyenin görevine girmekle beraber, bunun kapsam ve sonuçları taşınmazı satın alan kooperatifçe de bilinmektedir. Üstelik kuralın açık metni, satılan taşınmazların tamamının Hazinece bir şekilde bedelsiz olarak geri alınabileceği gibi bir anlam çıkarılmasına elverişli değildir. Burada Hazinenin bedelsiz olarak tescil edebileceği taşınmaz bölümü, yalnız ve yalnız "kamu hizmet alanlarına ayrılan yerler" ile sınırlı olup, bunun "Düzenleme Ortaklık Payı" gibi kamu yararı amacıyla mülkiyetin takyidi dışında bir anlam bulunmamaktadır. Taşınmazı Hazineden satın alan kooperatif, işin başından (ihaleyi almasından) itibaren sürecin içinde olduğundan ve imar uygulamasında da kamu hizmetine ayrılan taşınmaz bölümü ve kullanılma amacını bilebilecek konumda bulunduğundan, ortada mülkiyet hakkının özünü zedeleyen bir tasarrufun varlığından ve hukuk devleti ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Dolayısiyle bu tespitin doğal sonucu olarak ortada bir "kamulaştırmasız el atma" sorunu da mevcut değildir. Katlanılması gerekli bu "kamu külfeti", ilgili kooperatifin konut yapmak maksadiyle Hazineden ihaleyle satın aldığı taşınmazda, kendisinin de katılımıyla gerçekleşen imar uygulamasında "kamu hizmet alanlarına ayrılan yerler"in malikinin Hazine olması gerekliliğinden başka bir anlam ifade etmemektedir.

Anayasa Mahkemesinin 21.6.1990 tarih ve E.1990/7, K.1990/11 sayılı kararında da, imar uygulaması yapılan şahıslara (gerçek ve tüzel) ait taşınmazların yüzölçümlerinden belli miktarda kesinti yapılmasını öngören "Düzenleme Ortaklık Payı" kuralı Anayasa'ya aykırı görülmemiş ve bir kamu hizmeti karşılığında taşınmazda meydana gelecek değer artışı nedeniyle öngörülen bu uygulamanın mülkiyet hakkını ihlâl etmediği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı olmadığı kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Recai AKYEL

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 4706 sayılı Kanun'un 7/B maddesi, hazineye ait taşınmazların konut yapılmak amacıyla rayiç bedel üzerinden konut yapı kooperatiflerine, kooperatif birliklerine veya bu birliklerin oluşturduğu üst birliklere ihale ile rayiç bedel üzerinden satılmasını düzenlemektedir. İtiraz konusu kuralda ise bu maddeye göre satılan taşınmazlarla ilgili olarak yapılacak imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerlerin, bedelsiz ve müstakil parsel olarak Hazine adına resen tescil edileceği düzenlenmektedir.

İtiraz konusu kural, esasen hazineye ait olup imar geçmemiş bir alanda bulunan ve konut yapılmak amacıyla rayiç bedel üzerinden konut yapı kooperatiflerine, kooperatif birliklerine veya bu birliklerin oluşturduğu üst birliklere ihale ile rayiç bedel üzerinden satılan taşınmazların, satış amaçlarına uygun olarak inşaat faaliyetine uygun hale gelebilmesi için, 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesi gereğince düzenlemeye tâbi tutulan alanlarda olduğu gibi, buralarda ihtiyaç duyulan kamu hizmetlerinin karşılanabilmesi amacıyla bir miktarının, bir anlamda imarsız bir alanın imara tabi tutulmasıyla ortaya çıkan değerlenmenin karşılığı olarak bedelsiz ve müstakil parsel olarak Hazine adına resen tescil edileceğini düzenlemektedir.

Anayasa Mahkemesi 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesinin ikinci fıkrasının iptali talebiyle yapılan başvuru hakkında verdiği 21.6.1990 tarihli ve E.1990/7, K.1990/11 sayılı kararında; arazi ve arsa düzenlemesi sonucu taşınmazın esas yüzölçümünden düşülen *"düzenleme ortaklık payı"*nın, bir kamu hizmeti nedeniyle artan değer karşılığında ve düzenlemeye tâbi tutulan bölgenin gereksinimi olan hizmet ve tesisler için kullanılmak üzere

öngörüldüğünü, kadastral parsellerin imar parseline dönüştürülmesinden sonra belediye tarafından kamu hizmeti yapılırken, hizmet karşılığı, yine o yere getirilecek hizmet için malikin taşınmazından belli bir miktarın düzenleme ortaklık payı olarak alınmasının kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla düzenlemeye tâbi tutulan yerlerin ihtiyacı olan belirli umumî hizmetler için düzenlemeye tâbi tutulan arazi ve arsalarda düzenleme dolayısıyla meydana gelen değer artışlarının karşılığı olarak düzenleme ortaklık payı düşülmesini Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının ihlali olarak görmemiştir.

Bu bağlamda, düzenleme ortaklık payı niteliğinde olmak üzere, imar uygulaması sonucunda kamu hizmet alanlarına ayrılan yerlerin bedelsiz olarak Hazine adına tescili hakkındaki itiraz konusu kuralın da mülkiyet hakkını ihlal ettiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı olmadığı ve iptali gerekmediği kanaatine vardığımdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmadım.

Üye
Hicabi DURSUN

Esas Sayısı : 2017/129
Karar Sayısı : 2018/6
Karar Tarihi : 18.1.2018

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının;

A. (a) bendinin (4) numaralı alt bendinin,

B. (b) bendinin (4) numaralı alt bendinin,

C. (c) bendinin,

Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: LPG bayii olarak faaliyette bulunan davacı şirketin otogaz istasyonunda sorumlu müdür bulundurmadığı, asli faaliyetlerinde LPG yetkili personel belgesi olmayan personel çalıştırdığı ve mali sorumluluklara ilişkin zorunlu sigorta yaptırmadığı gerekçesiyle 739.664.00 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükümleri

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 16. maddesi şöyledir:

"İdarî para cezaları
Madde 16-

Bu Kanuna göre idarî para cezalarının veya idarî yaptırımların uygulanması, bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaz. Bu Kanuna göre verilen ceza ve tedbirler diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez.

Bu Kanuna göre;

a) Aşağıdaki hâllerde sorumlulara beşyüzbin Türk Lirası idarî para cezası verilir:

1) Lisans almaksızın lisansa tâbi faaliyetlerin yapılması.

2) 4 üncü maddenin son fıkrasının ihlâli.

3) 10 uncu madde gereği Kurum tarafından yapılan uygulamaların dolaylı veya dolaysız olarak engellenmesi veya engellenmeye teşebbüs edilmesi.

4) 12 ve 13 üncü madde hükümlerinin ihlâli.

b) Aşağıdaki hâllerde sorumlulara ikiyüzellibin Türk Lirası idarî para cezası verilir:

1) 5, 6 ve 7 nci madde hükümlerinin ihlâli.

2) Lisans almaksızın hak konusu yapılan tesislerin yapımına veya işletimine başlanması ile bunlar üzerinde tasarruf hakkı doğuracak işlemlerin yapılması.

3) Sahip olunan lisansın verdiği haklar dışında faaliyet gösterilmesi.

4) Son fıkrası hariç 4 üncü madde hükümlerinin ihlâli.

c) 9, 14 ve 15 inci madde hükümlerinin ihlâli hâlinde sorumlulara ellibin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

ç) 8 inci maddenin dördüncü fıkrasının (6) numaralı bendinin ihlâli hâlinde bayilere yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Ancak tüpün sisteme bağlantısının kullanıcı tarafından yapıldığının kanıtlanması durumunda tüp bayii ve dağıtıcı şirketlere hukukî ve cezaî sorumluluk yüklenmez.

Yukarıda belirtilenlerin dışında kalan ancak bu Kanunun getirdiği yükümlülüklere uymayanlara Kurumca bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.

Tesisler, lisans alınıncaya veya bu Kanuna göre lisans gerektirmeyen faaliyet gösterecek hâle getirilinceye kadar mühürlenir.

Ceza uygulanan bir fiilin iki yıl geçmeden aynı kişi tarafından tekrarı hâlinde, cezalar iki kat olarak uygulanır."

B. İlgili Kanun Hükümleri

Kanun'un ilgili görülen 4., 13., 14. ve 15. maddeleri şöyledir:
"Lisans sahiplerinin hak ve yükümlülükleri

Madde 4- *Lisans, sahibine lisansta yer alan faaliyetin yapılması ile bu konularda taahhütlere girişilmesi haklarını verir.*

Lisans ile tanınan haklar; bu Kanunun, ilgili diğer mevzuatın ve lisansta yer alan hususların yerine getirilmesi koşuluyla kullanılır.

Piyasa faaliyetinde bulunanlar, kötüniyet veya tehlikeli eylem sonucunu doğuracak her türlü işlemden özenle kaçınmak, bunların oluşumunun engellenmesi için her türlü tedbiri almak ve istenmeyen durumları en kısa sürede gidermek zorundadır.

Bu Kanuna göre faaliyette bulunanlar;

a) Ticarî ve teknik mevzuata uygun davranmak,

b) Çevreye zarar vermemek için gerekli tedbirleri almak,

c) Kamunun can, mal ve çevre güvenliği ile kendi tesis ve faaliyetlerini önemli ölçüde tehdit eden veya olumsuz etkileyen bir durum oluştuğunda, kamu yetkililerini ve bundan etkilenme ihtimali bulunan ilgilileri haberdar etmek, tehdidin niteliği ve niceliği ile bunu önlemek üzere alınmakta olan tedbirleri Kuruma bildirmek,

ç) Zorunlu sigorta yükümlülüğü kapsamında bulunan tesis ve/veya faaliyetlere zorunlu sigorta ile birlikte malî mesuliyet sigortası yaptırmak,

d) Faaliyetleri esnasında üçüncü kişilere veya çevreye verilecek zarar veya ziyanları tazmin etmek,

e) 12 nci maddenin birinci fıkrasına göre Kurumca belirlenen usûl ve esaslara uygun bildirimleri yapmak,

f) 5 inci maddedeki hükümleri yerine getirmek ve Kurumca istendiğinde 12 nci maddenin üçüncü fıkrasına göre gerekli bilgi, belge ve numuneleri vermek, tutanakları imzalamak ve görevlilerin tesislerde inceleme yapmasına müsaade etmek,

g) Esas faaliyetlerine ilişkin tip sözleşme örneklerini ve bunlarda yapılacak değişiklikleri yürürlüğe koymadan önce Kuruma bildirmek,

ğ) Piyasa faaliyetlerinde, teknik düzenlemelere uygun LPG sağlamak,

h) Dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurmak,

ı) Aslî faaliyetlerinde eğitim ve sertifika almış personel çalıştırmak,

i) Eşit durumdaki alıcılara (kategorilere), eşit hak ve yükümlülük tanımak, farklı şartlar uygulamamak,

İle yükümlüdür.

Yurt dışından LPG temin edeceklerin rafinerici veya dağıtıcı lisansına sahip olması gereklidir. (Ek cümle: 26/2/2014-6527/13 md.) 4/12/2003 tarihli ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu kapsamındaki işleme lisansı sahipleri de piyasa faaliyetine konu etmemek ve münhasıran petrokimya üretiminde kullanmak kaydıyla LPG ithal edebilir. Dağıtıcılar LPG'yi rafinerilerden veya ithalat yoluyla yurt dışından temin ederler. LPG ithalatı, Kurumun belirleyeceği teknik düzenlemelere uygunluğu ihtisas gümrüklerindeki laboratuvarlarda belirlendikten sonra ihtisas gümrüklerinden yapılır. Lisans sahibi olmayanlar LPG ticareti yapamaz."

"Sigorta

***Madde 13-** Lisans kapsamında yürütülen faaliyetler için sigorta yaptırılması zorunludur. Bakanlar Kurulu kararıyla sigorta kapsamından muaf tutulacak*

faaliyetler belirlenebilir. Sigorta kapsamına alınacak varlık çeşitlerinin belirlenmesi ile bunların tâbi olacağı sigorta kolları ve muafiyet tanınan hususlar, yönetmelikle düzenlenir."

"Sorumlu müdür

Madde 14- *LPG dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurulması zorunludur. LPG dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında bulundurulacak sorumlu müdürün yetki, sorumluluk ve nitelikleri Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."*

"Eğitim

Madde 15- *LPG piyasasında görev yapacak sorumlu müdürler, tanker şoförleri, dolum personeli, tüp dolum personeli, tüp dağıtım araçlarının şoförleri ve tüp dağıtım personeli, tanker dolum personeli, test ve muayene elemanları ve otogaz LPG dolum personeli, pompacılar ile tesisat, projelendirme ve imalatında görev alan diğer personel, TMMOB (Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği)'a bağlı ilgili meslek odası tarafından eğitime tâbi tutulurlar. Eğitime ilişkin esas ve usûllerin yer alacağı yönetmelik TMMOB (Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği) ve ilgili kurum tarafından müştereken hazırlanır."*

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 31.5.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural, sınırlama ve on yıllık süre sorunları görüşülmüştür.

A. Kanun'un 16. Maddesinin İkinci Fıkrasının (a) Bendinin (4) Numaralı Alt Bendi

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre, bir davaya bakmakta olan mahkemenin 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 mahkeme bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir.

3. İtiraz konusu kuralda Kanun'un "*12 ve 13 üncü madde hükümlerinin ihlali*" hâlinde sorumlulara beş yüz bin Türk lirası idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

4. Kanun'un 12. maddesinde; LPG piyasasının işleyişine ilişkin bilgilerin derlenmesi, lisans sahiplerinin düzenleyecekleri belge ve tutanakların kayıt düzeni ile Kurum tarafından yapılacak denetime ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Kanun'un 13. maddesinde ise lisans kapsamında yürütülen faaliyetler için sigorta yaptırılmasının zorunlu olduğu, Bakanlar Kurulu kararıyla sigorta kapsamından muaf tutulacak faaliyetlerin belirlenebileceği, sigorta kapsamına alınacak varlık çeşitlerinin belirlenmesi ile bunların tabi olacağı sigorta kolları ve muafiyet tanınan hususların da yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

5. Başvuran Mahkemede görülmekte olan dava, LPG bayii olarak faaliyette bulunan davacı şirketin otogaz istasyonunda sorumlu müdür bulundurmadığı, asli faaliyetlerinde LPG yetkili personel belgesi olmayan personel çalıştırdığı ve mali sorumluluklara ilişkin zorunlu sigorta yaptırmadığı gerekçesiyle 739.664.00 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkindir. Somut olayda LPG piyasasının işleyişine ilişkin bilgilerin derlenmesi, lisans sahiplerinin düzenleyecekleri belge ve tutanakların kayıt düzeni ile Kurum tarafından yapılacak denetime ilişkin usul ve esasları düzenleyen Kanun'un 12. maddesiyle ilgili bir uyuşmazlık bulunmadığından itiraz konusu kuralda yer alan "*12…*" ibaresinin bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

6. İtiraz konusu kuralın kalan bölümü ise Kanun'un 12. ve 13. maddeleri yönünden geçerli ortak kural niteliği taşımaktadır. Bu nedenle kuralın kalan bölümüne ilişkin esas incelemenin bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek "*…ve 13 üncü...*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

7. Açıklanan nedenlerle 2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin;

A. (4) numaralı alt bendinde yer alan "*12…*" ibaresinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. (4) numaralı alt bendinin kalan bölümünün esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin aynı bentte yer alan "*….ve 13 üncü…*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

C. Yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B. Kanun'un 16. Maddesinin İkinci Fıkrasının (b) Bendinin (4) Numaralı Alt Bendi

8. İtiraz konusu kuralda son fıkrası hariç Kanun'un 4. madde hükümlerinin ihlali hâlinde sorumlulara iki yüz elli bin Türk lirası idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

9. Kanun'un 4. maddesinde lisans sahiplerinin hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Maddenin bakılmakta olan davayla ilgili olan kısmı, dördüncü fıkrasının (ç) bendinde düzenlenen "*Zorunlu sigorta yükümlülüğü kapsamında bulunan tesis ve/veya faaliyetlere zorunlu sigorta ile birlikte malî mesuliyet sigortası yaptırmak*", (h) bendinde düzenlenen "*Dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurmak*" ve (ı) bendinde düzenlenen "*Aslî faaliyetlerinde eğitim ve sertifika almış personel çalıştırmak*" şeklindeki kurallardır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç), (h) ve (ı) bentleri yönünden sınırlı olarak incelenmesi gerekir.

10. Açıklanan nedenlerle 2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin (4) numaralı alt bendinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin 5307 sayılı Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç), (h) ve (ı) bentleri ile sınırlı olarak yapılmasına, yürürlüğü durdurma talebinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C. Kanun'un 16. Maddesinin İkinci Fıkrasının (c) Bendi

11. İtiraz konusu kuralda, Kanun'un 9., 14. ve 15. madde hükümlerinin ihlali hâlinde sorumlulara elli bin Türk lirası idari para cezası verilmesi öngörülmüştür.

12. Kanun'un 9. maddesinde, dökme LPG kullanıcılarının yükümlülükleri düzenlenmiştir. Başvuran Mahkemede görülmekte olan davada dökme LPG kullanıcılarının yükümlülüklerini düzenleyen Kanun'un 9. maddesiyle ilgili bir uyuşmazlık bulunmadığından itiraz konusu kuralda yer alan "*9, …*" ibaresinin bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Söz konusu ibare yönünden başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

13. Kuralın kalan bölümü ise Kanun'un 9., 14. ve 15. maddeleri yönünden geçerli ortak kural niteliği taşımaktadır. Bu nedenle kuralın kalan bölümüne ilişkin esas incelemenin bakılmakta olan davanın konusu gözetilerek kuralda yer alan *"… 14 ve 15 inci..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

14. Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlığını taşıyan 152. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağı belirtilmiş, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Başvuruya engel durumlar"* kenar başlığını taşıyan 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun

hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

15. Kuralın *"… 14 ve 15 inci..."* ibaresine yönelik olarak daha önce yapılan başka bir itiraz başvurusu, Anayasa Mahkemesinin 12.10.2016 tarihli ve E.2015/73, K.2016/161 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve karar 3.11.2016 tarihli ve 29877 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

16. Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen itiraz başvurusuna konu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 3.11.2016 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır. Bu itibarla kuralda yer alan "…*14 ve 15 inci*…" ibaresine yönelik itiraz başvurusunun Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince reddi gerekir.

17. Açıklanan nedenlerle 2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının;

A. (c) bendinde yer alan "*9, …*" ibaresinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. (c) bendinin kalan bölümünün esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin bentte yer alan *"…14 ve 15 inci…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, bu ibareye ilişkin itiraz başvurusunun Anayasa'nın 152. maddesinin dördüncü fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

18. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatih ŞAHİN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun

hükümleri, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

19. Başvuru kararında özetle; Kanun'da LPG piyasasında faaliyet gösteren lisans sahipleri için sigorta yaptırma, mesul müdür bulundurma ve eğitim almış personel çalıştırma yükümlülüklerinin birden fazla maddede mükerrer şekilde düzenlenerek aynı yükümlülükler için farklı miktarlarda idari para cezaları öngörüldüğü, bu cezalar arasındaki farklılıkların belirli bir açıklık ve kesinlikte ortaya konulmadığı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

20. Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde, Kanun'un 12. ve 13. maddelerinin ihlal edilmesi durumunda sorumlulara beş yüz bin Türk lirası idari para cezası verilmesi öngörülmüş; (b) bendinin (4) numaralı alt bendinde ise son fıkrası hariç olmak üzere Kanun'un 4. madde hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda sorumlulara iki yüz elli bin Türk lirası idari para cezası verilmesi hüküm altına alınmıştır.

21. 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 keyfî 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.

22. Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan 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, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında ifade edildiği üzere Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "*suçta ve cezada kanunilik*" ilkesi uyarınca hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi; kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.

23. 5307 sayılı Kanun'da, sıvılaştırılmış petrol gazlarının yurt içi ve yurt dışından temini, dağıtımı, taşınması, depolanması ve ticareti ile bu faaliyetlere ilişkin gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir.

24. Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç) bendinde, lisans sahiplerinin "*zorunlu sigorta yükümlülüğü kapsamında bulunan tesis ve/veya faaliyetlere zorunlu sigorta ile birlikte malî mesuliyet sigortası yaptırmak*"la yükümlü oldukları belirtilmiştir. Kanun'un 13. maddesinde de "*Lisans kapsamında yürütülen faaliyetler için sigorta yaptırılması zorunludur. Bakanlar Kurulu kararıyla sigorta kapsamından muaf tutulacak faaliyetler belirlenebilir. Sigorta kapsamına alınacak varlık çeşitlerinin belirlenmesi ile bunların tâbi olacağı sigorta kolları ve muafiyet tanınan hususlar, yönetmelikle düzenlenir.*" hükmüne yer verilerek lisans kapsamında yürütülen faaliyetler için sigorta yaptırılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

25. Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin itiraz konusu (4) numaralı alt bendinde son fıkrası hariç olmak üzere Kanun'un 4. madde hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda sorumluların iki yüz elli bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Aynı fıkranın (a) bendinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı (4) numaralı alt bendinde ise Kanun'un 13. maddesinin ihlal edilmesi durumunda sorumluların beş yüz bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç) bendi uyarınca zorunlu sigorta yükümlülüğü kapsamında bulunan tesis ve/veya faaliyetlere

zorunlu sigorta ile birlikte mali mesuliyet sigortası yaptırmayanlar iki yüz elli bin Türk lirası; Kanun'un 13. maddesi uyarınca lisans kapsamında yürütülen faaliyetler için sigorta yaptırmayanlar beş yüz bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

26. Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (h) bendinde, bu Kanun'a göre faaliyette bulunanların *"Dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurmak"*la yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 14. maddesinde de *"LPG dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurulması zorunludur. LPG dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında bulundurulacak sorumlu müdürün yetki, sorumluluk ve nitelikleri Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."* hükmüne yer verilerek LPG dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurulmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

27. Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin itiraz konusu (4) numaralı alt bendinde son fıkrası hariç olmak üzere Kanun'un 4. madde hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda sorumluların iki yüz elli bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Aynı fıkranın (c) bendinde ise Kanun'un 14. maddesinin ihlal edilmesi durumunda sorumluların elli bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (h) bendi uyarınca dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurmayanlar iki yüz elli bin Türk lirası; Kanun'un 14. maddesi uyarınca LPG dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurmayan lisans sahipleri elli bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

28. Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ı) bendinde bu Kanun'a göre faaliyette bulunanların *"Aslî faaliyetlerinde eğitim ve sertifika almış personel çalıştırmak"*la yükümlü olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 15. maddesinde de *"LPG piyasasında görev yapacak sorumlu müdürler, tanker şoförleri, dolum personeli, tüp dolum personeli, tüp dağıtım araçlarının şoförleri ve tüp dağıtım personeli, tanker dolum personeli, test ve muayene elemanları ve otogaz LPG dolum personeli, pompacılar ile tesisat, projelendirme ve imalatında görev alan diğer personel, TMMOB (Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği)'a bağlı ilgili meslek odası tarafından eğitime tâbi tutulurlar. Eğitime ilişkin esas ve usûllerin yer*

alacağı yönetmelik TMMOB (Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliği) ve ilgili kurum tarafından müştereken hazırlanır." hükmüne yer verilerek personelin eğitime tabi tutulacağı ifade edilmiştir.

29. Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendinin itiraz konusu (4) numaralı alt bendinde son fıkrası hariç olmak üzere Kanun'un 4. madde hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda sorumluların iki yüz elli bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Aynı fıkranın (c) bendinde ise Kanun'un 15. maddesinin ihlal edilmesi durumunda sorumluların elli bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ı) bendi uyarınca asli faaliyetlerinde eğitim ve sertifika almış personel çalıştırmayanlar iki yüz elli bin Türk lirası; Kanun'un 15. maddesi uyarınca LPG piyasasında görev yapacak sorumlu müdürler, tanker şoförleri, dolum personeli, tüp dolum personeli, tüp dağıtım araçlarının şoförleri ve tüp dağıtım personeli, tanker dolum personeli, test ve muayene elemanları ve otogaz LPG dolum personeli, pompacılar ile tesisat, projelendirme ve imalatında görev alan diğer personelin Türk Mühendis ve Mimarlar Odaları Birliğine (TMMOB) bağlı ilgili meslek odası tarafından gerekli eğitim almadan çalıştırılması durumunda lisans sahipleri elli bin Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılacaktır.

30. Yukarıda anılan hükümler birlikte değerlendirildiğinde LPG piyasasında faaliyette bulunan lisans sahiplerinin uymak zorunda olduğu yukarıda sayılan yükümlülüklerin Kanun'un birden fazla maddesinde mükerrer şekilde düzenlendiği ve her maddenin ihlaline yönelik farklı miktarlarda para cezaları öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim lisans sahiplerinin zorunlu sigorta yükümlülüğü Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç) bendi ile Kanun'un 13. maddesinde mükerrer şekilde düzenlenmiş, bu maddelerin ihlali durumunda ise yükümlülükleri yerine getirmeyenler için farklı miktarlarda idari para cezası öngörülmüştür. Bu durum Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (h) bendi ile 14. maddesinde düzenlenen dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurma yükümlülüğü ile Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ı) bendi ile 15. maddesinde düzenlenen eğitimli personel çalıştırma yükümlülüğü bakımından da söz konusudur.

31. Kanun'da, lisans sahipleri için öngörülen yükümlülükler ile bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir gereğidir. Bu durum lisans sahiplerinin Kanun'da öngörülen yükümlülükleri ihlal ettikleri zaman hangi yaptırımla karşılaşacağını önceden öngörebilmelerini dolayısıyla kişilerin hukuk güvenliğini de güvence altına almaktadır. Nitekim hukuk güvenliği normların öngörülebilir olmasını gerekli kılar.

32. Lisans sahipleri için getirilen zorunlu sigorta yükümlülüğünün Kanun'da iki ayrı maddede düzenlenmesi ve bu maddelere aykırılığın farklı miktarlarda idari para cezası ile cezalandırılması lisans sahiplerinin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde öngörmesine engel oluşturmaktadır. Bu itibarla lisans sahipleri için Kanun'da öngörülen sigorta yükümlülüğünü yerine getirmeyenler bakımından Kanun'un farklı maddelerinde farklı miktarlarda para cezası öngörülmesi hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile suçta ve cezada kanunilik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Belirtilen gerekçeler, dolum tesislerinde ve otogaz istasyonlarında sorumlu müdür bulundurma yükümlülüğü ile eğitimli personel çalıştırma yükümlülüğü bakımından da geçerlidir.

33. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

34. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

35. Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının; (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde yer alan "*…ve 13 üncü…*" ibaresinin iptali ile (b) bendinin (4) numaralı alt bendinin, Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç) bendi yönünden 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 ibare ve bende ilişkin iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

36. Başvuru kararında özetle, Kanun'da, LPG piyasasında faaliyet gösteren lisans sahipleri için sigorta yaptırma, mesul müdür bulundurma ve eğitim almış personel çalıştırma yükümlülüklerinin birden fazla maddede mükerrer şekilde düzenlenerek aynı yükümlülükler için farklı miktarlarda idari para cezaları öngörüldüğü, aralarındaki farklılıkların belirli bir açıklık ve kesinlikte ortaya konulmaksızın aynı yükümlülükler için farklı miktarlarda para cezaları öngörülmesinin belirsizliğe sebebiyet verdiği; kuralların bu hâliyle uygulanmasının telafisi güç veya imkânsız zararların doğmasına sebebiyet vereceği belirtilerek kuralların yürürlüklerinin durdurulması talep edilmiştir.

2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının;

A. (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde yer alan *"…ve 13 üncü…"* ibaresine, yönelik iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması talebinin REDDİNE,

B. (b) bendinin (4) numaralı alt bendinin, 5307 sayılı Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının;

1. (ç) bendi yönünden verilen iptal hükmünün, yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle yürürlüğünün durdurulması talebinin REDDİNE,

2. (h) ve (ı) bentleri yönünden yürürlüklerinin durdurulması taleplerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

18.1.2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI. HÜKÜM

2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının;

A. (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde yer alan *"…ve 13 üncü…"* ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B. (b) bendinin (4) numaralı alt bendinin, 5307 sayılı Kanun'un 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç), (h) ve (ı) bentleri yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ ile Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, (ç) bendi yönünden iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK DOKUZ AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

18.1.2018 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
	Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5307 sayılı Kanunun 16. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin (4) numaralı alt bendinde yer alan "…ve 13 üncü …" ibaresi ile (b) bendinin (4) numaralı alt bendinin, aynı Kanunun 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç), (h) ve (ı) bentleri yönünden Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Kararda, LPG piyasasında faaliyette bulunan lisans sahiplerinin uymak zorunda oldukları bazı yükümlülüklerin Kanunda mükerrer olarak düzenlendiği ve farklı maddelerde düzenlenen bu yükümlülüklerin ihlali karşılığında farklı miktarlarda para cezalarının öngörüldüğü, bu durumun "lisans sahiplerinin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını öngörmesine engel oluştur(duğu)" belirtilerek, söz konusu yükümlülükleri yerine getirmeyenler bakımından Kanunun farklı maddelerinde farklı miktarlarda para cezaları öngörülmesinin hukukî güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğuna hükmedilmiştir (§§ 30-31).

Anayasaya aykırılık itirazında bulunan Danıştay İdarî Dava Daireleri Kurulunun önündeki davanın, sorumlu müdür bulundurulmamasının 5307 sayılı Kanunun 14. maddesine ve yetki belgesi olmayan personel çalıştırılmasının Kanunun 15. maddesine aykırı olması sebebiyle aynı Kanunun 16. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince; otogaz istasyonunda üçüncü kişilere verilebilecek zararların tazmini için zorunlu olan malî sorumluluk sigortasının yaptırılmamasının da Kanunun 13. maddesine aykırı olması sebebiyle 16. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendi gereğince üç ayrı para cezası verilmesi üzerine açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasaya aykırılık itirazının gerekçesinde ise -somut olayda davacı şirket hakkında uygulanmış olmasa da- Kanunun 4. maddesinin dördüncü fıkrasının (ç), (h) ve (ı) bentlerinde de aynı fiillerin belirtilmesinin ve bunlar için 16. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde farklı bir idarî para cezası öngörülmesinin belirsizliğe yol açtığı ileri sürülmektedir.

Aynı fiilden dolayı birden fazla ceza verilmesinin mükerrer cezalandırma yasağı olarak bilinen "*non bis in idem*" ilkesine aykırı olduğunda şüphe bulunmamakla birlikte, itiraz konusu kuralların 5307 sayılı Kanunda yer alması aynı fiil için bu kuralların birlikte uygulanması gerektiği anlamına gelmemekte ve bu fiiller hakkında Kanunda birden fazla hükümde farklı idarî para cezaları öngörülmüş olması başlı başına Anayasaya aykırılık oluşturmamaktadır.

Kaldı ki itiraz konusu kurallar incelendiğinde, Kanunun 4. maddesinin lisans sahiplerinin yükümlülüklerini belirleyen ikinci fıkrasının (ç), (h) ve (ı) bentlerinden farklı olarak 13., 14. ve 15. maddelerinde daha geniş hükümlere yer verildiği, dolayısıyla "aynı" değil "benzer" fiiller için farklı miktarlarda idarî para cezaları öngörüldüğü, başka bir ifadeyle benzer yükümlülüklere uyulmamasının farklı fiiller olarak belirlenip farklı müeyyidelere bağlandığı anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kurallar bakımından "belirlilik" ilkesine de bir aykırılık bulunmadığı düşünülmektedir. Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devletinin gereği olan bu ilkenin, yasal düzenlemelerin kişiler ve idare yönünden herhangi bir tereddüte ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını ve ilgilisinin hangi somut eylem ve

olguya hangi sonucun bağlandığını bilmesini gerektirdiği; Anayasanın 38. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunîlik" ilkesi uyarınca da hangi fiillerin yasaklandığının ve yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kanunda gösterilmesinin, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasının zorunlu bulunduğu, 38. maddede bir ayrım yapılmadığından idarî para cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tâbi olduğu, konuya ilişkin diğer kararlarımızda olduğu gibi bu kararımızda da tekrarlanmaktadır (§§ 21-22).

Ancak belirlilik ilkesinin, sadece kanunî belirliliği değil hukukî belirliliği de ifade ettiği, kanunla yapılan bir düzenlemeye dayanılarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olmak şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile hukukî belirliliğin sağlanabileceği de kararlarımızda vurgulanmaktadır. Bu kararda ise sadece itiraz konusu kuralların birlikte değerlendirilmesi suretiyle hukukî belirlilik ilkesine aykırılık sonucuna varıldığı görülmektedir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 38. maddesinde öngörülen ilkelerin idarî suç ve cezalar için de geçerli olduğu kabul edilse de bu ilkelerden bazılarının idare hukuku bakımından ceza hukukuna göre daha esnek anlaşılması gerektiği; bu esnekliğin idarî yaptırım gerektiren fiillerin belirlenmesi konusunda daha fazla olduğu da belirtilmektedir (Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013, s.26-30, s. 48-49 ve s. 85-86).

AİHS'in 7. maddesinde öngörülen "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi de sadece ceza hukuku alanı ile ilgili bir ilke olarak kabul edilmektedir (Osman Doğru-Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C. I, Ankara 2012, s. 857).

Diğer taraftan, kararda Anayasaya aykırılık sonucuna varılırken itiraz konusu kuralların hukukî güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu belirtilmekte ise de, söz konusu kuralların, idarî cezaları tesis eden idareye, olayın özelliklerine göre değerlendirme yaparak ve müeyyide gerektiren fiillerin unsurları ile fiili işleyenlerin malî gücü gibi öznel durumlarını gözönünde bulundurarak mezkûr kurallardan failin durumuna uygun olanı uygulama imkânı sağladığı da görülmektedir.

Nitekim somut olayda, aynı fiil için mükerrer ceza verilmesi bir yana, davacı şirkete verilen ve dava konusu edilen üç idarî para cezasından ikisinin, aynı fiil için beş kat ceza öngören hükmün değil davacı şirketin lehine olan hükmün uygulanması suretiyle verildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu edilen cezalardan üçüncüsünün ise benzer yükümlülüğün ihlalini müeyyideye bağlayan hükmün iki katı ceza uygulanmasını öngören hükmün uygulanması suretiyle verildiği görülmekte ise de, bu işlemin yargısal denetimini yapan yargı merciinin yukarıda belirtilen hususların yanında özel hüküm-genel hüküm ilişkisini gözönünde bulundurarak ve söz konusu ceza hükümlerinin müeyyideye bağladığı fiillerin (uyulmadığı iddia edilen yükümlülüklerin) aynı olup olmadığını da değerlendirerek hukuka uygunluk denetimini yapması mümkündür.

Buna rağmen, içeriği yönünden Anayasaya aykırılık bulunmayan itiraz konusu kuralların iptaline karar verilerek, 16. maddenin ikinci fıkrasının daha düşük ceza öngörülen ve daha önce Mahkememizce iptal talebi reddedilen hükümlerinin somut olayda uygulanmasını gerektirecek bir neticeye ulaşılmış bulunmaktadır. Başka bir anlatımla, benzer yükümlülükler öngörülen (bu anlamda aynı fiili düzenlediği de tartışmalı olan) ve farklı miktarlarda idarî para cezalarına bağlanan itiraz konusu kuralların birlikte değerlendirilmesi suretiyle ulaşılan iptal kararı, Anayasaya uygunluk denetiminin amacıyla bağdaşmayan bir sonuç doğurmaktadır.

Bu sebeplerle, incelenen kuralların Anayasaya aykırı olmadığı ve reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun iptal kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
M. Emin KUZ	Rıdvan GÜLEÇ	Recai AKYEL

Esas Sayısı : 2017/136
Karar Sayısı : 2018/7
Karar Tarihi : 18.1.2018

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 5.5.2009 tarihli ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 9., 10., 11., 36., 59. ve 142. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Lisanslı futbol temsilcisi olan davacı ile bir futbol kulübü arasında imzalanan *"futbolcu temsilcisi sözleşmesi"* çerçevesinde ücretinin ödenmediği gerekçesiyle davacı tarafından futbol kulübü aleyhine icra takibi başlatılmıştır. Söz konusu takibe karşı yapılan itiraz üzerine davacının açtığı itirazın iptali davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN VE İLGİLİ GÖRÜLEN KANUN HÜKÜMLERİ

A. İptali İstenen Kanun Hükmü

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 5. maddesi şöyledir:

"MADDE 5- (1) TFF'nin ilk derece hukuk kurulları özellikle aşağıdaki kurullardan oluşur:

a) Uyuşmazlık Çözüm Kurulu.

b) Disiplin kurulları.

c) Kulüp Lisans Kurulu.

ç) Etik Kurulu.

(2) İlk derece hukuk kurulları kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkilidir.

(3) TFF talimatları ilgili talimatın yayımından, ilk derece hukuk kurulları tarafından alınan kararlar ise ilgili kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilmez ise kesinleşir. İlk derece hukuk kurullarının görevlerine giren konularda ve bunlar tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamaz.

(4) İlk derece hukuk kurullarının görevleri, yetkileri, hakları ve üyelerinin sahip olmaları gereken nitelikler ile her bir kurulun usul kuralları TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda düzenlenir.

(5) İlk derece hukuk kurullarının üyeleri TFF Statüsünde öngörülen şekilde belirlenir.

(6) İlk derece hukuk kurullarının hiçbir üyesi, TFF'nin başka kurul ve organlarında görev alamayacağı gibi TFF üyesi herhangi bir kulüp ya da diğer bir özel hukuk tüzel kişisi bünyesinde de görev alamaz. Bu üyeler tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık içinde görevlerini icra etmek zorundadırlar."

B. İlgili Görülen Kanun Hükmü

Kanun'un ilgili görülen 6. maddesi şöyledir:

"MADDE 6. (1) Tahkim Kurulu, bu Kanun uyarınca bağımsız ve tarafsız bir zorunlu tahkim mercii olup TFF'nin en üst hukuk kuruludur ve TFF Statüsü ve ilgili talimatlarda belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar ile ilgili nihai karar merciidir.

(2) Tahkim Kurulu, TFF Statüsü ve ilgili talimatlar uyarınca karar verme yetkisine sahip kurul ve organlar tarafından verilecek kararları nihai olarak inceleyerek münhasıran karara bağlar. Tahkim Kuruluna başvuru süresi TFF talimatlarının yayımından veya itiraz edilen kararın tebliğinden itibaren yedi gündür.

(3) Tahkim Kurulunun oluşumu, görev, yetki, hak ve sorumlulukları ile üyelerinin sahip olması gereken nitelikler TFF Statüsünde belirlenir. Tahkim Kurulunun işleyişi ve usul kuralları TFF tarafından çıkarılacak talimatta yer alır.

(4) Tahkim Kurulu kendisine yapılan başvuruları kesin ve nihai olarak karara bağlar.

(5) Tahkim Kurulu üyeleri de bu Kanunun 5 inci maddesinin altıncı fıkrası hükümlerine tabidir."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 12.7.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Rıdvan GÜLEÇ ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Elif KARAKAŞ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın, Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) bünyesinde kurulan ilk derece hukuk kurullarını görev ve yetkileri kapsamında bulunan ihtilaflarda münhasıran yetkili kıldığı ancak Anayasa'nın 59. maddesine göre yalnızca spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu

tahkim yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir. Başvuru kararında ayrıca, futbolla ilgili sözleşmelerden doğan alacak haklarına ilişkin uyuşmazlıkların Anayasa'nın 59. maddesi kapsamında olmadığı ve genel hükümlere göre adli yargı mercilerince incelenmesi gerektiği, Anayasa'nın 59. maddesinde yapılan değişiklik gerekçesinde de bu hususun açıkça ifade edildiği belirtilmiştir. Buna rağmen itiraz konusu kural ve bu kuralın ayrıntılarının düzenlendiği TFF Statüsü ile Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı'nda futbola ilişkin sözleşmelerden doğan alacak haklarına ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde yalnızca tahkime gidilebileceğinin öngörülmesi suretiyle söz konusu uyuşmazlıkların yargı denetimine kapatıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 9., 10., 11., 36., 59. ve 142. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural Anayasa'nın 2. ve 13. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

5. 5894 sayılı Kanun'un 5. maddesinin; (1) numaralı fıkrasında TFF'nin ilk derece hukuk kurullarının Uyuşmazlık Çözüm Kurulu, Disiplin Kurulları, Kulüp Lisans Kurulu ve Etik Kurulundan oluştuğu belirtilmiş, itiraz konusu (2) numaralı fıkrasında ilk derece hukuk kurullarının, kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkili olduğu kural altına alınmıştır. Maddenin (3) numaralı fıkrasında ise ilk derece hukuk kurulları tarafından alınan kararların ilgili kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz edilmez ise kesinleşeceği ve ilk derece hukuk kurullarının görevlerine giren konularda ve bunlar tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağı öngörülmüştür. Maddenin (4) numaralı fıkrasında da ilk derece hukuk kurullarının görevleri, yetkileri, hakları ve üyelerinin sahip olmaları gereken nitelikler ile her bir kurulun usul kurallarının TFF statüsü ile ilgili talimatlarda düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

6. 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.

7. 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 keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

8. Anayasa'nın 13. maddesinde *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir.

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

10. Anayasa'nın *"Hak arama hürriyeti"* başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* 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.

11. Hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biri mahkemeye erişim hakkıdır. Bu hak, hukuki bir uyuşmazlığın bu konuda karar verme yetkisine sahip bir mahkeme önüne taşınması hakkını da kapsar. 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.

12. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabilir. 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 hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar hakkın özüne dokunmaktadır.

13. Anayasa'nın *"Sporun geliştirilmesi ve tahkim"* kenar başlıklı 59. maddesine 17.3.2011 tarihli ve 6214 sayılı Kanun ile eklenen üçüncü fıkrada "*Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.*" denilmiştir.

14. Tahkim genel olarak öğretide, hukuki uyuşmazlıkların söz konusu uyuşmazlığa taraf olmayan bağımsız kişi veya kişiler tarafından çözümlenerek karara bağlanması olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan tahkim, uyuşmazlıkların çözümü için yargıya alternatif olarak getirilmiş yöntemlerden biridir.

15. İtiraz konusu kural ile TFF ilk derece hukuk kurulları, kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya bu Kanun, TFF statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkili kılınmaktadır. Kanun'un 6. maddesinde ise ilk derece hukuk kurullarının kararlarına karşı itirazları nihai karar mercii olarak inceleyen ve TFF'nin en üst hukuk kurulu olan Tahkim Kuruluna ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

16. Kural, ilk derece hukuk kurullarının görev ve yetkisinin kapsamını "*Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflar*" şeklinde belirlemiştir. Ancak bu hâliyle ilk derece hukuk kurullarının görev ve yetkisinin kapsamı oldukça geniş ve sınırları belirsiz bir alana işaret etmektedir. Zira kanun koyucu tarafından ilk derece hukuk kurullarının hangi tür ihtilaflara bakacağı hususunda yalnızca Kanun ile TFF'nin düzenleme ve kararlarına atıfta bulunmakla yetinilmiş, "*kulüp lisansı ile ilgili kararlar alma*" ifadesinin dışında Kanun ve TFF kararlarına ilişkin olarak çıkacak ihtilaf konuları belirtilmemiştir.

17. Bir kanunun kapsamına giren tüm uyuşmazlık türlerini kanunda tek tek saymanın güçlüğü ve bu yöntemin bazı hususları eksik bırakabilme olasılığı söz konusu olduğunda kanun koyucunun temel kuralları saptayarak detayları daha alt düzeydeki düzenlemelere bırakması belirsizlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Ancak kanun koyucunun saptayacağı temel kurallar, bunlara dayalı olarak şekillendirilecek ayrıntıların belirlenmesinde yol gösterici nitelikte olmalıdır. İtiraz konusu kuralda ise ilk derece hukuk kurullarının görev ve yetkisine giren ihtilafların belirlenmesi konusunda TFF statüsü ile TFF'nin diğer talimat ve düzenlemelerine atıfta bulunulması, ihtilafların kapsamının belirlenmesini TFF'nin iradesine bırakmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin TFF tarafından her zaman değiştirilebilir olması da TFF'nin iradesine bağlı olarak yargı yolu kapatılan uyuşmazlıkların kapsamının da değişmesine yol açabilecek nitelikte olup kural bu yönüyle kişiler yönünden belirli ve öngörülebilir değildir.

18. Anayasa Mahkemesi, 6.1.2011 tarihli ve E.2010/61, K.2011/7 sayılı kararında kanun koyucunun futbol sporu alanındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce Tahkim Kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebileceğini ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa yargı yolunun açık tutulması gerektiğini vurgulamış ve 5894 sayılı Kanun'un Tahkim Kurulunun görev ve yetkilerini düzenleyen 6. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Tahkim Kurulu kararları aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağını düzenleyen kısmını Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

19. Anayasa Mahkemesinin anılan kararından sonra Anayasanın 59. maddesinde 6214 sayılı Kanun'la değişiklik yapılmış ve spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği, tahkim kurulu kararlarının kesin olduğu ve bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı kural altına alınmıştır.

20. Söz konusu Anayasa hükmünden, spor federasyonlarının *"spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine"* ilişkin olan kararlarının dışında kalan kararları yönünden kanun koyucu tarafından tahkim yolu öngörülmüş olsa da tarafların dilerlerse tahkimden sonra yargı yoluna da başvurabileceği anlaşılmaktadır.

21. Nitekim söz konusu Anayasa değişikliğinin gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporu'nda Anayasa'da yapılan bu değişiklikle sportif faaliyetlerin yönetilmesine ve disiplinine ilişkin ihtilafların süratle ve yargı denetimine tabi olmaksızın kesin olarak çözüme kavuşturulmasının amaçlandığı, sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali hakların sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olmadığından bu kapsam dışında oldukları, bu çerçevedeki uyuşmazlıkların yargı mercileri nezdinde dava yoluyla ya da tarafların karşılıklı yazılı mutabakatları ile yargı denetimine tabi olmak üzere spor federasyonlarının kurulları önünde çözülebileceği belirtilmiştir.

22. İlk derece hukuk kurullarının münhasıran yetkili olduğunu belirten itiraz konusu kural ile bu kurullar tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağını düzenleyen (3) numaralı fıkranın ikinci cümlesi birlikte değerlendirildiğinde, ilk derece hukuk kurullarının, bakacağı ihtilaflarda başvurulabilecek tek yetkili merci olduğu ve anılan kurulların görev ve yetkisinde bulunan konularda tahkim dışında başka bir hukuki yola başvurulamayacağı anlaşılmaktadır.

23. Anayasa'nın 59. maddesinde spor federasyonlarının yalnızca spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarına karşı yargı merciine başvurulamayacağı öngörülmesine rağmen, itiraz konusu kuralda böyle bir ayrım yapılmaksızın ilgili mevzuat ile TFF kurul ve organlarının

kararlarına ilişkin olarak çıkacak tüm uyuşmazlıklar bakımından ilk derece hukuk kurullarının münhasıran karar vermekle yetkili kılınması ve ilk derece hukuk kurullarının kararlarına karşı yargı yoluna başvurulmasının engellenmesi, Anayasa'nın 59. maddesinde yer alan düzenlemeyle bağdaşmadığı gibi ilgililerin mahkemeye erişim hakkını ortadan kaldırmakta ve hak arama hürriyetinin özüne dokunmaktadır.

24. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 59. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamıştır.

Kural, Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 59. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 9., 10., 11. ve 142. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

IV. İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

25. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.*" denilmekte; 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanarak Mahkemenin gerekli gördüğü hâllerde, Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabileceği belirtilmektedir.

26. 5894 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkraya ilişkin iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V. HÜKÜM

5.5.2009 tarihli ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 18.1.2018 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 5.5.2009 tarihli ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptali talebiyle yapılan başvurunun ilk incelemesinde işin esasının incelenmesine oyçokluğuyla karar verilmiştir.

2. Anayasa'nın 152. maddesine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görürse iptali için Anayasa Mahkemesine başvurur. Uygulanacak kurallar, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde ve davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz konusu kural, kulüp lisansı ile ilgili kararlar almaya veya 5894 sayılı Kanun, Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran ilk derece hukuk kurullarının yetkili olduğunu belirtmektedir. TFF'nin 28/7/2015 tarihli "Uyuşmazlık Çözüm Kurulu Talimatı", diğer hususlar yanında, kulüpler ile futbolcular arasında "sözleşmeden doğan futbolla ilgili tüm uyuşmazlıklar"ın Uyuşmazlık Çözüm Kurulu tarafından münhasıran karara bağlanacağını düzenlemektedir.

4. Başvuruya konu uyuşmazlık, lisanslı futbol temsilcisi olan davacı ile bir futbol kulübü arasında imzalanan "futbolcu temsilcisi sözleşmesi"nden doğan alacak iddiasından kaynaklanmaktadır. Davacı sözleşme çerçevesinde ücretinin ödenmediği gerekçesiyle başlattığı icra takibine yapılan itiraz üzerine itirazın iptali davası açmıştır.

5. İptali istenen kural, "TFF'nin diğer talimat"larına "ilişkin olarak çıkacak ihtilaflarda karar vermeye münhasıran yetkili" merciin ilk derece hukuk kurulları olduğunu düzenlemektedir. Somut başvuruda ise TFF'nin talimatına ilişkin bir ihtilaftan ziyade, futbolcu menajeri ile spor kulübü arasında yapılan sözleşmeden kaynaklanan bir ihtilaf söz konusudur.

6. Diğer yandan zorunlu tahkim yetkisinin "spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine" ilişkin kararlarla sınırlı olduğu, bunun dışında

sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kapsam dışında olduğu açıktır. Nitekim zorunlu tahkimi düzenleyen Anayasa'nın 59. maddesinin gerekçesine göre "*spor kulüpleri ile sporcu, teknik adam ve sporla ilgili diğer kişiler arasındaki alacak haklarına dair uyuşmazlıklar yetki ve göreve ilişkin genel hükümler çerçevesinde adli yargı yerlerinde görülecektir. Böylece, sporla ilgili hizmet, vekalet veya benzeri diğer sözleşmelerden kaynaklanan ifa, ifa etmeme, fesih ve tazminat gibi uyuşmazlıklar ile diğer alacak hakları, genel hükümlere tabi olacaktır*". Aynı şekilde Anayasa Komisyonu Raporuna göre de "*kulüp, sporcu, teknik adam, sağlık personeli, menajer ve maç organizatörü gibi sporla ilgili kişilerin kendi aralarında imzaladıkları transfer, geçici transfer, menajerlik, hizmet, vekalet ve maç organizatörlüğü gibi tüm sözleşmelerden kaynaklanan alacak iddia ve talepleri ile mali haklar, sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olmadığından bu kapsam dışındadır*".

7. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere somut başvuruya konu bir futbol menajeri ile futbol kulübü arasında imzalanan sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın zorunlu tahkimin, dolayısıyla iptali istenen kuralın kapsamı dışında kaldığı açıktır. Uyuşmazlığın genel hükümlere göre adli yargı yerlerinde görülmesi gerekirdi.

8. Açıklanan gerekçelerle, iptali istenen 5894 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrası bakılmakta olan davada uygulanacak kural olmadığından itirazın mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir. Bu nedenle çoğunluğun işin esasının incelenmesine yönelik kararına katılmıyoruz.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Rıdvan GÜLEÇ	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞI OY

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 18. Hukuk Dairesi tarafından itiraz yoluyla 5.5.2009 tarihli ve 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 9., 10., 11., 36., 59., ve 142. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebine Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun çoğunluğu tarafından ilgili kuralın Anayasa'nın 36. ve 59. maddelerine aykırılığı tespit edilerek iptali yönünde hüküm kurulmuştur.

Çoğunluk tarafından kuralın Anayasa'ya aykırılığı aşağıdaki temel gerekçelere dayandırılmaktadır.

"İlk derece hukuk kurullarının görev ve yetkilerinin genel çerçevesini çizen ve vereceği kararlarda bu kurulların münhasıran yetkili olduğunu düzenleyen itiraz konusu kural, ilk derece hukuk kurulları tarafından verilen kararlara karşı yargı yoluna başvurulamayacağını düzenleyen 5894 sayılı Kanun'un 5. Maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi ile birlikte değerlendirildiğinde itiraz konusu kuralda geçen "münhasıran" ibaresinin, ilk derece hukuk kurullarının bakacağı ihtilaflarda başvurulabilecek tek yetkili merci olduğunu ve bu kurulun görev ve yetkisinde bulunan konularda tahkim dışında başka bir hukuki yola başvurulamayacağını ifade ettiği görülmektedir.

İlk derece hukuk kurullarının görev ve yetkisine giren ihtilafların kaynağı olarak kuralda belirtilen düzenleme ve kararlardan (bu Kanun, TFF Statüsü, TFF'nin diğer talimat ve düzenlemeleri ile diğer yetkili TFF kurul ve organları tarafından alınacak kararlar) "bu kanun" haricinde tamamı Türkiye Futbol Federasyonunun yetkili organlarınca alınan kararlar kapsamındadır. Kural, görev ve yetkinin çerçevesini çizerken bu kararlar ya da bu kararlara ilişkin olarak çıkacak ihtilaflar bakımından herhangi bir konu sınırlaması getirmemiştir. Dolayısıyla ilk derece hukuk kurullarının görev ve yetkisi Kanun'a ve TFF'nin tüm kararlarına ilişkin her türlü ihtilafı kapsamaktadır. Bu görev ve yetkinin "münhasıran" olması nedeniyle de ihtilafların çözümü için gidilebilecek tek yol tahkim olup yargı yoluna başvurulması mümkün değildir.

Bir başka anlatımla, Anayasa'nın 59. maddesinin üçüncü fıkrası spor federasyonu kararlarının yalnızca "spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine"

ilişkin olanları yönünden zorunlu tahkim yolunu öngörmüş ve yargı yolunu kapatmışken itiraz konusu kural, 5894 sayılı Kanun'a ve bir spor federasyonu olan TFF'nin herhangi bir sınırlama olmaksızın tüm kararlarına ilişkin olarak çıkacak ihtilafların çözümünü münhasıran ilk derece hukuk kurullarına bırakmaktadır.

Bu bakımdan ilk derece hukuk kurullarını, görev ve yetkisinde bulunan ihtilaflarda münhasıran yetkili kılmak suretiyle TFF kararlarının tümüne ilişkin uyuşmazlıklara karşı yalnızca tahkime başvurulabileceğini öngören itiraz konusu kural, spor federasyonlarının kararlarının sadece sınırlı bir kısmı yönünden tahkimi öngörüp yargı yolunu kapatan, geriye kalan kararlara ilişkin ise herhangi bir sınırlama öngörmeyen Anayasa'nın 59. maddesinin üçüncü fıkrası ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 59. maddesinin üçüncü fıkrasında yargı denetimine kapatılmadığı halde bu hükmün kapsamını aşacak şekilde TFF'nin alacağı her türlü karara ilişkin çıkacak ihtilaflarda ilk derece hukuk kurullarını münhasıran yetkili kılmak suretiyle yargı yoluna başvurulmasını engelleyen itiraz konusu kural hak arama özgürlüğüne de açık bir müdahale niteliğindedir."

Tespitinin ardından kuralın Anayasa'nın 36. ve 59. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

Verilen bu iptal kararına aşağıdaki gerekçelerle katılmamaktayım.

5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri hakkında Kanun'un 5. Maddesinin genel gerekçesinde;

"Spor mevzuatı genel hukuk ilkelerine uygun olarak bütün ülkelerin iç hukuklarına etki edecek biçimde uluslararası niteliktedir. Uluslararası spor örgütlerine üye olan ülkeler bu kuruluşların benimsediği ilkelere ve talimatlara uyacaklarının kabul etmişlerdir.

Ülkemizde profesyonel futbol faaliyetleri 3813 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş Türkiye Futbol Federasyonu tarafından yürütülmektedir.

Futbol yönetiminin tamamen özerk bir yapıya kavuşması ve kendi organları tarafından yönetilmesi benimsenmiştir.

Bu doğrultuda geçmişte birçok düzenleme yapılmıştır. Son olarak Tasarı ile yeni bir çerçeve kanun hazırlanarak futbolun yönetimi uluslararası kurallara göre hazırlanan ana statüye bırakılmıştır."

İfadesi yer almaktadır.

Genel gerekçe ile ortaya konan yaklaşım spor alanında ve özellikle futbolda uyuşmazlıklarının çözüm yerinin uluslararası hukuk düzenlemelerine de uygun olarak tahkim kurulu ve bu kurulun ilk derece hukuk kurulları ve tahkim kurulu derecelendirmesi kapsamında ele alınıp çözüme kavuşturulmasını öngörmektedir.

Ancak tahkim kurulunun kararlarına karşı yargı yolunun mevcut olmaması üzerine;

"Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.2011 tarihli ve E.2010/61 K.2011/7 sayılı kararında;

"…yasa koyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere tahkim kuruluna başvurma yükümlülüğü getirebilir ise de, bu kurulun kesin ve nihai kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama ve özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğinde olup, hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, kuralın '…ve bu kararlar aleyhine yargı yoluna başvurulamaz' bölümü Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." demek suretiyle kuralın iptaline hükmetmiştir.

Bu karardan sonra Anayasa Mahkemesi kararının gerekçelerini anayasal düzeyde karşılamak ve bu alanda yapılacak düzenlemelerin benzer şekilde iptal kararına konu olmasını önlemek amacıyla Anayasa'nın 59. maddesine 17.3.2011 tarihli ve 6214 sayılı Kanun ile üçüncü fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disipline ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabileceği ve tahkim kurulu kararlarının kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamayacağı kabul edilmiştir.

Anayasa'nın 59. maddesinde yapılan düzenleme karşısında Anayasa Mahkemesinin 2011 tarihli yukarıda zikredilen kararında ortaya koyduğu gerekçeler temelsiz kalmıştır.

Mahkememiz çoğunluğu tarafından itiraz yoluyla iptali istenen kuralın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin ortaya konan gerekçeler ile 6.1.2011 tarihli ve E.2010/61 K.2011/7 sayılı kararın gerekçeleri aynı temele oturmaktadır.

Oysa ki, 2011 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı'nın ardından anayasa koyucu derhal bir düzenleme yaparak tahkime ilişkin yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık sorununu ortadan kaldırmıştır.

2011 yılında Anayasa Madde 59'a eklenen ve spor faaliyetlerinin yönetim ve disiplinine ilişkin tahkim yolunu öngören ve bu kurul tarafından verilen kararlara karşı yargı yolunu kapatan düzenleme karşısında iptali istenen yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı bulunmamaktadır.

Çoğunluğun iptal kararına yukarıda açıklanan gerekçeler ışığında katılmam mümkün olmamıştır.

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2017/166
Karar Sayısı : 2018/8
Karar Tarihi : 18/1/2018

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bakırköy 6. Asliye Ticaret Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin;

A. 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (5) numaralı fıkrasının,

B. (6) numaralı fıkrasının,

C. 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişiklik yapılan (7) numaralı fıkrasının

Anayasa'nın 2., 5. ve 6. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebidir.

OLAY: Davalı şirkete ait aracın davacı şirketçe işletilen köprü ve otoyoldan ücret ödemeden geçiş yapması sebebiyle tahakkuk eden geçiş ücreti ve geçiş ücretinin on katı tutarında cezanın tahsili talebiyle başlatılan icra takibine davalının talep edilen ceza yönünden kısmen itirazı üzerine açılan itirazın iptali davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKÜMLERİ

Kanun'un itiraz konusu kuralların yer aldığı 30. maddesi şöyledir:

"Geçiş ücretini ödememe ve güvenliğin ihlali

MADDE 30- (1) Genel Müdürlük işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayolları için belirlenen geçiş ücretlerini ödemeden geçiş yaptığı tespit edilen araç sahiplerine Genel Müdürlük tarafından, geçiş ücreti ödemeden giriş çıkış yaptığı mesafeye ait geçiş ücretinin on katı tutarında idarî para cezası verilir.

(2) Erişme kontrolü uygulanan karayollarında kısıtlanan ve yasaklanan işler veya hareketleri yapanlar ve yaptıranlar ile koruma alanı içine giren hayvan sahiplerine Genel Müdürlükçe yetkilendirilen personel veya trafik polisi, trafik polisinin görev alanı dışında kalan yerlerde jandarma personeli tarafından beş yüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Bu Kanunun 18 inci maddesinin altıncı fıkrası uyarınca karayolları sınır çizgileri dâhilinde yasaklanan fiilleri işleyenler hakkında 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu hükümleri uygulanır. Şu kadar ki; 2872 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin (s) bendinde belirtilen fiillerin şehirlerarası yolcu ve yük taşımacılığı yapanlar tarafından karayolları sınır çizgileri dâhilinde işlenmesi halinde uygulanacak idarî para cezası beş yüz Türk Lirasından aşağı olamaz. Karayolları sınır çizgileri dâhilinde yasaklanan fiillerin denetimi ile 2872 sayılı Kanunda öngörülen yaptırımların uygulanmasında, Genel Müdürlük 2872 sayılı Kanunun 12 nci maddesi uyarınca yetkilendirilmiş kuruluşlardan sayılır.

(3) Bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen idarî para cezaları ile geçiş ücretleri ve ikinci fıkrasında yer alan idarî para cezaları tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir. Bu sürede ödenmeyen geçiş ücretleri ve idarî para cezaları 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ilgili vergi dairesi tarafından takip ve tahsil edilir. Vergi daireleri tarafından tahsil edilen geçiş ücretleri, tahsilâtın yapıldığı ayı takip eden ayın sonuna kadar Genel Müdürlük hesaplarına aktarılır.

(4) Birinci fıkra uyarınca ödenmesi gereken idarî para cezaları ile geçiş ücretleri ödenmeden, kabahatin işlendiği araçların fennî muayeneleri ile satış ve devirleri yapılmaz.

(5) 4046, 3465 ve 3996 sayılı kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücretlerini ödemeden geçiş yapan araç sahiplerinden, işletici şirket tarafından geçiş ücreti ödemeden giriş çıkış yaptığı mesafeye

ait geçiş ücreti ile birlikte, bu ücretin on katı tutarında ceza, genel hükümlere göre tahsil edilir. Ücretin on katı fazlası olarak tahsil edilen ceza tutarının yüzde altmışı, tahsilini izleyen ayın yedinci günü mesai bitimine kadar, işletici şirket tarafından Hazine payı olarak, yıllık kurumlar vergisi yönünden bağlı olduğu vergi dairesine şekli ve içeriği Maliye Bakanlığınca belirlenen bir bildirimle ödenir. İşletici şirket tarafından Hazine payının eksik bildirilmesi veya hiç bildirilmemesi ya da bildirildiği halde süresinde ödenmemesi halinde, Hazine payının ödenmesi gerektiği tarih ile tahsil edildiği tarih arasında geçen süreye 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre uygulanacak gecikme zammı ile birlikte ilgili vergi dairesince 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilir.

(6) 4046, 3465 ve 3996 sayılı kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından ücretsiz geçiş yapan araçlar, işletici şirket tarafından bu maddenin yedinci fıkrasında öngörülen sürenin bitimini takip eden ilk iş gününde en yakın trafik kuruluşuna bildirilir.

(7) Geçiş ücretlerini ödemeden geçiş yapanlardan, ödemesiz geçiş tarihini izleyen on beş gün içinde yükümlü olduğu geçiş ücretini usulüne uygun olarak ödeyenlere, bu maddenin birinci fıkrası ile beşinci fıkrasında belirtilen cezalar uygulanmaz.

(8) (Ek:27/3/2015-6639/33 md.)Sürücüsünün Türk vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın yabancı plakalı araçlara uygulanacak olan bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen idari para cezaları ile geçiş ücretleri ve ikinci fıkrasında yer alan idari para cezaları tebligat şartı aranmaksızın sürücüsü bilgilendirilmek suretiyle tahsil edilir. Tahsilat gerçekleşmeden yabancı plakalı aracın ülkeyi terk etmesine izin verilmez. Bu fıkra hükümlerinin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ile Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca müştereken altı ay içinde belirlenir. Uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır."

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ,

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 18.10.2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve başvurunun yöntemine uygunluğu sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine 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. Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte olan kurallardır.

3. Başvuran Mahkeme, 6001 sayılı Kanun'un 30. maddesinin (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarının iptalini talep etmiştir.

4. 6001 sayılı Kanun'un 30. maddesinin 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, 4946, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarında geçiş ücretini ödemeden geçiş yapan araç sahiplerinden işletici şirketlerce geçiş ücreti ve bu ücretin on katı tutarında cezanın genel hükümlere göre tahsil edileceği hükme bağlanmış; ikinci ve üçüncü cümlelerinde ise, tahsil edilen ceza tutarından işletici şirketlerce ödenecek Hazine payının ödenme usul ve esasları belirlenmiştir.

5. Başvuran Mahkemede görülmekte olan dava, 3996 sayılı Kanun kapsamında işletme hakkı verilen otoyol ve köprüden geçiş ücreti ödenmeden yapılan geçişler sebebiyle geçiş ücreti ve on katı tutarında cezanın tahsili

amacıyla başlatılan icra takibine kısmen itiraz edilmesi üzerine açılan itirazın iptali davasıdır. Bu itibarla tahsil edilen ceza tutarından işletici şirketçe Devlete ödenecek Hazine payına ilişkin bir ihtilaf bulunmayıp Kanun'un 30. maddesinin 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (5) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin uyuşmazlıkta uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu ikinci ve üçüncü cümleler yönünden başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

6. Öte yandan 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, bir davaya bakmakta olan mahkemenin bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduklarının açıklanması gerektiği belirtilmiş; anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında ise açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hükme bağlanmıştır.

7. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de itiraz yoluna başvuran Mahkemenin gerekçeli kararında, Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde de Anayasa Mahkemesince yapılan ilk incelemede, başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse itiraz yoluna ilişkin işlerde esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine karar verileceği belirtilmiştir.

8. Yapılan incelemede, başvuran Mahkeme tarafından 6001 sayılı Kanun'un 30. maddesinin itiraz konusu (6) numaralı fıkrasının hangi nedenlerle Anayasa'nın 2., 5. ve 6. maddelerine aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmediği anlaşılmıştır.

9. Buna göre 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine aykırı olduğu anlaşılan, 6001 sayılı Kanun'un

30. maddesinin (6) numaralı fıkrasına yönelik başvurunun 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

10. Açıklanan nedenlerle 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin;

A. 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (5) numaralı fıkrasının;

1. Birinci cümlesinin esasının incelenmesine,

2. İkinci ve üçüncü cümlelerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümlelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B. (6) numaralı fıkrasına yönelik başvurunun, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından, esas incelemeye geçilmeksizin REDDİNE,

C. 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişiklik yapılan (7) numaralı fıkrasının esasının incelenmesine

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ

11. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralların uygulanması hâlinde telafisi güç zararlar doğabileceği belirtilerek yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

12. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün "*İtiraz başvuru kararı ve ekleri*" başlıklı 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde "*Yürürlüğü durdurma talebi varsa, yürürlüğün durdurulmaması durumunda doğacak olan telafisi imkansız zararların açıklanması*" gerektiği belirtilmektedir. Ancak

başvuran Mahkeme tarafından bu konuda bir gerekçe belirtilmeksizin sadece "*uygulanması durumunda telafisi güç zararlar doğabileceği gözetilerek*" ifadesine yer verilmek suretiyle yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulduğu görülmüştür. Bu nedenle söz konusu talebin yöntemine uygun olmadığı anlaşılmaktadır.

13. Açıklanan nedenlerle; 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan;

A. (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

B. (7) numaralı fıkrasının

yürürlüklerinin durdurulması taleplerinin 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından REDDİNE, 18.10.2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV. ESASIN İNCELENMESİ

14. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatma KARAMAN ODABAŞI tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükümleri, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. Kanun'un 30. Maddesinin 6639 Sayılı Kanun'un 33. Maddesi İle Değişiklik Yapılan (5) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1. İtirazın Gerekçesi

15. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralda öngörülen on katı tutarında cezanın idari para cezası niteliğinde olduğu, düzenleme ile Karayolları Genel Müdürlüğünün otoyolları işletme hakkını devrettiği özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki şirketlere idari para cezası verme yetkisini de devrettiği, idari para cezasının bir idari yaptırım türü olduğu, niteliği gereği

idari yaptırımların kanunen yetkilendirilmiş bir idare tarafından uygulanması gerektiği, bu yetkinin özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesinin belirlilik ilkesine aykırı olduğu, Karayolları Genel Müdürlüğüne bağlı yollardan ücret ödemeden geçiş yapanlar hakkında uygulanan idari para cezasının 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca kanun yoluna başvurulmadan önce ¾'ünün ödenmesi imkânı bulunmasına rağmen itiraz konusu kural sebebiyle işletme hakkı özel hukuk tüzel kişilerine devredilen otoyollardan ihlalli geçiş yapılması hâlinde para cezasının tamamının ödenmesi zorunluluğunun doğduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 6. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

16. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

17. İtiraz konusu kuralda, 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücretini ödemeden geçiş yapan araç sahiplerinden, geçiş ücreti ödenmeden giriş çıkış yaptığı mesafeye ait geçiş ücreti ile birlikte bu ücretin on katı tutarında cezanın işletici şirket tarafından genel hükümlere göre tahsil edileceği öngörülmüştür.

18. Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin "*genel idare esasları*"na göre yürütülmesi ile görevin "*asli ve sürekli*" nitelikte olması gerekmektedir.

19. Geniş anlamda Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş

bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

20. İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan, diğer bir değişle özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, Devletin gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi ise olanaklıdır.

21. İtiraz konusu kuralda, 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyoldan veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolundan geçiş ücreti ödenmeden geçiş yapılmış olması şeklinde gerçekleşen eylem geçiş ücreti ile birlikte geçiş ücretinin on katı tutarında cezanın ödenmesi yaptırımına tabi tutularak bu tutarın işletici şirketler tarafından genel hükümlere göre tahsil edileceği düzenlenmiştir.

22. Kuralda, cezayı gerektiren eylemin ve geçiş ücretinin on katı tutarında cezanın niteliği belirtilmemiştir. İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 6001 sayılı Kanun'un 30. maddesinde genel olarak Karayolları Genel Müdürlüğüne görev, yetki ve sorumlulukları çerçevesinde uygulamaya yönelik maddi düzenlemeler ve düzenleyici idari işlemler yapma yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, aynı maddede kamu tüzel kişiliğine sahip Karayolları Genel Müdürlüğünün işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücreti ödenmeden geçiş yapılması şeklinde gerçekleşen eylem kabahat olarak nitelendirilmiş ve bu eylem sebebiyle ödenmesi gereken geçiş ücretinin on katı tutarında para cezasının ise idari para cezası olduğu ifade edilmiştir. Ancak, işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarında itiraz konusu kural kapsamında gerçekleşen eylem kanun koyucu tarafından kabahat olarak nitelendirilmemiş ve bu eylem dolayısıyla öngörülen ve doğrudan geçiş ücreti ile irtibatlandırılan on katı tutarındaki cezanın da idari para cezası olduğuna dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

23. 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolları ile Karayolları Genel Müdürlüğünün işletimindeki otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarının yapım ve işletilmesine ilişkin usul ve esaslar birbirinden farklılık arz etmektedir. İtiraz başvurusuna konu düzenleme kapsamında kalan ve işletme hakkı özel hukuk hükümlerine tabi işletici şirkete verilen ve devredilen otoyolun, 8.6.1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun kapsamında bulunduğu anlaşılmaktadır. Yap-işlet-devret modeli ileri teknoloji veya yüksek maddi kaynak duyulan projelerin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modeli olup bu model kapsamında elde edilecek kâr dâhil yatırım bedelinin, sermaye şirketine veya yabancı şirkete, şirketin işletme süresi içinde ürettiği mal veya hizmetin idare veya hizmetten yararlananlarca satın alınması suretiyle ödeneceği anlaşılmaktadır. Ayrıca 3996 sayılı Kanun'un 3. ve 5. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde bu Kanun çerçevesinde yapılacak yatırım ve hizmetler, özel hukuk hükümlerine tabi sermaye şirketleri veya yabancı şirketler tarafından idare ile yapılacak özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmeler kapsamında gerçekleştirilecektir. Bu sözleşmelere işlerlik kazandırılabilmesi, yatırımcıların projeyi üstlenmek konusunda isteksiz davranmalarına sebebiyet verebilecek muhtemel faktörlerin ve risklerin ortadan kaldırılması ile mümkündür. Bu model kapsamında yapılacak yatırım ve hizmetleri gerçekleştirmek için gerekli olan finansmanın geri dönüşünün büyük oranda proje gelirleri kullanılarak sağlanacak olması da dikkate alındığında kanun koyucunun kamu yararını da gözeterek sözleşme dengelerini koruyucu yönde yasal düzenlemelere ilgili mevzuatta yer verdiği görülmektedir.

24. İşletme hakkı verilen otoyolun Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve sorumlulukları kapsamında yapılması gereken devlet yollarının yapımının devri ve işletilmesi niteliğinde olmadığı, yap-işlet-devret modeli çerçevesinde devlet yollarına alternatif olarak, yüksek standartlı ve kullanılması muhtemel muhatapların tercihine bırakılmış otoyol olarak inşa edildiği ve işletildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, Karayolları Genel Müdürlüğünün işletimindeki otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolları ile 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde özel hukuk

hükümlerine tabi şirketlerin işletimindeki otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarının yapım ve işletme usul ve esaslarındaki farklılıklar dikkate alındığında, itiraz konusu kural kapsamında ücret ödenmeden geçiş yapılması şeklinde gerçekleşen eylemin kabahat olarak nitelendirilmesi ve bu sebeple ödenecek cezanın da kolluk faaliyeti içinde yer alan idari nitelikte bir yaptırım olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

25. Öte yandan, 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından ücret ödemeden geçiş yapılması dolayısıyla ödenecek geçiş ücreti ile bu ücretin on katı tutarındaki cezanın tahakkuk ve tahsil yöntemleri ile başvurulacak kanun yollarına ilişkin düzenlemeler, idari yaptırım ve idari nitelikte para cezalarına ilişkin düzenlemelerden farklılık arz etmektedir. İşletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş esnasında ücret ödenmesi hususunda gerekli bildirim ve uyarıların yapılması ile ücretin ödenip ödenmediği konusunda gerekli denetimlerin gerçekleştirilmesi, ücret ödenmeden geçiş yapıldığının tespit edilmesi durumunda ise geçiş ücreti ile bağlantılı olarak yaptırım uygulama yetkisi, özel hukuk hükümlerine tabi işletici şirketlerde bulunmaktadır. Ayrıca, geçiş ücreti ve bununla bağlantılı olan cezanın toplamından oluşan alacağın, 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinden farklı olarak, 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca işletici şirketçe tahsil edileceği, bu kapsamda çıkan uyuşmazlıkların ise genel hükümlere göre adli yargı yerlerince sonuçlandırılacağı anlaşılmaktadır. Bu durumda, itiraz konusu kural kapsamında geçiş ücreti ile birlikte tahsili öngörülen cezaya ilişkin sürecin tamamında özel hukuk hükümlerine tabi işletici şirketler etkin olup kamu tüzel kişiliğine sahip Karayolları Genel Müdürlüğünün sürece müdahalesi bulunmamaktadır. İtiraz konusu kuralda geçiş ücreti ile beraber tahsil edileceği öngörülen ceza, idari yaptırım niteliğindeki idari para cezalarından nitelik, yaptırım kararı verme yetkisini kullanan merci, kanun yolları ve tabi olunan hükümler yönünden farklılık arz etmektedir.

26. Bu durumda, işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarında, işletici şirketlerce işletme

hakkının bir uzantısı olarak kontrolsüz geçişlerde takdir edildiği anlaşılan, geçiş ücretiyle doğrudan bağlantılı bulunduğu, işletme gelirleriyle irtibatlı olduğu ve işletme gelirleri üzerinde etki ve sonuç yarattığı değerlendirilen itiraz konusu kuraldaki cezanın, klasik anlamda idari yaptırım niteliğindeki idari para cezalarından farklı, idare hukuku alanından ziyade özel hukuk alanına yaklaşan, kendine özgü (*sui generis*) bir niteliğe sahip olduğu anlaşılmaktadır.

27. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Muammer TOPAL ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 6. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

B. Kanun'un 30. Maddesinin 6639 Sayılı Kanun'un 33. Maddesi İle Değişiklik Yapılan (7) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1. Sınırlama Sorunu

28. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddelerine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

29. Kanun'un 30. maddesinin, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan itiraz konusu (7) numaralı fıkrasında, geçiş ücreti ödenmeden geçiş yapılması hâlinde ödemesiz geçiş tarihini izleyen on beş gün içinde geçiş ücretini usulüne uygun olarak ödeyenlere bu maddenin (1) numaralı ve (5) numaralı fıkralarında belirtilen cezaların uygulanmayacağı öngörülmektedir. Bakılmakta olan davada para cezasına konu ihlalli geçiş eylemi 3996 sayılı Kanun çerçevesinde yapımı ve işletmesi özel şirkete devredilen otoyolda gerçekleşmiştir. İtiraz konusu kural, Karayolları Genel Müdürlüğü işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücreti ödenmeden geçiş yapılması hâlinde ödenecek idari para cezasını düzenleyen (1) numaralı fıkra ile 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücreti ödenmeden

geçiş yapılması hâlinde ödenecek cezayı düzenleyen (5) numaralı fıkra yönünden ortak ve geçerli kuraldır. Bu nedenle Kanun'un 30. maddesinin, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (7) numaralı fıkrasına ilişkin esas incelemenin kuralda yer alan *"…ile beşinci fıkrasında,…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılması gerekir.

30. Açıklanan nedenlerle, 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (7) numaralı fıkrasının esasına ilişkin incelemenin *"… ile beşinci fıkrasında…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

2. İtirazın Gerekçesi

31. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralda geçiş ücretini ödemeden geçiş yapanlardan ödemesiz geçiş tarihini izleyen on beş gün içinde geçiş ücretini usulüne uygun olarak ödeyenlere ceza uygulanmayacağı öngörülmüş ise de usulüne uygun ödemenin ne şekilde olacağının belirtilmediği, özel hukuk tüzel kişilerince idareden farklı tahsil yöntemlerinin benimsendiği, bu durumun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, kişileri güçsüz ve çaresiz bıraktığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 6. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

32. İtiraz konusu kuralda, otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücretini ödemeden geçiş yapanların ödemesiz geçiş tarihini izleyen on beş gün içinde yükümlü oldukları geçiş ücretini usulüne uygun olarak ödemeleri hâlinde Kanun'un 30. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkralarında belirtilen cezaların uygulanmayacağı öngörülmüştür. Kural *"…ile beşinci fıkrasında…"* ibaresiyle sınırlı olarak incelenmiştir.

33. 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.

34. Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de belirliliktir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

35. İtiraz konusu kuralda, 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücreti ödemeden geçiş yapanlardan ödemesiz geçiş tarihini izleyen on beş gün içinde geçiş ücretini usulüne uygun olarak ödeyenlere ceza uygulanmayacağı belirtilmiştir.

36. İşletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücreti ödenmeden geçiş yapılması hâlinde yaptırım uygulanmasına sebebiyet veren eylem ücret ödemeden geçiş yapılması anında tamamlanmış olacaktır. Bu durumda, kuralda belirtilen ödemesiz geçiş tarihinden itibaren on beş gün içinde geçiş ücretinin ödenmesi hâlinde cezanın uygulanmayacağına ilişkin düzenleme oluşan neticeyi ortadan kaldırılmakta olup ihlalli geçiş eylemini gerçekleştirenler lehine getirilmiş bir düzenlemedir.

37. Kuralda, cezasızlık hâlinin kapsamı, eylemin sonucu olarak öngörülen yaptırımın hangi hâlde uygulanmayacağı, ödemenin hangi süre içinde yapılması gerektiği açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlenmiştir. Geçiş ücretinin ödenmesi şekil ve yöntemlerinin tümünün önceden öngörülmesi ve kanun koyucu tarafından tek tek belirlenerek kanun

metninde ifade edilmesi oldukça güçtür. Geçiş ücretinin tahsili yöntemlerinin zaman içinde değişip gelişebileceği ve otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücretlerinin tahsili yöntemlerinin benzerlik arz ettiği hususları dikkate alındığında kuralda belirlilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

38. Açıklanan nedenlerle kuralda yer alan *" …ile beşinci fıkrasında…"* ibaresi Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 5. ve 6. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

V. HÜKÜM

25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin, 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan;

A. (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Muammer TOPAL ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. (7) numaralı fıkrasının,

1. Esasına ilişkin incelemenin *"…ile beşinci fıkrasında…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, OYBİRLİĞİYLE,

2. *"…ile beşinci fıkrasında…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

18.1.2018 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN	Başkanvekili Engin YILDIRIM
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ
Üye Recai AKYEL	Üye Yusuf Şevki HAKYEMEZ	

KARŞI OY

6001 sayılı Kanun'un 30. maddesinin 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali istemiyle yapılan başvuru çoğunluk kararıyla reddedilmiştir.

Aşağıdaki görüşlerle çoğunluk kararına katılınmamıştır.

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 devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken kabahat ve yaptırım arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için; söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin "*genel idare esasları*"na göre yürütülmesi ile görevin "*asli ve sürekli*" nitelikte olması gerekmektedir.

Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan, diğer bir değişle özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, Devletin gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi ise olanaklıdır. Bu durumda dahi hizmetin kamusal niteliği korunmaktadır.

Kolluk faaliyeti içinde yer alan zorunlu denetim hizmeti ve bu denetim sonucunda idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyideler uygulamaya ilişkin görev ve faaliyetler genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre, kolluk

faaliyetleri arasında yer alan bu tür kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.

İtiraz konusu düzenlemede, 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyoldan veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolundan ücret ödenmeden geçiş yapılmış olması hali cezayı gerektiren bir eylem olarak nitelendirilmiş ve geçiş ücretinin on katı tutarında para cezasının ödenmesi yaptırımına tabi tutularak bu cezanın işletici şirketler tarafından genel hükümlere göre tahsil edileceği hususu öngörülmüştür.

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 6001 sayılı Kanun'un 30. maddesinde genel olarak Karayolları Genel Müdürlüğü'ne, görevi, yetki ve sorumlulukları çerçevesinde uygulamaya yönelik maddi düzenlemeler ve düzenleyici idari işlemler yapma yetkisinin verildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, aynı maddede kamu tüzel kişiliğine sahip Karayolları Genel Müdürlüğü'nün işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücreti ödenmeden geçiş yapılması şeklinde gerçekleşen eylem kabahat olarak nitelendirilmiş ve bu eylem sebebiyle ödenmesi gereken geçiş ücretinin on katı tutarında para cezasının ise idari para cezası olduğu ifade edilmiştir. İşletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarında itiraz konusu kural kapsamında ceza yaptırımına tabi tutulan eylem, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından ücret ödenmeden geçiş yapılması şeklinde gerçekleşen kabahat niteliğindeki eylem ile aynı mahiyettedir. Esasen, 30.3.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde kabahat, kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak nitelendirilmiştir. İtiraz konusu kuralda da ücret ödenmeden geçiş yapılması şeklindeki eylemin haksızlık olarak nitelendirilerek para cezasının ödenmesi şeklinde yaptırıma tabi tutulduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, itiraz konusu kuraldaki eylemin niteliği itibarîyla 5326 sayılı Kanun'un 2. maddesindeki kabahat tanımına uymadığı da söylenemez.

Diğer taraftan, 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde otoyol ve köprülerin yapımı ve işletilmesi suretiyle sunulan kamu hizmetinin özel

hukuk hükümlerine tabi işletici şirketlere verilmesi veya devredilmesi, hizmetin kamu hizmeti niteliğini değiştirmemektedir. İşletmecisinden bağımsız olarak otoyol veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolundan ücret ödemeden geçiş yapılması şeklinde gerçekleşen eylemlerin yaptırıma tabi tutulmasının kamu açısından oluşan zararın giderilmesi ile kamu hizmetinin düzenli olarak işlemesine katkı sağlayacağı da dikkate alındığında itiraz konusu kuralda yer alan ücret ödenmeden geçiş yapılması şeklinde gerçekleşen eylemin kabahat, bu eylem dolayısıyla öngörülen para cezasının da bir idari yaptırım niteliği taşıdığı kabul edilmelidir.

İtiraz konusu düzenlemeyle, yapılacak kaçak geçişlerin önlenmesinin, geçişlerin bir düzen içerisinde ve kontrollü olarak yapılmasının ve kaçak geçişler yönünden caydırıcılığın sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu amacı gerçekleştirmek için kabahat niteliğindeki eylem, ücret ödenmeden giriş çıkış yapılan mesafeye ait ücretin on katı tutarında para cezasının ödenmesi şeklinde yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu konuda 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolları ile Karayolları Genel Müdürlüğü'nün işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayolları arasında bir fark bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bu konuda sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak ve genel itibarîyla işletmecisinden bağımsız olarak 6001 sayılı Kanun kapsamında geçiş ücretinin ödenmemesi şeklindeki kabahati, geçiş ücretinin on katı tutarında para cezası yaptırımına tâbi tuttuğu kabul edilebilir ise de, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün işletimindeki otoyol veya erişme kontrolünün uygulandığı karayolları ile 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarında gerçekleşecek kaçak geçişler dolayısıyla ödenecek para cezasının yarattığı etki ve sonuçlar birbirinden farklıdır. Nitekim, cezayı gerektiren eylemler aynı olmakla birlikte, ödenecek para cezası tutarının geçiş ücreti üzerinden hesaplanacak olması ve 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarındaki geçiş ücretlerinin nispeten daha yüksek bulunması karşısında geçiş ücretinin on katı tutarında para cezası makul kabul edilemeyecek derecede yüksek olacağı gibi, uygulanan idari yaptırımın muhataplar üzerindeki etki ve sonuçları da ağır olacaktır. İşlenen kabahatin

haksızlık içeriği, kuralın önleme amacı, cezanın muhtemel muhataplarının kusuru ve ekonomik durumları üzerinde yaratacağı etki dikkate alındığında orantısız bir ekonomik yük getiren itiraz konusu kuralda kabahat ile yaptırım arasındaki adil dengenin korunduğu, yaptırımın önleme amacına uygun olarak ölçülülük ilkesine ve bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesine uygun olduğu söylenemez.

Ayrıca, itiraz konusu kuralda işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından ücret ödenmeden geçiş yapılması halinde geçiş ücretinin on katı tutarında cezanın işletici şirketlerce genel hükümlere göre tahsil edileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, gerekli denetimlerin yapılması, ihlalli geçiş eyleminin tespit edilmesi halinde idari yaptırım uygulama yetkisi kullanılarak para cezası verilmesi ve para cezasının genel hükümlere göre tahsilini kapsayan tüm sürecin işletici şirketlerce yerine getirileceği anlaşılmaktadır.

4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarında gerekli denetimler yapılarak ihlalli geçiş eyleminin tespit edilmesi üzerine, kullanılacak olan idari yaptırım uygulama yetkisi ve bu kapsamda idari para cezası verilmesi işlemi genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. İtiraz konusu kuralda ise, idari yaptırım uygulama ve para cezası verilmesi yetkisinin, denetim faaliyetleri ve verilen cezanın tahsilini de kapsayacak şekilde işletici şirketlerce yerine getirileceği öngörülmüştür. Bu durumda Karayolları Genel Müdürlüğü'nün işletimindeki otoyollar ile erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından farklı olarak, 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollar veya erişme kontrolünün uygulandığı karayollarında ücret ödenmeden geçiş yapılması halinde, idarenin idari yaptırım uygulama yetkisinin bulunmadığı ve bu yetkinin özel hukuk hükümlerine tabi işletici şirketlere devredildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Buna göre, idari nitelikte para cezası verme ve bu konuda icrai işlem yapma yetkisinin devri niteliğinde olup idarenin kolluk faaliyeti içinde yer alan ve mutlaka Devletin memurları ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla

yürütülmesi zorunlu olan asli ve sürekli görevlerin özel hukuk tüzel kişisi niteliğindeki işletici şirketlere devredilmesine olanak tanıyan itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden çoğunluk kararına katılınmamıştır.

Üye
Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ

6001 sayılı Kanunun 30. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasaya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir.

Söz konusu kural 4046, 3465 ve 3996 sayılı Kanunlar çerçevesinde işletme hakkı verilen veya devredilen otoyollardan yahut erişme kontrolünün uygulandığı karayollarından geçiş ücretlerini ödemeden geçen araç sahiplerinden, işletici şirket tarafından geçiş ücreti ile birlikte bu ücretin on katı tutarında cezanın genel hükümlere göre tahsil edileceğini hükme bağlamaktadır.

Anayasaya aykırılık itirazında bulunan mahkeme, kuralda öngörülen cezanın idarî para cezası niteliğinde olduğunu, idarî müeyyidelerin ancak kanunen yetkilendirilen idare tarafından uygulanabileceğini ve bu yetkinin özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesinin Anayasaya aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüş, ancak Mahkememiz çoğunluğunun mezkûr kuralla öngörülen cezanın idarî para cezası olmadığı ve nev'i şahsına münhasır bir mahiyet taşıdığı görüşüyle kuralın Anayasaya aykırı olmadığına hükmedilmiştir.

Kanunun 30. maddesinin birinci fıkrasında, Karayolları Genel Müdürlüğünün işlettiği otoyollar ile karayollarından geçiş ücretlerini ödemeden geçiş yaptığı belirlenen araç sahiplerine geçiş ücretinin on katı tutarında idarî para cezası verileceği hükme bağlanmakta; üçüncü fıkrasında,

bu idarî para cezalarının tahsiline ve ödenmemesi hâlinde uygulanacak kurallara ilişkin düzenleme yapılmakta; dördüncü fıkrasında da birinci fıkra uyarınca ödenmesi gereken idarî para cezaları ile geçiş ücretleri ödenmeden, kabahatin işlendiği araçların fennî muayeneleri ile satış ve devirlerinin yapılamayacağı belirtilmektedir.

İtiraz konusu beşinci fıkrada ise, geçiş ücreti ödemeden geçiş yapan araç sahiplerinden işletici şirket tarafından tahsil edilecek cezalar düzenlenmektedir. Beşinci fıkrada -birinci fıkradan farklı olarak- işletici şirket tarafından tahsil edilecek cezanın "idarî para cezası" olduğu belirtilmemekle birlikte, gerek cezayı doğuran olayın gerekse cezanın miktarı ve hesaplanma usulünün aynı olması beşinci fıkradaki "ceza" kavramının da idarî para cezasını ifade ettiğini göstermektedir. 30. maddenin gerekçesi ve maddeye ilişkin komisyon raporları incelendiğinde beşinci fıkrada belirtilen cezaların idarî para cezalarından farklı mahiyette olduğuna dair bir açıklamaya da rastlanmamaktadır.

Kararda, itiraz konusu kuralda öngörülen cezaya ilişkin sürecin tamamında işletici şirketin etkin olduğu, idarenin sürece müdahalesinin bulunmadığı, geçiş ücreti ile beraber tahsil edileceği öngörülen cezanın, idarî para cezalarından nitelik, yaptırım kararı verme yetkisini kullanan merci, kanun yolları ve tâbi olunan hükümler yönünden farklılık gösterdiği belirtilmekte ise de, bu değerlendirmeler aslında itiraz konusu kuraldaki düzenlemenin Anayasaya aykırılık gerekçelerini oluşturmaktadır.

Bilindiği gibi, müeyyideler kamu hukukunda ve özel hukukta farklı şekillerde ortaya çıkmakta; başlıca özel hukuk müeyyideleri cebrî icra, tazminat, geçersizlik (yokluk ve butlan) şeklinde tasnif edilmekte ve tek taraflı bağlamazlık, ileri sürülemezlik, eksikliklerin tamamlanması gibi özel hukuk müeyyideleri de bulunmaktadır (Kemal Gözler, Hukuka Giriş, 11. Bs., Bursa 2014, s. 378-383; Seyfullah Edis, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6.Bs., Ankara 1997, s. 161-165).

Kararda itiraz konusu kuraldaki cezanın idare hukuku alanından ziyade özel hukuk alanına yaklaşan bir mahiyette olduğu ifade edilmekte, ancak kuralda olduğu gibi kararda da "ceza" olarak belirtilen bu müeyyidenin özel hukuk alanındaki bir muameleden ve özellikle sözleşme ilişkisinden doğan

bir alacak veya haksız fiilden kaynaklanan bir tazminat ya da bir özel hukuk müeyyidesi olduğu belirtilmemekte yahut yukarıda sayılan özel hukuk müeyyidelerine benzer bir yönü de bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, itiraz konusu kuralda geçen "ceza" kavramı, hukuk düzeninde esas olarak ceza hukuku ve idare hukuku alanlarında kurallara uyulmamasının müeyyideleri için kullanılmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Birinci Kısmının "Borç İlişkilerinde Özel Durumlar" başlıklı Dördüncü Bölümünde "C. Ceza Koşulu" başlığı altında 179 ilâ 182. maddelerde düzenlenen cezaî şart ise bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi durumu için kararlaştırılmış olmak kaydıyla uygulanan; başka bir ifadeyle miktarı ve şartları sözleşmenin tarafları arasında kararlaştırılan bir müessese olduğundan, itiraz konusu kuralda öngörülen müeyyidenin cezai şart niteliğinde olduğu da söylenemez.

Özetle, mezkûr cezanın, maddenin önceki fıkralarında düzenlenen diğer cezalar gibi idarî para cezası niteliğinde olduğu düşünülmektedir. Maddenin beşinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinde bu ceza tutarının yüzde altmışının ilgili şirket tarafından Hazine payı olarak ödeneceğinin ve ödenmemesi hâlinde 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edileceğinin hükme bağlanması da; yedinci fıkrada, ödemesiz geçiş yapanların geçiş tarihini izleyen onbeş gün içinde geçiş ücretini ödemeleri hâlinde itiraz konusu beşinci fıkrada öngörülen cezanın da birinci fıkrada belirtilen idarî para cezalarında olduğu gibi, tahsil edilmeyeceğinin belirtilmesi de anılan cezaların bu niteliğini teyid etmektedir.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, itiraz konusu kuralda öngörülen cezanın idarî para cezası niteliğinde olduğu değerlendirildiğinden, idarenin kolluk yetkisi kapsamında bulunduğu; Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerden olan, bu itibarla da memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yerine getirilmesi gereken idarî para cezası verme ve bu konuda icraî işlem yapma yetkisini özel hukuk tüzel kişisi olan işletici şirketlere veren itiraz konusu kuralın Anayasanın 128. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Bu sebeplerle, 30. maddenin beşinci fıkrasının birinci cümlesinin iptal edilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun red yönündeki kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 14.4.2016 tarihli ve 6704 sayılı **65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; A. 7. maddesiyle 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine "*Bina*" tanımından sonra gelmek üzere eklenen "*Su yolu; imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşımın sağlandığı su geçididir.*" tanımının, B. 8. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasına "*yol*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*su yolu,*" ibaresinin, C. 9. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrasına "*yol*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*… su yolu,*" ibaresinin, D. 13. maddesiyle 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'na eklenen ek 1. maddede yer alan "*…bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılır…*" ibaresinin, E. 21. maddesiyle 16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin yeniden düzenlenen (7) numaralı fıkrasının, F. 25. maddesiyle 6306 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin (2) numaralı fıkrasının; 1. (a) bendinin ikinci cümlesinin, 2. (b) bendinin, G. 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan "*…15/1/2012 tarihinden sonra…*" ibaresinin, Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 5., 7., 10., 13., 36., 44., 45., 49., 55., 56., 63., 125., 153., 166. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına, H. 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinin Anayasa'nın 10., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline, karar verilmesi talebi. **(K: 2017/155, E: 2016/133)..... 139**

2. 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu**'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/166, E: 2015/68)..... 295**

B

3. 3.8.2016 tarihli ve 6736 sayılı **Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun**'un 10. maddesinin (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "… *bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar*…" ibaresinin Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/162, E: 2017/150)..... 243**

4. 10.8.2016 tarihli ve 6740 sayılı **Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; A. 1. maddesiyle 28.3.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'na eklenen ek 2. maddenin; 1. Birinci fıkrasının; a. Birinci cümlesinin, b. İkinci cümlesinde yer alan *"…Müsteşarlıkça uygun görülen…"* ibaresinin, c. Üçüncü cümlesinin, 2. Beşinci fıkrasının dokuzuncu cümlesinin, B. 2. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddenin, Anayasa'nın 2., 7., 10., 13., 20., 35., 48., 60. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2017/176, E: 2016/179)..... 447**

D

5. 22.6.1965 tarihli ve 633 sayılı **Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 25. maddesinin Anayasa'nın 2., 25., 26. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/171, E: 2016/7)..... 399**

E

6. 4.6.2016 tarihli ve 6719 sayılı **Elektrik Piyasası ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; A. 1. maddesiyle değiştirilen 14.6.1935 tarihli ve 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının, B. 2. maddesiyle 18.12.1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na eklenen 27/A maddesinin, C. 3. maddesiyle 9.7.1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu'na eklenen *"Yapı Denetimi"* başlıklı ek 1. maddenin, D. 4. maddesiyle 19.2.1985 tarihli ve 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2.

maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendinin *"... 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini..."* ve *"...veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları..."* bölümlerinin, E. 6. maddesiyle 4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'na eklenen ek 12. maddenin, F. 11. maddesiyle değiştirilen 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (o) bendinin *"...TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları..."* bölümünün, G. 15. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendinin, H. 17. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın, I. 21. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un; 1. 17. maddesinin değiştirilen (1), (3) ve (4) numaralı fıkralarının, 2. 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının değiştirilen (a), (ç), (d) ve (f) bentlerinin, 3. 17. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın,477 İ. 22. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın; 1. İkinci cümlesinin, 2. Beşinci cümlesinde yer alan *"...varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak, bedel alınmaksızın..."* bölümünün, J. 24. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesine eklenen (7) numaralı fıkranın ikinci cümlesinin, K. 25. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen geçici 8. maddesinin, L. 26. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 19. ve geçici 20. maddelerin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 9., 10., 11., 13., 35., 36., 40., 41., 43., 47., 56., 63., 73., 125., 128., 138., 153., 167. ve 172. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve 6446 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendi, 17. maddesinin değiştirilen (1), (3), (4) numaralı fıkraları, (6) numaralı fıkrasının değiştirilen (a) bendi, (ç) bendinin birinci cümlesi, ikinci cümlesinin *"… teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti…"* ibaresi dışındaki kısmı, (d) ve (f) bentleri ile 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 19. madde haricindeki kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talepleri. **(K: 2017/179, E: 2016/150)..... 485**

G

7. 29.1.2016 tarihli ve 6663 sayılı **Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; A. 9. maddesiyle değiştirilen 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ*

SINIFI" bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendinin, B. 14. maddesiyle 18.3.1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 5. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, C. 34. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 17., 55., 56., 63. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 657 sayılı Kanun'un eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI"* bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendi dışında kalan diğer dava konusu kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2017/168, E: 2016/32)..... 337**

8. 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı **Gümrük Kanunu**'nun 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 235. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "*…eşyanın gümrüklenmiş değerinin…*" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/150 E: 2017/142)..... 101**

H

9. 29.6.2001 tarihli ve 4706 sayılı **Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'a 3.7.2003 tarihli ve 4916 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen 7/B maddesinin dördüncü cümlesinin Anayasa'nın 11., 13., 35., 46. ve 57. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2018/5, E: 2017/89)..... 639**

10. 13.1.1943 tarihli ve 4357 sayılı **Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun**'un, 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 11. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/160, E: 2016/192)..... 223**

İ

11. 4.5.2007 tarihli ve 5651 sayılı **İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun**'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli

ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 22. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2017/153, E: 2015/76)**..... **109**

K

12. 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı **Kamulaştırma Kanunu**'na 20.8.2016 tarihli ve 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 35. maddesiyle eklenen geçici 12. maddenin Anayasa'nın 2., 10., 11., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talepleri. **(K: 2017/158, E: 2016/195)**..... **189**

13.. 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı **Kanun Hükmünde Kararname**'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 10. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 10., 18., 55. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/175, E: 2017/175)**..... **437**

14. 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı **Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 30. maddesinin; A. 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (5) numaralı fıkrasının, B. (6) numaralı fıkrasının, C. 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişiklik yapılan (7) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5. ve 6. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2018/8, E: 2017/166)**..... **691**

15. 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı **Kişisel Verilerin Korunması Kanunu**'nun; A. 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan *"…veya işlendikleri amaç için gerekli olan…"* ibaresinin, B. 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c), (ç), (e) ve (f) bentlerinin, C. 6. maddesinin; 1. (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…mezhebi,…"* ve *"…kılık ve kıyafeti…"* ibarelerinin, 2. (3) numaralı fıkrasının, D. 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, E. 8. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, F. 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının, G. 13. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin, H. 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler*

hariç…" ibaresinin, I. 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin, İ. 24. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Kurulca gerekli görülenlerin…"* ibaresinin, J. 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (ç) bentlerinin, K. 30. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 20., 24., 25., 41., 56. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2017/143, E: 2016/125)..... 1**

O

16. 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı **On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un geçici 1. maddesinin (9) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/178, E: 2017/160)..... 473**

17. 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı **Orman Kanunu**'nun ek 9. maddesine, 19.4.2012 tarihli ve 6292 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'nın 169. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/169 E: 2017/134)..... 361**

S

18. 2.3.2005 tarihli ve 5307 sayılı **Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının; A. (a) bendinin (4) numaralı alt bendinin, B. (b) bendinin (4) numaralı alt bendinin, C. (c) bendinin, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2018/6, E: 2017/129)..... 655**

19. 10.3.2011 tarihli ve 6191 sayılı **Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu**'nun 7. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarında değişiklikler yapan 30.12.2015 tarihli ve 6656 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2017/145, E: 2016/20)..... 89**

T

20. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 75. maddesinin 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere…*" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/177, E: 2017/140)..... 465**

21. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı **Türk Medeni Kanunu**'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/164, E: 2015/79)..... 251**

22.. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı **Türk Medeni Kanunu**'nun 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…"* ibaresinin Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2017/165, E: 2017/130)..... 279**

23. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı **Türk Medeni Kanunu**'nun, A. 318. maddesinin birinci fıkrasının, B. 319. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 12., 13. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi. **(K: 2017/172, E: 2017/167)..... 415**

24. 5.5.2009 tarihli ve 5894 sayılı **Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 9., 10., 11., 36., 59. ve 142. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi. **(K: 2018/7, E: 2017/136)..... 675**

25. 19.8.2016 tarihli ve 6741 sayılı **Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; A. 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının

(b) bendinde yer alan *"…Bakanlar Kurulu tarafından…"* ibaresinin, B. 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu,…"* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 87., 160., 161. ve 163. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi. **(K: 2018/4, E: 2016/180)..... 605**

V

26. A. 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı **Vergi Usul Kanunu**'nun; 1. 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…*ilan yolu*…" ibaresinin, 2. 101. maddesinin, 3. 102. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "…*ilan yolu*…" ibaresinin, 4. 103. maddesinin, B. 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesine, 4.6.2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa'nın 2., 36., 40. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi. **(K: 2017/170, E: 2016/14)..... 379**

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
213	Vergi Usul Kanunu'nun; 1. 93. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…*ilan yolu*…" ibaresinin, 2. 101. maddesinin, 3. 102. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "…*ilan yolu*…" ibaresinin, 4. 103. maddesinin, B. 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 35. maddesine, 4.6.2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa'nın 2., 36., 40. ve 125. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi.	2017/170	2016/14	İTZ	379
375	Kanun Hükmünde Kararname'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesiyle eklenen ek 10. maddenin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın 10., 18., 55. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/175	2017/175	İTZ	437
633	Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinin Anayasa'nın 2., 25., 26. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/171	2016/7	İTZ	399
1632	Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 tarihli ve 4551 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 153. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/166	2015/68	İTZ	295
2942	Kamulaştırma Kanunu'na 20.8.2016 tarihli ve 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 35. maddesiyle	2017/158	2016/195	İTZ	189

	eklenen geçici 12. maddenin Anayasa'nın 2., 10., 11., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talepleri.				
4357	Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına, Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimai Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun'un, 14.5.1958 tarihli ve 7117 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 11. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/160	2016/192	İTZ	223
4458	Gümrük Kanunu'nun 28.3.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen 235. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *"…eşyanın gümrüklenmiş değerinin…"* ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/150	2017/142	İTZ	101
4706	Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'a 3.7.2003 tarihli ve 4916 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen 7/B maddesinin dördüncü cümlesinin Anayasa'nın 11., 13., 35., 46. ve 57. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2018/5	2017/89	İTZ	639
4721	Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/164	2015/79	İTZ	251
4721	Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu…"* ibaresinin Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/165	2017/130	İTZ	279

4721	Türk Medeni Kanunu'nun, A. 318. maddesinin birinci fıkrasının, B. 319. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 12., 13. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebi.	2017/172	2017/167	İTZ	415
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 75. maddesinin 24.11.2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasında yer alan "*Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere…*" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/177	2017/140	İTZ	465
5307	Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 23.1.2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 569. maddesiyle değiştirilen 16. maddesinin ikinci fıkrasının; A. (a) bendinin (4) numaralı alt bendinin, B. (b) bendinin (4) numaralı alt bendinin, C. (c) bendinin, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.	2018/6	2017/129	İTZ	655
5651	İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8. maddesinin 6.2.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 92. maddesiyle değiştirilen (4) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 22. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebi.	2017/153	2015/76	İTZ	109
5894	Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 9., 10., 11., 36., 59. ve 142. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2018/7	2017/136	İTZ	675
6001	Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin; A. 27.3.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesi ile değişiklik yapılan (5) numaralı fıkrasının, B. (6) numaralı	2018/8	2017/166	İTZ	691

	fıkrasının, C. 6639 sayılı Kanun'un 33. maddesiyle değişiklik yapılan (7) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5. ve 6. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.				
6191	Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 7. maddesinin (3) ve (5) numaralı fıkralarında değişiklikler yapan 30.12.2015 tarihli ve 6656 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talebi.	2017/145	2016/20	İPT	89
6360	On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un geçici 1. maddesinin (9) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/178	2017/160	İTZ	473
6663	Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A. 9. maddesiyle değiştirilen 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI"* bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendinin, B. 14. maddesiyle 18.3.1986 tarihli ve 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu'nun 5. maddesine eklenen dördüncü fıkranın, C. 34. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 17., 55., 56., 63. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve Kanun'un 9. maddesiyle değiştirilen 657 sayılı Kanun'un eki (I) sayılı Ek Gösterge Cetveli'nin *"VII. EMNİYET HİZMETLERİ SINIFI"* bölümünün (e) bendinin (aa) alt bendi dışında kalan diğer dava konusu kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.	2017/168	2016/32	İPT	337

6698	Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun; A. 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan *"…veya işlendikleri amaç için gerekli olan…"* ibaresinin, B. 5. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c), (ç), (e) ve (f) bentlerinin, C. 6. maddesinin; 1. (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…mezhebi,…"* ve *"…kılık ve kıyafeti…"* ibarelerinin, 2. (3) numaralı fıkrasının, D. 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, E. 8. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, F. 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının, G. 13. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin, H. 15. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgeler hariç…*" ibaresinin, I. 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin, İ. 24. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Kurulca gerekli görülenlerin…"* ibaresinin, J. 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (ç) bentlerinin, K. 30. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile değiştirilen 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 20., 24., 25., 41., 56. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.	2017/143	2016/125	İPT	1
6704	65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A. 7. maddesiyle 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5. maddesine "*Bina*" tanımından sonra gelmek üzere eklenen "*Su yolu; imar planı kararıyla yapay olarak oluşturulan ve deniz araçlarıyla ulaşımın sağlandığı su geçididir.*" tanımının, B. 8. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasına "*yol*" ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen "*su yolu,*" ibaresinin, C. 9. maddesiyle 3194 sayılı Kanun'un 18.	2017/155	2016/133	İPT İTZ	139

	maddesinin üçüncü fıkrasına *"yol"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"… su yolu,"* ibaresinin, D. 13. maddesiyle 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'na eklenen ek 1. maddede yer alan *"…bu Kanun hükümlerine bağlı kalınmaksızın resen kaldırılır…"* ibaresinin, E. 21. maddesiyle 16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun'un 3. maddesinin yeniden düzenlenen (7) numaralı fıkrasının, F. 25. maddesiyle 6306 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. maddenin (2) numaralı fıkrasının; 1. (a) bendinin ikinci cümlesinin, 2. (b) bendinin, G. 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinde yer alan *"…15/1/2012 tarihinden sonra…"* ibaresinin, Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 5., 7., 10., 13., 36., 44., 45., 49., 55., 56., 63., 125., 153., 166. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına, H. 30. maddesiyle 27.6.1989 tarihli ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek 11. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (b) bendinin Anayasa'nın 10., 49. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline, karar verilmesi talebi.				
6719	Elektrik Piyasası ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A. 1. maddesiyle değiştirilen 14.6.1935 tarihli ve 2804 sayılı Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının, B. 2. maddesiyle 18.12.1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu'na eklenen 27/A maddesinin, C. 3. maddesiyle 9.7.1982 tarihli ve 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu'na eklenen *"Yapı Denetimi"* başlıklı ek 1. maddenin, D. 4. maddesiyle 19.2.1985 tarihli ve 3154 sayılı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un	2017/179	2016/150	İPT İTZ	485

	2. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (j) bendinin *"... 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında dağıtım lisansı sahibi tüzel kişileri veya özel hukuk tüzel kişilerini..."* ve *"...veya bu tüzel kişilerden hizmet satın almak ve bu tüzel kişilerin nitelikleri, yetkilendirilmesi, hak ve yükümlülükleri ile bu tüzel kişilere uygulanacak yaptırımları..."* bölümlerinin, E. 6. maddesiyle 4.6.1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanunu'na eklenen ek 12. maddenin, F. 11. maddesiyle değiştirilen 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (o) bendinin *"...TETAŞ tarafından tedarik amaçlı yapılacak elektrik enerjisi alımları..."* bölümünün, G. 15. maddesiyle 14.3.2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendinin, H. 17. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 6. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın, I. 21. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un; 1. 17. maddesinin değiştirilen (1), (3) ve (4) numaralı fıkralarının, 2. 17. maddesinin (6) numaralı fıkrasının değiştirilen (a), (ç), (d) ve (f) bentlerinin, 3. 17. maddesine eklenen (10) numaralı fıkranın,477 İ. 22. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 18. maddesine eklenen (5) numaralı fıkranın; 1. İkinci cümlesinin, 2. Beşinci cümlesinde yer alan *"...varlıkların veya hisselerin devrine yönelik olarak, bedel alınmaksızın..."* bölümünün, J. 24. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un 27. maddesine eklenen (7) numaralı fıkranın ikinci cümlesinin, K. 25. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen geçici 8. maddesinin, L. 26. maddesiyle 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 19. ve geçici 20. maddelerin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 9., 10., 11., 13., 35., 36., 40., 41., 43., 47., 56., 63., 73., 125., 128., 138., 153., 167. ve 172. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve 6446 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (şş) bendi, 17. maddesinin değiştirilen (1), (3), (4) numaralı fıkraları, (6) numaralı				

	fıkrasının değiştirilen (a) bendi, (ç) bendinin birinci cümlesi, ikinci cümlesinin *"… teknik ve teknik olmayan kayıp maliyeti…"* ibaresi dışındaki kısmı, (d) ve (f) bentleri ile 6446 sayılı Kanun'a eklenen geçici 19. madde haricindeki kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talepleri.				
6736	Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun'un 10. maddesinin (16) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "… *bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar…*" ibaresinin Anayasa'nın 10. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/162	2017/150	İTZ	243
6740	Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A. 1. maddesiyle 28.3.2001 tarihli ve 4632 sayılı Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu'na eklenen ek 2. maddenin; 1. Birinci fıkrasının; a. Birinci cümlesinin, b. İkinci cümlesinde yer alan *"…Müsteşarlıkça uygun görülen…"* ibaresinin, c. Üçüncü cümlesinin, 2. Beşinci fıkrasının dokuzuncu cümlesinin, B. 2. maddesiyle 4632 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddenin, Anayasa'nın 2., 7., 10., 13., 20., 35., 48., 60. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.	2017/176	2016/179	İPT	447
6741	Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; A. 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…Bakanlar Kurulu tarafından…"* ibaresinin, B. 8. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu,…"* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 87., 160., 161. ve 163. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi talebi.	2018/4	2016/180	İPT	605

6831	Orman Kanunu'nun ek 9. maddesine, 19.4.2012 tarihli ve 6292 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen dördüncü fıkranın Anayasa'nın 169. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebi.	2017/169	2017/134	İTZ	361

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2017/143	2016/125	İİD……..	1
2017/145	2016/20	İİD……..	89
2017/150	2017/142	İİD……..	101
2017/153	2015/76	İİD……..	109
2017/155	2016/133	İİD……..	139
2017/158	2016/195	İİD……..	189
2017/160	2016/192	İİD……..	223
2017/162	2017/150	İİD……..	243
2017/164	2015/79	İİD……..	251
2017/165	2017/130	İİD……..	279
2017/166	2015/68	İİD……..	295
2017/168	2016/32	İİD……..	337
2017/169	2017/134	İİD……..	361
2017/170	2016/14	İİD……..	379
2017/171	2016/7	İİD……..	399
2017/172	2017/167	İİD……..	415
2017/175	2017/175	İİD……..	437
2017/176	2016/179	İİD……..	447
2017/177	2017/140	İİD……..	465
2017/178	2017/160	İİD……..	473
2017/179	2016/150	İİD……..	485
2018/4	2016/180	İİD……..	605
2018/5	2017/89	İİD……..	639
2018/6	2017/129	İİD……..	655
2018/7	2017/136	İİD……..	675
2018/8	2017/166	İİD……..	691

***İİD:** İptal ve İtiraz Davası

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2015/68	2017/166	İİD……...	295
2015/76	2017/153	İİD……...	109
2015/79	2017/164	İİD……...	251
2016/7	2017/171	İİD……...	399
2016/14	2017/170	İİD……...	379
2016/20	2017/145	İİD……...	89
2016/32	2017/168	İİD……...	337
2016/125	2017/143	İİD……...	1
2016/133	2017/155	İİD……...	139
2016/150	2017/179	İİD……...	485
2016/179	2017/176	İİD……...	447
2016/180	2018/4	İİD……...	605
2016/192	2017/160	İİD……...	223
2016/195	2017/158	İİD……...	189
2017/89	2018/5	İİD……...	639
2017/129	2018/6	İİD……...	655
2017/130	2017/165	İİD……...	279
2017/134	2017/169	İİD……...	361
2017/136	2018/7	İİD……...	675
2017/140	2017/177	İİD……...	465
2017/142	2017/150	İİD……...	101
2017/150	2017/162	İİD……...	243
2017/160	2017/178	İİD……...	473
2017/166	2018/8	İİD……...	691
2017/167	2017/172	İİD……...	415
2017/175	2017/175	İİD……...	437

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
03.01.2018	30290	2016/192	2017/160	İİD…….	223
04.01.2018	30291	2016/20	2017/145	İİD…….	89
04.01.2018	30291	2017/142	2017/150	İİD…….	101
11.01.2018	30298	2016/133	2017/155	İİD…….	139
16.01.2018	30303	2016/32	2017/168	İİD…….	337
16.01.2018	30303	2017/134	2017/169	İİD…….	361
17.01.2018	30304	2016/7	2017/171	İİD…….	399
23.01.2018	30310	2016/125	2017/143	İİD…….	1
23.01.2018	30310	2017/175	2017/175	İİD…….	437
24.01.2018	30311	2017/150	2017/162	İİD…….	243
24.01.2018	30311	2016/14	2017/170	İİD…….	379
31.01.2018	30318	2017/140	2017/177	İİD…….	465
31.01.2018	30318	2017/160	2017/178	İİD…….	473
02.02.2018	30320	2017/167	2017/172	İİD…….	415
07.02.2018	30325	2015/76	2017/153	İİD…….	109
07.02.2018	30325	2016/180	2018/4	İİD…….	605
08.02.2018	30326	2016/195	2017/158	İİD…….	189
08.02.2018	30326	2016/179	2017/176	İİD…….	447
13.02.2018	30331	2017/129	2018/6	İİD…….	655
15.02.2018	30333	2016/150	2017/179	İİD…….	485
20.02.2018	30338	2015/68	2017/166	İİD…….	295
27.02.2018	30345	2017/166	2018/8	İİD…….	691
01.03.2018	30347	2017/89	2018/5	İİD…….	639
02.03.2018	30348	2017/136	2018/7	İİD…….	675
20.03.2018	30366	2015/79	2017/164	İİD…….	251
20.03.2018	30366	2017/130	2017/165	İİD…….	279

4- Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
28.09.2017	2016/125	2017/143	İİD……...	1
15.11.2017	2016/133	2017/155	İİD……...	139
16.11.2017	2016/195	2017/158	İİD……...	189
29.11.2017	2016/192	2017/160	İİD……...	223
29.11.2017	2017/150	2017/162	İİD……...	243
29.11.2017	2015/79	2017/164	İİD……...	251
29.11.2017	2017/130	2017/165	İİD……...	279
29.11.2017	2015/68	2017/166	İİD……...	295
13.12.2017	2016/32	2017/168	İİD……...	337
13.12.2017	2017/134	2017/169	İİD……...	361
13.12.2017	2016/14	2017/170	İİD……...	379
13.12.2017	2016/7	2017/171	İİD……...	399
13.12.2017	2017/167	2017/172	İİD……...	415
28.12.2017	2017/175	2017/175	İİD……...	437
28.12.2017	2016/179	2017/176	İİD……...	447
28.12.2017	2017/140	2017/177	İİD……...	465
28.12.2017	2017/160	2017/178	İİD……...	473
28.12.2017	2016/150	2017/179	İİD……...	485
18.01.2018	2016/180	2018/4	İİD……...	605
18.01.2018	2017/89	2018/5	İİD……...	639
18.01.2018	2017/129	2018/6	İİD……...	655
18.01.2018	2017/136	2018/7	İİD……...	675
18.01.2018	2017/166	2018/8	İİD……...	691
07.02.2018	2015/76	2017/153	İİD……...	109
01.11.2018	2016/20	2017/145	İİD……...	89
01.11.2018	2017/142	2017/150	İİD……...	101

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 146, 148, 149, 150, 264, 334, 405

m. 2: 12, 13, 17, 18, 25, 26, 28, 29, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 45, 46, 48, 49, 50, 53, 57, 58, 64, 72, 73, 75, 76, 78, 81, 82, 84, 91, 96, 98, 99, 103, 104, 106, 146, 147, 148, 149, 150, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 167, 172, 178, 195, 198, 202, 203, 204, 207, 212, 215, 216, 217, 219, 221, 246, 297, 302, 341, 342, 346, 351, 352, 355, 357, 360, 383, 384, 386, 387, 390, 391, 396, 400, 402, 404, 405, 406, 412, 418, 422, 423, 425, 426, 428, 430, 454, 456, 458, 462, 468, 469, 471, 479, 480, 483, 517, 522, 523, 527, 528, 533, 534, 537, 539, 540, 543, 544, 546, 547, 551, 554, 555, 557, 560, 561, 566, 567, 570, 571, 573, 574, 575, 576, 580, 596, 597, 599, 602, 603, 611, 613, 618, 619, 620, 624, 626, 632, 635, 638, 651, 653, 664, 668, 672, 678, 679, 683, 698, 702, 703, 704, 705, 706, 710, 711

m. 3: 81, 82

m. 5: 29, 30, 35, 40, 42, 58, 61, 64, 146, 148, 149, 150, 246, 247, 264, 293, 334, 351, 352, 355, 418, 423, 425, 426, 517, 522, 527, 547, 551, 554, 556, 557, 560, 566, 567, 570, 571, 573, 574, 575, 576, 580, 698, 702, 703, 705

m. 6: 611, 626, 630, 698, 702, 703, 705

m. 7: 58, 64, 151, 154, 454, 455, 456, 511, 512, 516, 522, 527, 528, 533, 540, 543, 544, 546, 587, 589, 590, 599, 611, 612, 618, 626, 630

m. 8: 611, 626, 630

m. 9: 571, 573, 576, 580, 678, 681, 683, 687, 689

m. 10: 26, 28, 29, 35, 78, 79, 81, 82, 84, 165, 168, 172, 195, 198, 202, 206, 207, 246, 247, 249, 281, 286, 297, 301, 302, 304, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 335, 342, 346, 357, 358, 360, 440, 444, 450, 454, 468, 469, 471, 479, 483, 528, 532, 533, 534, 537, 554, 557, 560, 566, 567, 570, 571, 573, 574, 575, 576, 580, 678, 683, 687

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 11: 195, 198, 441, 540, 543, 571, 573, 576, 580, 604, 643, 648, 678, 683, 687

m. 12: 265, 418, 423, 425, 426

m. 13: 17, 19, 20, 25, 29, 30, 31, 32, 35, 40, 42, 43, 45, 50, 53, 54, 57, 58, 64, 70, 71, 75, 76, 80, 81, 82, 83, 103, 106, 116, 117, 120, 122, 127, 133, 138, 146, 148, 149, 150, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 183, 185, 187, 196, 198, 226, 229, 231, 233, 235, 238, 239, 241, 242, 253, 254, 255, 256, 259, 265, 271, 272, 278, 281, 282, 283, 284, 286, 293, 297, 298, 299, 302, 304, 314, 318, 319, 335, 400, 403, 404, 405, 406, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 418, 419, 422, 423, 425, 426, 433, 435, 450, 451, 452, 454, 458, 459, 462, 547, 548, 550, 551, 571, 573, 576, 580, 602, 643, 645, 648, 651, 653, 678, 679, 680, 683

m. 14: 405

m. 17: 29, 30, 33, 35, 58, 61, 64, 253, 259, 264, 265, 270, 271, 272, 273, 274, 278, 281, 286, 293, 351, 353, 355, 427, 428, 430, 431, 432, 434, 435

m. 18: 440, 444

m. 20: 13, 17, 18, 19, 25, 26, 28, 29, 31, 32, 33, 35, 37, 40, 41, 42, 43, 45, 50, 51, 53, 57, 58, 59, 63, 64, 69, 71, 73, 75, 76, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 253, 254, 259, 265, 271, 272, 273, 274, 278, 281, 282, 286, 293, 297, 298, 302, 304, 314, 315, 319, 335, 458, 459, 462

m. 22: 116, 117, 118, 119, 120, 122, 126, 127, 128, 129, 132, 138

m. 24: 26, 28, 29, 35, 73, 78, 79, 80, 81, 82, 84

m. 25: 26, 28, 29, 35, 73, 78, 81, 82, 84, 400, 402, 406

m. 26: 116, 117, 120, 122, 138, 400, 402, 404, 405, 406, 409, 411

m. 28: 644

m. 30: 644

m. 33: 233, 234, 235, 242

m. 35: 155, 159, 183, 185, 187, 195, 196, 198, 517, 518, 521, 522, 571, 573, 643, 644, 645, 646, 648, 651, 653

m. 36: 159, 160, 161, 195, 198, 203, 215, 217, 218, 221, 383, 384, 386, 387, 390, 414, 418, 419, 422, 423, 425, 426, 427, 428, 430, 431,

432, 435, 571, 573, 576, 580, 602, 603, 678, 679, 681, 683, 687, 688, 689

m. 38: 400, 406, 644, 664, 665, 668, 673

m. 40: 387, 388, 389, 390, 576, 580

m. 41: 50, 51, 52, 53, 118, 130, 418, 419, 421, 422, 423, 424, 425, 431

m. 43: 644

m. 44: 146, 148, 149, 150, 644

m. 45: 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 179, 180, 182, 183

m. 46: 195, 198, 643, 648, 651, 653

m. 47: 540, 541, 543

m. 48: 99, 216, 226, 227, 229, 231, 232, 233, 235, 238, 239, 241, 242, 451, 454, 561, 565, 566, 567, 569, 570

m. 49: 99, 165, 169, 172

m. 51: 233

m. 53: 357

m. 55: 165, 172, 341, 342, 346, 357, 360, 440, 444

m. 56: 29, 30, 33, 35, 58, 61, 64, 146, 148, 149, 150, 152, 153, 179, 180, 181, 182, 183, 293, 351, 355, 517, 518, 521, 522, 527, 547, 551

m. 57: 643, 648

m. 58: 118, 130

m. 59: 677, 678, 680, 682, 683, 686, 687, 688, 689, 690

m. 63: 351, 355, 644

m. 67: 353

m. 68: 233, 405

m. 72: 99

m. 73: 204, 246, 249, 554, 557, 571, 573, 576, 580

m. 81: 405

m. 87: 611, 617, 618, 626, 634, 637

m. 88: 617

m. 89: 617

m. 90: 12, 17, 26, 28, 29, 35, 40, 42, 46, 48, 50, 53, 57, 58, 64, 195, 198, 351, 355, 458, 462

m. 91: 440, 441, 442, 443, 444

m. 103: 405

m. 123: 240

m. 125: 159, 160, 161, 384, 387, 388, 389, 390, 520, 571, 573, 603, 604

m. 126: 351, 353, 355

m. 127: 351, 353, 354, 355

m. 128: 94, 98, 99, 165, 166, 172, 357, 511, 512, 513, 515, 516, 522, 526, 527, 528, 531, 533, 580, 587, 588, 589, 590, 591, 598, 599, 698, 702, 707, 711, 713

m. 129: 413, 414

m. 135: 237, 241

m. 136: 400, 405, 406, 408, 409, 410

m. 138: 571, 573, 576, 580

m. 142: 678, 683, 687

m. 148: 441, 593, 594

m. 150: 594

m. 151: 593, 594

m. 152: 113, 198, 207, 244, 386, 477, 551, 685, 702

m. 153: 123, 125, 155, 159, 444, 540, 543, 547, 551, 668, 669, 670, 683, 684

m. 160: 619, 620, 621, 622, 624, 632, 633, 634, 635, 637, 638

m. 161: 611, 616, 618, 626, 632, 633, 635

m. 162: 616, 617, 632, 634, 635, 637

m. 163: 442, 611, 616, 617, 618, 626, 632, 635

m. 164: 632, 633, 634, 635, 637

m. 165: 619, 622, 623, 624

m. 166: 146, 148, 149, 150

m. 167: 537, 539, 561, 565, 566, 567, 569, 570

m. 168: 537, 644

m. 169: 146, 148, 149, 150, 371, 372, 373, 374, 375, 378, 644

m. 170: 644

m. 172: 560, 562, 566, 571, 573, 576, 580, 596

m. 174: 405